

# 100

JAN/FEV 2021

## **Coordenadores**

Anderson Schreiber  
Daniel Amorim Assumpção Neves  
Débora Brandão  
Fernanda Tartuce  
Flávio Tartuce

## **Conselho Editorial**

Ana Beatriz Presgrave  
Ana Luiza Maia Nevares  
Angelica Carlini  
Arlete Aurelli  
Carlos Nelson Konder  
Cecília Asperti  
Cesar Calo Peghini  
Cláudia Lima Marques  
Ênio Santarelli Zuliani  
Eroulths Cortiano Junior  
Fredie Didier Junior  
Giselda M. F. Novaes Hironaka  
Gisele Góes  
Gustavo Tepedino  
Heloísa Helena Barboza  
José Fernando Simão  
José Rogério Cruz e Tucci  
Marco Aurélio Bezerra de Melo  
Marco Jobim  
Maria Helena Diniz  
Marília Pedrosa Xavier  
Maurício Bunazar  
Pablo Malheiros Cunha Frota  
Pablo Stolze Gagliano  
Rodolfo Pamplona Filho  
Rodrigo Reis Mazzei  
Rolf Madaleno  
Sílvio de Salvo Venosa  
Susana Henriques da Costa  
Trícia Navarro

# Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil

**LEX** MAGISTER

[www.lexmagister.com.br](http://www.lexmagister.com.br)

# Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil

---

Ano XVII – Nº 100

Jan-Fev 2021

---

Repositório Autorizado de Jurisprudência  
Superior Tribunal de Justiça – nº 63/2008

Classificação Qualis/Capes: B1

## Editores

Fábio Paixão  
Walter Diab

## Coordenadores

Anderson Schreiber – Daniel Amorim Assumpção Neves – Débora Brandão  
Fernanda Tartuce – Flávio Tartuce

## Conselho Editorial

Ana Beatriz Presgrave – Ana Luiza Maia Navares – Angelica Carlini  
Arlete Aurelli – Carlos Nelson Konder – Cecília Asperti – Cesar Calo Peghini  
Cláudia Lima Marques – Ênio Santarelli Zuliani – Eroulths Cortiano Junior  
Fredie Didier Junior – Giselda M. F. Novaes Hironaka – Gisele Góes  
Gustavo Tepedino – Heloísa Helena Barboza – José Fernando Simão  
José Rogério Cruz e Tucci – Marco Aurélio Bezerra de Melo – Marco Jobim  
Maria Helena Diniz – Marília Pedrosa Xavier – Maurício Bunazar  
Pablo Malheiros Cunha Frota – Pablo Stolze Gagliano – Rodolfo Pamplona Filho  
Rodrigo Reis Mazzei – Rolf Madaleno – Sílvio de Salvo Venosa  
Susana Henriques da Costa – Trícia Navarro

## Colaboradores deste Volume

Allana Roberta Vianna Motta – Bethânia Valentim Bohrer  
Carolina Alves de Souza Lima – Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas  
Gabriel Teixeira Santos – Janaina Martins Pontes – João Hora Neto  
João Paulo Kulczynski Forster – Julietta Caroline Alves de Almeida – Léia Comar Riva  
Marcelo Negri Soares – Maurício Ávila Prazak – Miriam Rocha Freitas  
Olavo de Oliveira Neto – Oswaldo Peregrina Rodrigues – Rafael Caselli Pereira  
Rodrigo Frantz Becker – Thaís Andressa Carabelli

## Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil

Publicação bimestral da LexMagister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados via site (<http://www.lexmagister.com.br/EnviarArtigos.aspx>). Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela LexMagister, para uma tiragem de 5.000 exemplares.

---

Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil

v. 1 (jul./ago. 2004)-.- Porto Alegre: LexMagister, 2004

Bimestral.

v. 100 (jan./fev. 2021)

Coordenadores: Anderson Schreiber, Daniel Amorim Assumpção Neves, Débora Brandão, Fernanda Tartuce e Flávio Tartuce.

ISSN 1807-0930

1. Direito Civil – Periódico. 2. Processo Civil – Periódico.

CDU 347(05)

CDU 347.9(05)

---

**Ficha catalográfica:** Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

**Capa:** Apollo 13

## LexMagister

Diretor Executivo: Fábio Paixão

Rua 18 de Novembro, 423 Porto Alegre – RS – 90.240-040

[www.lexmagister.com.br](http://www.lexmagister.com.br) [magister@editoramagister.com](mailto:magister@editoramagister.com)

*Serviço de Atendimento – (51) 3237.4243*

# Apresentação

A *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, no seu décimo sétimo ano, chega ao seu número 100, o que é emblemático quanto ao seu pleno sucesso editorial. A partir deste número, renova a sua Coordenação e o seu Conselho Editorial. Passo a ser o coordenador-geral da Revista, ao lado dos Professores Anderson Schreiber, Daniel Amorim Assumpção Neves, Débora Brandão e Fernanda Tartuce. No Conselho Editorial, temos trinta civilistas e processualistas de todo o país: Ana Beatriz Presgrave, Ana Luiza Maia Neves, Angélica Carlini, Arlete Aurelli, Carlos Nelson Konder, Cecília Asperti, Cesar Calo Peghini, Cláudia Lima Marques, Ênio Santarelli Zuliani, Eroulths Cortiano Junior, Fredie Didier Junior, Giselda M. F. Novaes Hironaka, Gisele Góes, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza, José Fernando Simão, José Rogério Cruz e Tucci, Marco Aurélio Bezerra de Melo, Marco Jobim, Maria Helena Diniz, Marília Pedrosa Xavier, Maurício Bunazar, Pablo Malheiros Cunha Frota, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei, Rolf Madaleno, Sílvio de Salvo Venosa, Susana Henriques da Costa e Trícia Navarro.

Para essa edição comemorativa, foram selecionados textos com temas bem atuais. Escrevem sobre *O Ministério Público na Mediação* os autores Allana Roberta Vianna Motta e Oswaldo Peregrina Rodrigues. *A Autonomia da Vontade da Pessoa Idosa em Tempos de Coronavírus* é tratada por Léia Comar Riva. Maurício Ávila Prazak, Marcelo Negri Soares e Thaís Andressa Carabelli abordam a *LINDB: Elementos de Conexão Internacional e os Impactos nos Direitos da Personalidade*. João Hora Neto traz interessante estudo sobre o *Direito Animal*. A *Ordem Pública e o CPC/2015* é analisada por Olavo de Oliveira Neto e Janaina Martins Pontes.

João Paulo Kulczynski Forster desenvolveu bela pesquisa sobre o *Direito Fundamental à Prova*. *A Equiparação do Julgamento Antecipado do Mérito à Tutela da Evidência Concedida após o Contraditório e Fundamentada na Suficiência de Prova Documental* é estudada por Rodrigo Frantz Becker e Miriam Rocha Freitas. *A Multa Judicial Transitada em Julgado como Parte Integrante da Base de Cálculo dos Honorários Advocatícios* é tema desenvolvido por Gabriel Teixeira Santos e Rafael Caselli Pereira. Carolina Alves de Souza Lima e Oswaldo Peregrina Rodrigues são autores de artigo sobre o *Direito à Morte Digna e a Diretiva Antecipada de Vontade para o Fim da Vida*.

Comentando jurisprudência correlata, Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Bethânia Valentim Bohrer e Julietta Caroline Alves de Almeida investigam o *Registro Civil de Natimorto*. A edição também traz jurisprudência e uma sinopse legislativa, com muitos conteúdos, importantes para a teoria e a prática.

Espero, como coordenador-geral, que este volume tenha o sucesso das edições anteriores, e que esta Revista siga a sua bela trajetória no meio acadêmico e editorial brasileiro.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2021, ano II da pandemia.

A handwritten signature in black ink, reading "Flávio Tartuce". The signature is written in a cursive, flowing style with a period at the end.

Flávio Tartuce

# Sumário

## Doutrina

1. O Ministério Público na Mediação  
*Allana Roberta Vianna Motta e Oswaldo Peregrina Rodrigues* ..... 7
2. A Autonomia da Vontade da Pessoa Idosa em Tempos de Coronavírus  
*Léia Comar Riva* ..... 28
3. LINDB: Elementos de Conexão Internacional e os Impactos nos Direitos da Personalidade  
*Maurício Ávila Prazak, Marcelo Negri Soares e Thaís Andressa Carabelli* ..... 39
4. O Direito Animal e a Doutrina Sentimental  
*João Hora Neto* ..... 54
5. Ordem Pública e o CPC/2015: Conceito, Preclusão e Reconhecimento em Recursos Parciais  
*Olavo de Oliveira Neto e Janaina Martins Pontes* ..... 88
6. O Direito Fundamental à Prova na Produção e (Re)Valoração de Meios de Prova em Segunda Instância  
*João Paulo Kulczynski Forster* ..... 105
7. A Equiparação do Julgamento Antecipado do Mérito à Tutela da Evidência Concedida após o Contraditório e Fundamentada na Suficiência de Prova Documental  
*Rodrigo Frantz Becker e Miriam Rocha Freitas* ..... 120
8. A Multa Judicial (*Astreinte*) Transitada em Julgado como Parte Integrante da Base de Cálculo dos Honorários Advocatícios de Sucumbência após a Vigência do CPC/2015  
*Gabriel Teixeira Santos e Rafael Caselli Pereira* ..... 142
9. Direito à Morte Digna e a Diretiva Antecipada de Vontade para o Fim da Vida: Aspectos Jurídicos, Bioéticos e da Ética Médica  
*Carolina Alves de Souza Lima e Oswaldo Peregrina Rodrigues* ..... 157

## Jurisprudência Comentada

1. Registro Civil de Natimorto (Decisão da 12ª Vara de Família e Registro Civil de Recife/PE Determina a Retificação de Registro Civil do Nome de Natimorto – TJPE; Processo 0081347-57.2019.8.17.2001)  
*Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Bethânia Valentim Bohrer e Julietta Caroline Alves de Almeida* ..... 180

## Jurisprudência

1. Superior Tribunal de Justiça – Responsabilidade Civil. Danos Morais e Materiais. Roubo Perpetrado no Estacionamento do Estabelecimento Comercial Diverso de Instituição Financeira. Fato Exclusivo de Terceiro. Fortuito Externo. Obrigação de Reparar a Lesão. Ausência <i>Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze</i> .....	188
2. Superior Tribunal de Justiça – Arbitramento de Honorários Advocatícios. Art. 85, §§ 3º e 8º, do CPC/2015. Apreciação Equitativa. Impossibilidade <i>Rel. Min. Sérgio Kukina</i> .....	192
3. Superior Tribunal de Justiça – Execução de Título Extrajudicial. Prescrição Intercorrente. Decretação. Honorários Advocatícios em Favor do Executado. Descabimento. Princípio da Proibição da Reforma para Pior <i>Relª Minª Nancy Andrighi</i> .....	197
Sinopse Legislativa .....	201
Índice Alfabético-Remissivo .....	202

# O Ministério Público na Mediação

**ALLANA ROBERTA VIANNA MOTTA**

*Mestranda em Direito Civil pela PUC-SP; Advogada Cível;  
e-mail: adm.allanavianna@gmail.com.*

**OSWALDO PEREGRINA RODRIGUES**

*Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP; Professor  
Universitário na PUC-SP – Graduação e Pós-Graduação  
Stricto Sensu; Promotor de Justiça no Estado de São Paulo  
(jun./1988 a ago./2019); Advogado e Consultor Jurídico em  
São Paulo; e-mail: oswaldo.pr@uol.com.br.*

**RESUMO:** O presente estudo busca levar informação à sociedade acerca da atuação do membro do Ministério Público no processo de mediação de conflitos, em âmbito de matéria cível. Desse modo, abordará as funções institucionais do órgão, nos termos da Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como sua função social. A fim de apresentar um estudo mais detalhado sobre o tema, estudaremos o *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*, indicando as potencialidades e limitações no processo de mediação conduzido pelo órgão. Ademais, ressaltaremos a necessidade de capacitação do promotor de Justiça para atuar nesse campo, como nova forma de resolução de conflitos sociais, além de destacar a possibilidade de negociação de direitos indisponíveis. Por fim, serão apresentados dois casos práticos em que há atuação do Ministério Público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Atribuição. Conflito. Solução. Mediação.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O Ministério Público na Constituição Federal Brasileira; 1.1 Funções Institucionais do Ministério Público; 1.2 Função Social do Ministério Público. 2 Mediação de Conflitos; 2.1 Conceito; 2.2 Evolução da Mediação no Brasil; 2.3 Lei Federal nº 13.140/2015. 3 O Ministério Público na Mediação; 3.1 Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público; 3.2 Potencialidades da Mediação Conduzida pelo Ministério Público; 3.3 Limites da Mediação Conduzida pelo Ministério Público; 3.4 Capacitação do Promotor de Justiça para Atuar na Mediação; 3.5 Possibilidade de Negociação de Direitos Indisponíveis. 4 “Crise do Judiciário” e Novas Formas de Atuação do Membro do Ministério Público. 5 Mediação e Ministério Público na Prática; 5.1 Ministério Público Federal como Mediador; 5.2 Projeto de Mediação para Idosos em Situação de Risco. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

## Introdução

Este estudo apresenta um estudo sobre a atuação do Ministério Público no âmbito da mediação, com vistas a demonstrar a importância da prevenção e



da redução dos litígios judiciais, uma vez que os conflitos de interesses podem ser solucionados de forma mais célere, justa e efetiva.

O percurso metodológico adotado para realização da pesquisa está fundamentado na pesquisa qualitativa, com abordagem do método lógico sistemático, na medida em que utilizará a legislação vigente como instrumento para coleta de dados, como de sua interpretação, esclarecendo seu significado e sua validade, para demonstrar o alcance social da norma. Ainda, avaliar as nuances inerentes ao instituto da mediação, no sentido do que é justo, concretizando valores que levam ao bem comum, além da realização de pesquisas bibliográficas sobre o tema.

Este estudo está organizado em cinco capítulos.

O primeiro versa sobre a disciplina do Ministério Público na Constituição Federal brasileira, destacando suas funções institucionais, bem como sua função social. O segundo capítulo trata especificamente da mediação, com ênfase ao conceito, síntese normativa, além da legislação específica.

Em continuidade, no terceiro, faz-se a conexão existente entre o papel exercido pelo Ministério Público na sociedade brasileira e o instituto da mediação nos conflitos cíveis, com enfoque para as potencialidades e limitações dela conduzida pelo órgão ministerial. No quarto capítulo, tratar-se-á acerca da “crise do judiciário” abordando as novas formas de atuação do membro do Ministério Público. Por fim, no capítulo cinco, serão apresentados dois casos concretos em que o Ministério Público atuou no processo de mediação.

Com efeito, pretende-se que este estudo contribua ao conhecimento sobre as particularidades da mediação na hipótese de atuação e condução pelo representante do Ministério Público, além de trazer benefícios à literatura jurídica.

## 1 O Ministério Público na Constituição Federal Brasileira

No Brasil, desde a Constituição Federal de 1946 há referência expressa ao Ministério Público, sem vinculação aos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Contudo, vale destacar que já na Constituição Federal de 1934 houve a institucionalização do referido Órgão, sendo que ele estava inserido no capítulo “Dos órgãos de cooperação” do Estado.

A Constituição Federal brasileira de 1988 prevê em seu art. 127, *caput*, o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Sabe-se que essa Instituição é fruto do desenvolvimento do Estado brasileiro e da democracia, tendo em vista sua importância para a concretização dos direitos do homem, uma vez que se encontra inserido no capítulo “Das Funções Essenciais à Justiça”.

Segundo os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1</sup>, em capítulo inserido na obra *Ministério Público: Reflexões sobre Princípios e Funções Institucionais*: “O Ministério Público é, provavelmente, de todas as instituições da área jurídica, a que detém, hoje, o maior rol de atribuições e responsabilidades em termos de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

São princípios institucionais “a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”, como dita o art. 127, § 1º, da Constituição da República; enquanto o art. 128, em seus incisos I e II, retrata os ramos do Ministério Público: da União – MP Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios – e o dos Estados<sup>2</sup>.

No que tange à natureza jurídica, Hugo Nigro Mazzilli<sup>3</sup> afirma que o Ministério Público é “órgão de Estado, não de órgão do Poder Executivo ou do governo, entretanto, como não legisla nem presta jurisdição, sua natureza é tipicamente administrativa, embora a Constituição lhe tenha concedido garantias de Poder”.

Algumas das principais garantias que lhe são asseguradas, como refere o autor, são: autonomia administrativa, financeira e funcional; os órgãos e membros gozam de independência funcional; a investidura e a perda do cargo dos membros do Ministério Público dão-se da mesma forma que as dos membros do Poder Judiciário; há um sistema de controle externo sobre o

---

1 RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 3-12.

2 “Em cumprimento ao determinado no art. 128, § 5º, da Constituição da República, foram editadas as Leis Orgânicas do Ministério Público, sendo certo que, a primeira delas fora a Lei Orgânica Nacional (LF nº 8.625, de 12.02.93 – LONMP) para regular o MP dos Estados (...).

O segundo artigo dessa Lei Orgânica, na cabeça do dispositivo, determina que ‘Lei complementar, denominada Lei Orgânica do Ministério Público, cuja iniciativa é facultada aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, estabelecerá, no âmbito de cada uma dessas unidades federativas, normas específicas de organização, atribuições e estatuto do respectivo Ministério Público’; seu parágrafo único: ‘A organização, atribuições e estatuto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios serão objeto da Lei Orgânica do Ministério Público da União’.

(...)

Em 20.05.93, foi sancionada a Lei Complementar Federal nº 75 – Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU) –, cujo art. 24, em consonância à Constituição (art. 128, I), estrutura-o pelo Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar, e o do Distrito Federal e Territórios; e seu art. 6º dispõe suas atribuições legais.

A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo – LOMPESP – é a Lei Complementar Estadual nº 734, de 26.11.93, cujas atribuições institucionais são elencadas em seu art. 103; expressamente, revogou a Lei Complementar nº 304/82, sua anterior Lei Orgânica.” (RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. *O Ministério Público no CPC/2015*. In: ARRUDA ALVIM et al. [Coord.]. *Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 148).

3 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

órgão semelhante ao instituído pelo Poder Judiciário; há legislação específica que dispõe sobre a organização, as atribuições e o próprio estatuto do órgão, além da criação de cargos e fixação dos respectivos subsídios, entre outras.

Além disso, o atual diploma constitucional também define as funções institucionais, as garantias e as vedações dos membros do Ministério Público, sendo certo que, dentre essas garantias, destaque-se a vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de seus subsídios; os impedimentos estão inclusos no art. 128, § 5º, II, da mesma Constituição.

## 1.1 Funções Institucionais do Ministério Público

O art. 129 da Constituição Federal traz as funções institucionais inerentes ao Ministério Público:

- “I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

Considerando o objeto deste estudo, qual seja, a atuação do Ministério Público no âmbito da mediação, destaca-se as funções mencionadas nos sobreditos incisos II e IX, uma vez que versam sobre a promoção de medidas

necessárias à garantia dos direitos assegurados na Constituição, bem como o exercício de funções compatíveis com a finalidade do órgão.

Para Hugo Nigro Mazzilli<sup>4</sup>, tais funções devem considerar a indisponibilidade e a relevância do interesse público a ser defendido – ora ligado a pessoas determinadas, ora ligado a grupos de pessoas, ora ligado a toda coletividade.

Também é importante salientar que a atuação do membro do Ministério público – promotor de Justiça ou procurador da República – deve ser isenta e moralmente imparcial.

As respectivas Leis Orgânicas também retratam essas atribuições institucionais, como o arts. 25 e 26 da LONMP e os arts. 6º e 7º da LOMPU – arts. 37 e 38, MPF; arts. 83 e 84, MPT; arts. 116 e 117, MP Militar; e arts. 150 e 151 quanto ao MPDFT.

O vigente Código de Processo Civil (LF nº 13.105/2015), ao cuidar dos sujeitos do processo, na Parte Geral, dedica ao Ministério Público seus arts. 176 a 181, sendo certo que, em sua Parte Especial, em situações fático-jurídicas específicas, recomenda a ouvida do MP, “como em seu art. 698 – ações de família –, nos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 721), como no processo de execução, cuja transação referendada por um de seus membros, é título executivo extrajudicial (art. 784, IV)”<sup>5</sup>.

Em face dessas disposições legais, infere-se que “Em seara cível, as atribuições ministeriais são extensas, haja vista que, intervirá como parte ativa, como na ação civil pública, como substituto processual, na defesa de direitos individuais indisponíveis, ou como interveniente, na condição de fiscal da ordem jurídica – *custos legis*”<sup>6</sup>.

Analisando, pois, essas atribuições de um modo geral, em síntese, o papel do membro do Ministério Público pode ser delineado em quatro pontos, quais sejam:

“a) assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição;

---

4 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

5 RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O Ministério Público no CPC/2015. In: ARRUDA ALVIM et al. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 150-151.

6 RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O Ministério Público no CPC/2015. In: ARRUDA ALVIM et al. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 149.

- b) apresentar uma postura pró-ativa para atender de forma efetiva às demandas da sociedade;
- c) agir para a transformação da realidade social, com vistas à preservação da ordem jurídica e da democracia;
- d) contribuir para a utilização dos métodos autocompositivos como uma das possíveis formas de atuação institucional.”

Assim, havendo interesse público, inegável a importância do membro do Ministério Público na aplicação de métodos alternativos de solução de conflito, como a mediação, em busca de uma cultura de pacificação social e efetividade da noção de justiça em sentido amplo.

## 1.2 Função Social do Ministério Público

Em consonância com o texto constitucional, é incontroverso que o Ministério Público possui uma feição social, uma vez que é responsável pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>7</sup>.

Com esse olhar, pode-se dizer que, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, a Instituição passou a ser destinada à preservação e garantias de valores fundamentais do homem e do próprio Estado, já que desvinculado de quaisquer dos Poderes da República, como nas constituições anteriores.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias<sup>8</sup> afirma:

“O Ministério Público tem de chegar ao povo e da forma mais ampla possível, para que se cumpra sua missão constitucional, assegurando efetivamente as garantias e interesses coletivos e sociais, além daqueles individuais indisponíveis – que pela sua natureza guardam caráter de ordem pública. Não se pode admitir, hodiernamente, Promotor de Justiça e que não esteja integrado e interagindo concretamente na comunidade onde exerce suas funções. (...) O representante do *Parquet*, principalmente o Promotor de Justiça – que está mais ligado aos anseios da comunidade –,

---

7 “Como dito desde o início, a intervenção só será realmente obrigatória, a despeito da previsão legal, se houver interesse público relevante que a legitime segundo a Constituição Federal, que prevê a missão institucional de tutelar interesses indisponíveis” (SANTOS JR., Eduardo Francisco. Intervenção do Ministério Público nas ações de família segundo o novo Código de Processo Civil. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, Magister, v. 10, jan./fev. 2016, p. 125). E reafirma: “De qualquer modo, não basta a previsão legal, o que determina a intervenção do Ministério Público no processo civil é o interesse público ou a indisponibilidade do direito material tratado no feito” (*Ibidem*, p. 126).

8 FARIAS, Cristiano Chaves de. *A função social do promotor de justiça e a necessidade de residir na comarca*. Disponível em: <http://www.raul.pro.br/artigos>. Acesso em: 25 abr. 2019.

deve estar integrado e em plena sintonia com as necessidades da sociedade, exercendo sua função com diligência e zelo, participando ativamente da vida comunitária da sua comarca, sendo sensível à defesa dos interesses da coletividade como um todo. Esta é a sua verdadeira missão.”

Assim, considerando que o objetivo deste estudo é fazer uma conexão entre o papel do membro do Ministério Público e a aplicação da mediação nos conflitos cíveis, a função social a que está determinado a exercer tem profunda correlação com a proposta de um trabalho voltado para a comunidade, a fim de tornar efetiva e concreta a justiça social.

Por outro lado, em se tratando da utilização de mecanismos de ação extrajudicial pelo Ministério Público, necessário ressaltar a necessidade da presença de dois elementos fundamentais, quais sejam: estrutura adequada do órgão e um programa de ação para atuação direta na comunidade.

Nesse diapasão e considerando esses elementos, Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo<sup>9</sup> afirma que o órgão ministerial deixa de ser “uma entidade reagente para se tornar um verdadeiro agente da defesa dos valores fundamentais da sociedade”.

Nessa hipótese, o representante do Ministério Público é peça fundamental em todo e qualquer mecanismo ou instrumento que garanta a efetivação dos direitos do indivíduo, como é o caso da mediação, como se verá adiante.

## 2 Mediação de Conflitos

Nas últimas décadas do século XX, o sistema tradicional de justiça brasileiro passou a adotar alguns métodos alternativos de solução de conflitos que envolvem questões jurídicas, por exemplo: a conciliação, a arbitragem e a mediação.

Trata-se de uma tendência liberal em diversos países, em razão das dificuldades percebidas no formalismo judicial estatal em relação ao dinamismo das relações jurídicas, além da conseqüente necessidade de resolução dos conflitos de maneira rápida, eficaz e eficiente.

É evidente que essa tendência pretende, cada vez mais, retirar a atuação do Estado dos assuntos de interesse dos particulares, dando lugar ao reconhecimento de plenitude do cidadão, como pessoa responsável pelos seus deveres e consciente de seus direitos, uma vez que é possível que ele mesmo

---

9 RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 305-316.

administre, transforme e resolva seus próprios conflitos. Ademais, as fórmulas tradicionais de resolver os litígios não trazem satisfação ao usuário do sistema.

Neste estudo, abordar-se-á com especificidade a mediação, como instrumento eficaz para a resolução de conflitos jurídicos, utilizando sua característica marcante que é a negociação.

Antes, porém, faz-se mister trazer à colação uma definição sobre o que se há de entender por conflito, sobre o que, com fulcro na lição de Morton Deutsch, enfatiza Mônica de Cássia Thomaz Perez Lobo:

“(...) a noção de conflito é muito mais complexa do que o conceito de lide – conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. O conflito existe onde quer que a ideia de incompatibilidade ocorra. Competição ou disputa implica em oposição de objetivos. No conflito, pode haver identidade de objetivos, sendo prejudicada a percepção dessa convergência; como exemplo, temos a divergência de pais sobre a orientação escolar dos filhos, há identidade de objetivos, no entanto, há conflito com relação aos meios utilizados para tal.”<sup>10</sup>

Pois bem, se há conflito entre os direitos e interesses dos cidadãos, há que se buscar uma equânime solução, donde a mediação, como posto, é o norte deste texto.

O grande passo inovador para se chegar ao método da mediação foi o Projeto de Negociação da Escola de Harvard, que defende a resolução de conflitos por meio de diálogo.

O método desenvolvido pela *Harvard Business School*, denominado de “negociação baseada em princípios”, traz como ideia central a necessidade de que cada envolvido tome decisões lógicas, buscando resultados que beneficiem a todos e baseada em padrões justos.

Nesse sentido, verifica-se a utilização de dois componentes básicos: o conteúdo do que está sendo discutido e o caminho para se chegar a uma negociação.

Trazendo essa concepção para o método da mediação, pode-se dizer que se trata de um meio consensual e voluntário de negociação, a fim de pacificar o conflito existente entre as partes, através da condução de um mediador, que atua sem poder de julgar, sugerir ou suggestionar, oportunizando às partes uma comunicação recíproca.

---

10 LOBO, Mônica de Cássia Thomaz Perez. Tendências da mediação dos conflitos na área de família. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, LexMagister, v. 35, mar./abr. 2020, p. 65.

Segundo Fernanda Tartuce<sup>11</sup>,

“A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsia em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem.”

Assim, no âmbito do processo de mediação, os envolvidos na controvérsia devem atuar cooperativamente em prol de interesses comuns na medida em que são auxiliados pelo mediador, especialista neutro, imparcial, e capacitado, no estímulo do diálogo pacífico, resguardando o bom relacionamento entre eles.

## 2.1 Conceito

Considerando os demais meios alternativos de solução de conflitos permitidos no Brasil e com o intuito de delimitar este estudo, importante destacar como a doutrina conceitua o instituto da mediação.

De forma bastante didática, Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto<sup>12</sup> ensinam que a mediação:

“É um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito. E um de seus objetivos é estimular o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias que estão envolvidas. Com esse método pacífico tenta-se propiciar momentos de criatividade para que as partes possam analisar qual seria a melhor opção em face da relação existente, geradora da controvérsia.”

Diante disso, a premissa básica para que esse método alcance o resultado pretendido é a cooperação e o diálogo, de modo que a realização de um acordo entre as partes passa a ser uma consequência lógica.

No mesmo sentido, mas em outras palavras, é o entendimento de Águida Arruda Barbosa<sup>13</sup>, quando afirma que a mediação constitui

“(…) um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os median-

---

11 TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

12 SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2014.

13 BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.



dos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas, para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos.”

Note-se que esses conceitos partem da premissa de transformação de uma determinada situação conflituosa em um momento pacífico, tranquilo e duradouro. Por isso, tem-se o que se chama de “modelo transformativo”, em que a mediação corresponde a um processo no qual um terceiro auxilia as pessoas envolvidas no conflito a agir com autodeterminação, explorando várias possibilidades de resolução, a fim de chegar a um consenso entre elas.

As diversas definições doutrinárias existentes levaram os Poderes Judiciário e Legislativo brasileiros a se ocupar da matéria, com o propósito de criar regulamentação da temática e, posteriormente, legislação específica.

## 2.2 Evolução da Mediação no Brasil

Inicialmente, em 2010, importantes diretrizes foram definidas pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, a qual instituiu a Política Judiciária Nacional para tratamento adequado de conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário.

A fim de assegurar a todos o direito à solução de conflitos, essa Resolução menciona tanto o instrumento da mediação como o da conciliação.

Posteriormente, o CPC/2015 contemplou a figura do mediador, prevenindo sua atuação, preferencialmente, nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando-as na compreensão dos interesses envolvidos, bem como no restabelecimento da comunicação pacífica entre eles.

Finalmente, com a vigência da Lei de Mediação (LF nº 13.140/2015) a atividade do mediador ficou definida como sendo a técnica realizada por “um terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (art. 1º, parágrafo único).

## 2.3 Lei Federal nº 13.140/2015

A Lei Federal nº 13.140/2015 dispõe sobre mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Em análise a essa legislação, a mediação busca proporcionar um espaço e momento pacíficos de conversação entre os envolvidos, a fim de permitir a percepção dos interesses de cada um, em uma perspectiva produtiva de consenso.

Relativo ao conteúdo dessa norma legal, ela aponta os seguintes princípios orientadores da mediação: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Além disso, esse diploma normativo prevê a possibilidade de atuação do mediador tanto no âmbito extra como também no judicial, além de definir os procedimentos necessários para a realização da mediação.

Conquanto tenha sido amplamente confrontada pelos estudiosos da mediação, uma vez que engessaria o procedimento que já era adotado extrajudicialmente, essa legislação é o instrumento formal que regulamenta o instituto, trazendo à sociedade uma segurança jurídica quanto à forma pacífica de sanar controvérsias, sem a interferência de um terceiro na solução do conflito.

### 3 O Ministério Público na Mediação

Considerando os tópicos anteriores, necessário se faz a correlação existente entre as funções exercidas pelo órgão ministerial, o papel do promotor de Justiça e o instituto da mediação na resolução de conflitos civis, aplicado no ordenamento jurídico brasileiro.

De início, traremos os elementos formais que disciplinam e regulamentam a atuação do Ministério Público nos procedimentos de mediação, seja no âmbito judicial ou extrajudicial. Posteriormente, apresentaremos algumas nuances sobre sua atuação nas hipóteses em que se aplica a mediação.

Quanto à mediação no âmbito do Ministério Público ressalta-se que esta é apresentada aos seus membros como um instrumento de resolução de conflitos à sua disposição, podendo ser utilizada como ferramenta na facilitação de diálogos entre pessoas envolvidas em conflitos, principalmente quando há interesse público na melhoria da comunicação.

#### 3.1 Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público

Considerando a mediação como uma forma amigável e colaborativa na solução de controvérsias, foi criado o *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*<sup>14</sup>.

---

14 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015.

Trata-se de uma parceria realizada em 2014 (1ª edição) entre o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP – e a Escola Nacional de Negociação e Mediação do Ministério da Justiça, como uma política de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público.

Esse Manual trouxe a ideia de buscar a construção de soluções jurídicas por meio de alternativas mais céleres e informais, a fim de resolver as controvérsias.

Assim, referido documento estipula: “Incumbe ao Ministério Público brasileiro implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos”.

Ao analisar esse manual, verifica-se que é um norte aos membros do Ministério Público, além de facilitador na utilização desses meios de solução de conflitos, incluindo a apresentação de roteiro prático, com fluxograma de ações e técnicas possíveis para aplicação.

Ainda, o manual apresenta os seguintes objetivos principais:

- “1. Fomentar nos membros da Instituição o interesse pelo tema e por suas enormes potencialidades para a qualidade da atuação Institucional;
2. Chamar a atenção dos demais operadores do Direito para o importante papel a ser desempenhado pelo Ministério Público nessa seara de atuação jurídica;
3. Fornecer a membros e servidores conhecimentos e técnicas essenciais para um uso eficiente e profissional dos métodos autocompositivos de solução de controvérsias.”

É possível identificar que tais objetivos estão intimamente ligados ao objetivo maior do Ministério Público, que é a promoção da justiça, com atuação de qualidade e acompanhando as necessidades sociais, além de se adequar aos meios de soluções de conflitos, com a participação dos interessados.

O Ministério Público, com a credibilidade institucional conquistada pelo exercício de suas funções constitucionais, desempenha um papel determinante no uso desses métodos para a promoção da justiça e a pacificação social.

Contudo, para que seja possível a implementação desses objetivos, sabemos que envolve uma mudança de mentalidade.

### 3.2 Potencialidades da Mediação Conduzida pelo Ministério Público

No processo de mediação, como regra, os próprios titulares do direito ou interesses se compõem com a contribuição de um terceiro, imparcial e equidistante.

O grande desafio da atuação do Ministério Público nos meios autocompositivos é que a legitimidade coletiva a ele atribuída na Constituição Federal e as responsabilidades decorrentes de sua função de defensor dos direitos constitucionais destinam-se à promoção da defesa de direitos e interesses de que não é titular, por exemplo: direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis.

Aqui há uma contraposição entre o papel do Poder Judiciário que é “realizar a justiça” quando provocado, em relação ao do Ministério Público que é “promover a justiça”. No caso do órgão ministerial, espera-se uma postura ativa, posto que desnecessária a provocação.

Entretanto, a necessária observância da lei serve sempre de parâmetro para as soluções, já que em qualquer hipótese deve atuar como guardião da lei.

De acordo com o manual:

“(...) o equilíbrio assegurado pela participação do Ministério Público e a adoção da lei como parâmetro são apenas pressupostos para uma boa resolução alcançada pelo uso dos métodos autocompositivos. As peculiaridades da situação concreta e o fato de envolverem diretamente pessoas que têm seus próprios interesses a defender (o apontado responsável pela lesão ou ameaça a direito na negociação e os titulares, na mediação) exigem do membro do Ministério Público uma ampla compreensão dos limites e potencialidades do uso desses métodos pela instituição para que a contribuição seja efetiva e qualificada.”

O enfrentamento do desafio supõe a superação de uma postura tradicional de atuação tendente a restringir a postura ativa à propositura de ações judiciais para demandar ao Poder Judiciário a resolução da lesão ou ameaça a direitos de cuja defesa está incumbida a instituição.

O Ministério Público não é o titular dos direitos que são objetos da composição e, ainda assim, atua para viabilizá-la sem a intervenção do Poder Judiciário.

Um exemplo prático disso é quando envolve interesse dos povos indígenas; nesses casos, o membro do Ministério Público deve orientar as partes a uma composição que preserve os interesses que motivam sua intervenção.

### 3.3 Limites da Mediação Conduzida pelo Ministério Público

Analisando a aplicação da mediação na resolução de conflitos cíveis é possível identificar que há limites na condução realizada pelo membro do Ministério Público.

Senão, vejamos.

Primeiro, o representante do órgão ministerial deve legitimar que haja consenso válido entre as partes – sem vícios na formação da vontade, principalmente porque um dos princípios da mediação é a voluntariedade, ou seja, os envolvidos precisam estar disponíveis para participar da mediação por sua livre vontade<sup>15</sup>.

Posteriormente, deve assegurar que as partes estejam devidamente informadas de seus direitos e do conteúdo da solução que se está viabilizando, a fim de que essa solução jurídica e a concretização do direito possam ser consideradas corretas à luz do ordenamento jurídico vigente, uma vez que atua como fiscal da escoreta aplicação da ordem jurídica.

Em resumo, pode-se afirmar que a legitimidade das soluções resultantes de autocomposição conduzidas pelo Ministério Público se ampara, basicamente, em dois fundamentos essenciais: o consenso válido, essencial em toda e qualquer solução autocompositiva; e a correção da solução à luz do ordenamento jurídico vigente.

### 3.4 Capacitação do Promotor de Justiça para Atuar na Mediação

Em se tratando da questão relacionada à capacitação do promotor de Justiça para atuação no âmbito da mediação, pode-se dizer que se trata de uma capacitação informal, tendo em vista o que dispõe o manual supracitado. Não obstante, vale ressaltar o que prevê o art. 18 da Resolução nº 118/2014, do mesmo CNMP, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público:

“Os membros e servidores do Ministério Público serão capacitados pelas Escolas do Ministério Público, diretamente ou em parceria com a Escola

---

15 “Pois bem, durante sua vida, com plena capacidade civil, a pessoa humana praticará atos da vida civil, de natureza pessoal, existencial e patrimonial, atos esses denominados jurídicos, em sentido amplo, porque são atitudes que gerarão efeitos jurídicos, ou seja, a aquisição de direitos ou assunção de deveres.

Para a existência jurídica desses atos, a pessoa haverá de externar sua intenção em praticar determinado ato – ou omitir-se –, daí ser a ‘Manifestação da Vontade’ humana intrínseca à existência jurídica do ato praticado ou omitido – a despeito da imprópria redação posta ao art. 4º, inciso III, do CC/02. Sem manifestação da vontade, o ato não tem existência fática, muito menos jurídica, uma vez que nada fora praticado, nada fora omitido.” (LIMA, Carolina Alves de Souza; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Direito à morte digna e a diretiva antecipada de vontade para o fim da vida: aspectos jurídicos, bioéticos e da ética médica. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, LexMagister, v. 34, jan./fev. 2020, p. 17).

Nacional de Mediação e de Conciliação (ENAM), da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, ou com outras escolas credenciadas junto ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público, para que realizem sessões de negociação, conciliação, mediação e práticas restaurativas, podendo fazê-lo por meio de parcerias com outras instituições especializadas.”

Aliás, é atribuição do Conselho Nacional do Ministério Público fomentar e implementar os programas e ações de incentivo à autocomposição (art. 4º da Resolução nº 118/2014).

No que diz respeito à promoção de treinamentos e atualização permanente dos membros e servidores sobre os mecanismos autocompositivos de tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas, a atribuição é das unidades de cada Ministério Público (art. 7º, III, da Resolução nº 118/2014).

Destarte, ressalta-se a importância da redução dos litígios judiciais através da utilização dos meios autocompositivos, para que a resolução dos conflitos seja mais célere, justa e efetiva para todos.

### 3.5 Possibilidade de Negociação de Direitos Indisponíveis

Preleciona o art. 3º da Lei Brasileira de Mediação:

“Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.”

Consoante a previsão legal, há possibilidade de se utilizar a mediação para resolver conflitos que envolvam direitos indisponíveis, desde que admitam transação, com a obrigatoriedade de oitiva do representante do Ministério Público, bem como a homologação por decisão judicial.

Aqui não se trata de transformar em disponível um direito que é essencialmente indisponível, mas tão somente especificar as condições para a implementação deste, levando em consideração o desejo das partes envolvidas na resolução da controvérsia.

Na prática, e em conformidade com o manual em análise, nos casos de se firmar um compromisso de ajustamento de conduta, o denominado TAC, a doutrina especializada no tema admite que a utilização desse instrumento serve “(...) para o fim de especificar as condições de modo, tempo e, às vezes, lugar para a implementação dos direitos coletivos que ele se destina a prote-

ger, o que não se confunde com dispensa das obrigações previstas em lei e, portanto, com disposição ou renúncia do direito, ambas vedadas”<sup>16</sup>.

Assim, as peculiaridades da negociação podem ser definidas ao se chegar a um consenso, desde que as partes estejam devidamente informadas de seus direitos e com a respectiva atuação do membro do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

Ainda sobre o TAC, como instrumento de negociação nos casos de direitos coletivos, o manual prevê:

“(…) o instrumento também pode ser utilizado para definição de conceitos jurídicos indeterminados sobre cuja interpretação haja controvérsia que prejudique a efetividade da norma, bem como para dimensionar adequadamente, à luz do caso concreto, o alcance de princípios jurídicos aplicáveis, permitindo-se com isso, inclusive, uma interpretação que transcenda o conteúdo específico da regra jurídica aplicável.

Por isso, entendemos que auxilia na compreensão do que faz o Ministério Público quando negocia em sede de tutela coletiva, ou quando atua como mediador ou conciliador, identificar essa atuação com uma posição de protagonismo na concretização do direito, ou seja, na sua interpretação para o caso concreto.”<sup>17</sup>

Por essa razão, nas hipóteses de expedir uma recomendação ou realizar uma negociação por meio de um TAC, com o intuito de se chegar a uma solução consensual para determinada controvérsia jurídica, o Ministério Público está concretizando o direito, isto é, interpretando o direito positivado, não apenas a regra jurídica aplicável ao caso, mas todo o sistema jurídico.

Em síntese, o que se está fazendo é afirmar o direito, definindo condições e especificações, sem as quais sua efetividade estaria prejudicada, o que não se confunde com a disposição do direito das partes.

#### 4 “Crise do Judiciário” e Novas Formas de Atuação do Membro do Ministério Público

É comum ouvir a afirmação de que a morosidade na tramitação de um processo judicial é fonte de injustiças e comprometimento da segurança jurídica das decisões, além de, muitas vezes, não oferecer satisfação integral aos envolvidos na demanda.

16 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 176.

17 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015. p. 151.

Segundo Marcelo Zenkner<sup>18</sup>, “(...) chegou-se também à conclusão no sentido de que a demora no processo diminui ou aniquila com a satisfação do bem da vida, vez que o atraso excessivo na conclusão do feito afeta diretamente a efetividade do direito, não só por privar alguém “daquilo que é seu”, mas também pela angústia da própria espera”.

É inegável que o atraso no julgamento de um processo contraria a legitimidade da função do julgador, notadamente em relação ao seu compromisso com a sociedade.

Com isso, e percebendo a possibilidade de resolver as lides pelos mecanismos de autotutela, o Ministério Público aferiu a necessidade de se utilizar formas alternativas de resolução de conflitos, com o intuito de preponderar sobre as demandas levadas a juízo.

Na verdade, trata-se da compreensão de evitar a provocação desnecessária do Poder Judiciário, o congestionamento das vias jurisdicionais e o desperdício de tempo e dinheiro com atos processuais. Contudo, sabe-se que esse não é o objetivo principal para a escolha da mediação, mas é um benefício na hipótese de sua utilização.

Na mediação realizada em casos de conflitos que envolvam interesse público, inegável a participação do representante do Ministério Público, a fim de informar sobre o conteúdo dos direitos ali discutidos, bem como a possibilidade de recomendação favorável às partes, com o possível consenso entre elas.

No entanto, na hipótese de não haver acordo entre os mediandos, um questionamento levanta-se, qual seja: o promotor de Justiça que atuou na mediação poderia atuar na ação judicial que, eventualmente, for proposta pelas partes?

Essa é uma questão que não é pacífica nas discussões que se travadas sobre o assunto. Todavia, entendemos que o ideal seria a participação de promotor de Justiça distinto daquele que atuou no procedimento da mediação, posto que terá um novo olhar sobre a questão discutida diante de um processo judicial.

Outro ponto importante de ser questionado é: o membro do Ministério Público, atuando como parte no processo judicial, também pode atuar como mediador?

---

18 RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 317-338.



Novamente, não se tem uma resposta equilibrada sobre esse ponto. Porém, entendemos que não, e que precisaria da intervenção de um profissional capacitado para atuar como mediador no caso concreto.

Finalmente, resta inequívoco que é plenamente viável o desempenho das funções do membro do Ministério Público nos procedimentos de mediação, porém, em alguns casos, não pode atuar sem auxílio de um mediador profissional, em razão de sua intervenção como parte, por exemplo, quando representa interesses de incapazes e indígenas.

## 5 Mediação e Ministério Público na Prática

Ao estudar este assunto, foi possível localizar alguns casos práticos em que o Ministério Público atuou como mediador, os quais abaixo detalharemos.

Há que se dizer, no entanto, que dentre as inúmeras atribuições do Ministério Público, está a de atendimento ao público (art. 32, II, da LONMP<sup>19</sup>), ou seja, de dar atenção ao cidadão carente, necessitado, em estado de vulnerabilidade, de sorte que, nesse exercício, por variadas vezes, sem que se dê peculiar atenção, o promotor de Justiça acaba intervindo como verdadeiro e efetivo mediador, com o fito de solucionar e pacificar o conflito de interesses entre os envolvidos, que foram em busca de amparo e proteção aos seus direitos e interesses, sejam de natureza pessoal, patrimonial, social.

### 5.1 Ministério Público Federal como Mediador

Nesse caso, a atuação do Ministério Público Federal como mediador deu-se nos anos de 2011 e 2012, numa controvérsia estabelecida entre o Hospital de Clínicas de Porto Alegre (empresa pública federal) e a Igreja Católica, relativo à desocupação da área destinada à Capela do hospital. O local era utilizado por ela com exclusividade por mais de duas décadas.

Após oitiva atenta de ambas as partes, a fim de compreender os argumentos de cada uma, o Ministério Público Federal recomendou-lhes solução que buscou preservar os interesses legítimos de cada qual: do hospital, de dar à área outra destinação e findar a exclusividade de uso da Igreja Católica sobre área pública; e da Igreja para assegurar espaço apropriado com o objetivo de ministrar adequada assistência religiosa aos católicos que dela precisassem<sup>20</sup>.

19 No Estado de São Paulo: arts. 121, II, e 294, § 7º, da LOMPESP.

20 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015. p. 150.

## 5.2 Projeto de Mediação para Idosos em Situação de Risco

O caso a seguir ocorreu nas dependências do Foro Regional de Santo Amaro, em São Paulo, em 2011, ocasião em que ainda não havia legislação específica acerca da mediação, porém já havia um desejo dos membros do Ministério Público atuantes naquela jurisdição de encontrar soluções mais ágeis do que o processo judicial.

Constatou-se, na prática, a seguinte situação: idosos em situações de abandono, posto não estarem adequadamente assistidos pela família, uma vez que os filhos não conseguiam se entender com relação a quem iria cuidar dele. Essa tarefa, então, acaba nas mãos de apenas um dos filhos, que termina por abrir mão de trabalho ou de faculdade para cuidar do idoso e, muitas vezes, não consegue ter os meios financeiros adequados para cuidar de si e daquele.

Em alguns casos, nenhum dos filhos se dispõe a cuidar integralmente do idoso, deixando-o grande parte do dia sem companhia, cuidados ou alimentação. Normalmente, também, as famílias não têm condições econômicas favoráveis para contratar uma pessoa para tomar conta do idoso e desejam uma vaga em entidade pública de longa permanência, sendo que essas instituições nem sempre têm vagas disponíveis.

O objetivo principal do projeto era atender em mediação transformativa-reflexiva os casos envolvendo idosos em situação de risco, quando detectado pela equipe atuante no Foro Regional de Santo Amaro.

O projeto esperava o seguinte resultado: atender famílias com idosos em situação de abandono, fomentando, por meio da reflexão e do diálogo, melhores relações entre todos os conviventes, a fim de que a situação de risco possa ser eliminada.

Contudo, após a realização de 15 procedimentos de mediação, os seguintes resultados foram alcançados:

- Em 3 (três) procedimentos os mediados não compareceram à pré-mediação;
- Em 3 (três) procedimentos os mediados compareceram aos encontros, porém não aderiram;
- Atualmente estão com 8 (oito) atendimentos em andamento, destes 4 (quatro) com acordos ou termos de entendimento;
- 1 (um) acordo já homologado pelo juízo, com ratificação da Promotora de Justiça<sup>21</sup>.

---

21 Números mencionados no Projeto de Mediação para Idosos do Foro Regional de Santo Amaro – SP, idealizado pelas promotoras de Justiça na área cível Monica Lodder de Oliveira dos Santos Pereira e Isabella Ripoli Martins, realizado em 2011.

Diante da amostra apresentada neste projeto, pode-se dizer que a comunidade possui grande interesse na realização dos procedimentos de mediação, a fim de solucionar seus conflitos, de modo que seja desnecessária a busca pelo Poder Judiciário.

## Considerações Finais

Há tempos já se difunde a ideia de que a sentença proferida no processo judicial pode ser fonte de injustiças, mormente quando prolatada a destempo, ou sem a obtenção das provas seguras e concretas quanto aos fatos em conflito, e que a morosidade na tramitação dos processos compromete a própria segurança jurídica da sociedade. Além disso, nota-se o enfraquecimento do vínculo entre o indivíduo e as instituições responsáveis pelo zelo de seus interesses pessoais e patrimoniais.

Sabe-se que o Ministério Público é uma instituição eminentemente negociadora e mediadora. Em razão de seu destacado papel na promoção do acesso à justiça e na efetivação dos direitos, os membros do Ministério Público lidam com inúmeros conflitos que desafiam e tantas vezes transcendem as possibilidades de resolução que o processo judicial tradicional oferece.

No entanto, sua atuação deve ser segundo a sua vontade institucional discricionária, sempre atento às peculiaridades da comunidade local. Todavia, sua ação precisa superar a burocracia do papel e buscar a efetividade do diálogo, do entendimento e da compreensão.

Vimos que a mediação é um instrumento efetivo na pacificação social, na resolução e prevenção de litígios, em contraposição ao processo judicial que muitas vezes não traz satisfação aos envolvidos. Além disso, a utilização desse método autocompositivo reduz a excessiva judicialização dos casos passíveis de negociação entre as partes, apesar de não ser esse o objetivo de sua utilização.

A prática da mediação no âmbito do Ministério Público é uma moderna forma de atuação de seus membros, inclusive com louváveis resultados concretos, como se vê nos casos práticos apresentados no quinto capítulo deste estudo.

Por fim, é de fácil verificação que os ditames inseridos na nossa Constituição da República de 1988 como atribuições do Ministério Público pretendem permitir o verdadeiro acesso à justiça a todos e a mediação é uma forma de se alcançar tal intento.

---

TITLE: The Prosecution Office in mediation.

ABSTRACT: The present study seeks to take information to society about the acting of the member of the Prosecution Office in the process of mediation of conflicts, within the scope of civil matters. Thereby,

deals with the organ's institutional functions, in terms of the 1988 Brazilian Federal Constitution, as well as its social function. In order to present a more detailed study about the subject, study the Negotiation and Mediation Manual for members of the Prosecution Office, register as potentialities and limitations in the mediation process conducted by the Prosecution Office. Furthermore, highlight the need for training the prosecutor in this area, as a new way of resolving social conflicts, in addition to showing the possibility of negotiating unavailable rights. Finally, two practical cases will be presented in which the Prosecution Office operates.

KEYWORDS: Prosecution Office. Assignment. Conflict. Solution. Mediation.

---

## Referências Bibliográficas

- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A função social do promotor de justiça e a necessidade de residir na comarca*. Disponível em: <http://www.raul.pro.br/artigos>. Acesso em: 25 abr. 2019.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*. Trad. Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.
- LIMA, Carolina Alves de Souza; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Direito à morte digna e a diretiva antecipada de vontade para o fim da vida: aspectos jurídicos, bioéticos e da ética médica. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, LexMagister, v. 34, jan./fev. 2020, p. 5-27.
- LOBO, Mônica de Cássia Thomaz Perez. Tendências da mediação dos conflitos na área de família. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, LexMagister, v. 35, mar./abr. 2020, p. 63-82.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PACHECO, Raquel. *O Ministério Público e a mediação*. Entrevista ao IBDFAM. 2005. Disponível em: <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/123897709/o-ministerio-publico-e-a-mediacao>. Acesso em: 26 abr. 2019.
- RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O Ministério Público no CPC/2015. In: ARRUDA ALVIM et al. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2014.
- SANTOS JR., Eduardo Francisco. Intervenção do Ministério Público nas ações de família segundo o novo Código de Processo Civil. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, Magister, v. 10, jan./fev. 2016, p. 113-126.
- STEFANONI, Luciana Renata Rondina. *A justiça em Aristóteles e a mediação extrajudicial de conflitos*. 2018, 244 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2018.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

Recebido em: 09.07.2020

Aprovado em: 13.10.2020

# A Autonomia da Vontade da Pessoa Idosa em Tempos de Coronavírus

LÉIA COMAR RIVA

*Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra – Ius Gentium Conimbrigae – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC-FD) – Portugal; Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP); Mestre em Ciências (FFCLRP-USP); Especialista em Violência Doméstica contra Criança e Adolescente (IP-USP); Professora Efetiva de Direito Civil: Família e Sucessões do Curso de Direito e de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS; Pesquisadora e líder do Grupo de Estudo e Pesquisa GREDIFAMS; Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Membro-Associado da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC); e-mail: lcriva@uems.br.*

“Viver e não ter a vergonha de ser feliz. Cantar e cantar e cantar, a beleza de ser um eterno aprendiz.”  
(Gonzaguinha)

RESUMO: O presente artigo teve como objetivo refletir sobre a situação da pessoa idosa diante do atual cenário mundial, em tempos de coronavírus, que requer medidas restritivas de convivências familiar e social. Os dados foram coletados por meio de pesquisa bibliográfica, fundada na discussão teórica do material consultado junto ao Direito brasileiro. Após a coleta e a análise dos dados verificou-se: que a função da família compreende cuidados que devem ser exercidos, seja qual for a idade de seus membros; que, em tempos de pandemia do novo vírus (Covid-19), as pessoas idosas são as mais vulneráveis, tanto no aspecto físico, já que estão no grupo de risco de maior taxa de mortalidade, quanto no âmbito social, devido ao isolamento a que são expostos; que a família, formada pelos parentes mais próximos, é o principal agente socializador e mediador entre o idoso e comunidade em geral e que essa tendência deverá perdurar até a completa e necessária criação de recursos na área médica para promover a segurança dessa expressiva camada da população. Enquanto isso não ocorre, cabe a cada membro da família cuidar, da melhor forma possível, de seus entes, dispensando-lhes os recursos materiais e imateriais de que dispõem para protegê-los, sem privá-los dos direitos fundamentais os quais lhes são inerentes.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Coronavírus. Vulnerabilidade. Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Os Direitos Humanos e a Proteção à Pessoa Idosa. 2 Princípios Norteadores dos Direitos dos Idosos; 2.1 Princípios da Convivência Familiar, da Dignidade, da Solidariedade e da Afetividade; 2.2 Princípios da Autonomia da Vontade e Autonomia Privada. Considerações Finais. Referências.

## Introdução

Discutir questões atuais é sempre um grande desafio; entretanto, algumas delas necessitam de urgência e, por isso, não podem esperar, tal como ocorre com a situação das pessoas idosas no enfrentamento da pandemia causada pelo coronavírus. Se, por um lado, a proteção jurídica a elas outorgada busca se consolidar em nível doutrinário e jurisprudencial, sobretudo, a partir da vigência da Lei nº 10.741/03, por outro lado, há pouca garantia de efetivação dessa proteção na sua convivência cotidiana em seus lares – fato que se agrava em tempos de pandemia.

O presente artigo faz parte das pesquisas desenvolvidas junto ao Grupo de Estudo e Pesquisa de Direito de Família e Sucessões, devidamente cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil “Lattes” e certificado pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e objetiva refletir sobre a situação da pessoa idosa diante do atual cenário mundial em tempos de coronavírus, que requer medidas restritivas de convivência familiar e também social.

O procedimento metodológico constitui-se de pesquisa bibliográfica e documental; a análise interpretativa fundar-se-á “na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas”<sup>1,2,3</sup>.

Para a investigação, far-se-ão algumas considerações sobre os direitos fundamentais e alguns princípios norteadores dos direitos dos idosos, com ênfase na da função social da família e da autonomia da vontade da pessoa idosa. Ao final, será proposta uma reflexão sobre a atual situação da pessoa idosa.

## 1 Os Direitos Humanos e a Proteção à Pessoa Idosa

Com fundamento em documentos internacionais, Orlando D. Pulvirenti<sup>4</sup> apresenta o conceito de direitos humanos, os quais, segundo o autor, estão inter-relacionados, são interdependentes e indivisíveis, e são inerentes

1 SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 4. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979. p. 60-62.

2 ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 42.

3 MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66.

4 PULVIRENTI, Orlando D. Introducción a los derechos humanos. In: NAPOLITANO, Silvina S. González; PULVIRENTI, Orlando D. (Coord.). *Introducción al estudio de los derechos humanos*. Buenos Aires: Errepar, 2011. p. 4.

a todos os seres humanos, sem distinção alguma de nacionalidade, lugar de residência, sexo, origem nacional ou étnica, cor, religião, língua ou qualquer outra condição. Os direitos humanos se fundamentam na dignidade da pessoa. Por isso de todo ser humano, sem importar sua idade, religião sexo ou condição social.

A proteção aos direitos humanos das pessoas idosas tem suas raízes na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual, expressamente, determina a igualdade de todos sem nenhuma distinção perante a ela (artigo 1) e no artigo 25, 1, prevê:

“Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

A Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução nº 46, de 16.12.91, fixou os Princípios das Nações Unidas para o Idoso: Independência, Participação, Assistência, Autorrealização e Dignidade.

No mesmo sentido isonômico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição Federal brasileira de 1988, entre outros, no art. 5º, *caput*, proclama a igualdade de todos perante a lei e a inviolabilidade, dentre outros, do direito à vida, à liberdade e à segurança; no inciso X, prevê a inviolabilidade da honra e da imagem, também do idoso; e no inciso XXXV garante ao idoso recorrer ao Poder Judiciário, na hipótese de qualquer lesão ou ameaça a seu direito.

Ainda, nossa Carta Magna, no Título VIII, Capítulo VII, que trata especificamente da família, criança e adolescente, jovem e idoso, em seu art. 229 prevê a reciprocidade de direitos e deveres entre pais e filhos, ao determinar: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Em seguida, o art. 230 da Carta Magna impõe também à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, de forma a assegurar-lhes participação na comunidade; defender sua dignidade e bem-estar e garantir-lhes o direito à vida. Além disso, o mesmo dispositivo constitucional determina que os “programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares” e que às pessoas maiores de 65 anos “é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos” (art. 230, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988).

Além dos citados dispositivos constitucionais, outros que regulamentam a matéria sobre o idoso, previstos quando se analisa a Lei nº 10.741/03, Estatuto do Idoso, reproduzem o disposto em alguns dos artigos da Constituição Federal de 1988, por essa Lei.

A proteção dos direitos fundamentais, os quais são “direitos humanos reconhecidos expressamente pela autoridade política”<sup>5</sup> e constituem-se de elementos capazes de garantir o respeito aos mais básicos direitos do ser humano como a vida, a dignidade, a igualdade e a liberdade, estão assegurados nos arts. 5º a 17 da Constituição Federal de 1988. A Lei nº 10.741/03 e outras legislações reafirmam ou reproduzem os direitos fundamentais vinculados àqueles previstos na Carta Magna, direcionados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, sempre com o objetivo de protegê-las e ampará-las.

O Estatuto do Idoso elenca como fundamentais os direitos à vida; à liberdade, ao respeito e à dignidade; aos alimentos; à saúde; à educação, cultura, esporte e lazer; à profissionalização e ao trabalho; à previdência social; à assistência social; à habitação e ao transporte (arts. 8º a 42 do Estatuto). É por meio da garantia desses direitos e da proteção integral prevista na mesma lei que o Estado busca assegurar, sob vários aspectos, a parcela da população abrigada pela legislação especial ora comentada.

Todos os direitos elencados no Estatuto do Idoso, como a própria denominação prevê, são fundamentais e estão interligados entre eles ou a outros que, embora não estejam expressamente previstos, também são essenciais para assegurar a dignidade da pessoa idosa nos planos material e imaterial. Dessa forma, a ordem estabelecida no Título II, do Estatuto do Idoso, não é taxativa ou exaustiva.

## 2 Princípios Norteadores dos Direitos dos Idosos

### 2.1 Princípios da Convivência Familiar, da Dignidade, da Solidariedade e da Afetividade

Depreende-se da leitura do Estatuto do Idoso que há vários princípios norteadores da proteção das pessoas por ele asseguradas. De forma não exaustiva tem-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da afetividade, intimamente ligados ao princípio da função social da família.

No art. 230 da Constituição Federal brasileira de 1988, está expresso que “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas,

---

5 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74.



assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. Esses direitos são reafirmados pela Lei nº 10.741, de 2003, a qual em seu art. 3º, expressamente, prevê:

“É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

No que diz respeito à convivência familiar, ela deve ser assegurada em ambiente que respeite a inviolabilidade da integridade física, psíquica, moral e social do idoso. A prática de atos contrários a esse direito é, expressamente, vedada pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto do Idoso e por vários instrumentos jurídicos. Nos crimes contra a assistência familiar, previstos no Código Penal brasileiro, o art. 244 determina:

“Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

Respeitar o direito à convivência familiar é respeitar a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, como fundamento do Estado Democrático de Direito, que desde o início da Era Cristã tem exercido grande influência sobre as relações intra e extra-familiares<sup>6</sup>. Como princípio, segundo Flávio Tartuce<sup>7</sup>, embora tenha grande ingerência e atuação no direito privado, é difícil conceituá-lo, “por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações”.

Rodrigo da Cunha Pereira<sup>8</sup> assegura o princípio da dignidade da pessoa humana como “uma coleção de princípios éticos”; afirma ser ele um sustentáculo para os ordenamentos jurídicos contemporâneos, a ponto de ser

6 RIVA, Lécia Comar. *União estável sob a perspectiva do parentesco por afinidade*. 2012. 251 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 115.

7 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2019. v. 5. p. 26.

8 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 94.

impossível “pensar em direitos desatrelados da ideia e conceito de dignidade”, e que a “dignidade é um macrop princípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade”.

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, segundo Maria Helena Diniz<sup>9</sup>, constitui a base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva) e tem “por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros”. A Constituição Federal de 1988, ao elevar a dignidade da pessoa humana como valor e princípio máximo do ordenamento jurídico brasileiro estabelece que todos os demais princípios deverão ser compatibilizados com esse:

“Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, virtude que só ao homem é facultada, é possível afirmar, ao mesmo tempo, que na prática e com o propósito de facilitar a vida das pessoas ele: 1) sustenta a norma de conduta de um para com o outro e vice-versa; 2) norteia o comportamento entre os membros que compõem a unidade familiar; 3) faculta, a cada um, uma existência digna, honesta, honrada, respeitosa e responsável; 4) garante o exercício de direitos, o cumprimento de deveres e a proteção de interesses; e 5) contém a ‘velha’ ideia de relação, fundada na solidariedade, da qual se irradiam direitos e deveres recíprocos.”<sup>10</sup>

As relações sociais solidárias, elevadas à categoria de princípio jurídico pela Carta Magna em seus arts. 3º, I, e 229 estão fundamentadas na solidariedade humana como uma “necessidade natural e um dever moral de todos os seres humanos”, que se satisfaz na convivência com outras pessoas<sup>11</sup>.

O princípio da solidariedade familiar está previsto na responsabilidade imputada à família, à sociedade e ao Estado diante dos cuidados e assistências especiais que devem ser dispensados ao idoso. Na ótica civil, de acordo com Maria Berenice Dias<sup>12</sup>, o princípio da solidariedade familiar, “que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de *conteúdo ético*, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a *fraternidade* e a *reciprocidade*” (destaques no original).

9 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5. p. 36.

10 RIVA, Léia Comar. *União estável sob a perspectiva do parentesco por afinidade*. 2012. 251 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 115.

11 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 39.

12 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 63, destaque da autora.

Flávio Tartuce<sup>13</sup> ressalta que a solidariedade na perspectiva das relações familiares é patrimonial, afetiva, psicológica e social e “o princípio da solidariedade familiar também implica em respeito e consideração mútuos em relação aos membros da entidade familiar”.

Nota-se que *in casu* trata-se da solidariedade *in solidum*, a qual se prende à ideia de responsabilidade integral – de todos por todos – de obrigação de caráter social e não de obrigação solidária, regulamentada pelo Direito Civil, porque essa não se presume e deve sempre resultar da lei ou da vontade das partes (art. 265 do CC/02).

As relações solidárias conduzem a maior proximidade entre os membros componentes da família, da qual pode emanar o afeto – do latim, *affectu* – que há tempos permeia as relações sociais. No entanto, a afetividade, elevada à categoria de princípio jurídico norteadora do Direito de Família e apontada, atualmente, “como o principal fundamento das relações familiares”<sup>14</sup>, é uma orientação relativamente nova em nosso direito positivo.

Paulo Lôbo<sup>15</sup> informa que o princípio da afetividade, implícito no texto constitucional em vários artigos, entre eles nos arts. 226 e 227, “especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade”. Na qualidade de princípio jurídico, aplicado em várias situações no Direito de Família, a afetividade “não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”. Complementa o autor aduzindo que a “força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador”, porque a “afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares”<sup>16-17</sup>.

Observa-se que há entre os princípios acima mencionados perfeita sintonia e que eles devem ser aplicados de forma ampla e irrestrita, a fim

13 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2019. v. 5. p. 15.

14 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2019. v. 5. p. 25.

15 LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48 e 51.

16 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 183-184.

17 RIVA, Lécia Comar. *União estável sob a perspectiva do parentesco por afinidade*. 2012. 251 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 117-118.

de proteger integralmente a pessoa idosa. Além da efetividade que se deve empregar a esses princípios, é preciso considerar o princípio da autonomia da vontade, perfeitamente também aplicável aos idosos.

## 2.2 Princípios da Autonomia da Vontade e Autonomia Privada

Como se teve oportunidade de apreender em outros estudos, segundo Silvio Romero Beltrão<sup>18</sup>, autonomia é o direito de proceder na vida privada segundo as próprias razões da pessoa humana. “Essa autonomia significa dizer a liberdade que o ser humano tem para conduzir a sua vida. A Constituição Federal do Brasil, em seu art. 5º, inciso II, dispõe que: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’”. Por conseguinte, “essa autonomia não é absoluta, pois a mesma está restrita aos termos da lei e aos princípios de ordem pública”.

Maria Rita de Holanda Silva Oliveira<sup>19</sup> assevera que a “distinção histórica entre as expressões autonomia da vontade, no contexto do Estado Liberal, autonomia privada no contexto do Estado Social” decorre do fato de que, no direito privado, o termo autonomia “sofreu uma série de variações conceituais que terminou por adjetivá-lo, ora como autonomia da própria vontade, em um exercício do interesse subjetivo de quem a exercesse, ora com os limites impostos pela própria ordem constitucional”, que, “embora mantivesse o seu caráter privatista, ao mesmo tempo regulava com limites impostos em observância a uma igualdade material a ser considerada nas relações jurídicas entre os particulares e que, embora fossem formalmente iguais, detinham características que implicavam em uma desigualdade material”.

Citado por Flávio Tartuce<sup>20</sup>, Francisco Amaral, após explicar que a “autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”, estabelece a diferença entre ela e a autonomia da vontade, no seguinte sentido: a expressão autonomia da vontade “tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”. Ainda, quanto ao princípio da autonomia privada, Flávio Tartuce<sup>21</sup> comenta que “esse princípio, na visão pós-moderna ou contemporânea do Direito

18 BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 165.

19 OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. Filiação: natureza jurídica, autonomia e boa-fé. In: LÔBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JR., Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 221.

20 TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. p. 144.

21 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2019. v. 5. p. 136.

Privado, substitui o antigo princípio da autonomia da vontade. A autonomia privada decorre da liberdade e da dignidade humana, sendo o direito que a pessoa tem de se autorregulamentar”.

A autonomia pode ser entendida em sentido amplo, como uma “derivação do direito à liberdade, a capacidade de um sujeito para determinar o seu comportamento individual. Contudo, no Direito Privado, esse conceito é restringido. A autonomia é definida como a possibilidade de o agente decidir acerca da realização de atos ou negócios jurídicos”<sup>22</sup>. Sob esse prisma, a autonomia privada não é absoluta, posto que tem “de ser conciliada ao direito de outra pessoa e a valores essenciais do Estado, como a igualdade, a solidariedade e a segurança” e somente proporciona “ao indivíduo a possibilidade de tomar decisões, desde que respeite a ordem legal”. De acordo com César Fiúza, citado por Fernanda Paula Diniz<sup>23</sup>, há diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade. Esta “seria a plena liberdade do indivíduo para realizar todo e qualquer ato, em conformidade apenas com sua vontade. Já a autonomia privada seria a liberdade de as pessoas regularem seus interesses, desde que respeitadas os limites legais”. No caso da autonomia privada, entendemos que se trata de autonomia relativa da pessoa, pois está subordinada às determinações decorrentes de normas jurídicas.

## Considerações Finais

Evidencia-se que a função da família compreende cuidados que devem ser exercidos, seja qual for a idade de seus membros e do ponto de vista biopsicossocial, a família deve garantir, além da sobrevivência física e psíquica, a convivência social de seus familiares.

Em tempos de pandemia do novo vírus (Covid-19), as pessoas idosas são as mais vulneráveis, tanto em razão de sua vulnerabilidade física, já que estão no grupo de risco de maior taxa de mortalidade, quanto de sua vulnerabilidade social, causada pelo isolamento a que são expostas.

Inexiste um único critério a ser adotado para classificar o idoso. Embora a maioria das legislações, como a nossa, adote o critério temporal ou cronológico, ele não é o único a ser utilizado, posto que outros como o psicobiológico e o econômico-financeiro também são aplicados. Portanto, em razão de existir “diversos critérios e da mutabilidade dos mesmos e das condições de vida da população, usualmente cada sociedade determina o critério adotado em seu

22 DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 97.

23 DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: ArraesEditores, 2011. p. 97.

ordenamento jurídico em específico espaço de tempo, não havendo como desenvolver uma regra geral”<sup>24</sup>.

Atualmente, o isolamento social se impõe como uma medida de resguardo; todavia, ele pode causar perdas irreparáveis na vida cotidiana e na liberdade de locomoção da pessoa idosa, a qual por receio próprio ou por imposição familiar, deixa de praticar atividades físicas inerentes a sua idade e condição e não mais frequenta as atividades e/ou grupos religiosos que demandavam tempo suficiente para as trocas de experiências, convivência e lazer.

Por conseguinte, no que se refere a sua autonomia da vontade, ou seja, o direito de proceder na vida privada segundo suas próprias razões, o direito à liberdade para conduzir sua vida de acordo com os seus interesses pessoais sofre uma série de restrições estabelecidas pela família ou pela sua própria escolha.

O confinamento e o isolamento social, inclusive dos próprios familiares, podem causar irreversíveis prejuízos emocionais à pessoa idosa. Nesse momento, entra em cena a rede de apoio familiar, sobretudo daqueles familiares mais próximos, dos quais a pessoa idosa aceita as visitas, a ajuda e/ou os conselhos. Por isso, mais do que em qualquer outro momento, faz-se necessário repensar o papel da família na proteção e na promoção dos direitos inerentes à pessoa idosa.

Infelizmente, esse cenário mostra-se irreversível até que tenhamos à disposição os recursos gerados pela área médica em geral para promover a segurança dessa expressiva parcela da população mundial. Enquanto isso não ocorre, cabe a cada membro da família cuidar, da melhor forma possível, de seus entes, dispensando-lhes os recursos materiais e imateriais de que dispõem para protegê-los, sem privá-los dos direitos fundamentais inerentes a esse que é, em geral, o mais antigo viajante da família.

O idoso é um viajante que percorreu, em geral, na jornada da vida terrena, um caminho mais longo que os demais membros do grupo familiar, por isso, é preciso encorajá-lo sempre a, como nos legou Gonzaguinha, na epígrafe: “Viver e não ter a vergonha de ser feliz. Cantar e cantar e cantar, a beleza de ser um eterno aprendiz”. Em tempos de coronavírus, esses carinhos devem ser intensificados.

---

TITLE: The autonomy of the will of the old person in times of coronavirus.

ABSTRACT: This article aimed to reflect on the situation of the old person in view of the current world scenario in times of coronavirus that adopts restrictive measures of family and social coexistence. Data were

---

24 DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 7.

collected through bibliographical research, based on the theoretical discussion of the material consulted with Brazilian law. After data collection and analysis, it was verified that the function of the family is so way of care that should be exercised at whatever age of its members; whereas in times of pandemic new virus (Covid-19) the older people are the most vulnerable both physical, since they are in the risk group of higher mortality rate, and social caused by the isolation to which they are exposed; that the family, formed by the closest relatives, is the main socializing and mediator agent between the elderly and the community in general and that this trend should last until the resources generated by the medical area are generated to promote the safety of this expressive layer of the population. While this does not occur, it is not up to each family member to take care, in the best possible way, of their loved ones by giving them the material and immaterial resources at their disposal to protect them without depriving them of the fundamental rights inherent to them.

KEYWORDS: Family. Coronavirus. Vulnerability. Fundamental Rights.

---

## Referências

- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2013.
- DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. *Filiação: natureza jurídica, autonomia e boa-fé*. In: LÔBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JR., Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais orientadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PULVIRENTI, Orlando D. *Introducción a los derechos humanos*. In: NAPOLITANO, Silvina S. González; PULVIRENTI, Orlando D. (Coord.). *Introducción al estudio de los derechos humanos*. Buenos Aires: Errepar, 2011.
- RIVA, Lécia Comar. *União estável sob a perspectiva do parentesco por afinidade*. 2012. 251 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 4. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.
- TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2019. v. 5.

Recebido em: 30.11.2020

Aprovado em: 29.12.2020

# LINDB: Elementos de Conexão Internacional e os Impactos nos Direitos da Personalidade

**MAURÍCIO ÁVILA PRAZAK**

---

*Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da EPD – Escola Paulista de Direito; Doutor pela FADISP; e-mail: mauricio.prazak@ibrei.org.*

**MARCELO NEGRI SOARES**

---

*Pesquisador ICETI e NEXT SETI; Professor-Visitante da Coventry University (Inglaterra-UK); Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito na UniCesumar-PR; Pós-Doutorado; Doutor pela PUC-SP; Advogado; e-mail: negri@negrisoares.com.br.*

**THAÍS ANDRESSA CARABELLI**

---

*Pesquisadora ICETI e NEXT SETI; Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UniCesumar); Pesquisadora na Área de Direitos da Personalidade; e-mail: thais.carabelli@negrisoares.com.br.*

**RESUMO:** O direito internacional privado se destina a indicar qual norma regulará uma situação jurídica. Para a escolha da regra, esse ramo do direito se utiliza dos chamados “elementos de conexão”. Ciente disso e utilizando o método hipotético-dedutivo, o presente estudo foi realizado com o objetivo de analisar os elementos adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, em específico, pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (norma interna que contém significativo regramento sobre o assunto) e qual o reflexo das regras conectivas sob os direitos da personalidade. Constatou-se que os elementos “território” e “domicílio” foram os mais escolhidos pelo legislador e que a normativa da LINDB condiz com a efetivação dos direitos relativos à personalidade, principalmente devido à escolha do elemento “domicílio”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Elementos de Conexão. Hermenêutica. Introdução ao Direito. Direito Internacional. Direitos da Personalidade.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O que o Direito Internacional Privado Disciplina?. 2 Quais Normas Regulamentam o Direito Internacional Privado no Brasil?. 3 Elementos de Conexão; 3.1 Território; 3.2 Nacionalidade; 3.3 Domicílio; 3.4 Local do Contrato; 3.5 Vontade dos Contratantes. 4 O que São os Direitos da Personalidade?. 5 Quais os Reflexos das Normas da LINDB nos Direitos da Personalidade?. Conclusão. Referências.



## Introdução

Muito se tem discutido sobre a aplicação da lei quando há questões que dizem respeito a um estado, mas que também o conectam com outro, no âmbito internacional. Nesse contexto, o estudo do direito internacional é de suma importância, porque ele é quem definirá qual norma regulamentará a relação jurídica.

Para que isso seja feito, o próprio direito interno escolhe um elemento central para cada situação. A título de demonstração, estabeleceu o legislador brasileiro que para as questões relativas ao direito de família aplicar-se-á a lei do domicílio da pessoa. Nesse caso, o domicílio é a característica que demonstra qual lei será aplicada.

Dessa forma, para que haja a compreensão sobre o objetivo inicial estipulado (o estudo sobre os elementos de conexão presentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e seus reflexos nos direitos da personalidade) este texto trata, inicialmente, sobre o que o direito internacional disciplina e quais normas o regulamentam na ordem jurídica brasileira.

Posteriormente, já se adentrando na análise das principais regras de conexão existentes e nas adotadas pela LINDB, utilizando-se do método hipotético-dedutivo e com o auxílio da bibliografia civilista e internacional, pode-se refletir sobre o impacto que a escolha daquelas normas (de conexão) causa aos direitos relativos à personalidade humana.

## 1 O que o Direito Internacional Privado Disciplina?

O direito internacional privado, espécie do direito internacional, tem por objetos a eleição da jurisdição e da norma aplicáveis a um caso, assim como a execução de decisões alienígenas que envolvam fatos transnacionais (RAMOS, 2015, p. 1).

Regras nacionais determinam a extensão da jurisdição de uma nação, até que ponto ela existe ou esbarra no poder jurisdicional de outro estado.

O próprio Estado brasileiro fixa regras que limitam o poder da sua jurisdição e reconhece a existência de outras, já que uma jurisdição ilimitada, baseada em uma atuação soberanista, dificultaria o cumprimento das ordens judiciais (RAMOS, 2015, p. 5).

No art. 12<sup>1</sup> da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n° 4.657/1942) e nos arts. 21 a 25 do CPC/2015, é delimitado

---

1 “Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. § 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil. § 2º A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o exequatur e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.”

em quais feitos (com conexão externa) o magistrado possuirá competência para julgar. Os arts. 21<sup>2</sup> e 22<sup>3</sup> exibem hipóteses em que tanto o Brasil quanto outros países serão competentes, enquanto o art. 23<sup>4</sup> traz exemplos em que apenas a jurisdição brasileira terá esse poder.

Por exemplo, uma lide em que o réu tenha nacionalidade estrangeira (mas possua domicílio no Brasil) poderá, segundo o art. 21, inciso I, do CPC/2015, ser proposta e apreciada por um magistrado brasileiro. Por outro lado, uma ação que verse sobre um bem imóvel situado em São Paulo, deverá ser ajuizada no Brasil, não podendo ser proposta em outro país, devido ao regramento exclusivo do art. 22, inciso I, do CPC/2015.

Mas o foco deste trabalho é a analisar qual norma será aplicada para o caso, se nacional ou estrangeira, o que também é determinado pelo direito internacional privado.

O juiz, ao julgar um conflito que envolva uma relação jurídica com elementos relativos a mais de um estado e, por consequência, referente a normas de mais de um estado, verificará a qual área do direito ela se refere (se ao direito criminal, trabalhista, de família, etc.) e decidirá, pautando-se nas normas de direito internacional privado, qual regra interna será aplicada.

Isso, porque, primeiramente, o direito internacional privado não se refere apenas às normas de direito privado; ele poderá abranger relações jurídicas que versem sobre aspectos públicos, como questões criminais, tributárias e administrativas.

O que importa, para a sua incidência, é que haja um elemento de extraterritorialidade (algo que conecte o caso a mais de um ordenamento jurídico). Esse é o caso dos direitos oriundos das novas tecnologias e também de qualquer direito com traços globalizados (SOARES; KAUFFMAN; DE CATUNDA SALES, 2019, p. 117).

- 
- 2 “Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III – o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.”
  - 3 “Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: I – de alimentos, quando: a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil; b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos; II – decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil; III – em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.”
  - 4 “Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II – em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; III – em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.”

A título de exemplo, o art. 7º, § 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que o regime de bens para um casamento celebrado entre cônjuges de diferentes nacionalidades será o do país que eles possuírem domicílio.

Nesse caso, há conexão externa, pois os nubentes possuem nacionalidade diversa. O direito internacional então irá intervir para mostrar qual norma material será observada. Maria Helena Diniz (2007, p. 297) aventa que as regras (elementos) de conexão indicam o direito aplicável a variadas situações jurídicas ligadas a mais de um sistema jurídico. O que se procurará, então, é um critério que permita aplicar o direito nacional ou o estrangeiro (DOLINGER, 2001, p. 289).

Esse critério poderá ser: a nacionalidade, a residência, o domicílio, lugar da situação dos imóveis, da perpetração do delito, o domicílio de escolha, entre outras (STRENGER, 2005, p. 333).

No caso, a norma escolhida é a do domicílio dos envolvidos. Essa área do direito não se presta para resolver o mérito do caso, no exemplo, para decidir qual o regime de bens do casal, mas apenas para indicar a norma interna que deverá ser aplicada para solucionar o problema. Desse modo, se o casamento tenha sido realizado entre um brasileiro e uma argentina e eles morarem no Brasil, a norma brasileira é que será aplicada.

## 2 Quais Normas Regulamentam o Direito Internacional Privado no Brasil?

Os próprios estados estabelecem as regras que decidirão sobre questões puramente internas e as normas que se prestaram a disciplinar as questões que dizem respeito ao estado, mas que também o conectam com outro, no âmbito internacional.

Além das normas elaboradas pelas nações, um tratado que tenha sido ratificado pelo país, também poderá conter uma norma de direito internacional privado.

Dessa forma, o direito internacional não necessariamente sempre indicará que a norma nacional seja a aplicada ao caso. Poderá haver previsão de que a regra internacional é que deva ser observada ou que ela resolva o problema, pois é a mais adequada. Ainda assim, em consonância com o art. 17 da LINDB, ela deverá ser compatível com a ordem pública, os bons costumes e não violar a soberania do estado que a executará.

Essas regras servem para as nações que adotem a teoria da extraterritorialidade, já aquelas que são afiliadas da “territorialidade estrita” só admitem a incidência de regras nacionais.

O Brasil, durante a vigência do Código Civil de 1916, adotava a segunda orientação, porque desejava que a jurisdição e a norma nacional possuísem a exclusividade no julgamento dos casos. Com a promulgação da Lei de Introdução ao Código Civil, em 1942, posteriormente chamada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e devido à influência doutrinária dos países europeus, começou-se a buscar a aplicação da norma mais adequada para o caso, mesmo que esta fosse de um ordenamento jurídico diferente (DOLINGER, 2009, p. 1-2).

No ordenamento jurídico pátrio, a norma que regulamenta a maioria da matéria de direito privado internacional é o Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, chamado abreviadamente de LINDB. As regras sobre a aplicação das normas estão entre os arts. 7º ao 19.

Há também os tratados internacionais, que, após a devida ratificação pela nação, passam a vinculá-la em matéria de direito internacional privado. Ele será uma boa ferramenta para dirimir conflitos espaciais de leis que atribuem a competência jurisdicional de um caso para mais de um estado.

### 3 Elementos de Conexão

Como já abordado, as normas da área do direito estudado são indicativas, porque indicarão qual regra será aplicada para a resolução de uma lide. Dentre elas, existem a *lex fori* e a *lex causae*. A primeira se equivale à lei nacional e a segunda, à lei estrangeira.

Ambas podem ser classificadas em bilaterais completas, incompletas ou unilaterais. Os regramentos bilaterais completos não especificam qual lei (nacional ou estrangeira) irá regulamentar a situação. Já as bilaterais incompletas estabelecem uma relação com um país, mas não fixam se a lei a ser aplicada será a nacional ou a estrangeira. Como exemplo, tem-se o art. 1.107<sup>5</sup> do Código Civil português de 1867 (MAZZUOLI, 2015, p. 68).

É o que ocorre no art. 7º, § 4º, da LINDB. Segundo ele, “o regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio”. Apenas se saberá se a lei interna ou externa regulará o caso no momento do descobrimento do país em que o casal for domiciliado.

Por fim, as unilaterais são aquelas que admitem somente a aplicação da legislação nacional. Nesse molde, encontra-se o art. 12, § 1º, da LINDB. Segundo o seu teor, “só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer

---

5 “Se o casamento for contraído em país estrangeiro entre português e estrangeira, ou entre estrangeiro e portuguesa, e nada declararem nem estipularem os contraentes relativamente a seus bens, entender-se-á que casaram conforme o direito comum do país do cônjuge varão.”

das ações relativas a imóveis situados no Brasil”. A Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser acionada, mas não tem jurisdição interna na soberania de uma nação e sujeita-se ao controle de convencionalidade para que tenha eficácia suas recomendações (BEZERRA; SOARES, 2016, p. 453; BEZERRA; SOARES, 2017, p. 19).

Além dessas classificações, o direito internacional privado se utiliza dos “elementos de conexão”. Nos dois exemplos citados, os elementos de conexão são, respectivamente, o domicílio da parte e o território brasileiro.

Mas, além deles, existem outros, como o lugar do contrato, a vontade das partes, a religião e os costumes tribais. Cada país escolhe qual elemento constará na letra da lei, escolha essa que é influenciada pelos costumes e a política de cada nação (MALUF; MALUF, 2018, p. 63-64).

Por exemplo, o legislador brasileiro estabeleceu que o fim e o começo da personalidade serão disciplinados com base na lei do domicílio da pessoa. Ele poderia ter optado pelo elemento “nacionalidade”, oportunidade em que a lei da nacionalidade do indivíduo regeria o assunto em questão, mas, em vez disso, entendeu que o coerente a ser feito era optar pelo “domicílio”. A seguir, serão analisados os principais elementos de conexão.

### 3.1 Território

A característica “território” é a que incide em maior escala, pois mesmo que não haja a sua previsão de forma direta, ela acaba estando presente de forma indireta (MAZZUOLI, 2015, p. 98). No art. 8º, *caput*, da LINDB é previsto que a lei do país em que os bens estiverem situados, os qualificará e regulará as relações a eles concernentes. Aqui, o elemento se encontra de forma expressa.

Já quando as normas preveem que a lei competente será a do domicílio da parte, da sua nacionalidade ou de onde o ato jurídico for praticado, a exemplo das regras expostas nos arts. 7º, § 4º<sup>6</sup>, e 9º, § 2º<sup>7</sup>, o local é vinculado de forma indireta, pois a pessoa nasce em algum lugar, possui domicílio em um país que possui território e o ato igualmente é praticado dentro de alguma jurisdição estatal com área delimitada.

Lembrando que esse conceito abrange mais do que a mera delimitação geográfica. Além do solo, o subsolo, os rios, os lagos, as baías, a faixa marítima territorial e o espaço aéreo também o compõem (PEREIRA, 2013, n. p.).

6 “Art. 7º (...) § 4º O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal.”

7 “Art. 9º (...) § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

Assim, ao se saber que um casal é domiciliado em Portugal e, segundo o § 4º do art. 7º da LINDB, constata-se que a lei portuguesa, ou melhor, a lei do domicílio (que é situado naquele país), será a competente para regular sobre o regime de bens dos nubentes.

### 3.2 Nacionalidade

A conexão pela nacionalidade é usada em larga escala nos países europeus. Mas, com a sua utilização, conflitos podem surgir em maior escala. Por esse motivo, a lei brasileira preferiu prever com preponderância o elemento “território”. Constatou-se com a utilização deste, a diminuição das chances de uma lei estranha (de outro estado) ser aplicada (JAYME, 1993, p. 259).

Um primeiro possível empasse que pode ser citado, é qual norma incidirá quando a parte possuir mais de uma nacionalidade? A doutrina atual entende que será aquela com a qual o indivíduo possuir maior contato, seja porque é domiciliada naquele país ou exerce a sua atividade profissional nele (MAZZUOLI, 2015, p. 99).

De fato, se uma pessoa nasceu, reside e trabalha em um estado e apenas obteve a nacionalidade de outro para comparecer nele com baixa frequência, não há coerência para que a lei do segundo seja reguladora de eventual relação jurídica que a envolva.

### 3.3 Domicílio

Pela leitura da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro facilmente se nota que o legislador, para regras relativas às pessoas físicas, deu preferência ao elemento do domicílio em detrimento da nacionalidade.

Se um indivíduo escolhe um país para morar permanentemente ou estabelecer seus negócios, ele deseja que a lei daquela nação seja a reguladora de eventual relação jurídica que possa ter. Novamente, não há razão para se aplicar a norma de um país, sendo que a parte tem intrínseca relação com outro.

Sobre o assunto, a seguinte ressalva é importante. O aplicador do direito deve saber e observar que a noção de domicílio é definida por cada estado e, em alguns casos, ela é diferente. No Brasil, nos termos do art. 70 do Código Civil, ele significa o local onde a pessoa reside com ânimo definitivo; já na Itália, seu significado é o lugar em que o homem estabelece a sede principal de seus interesses (art. 43 do Código Civil) (MAZZUOLI, 2015, p. 101).

Ainda, para o caso de inexistência de domicílio, a residência poderá ser utilizada e, existindo várias delas, a última estabelecida será a escolhida (JAYME, 2015, p. 259).

### 3.4 Local do Contrato

Um contrato terá interferência do direito internacional privado quando conter um elemento de estraneidade que pode ser o domicílio das partes (situados em países diferentes) ou o local da propositura e o da execução do contrato serem diversos (um em cada Estado-Nação).

Na Idade Média, tinha-se como regra de conexão aplicável aos contratos internacionais, a lei do local em que as obrigações se constituíssem. Essa opção perdeu no tempo e foi acolhida pelo nosso sistema jurídico, em específico, no art. 9º, *caput*, da LINDB (DOLINGER, 2001, p. 292-293). Segundo o dispositivo, para qualificar e reger as obrigações serão aplicadas a lei do país em que se constituírem, regra cuja expressão em latim é nomeada de *locus regitactum*.

Nadia de Araujo (2004, p. 320) atribui a Bartolo de Sassoferrato a sistematização das regras de conexão. Para ele, as questões contratuais originadas do contrato e de sua forma seriam regidas pela lei do local da celebração. As que surgissem depois da celebração seriam resolvidas pela lei do local da execução. Assim, admitia-se a possibilidade de aplicação de mais de uma lei a um mesmo contrato.

Durante o século XIX, Friedrich Savigny (1991, p. 67) adotou como elemento conectivo, a lei do local da execução, por entender ali eram realizadas as ações mais importantes referentes à obrigação pactuada.

No ordenamento jurídico brasileiro, é sabido que o elemento de conexão utilizado para uma obrigação referente a um contrato é o local de sua constituição, mas, de acordo com o art. 9º, § 2º, da LINDB, considera-se que uma obrigação é constituída no lugar da residência do proponente.

Por esse modo, resta afastada a possibilidade das partes exercerem o livre-arbítrio para a eleição da regra aplicável ao ato, sua substância e a validade do consentimento. São as regras do local da propositura que o regulará em seu aspecto extrínseco, inclusive indicará o foro para resolver os conflitos decorrentes da relação contratual (DINIZ, 2007, p. 295).

O entendimento de Savigny parece muito mais coerente do que o adotado pelo legislador pátrio. Isso, porque imagine-se que o proponente seja domiciliado na Espanha, mas acorde com um brasileiro para realizar uma construção no Brasil. Neste país é que todo o negócio se desenvolverá e será executado. Logo, haveria mais razão para que as regras locais o regulamentassem.

Por outro lado, há um ponto positivo. Com a norma do modo como ela é prevista, evita-se que as partes estipulem que determinada obrigação deva

ser realizada em um território que contenha facilidades (até mesmo ilegais), uma vez que as regras a serem aplicadas serão as da residência do proponente.

Mas é importante salientar que se a execução vier a ser feita no Brasil, requisitos intrínsecos essenciais estabelecidos na lei brasileira deverão ser observados. Tal regra está expressa no § 1º do art. 9º da LINDB.

Ao ver de Luiz Alberto de Souza e Silva (2000, p. 94), esta normativa acompanha a ideia de preservar a soberania do Estado ao regular as relações jurídicas a serem concretizadas em sua jurisdição.

Em síntese, todo ato que observar, quanto a sua forma extrínseca, a lei local em que for constituído será válido e poderá fazer prova em qualquer país (DINIZ, 2007, 295), mas se for executado em outro, deverá cumprir as regras de constituição essenciais expostas por ela.

Essa é apenas uma exceção à regra geral que expõe ser a residência do proponente o elemento que define onde a obrigação é constituída. Há outras situações excepcionais.

As relações trabalhistas devem obedecer as leis do local da prestação do serviço, enquanto os contratos concluídos por consumidores, não poderão subtrair deste a proteção que a lei da sua residência o assegura (DINIZ, 2007, p. 301).

### 3.5 Vontade dos Contratantes

Em sua conceituação atual, a autonomia da vontade significa a liberdade de contratar quando a pessoa quiser, com quem quiser e sobre o que quiser, ou seja, é o direito dos operadores econômicos de livremente decidir a quem oferecer seus bens e serviços e de quem recebê-los, bem como a possibilidade de livremente determinar as condições de seus acordos. Isso são os fundamentos de uma ordem econômica aberta, competitiva e voltada ao mercado (VILLELA, 2009, p. 8).

Para Maria Helena Diniz (2004, p. 32-33), esse poder de autorregulamentação, além da liberdade de criação do contrato, envolve a liberdade de contratar ou não contratar, isto é, o poder de decidir, segundo seus interesses, se e quando estabelecerá com outrem uma relação jurídica contratual. Envolve, igualmente, a liberdade de escolher o outro contraente, embora às vezes essa pessoa seja insuscetível de opção e, finalmente, a liberdade de fixar o conteúdo do contrato, escolhendo qualquer uma das modalidades contratuais reguladas por lei.

---

8 “Art. 9º (...) § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.”



Em outras palavras, a vontade das partes é um elemento que traz a ideia do exercício da liberdade. Por ela, os envolvidos podem, de forma expressa ou tácita, dispensar a aplicação de algumas normas e estabelecer o cumprimento de outras.

Em razão dessa liberdade contratual ou autonomia privada, as partes exercem, com ampla liberdade, sua autodeterminação individual. A autonomia da vontade, na qual se funda a liberdade contratual dos contratantes, segundo Maria Helena Diniz (2004, p. 32), consiste “no poder de estipular livremente, como melhor lhe convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

Valerio Mazzuoli (2015, p. 102-103), sobre o assunto, cita que para Hee Moon Jo, esta característica possui grande aceitação em âmbito mundial, pois algumas legislações já concedem o direito das partes optarem pela regulação de sua relação conforme as suas vontades; isso diminui as chances de resistência à esfera judiciária, em caso de eventual descumprimento, uma vez que elas foram quem decidiram sobre as normas e há vários elementos de conexão, o que pode dificultar a interpretação dos contratos internacionais existentes.

Outro fator que soma à sua aderência é o aumento da comunicação entre os povos, causado pela globalização (ARAÚJO, 2004, p. 321). Uma vez adotada, os envolvidos não precisam se submeter a uma regra que talvez não aprovelem ou não se adaptem.

Por outro lado, quando um estado proíbe a utilização desse elemento de conexão, o que se vê é uma supressão do direito de manifestação da população. O negócio jurídico fica adstrito à lei estatal, sem ressalvas.

De qualquer forma, quando convencionada, deve ser observada, em homenagem ao princípio do *pacta sunt servanda*.

O Código Civil de 1916 exibia a possibilidade da incidência da autonomia da vontade ao disciplinar em seu art. 13 que, a lei do local onde as obrigações fossem constituídas, regularia quanto à substância e os efeitos destas, salvo estipulação em contrário; ou seja, se os indivíduos disciplinassem sobre a obrigação, a norma local não seria aplicada.

Mas a legislação se alterou com o advento da LINDB. Nela, especificadamente em seu art. 9º, há a previsão de que *para* “qualificar as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”, nada aventando, mesmo que implicitamente, sobre a regulação pelos particulares.

Nesse caminho, esse elemento de conexão é permitido quando o estado envolvido, por exemplo, aquele onde a obrigação for assumida, não o proibir.

Até porque a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais admite o regimento do pacto conforme o direito escolhido.

Ainda assim, nos moldes do art. 17 da LINDB, o conteúdo adotado não poderá violar a soberania nacional, a ordem pública, os bons costumes e as normas presentes em tratados e costumes internacionais.

Já no âmbito internacional, a autonomia e a liberdade contratual aparecem no artigo 1.1<sup>9</sup> das disposições gerais sobre os princípios da UNIDROID. Esse princípio foi expressamente reverenciado em várias convenções internacionais e passou a integrar a ordem jurídica de muitos países, especialmente aqueles formatados pela *common law*, que possuem constituições mais liberais (ARAÚJO, 2004, p. 3.638).

Mas, mesmo nos países que asseguram ampla autonomia da vontade, essa abertura, muitas vezes, fica limitada à determinada legislação de um país ou outro (GAMA JR., 2006, p. 433); ou seja, o que tem sido feito é a escolha de um conjunto legislativo e não de normas esparsas, o que não evidencia a ampla e livre manifestação da vontade das partes.

#### 4 O que São os Direitos da Personalidade?

O próprio nome do instituto revela o seu significado. Os direitos da personalidade são aqueles essenciais à existência e ao suporte da personalidade humana. Sem eles, o ser não existe e se desenvolve por completo.

Uma pessoa possui características que o integram. O seu nome, a sua imagem (tanto dele perante à sociedade como diante de si mesmo) e o seu corpo foram o ser, que é singular (único).

Em caso de transgressão a algum desses direitos, a personalidade é afetada.

Além deles, há direitos que, embora não sejam direitos da personalidade propriamente ditos, interferem crucialmente nessa esfera. Por exemplo, o direito à educação. Um indivíduo somente se desenvolve por completo intelectualmente após obter uma educação adequada (FIGUEIREDO; LÍNS JR., 2018, p. 17). Isso interfere em quem ele se tornará.

E há relação direta entre a educação e a imagem da pessoa. Além desse direito social, muitos outros podem ser citados, como o direito ao trabalho,

---

9 ARTICLE 1.1 (Freedom of contract): “The parties are free to enter into a contract and to determine its content”. Tradução livre: Artigo 1.1 (liberdade para contratar): “As partes são livres para celebrar um contrato e determinar o seu conteúdo”.

o direito à saúde, o direito à alimentação, o direito a um ambiente familiar acolhedor. Todos eles refletem na personalidade humana.

Após os horrores da Segunda Guerra Mundial, a atenção dos juristas se voltou para a questão da proteção humana, positivando os direitos humanos e os da personalidade.

Não há dúvida de que as relações internacionais, cada vez mais crescentes, interferem em algum aspecto da personalidade. Nesse seio, é que o estudo da LINDB, lei com maior quantidade de normas de direito internacional no Brasil, é necessária para a compreensão de como o país adotou os elementos de conexão e como isso refletiu nos direitos da personalidade.

## 5 Quais os Reflexos das Normas da LINDB nos Direitos da Personalidade?

Direitos civis, familiares e sucessórios são abordados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O ordenamento jurídico adotou, para as questões do começo e fim da personalidade, do nome, da capacidade e dos direitos de família, o elemento de conexão do “domicílio”. É o que dispõe o art. 7º<sup>10</sup> daquele diploma legal.

Isso significa que quando houver uma relação jurídica sobre esse assunto que possa suscitar a aplicação de normas de estados diferentes, porque envolvem elementos externos aos países, a lei do domicílio do indivíduo é que será aplicada.

Por exemplo, se uma adoção (um negócio jurídico) for realizada no Brasil e envolver uma criança domiciliada em outro país, a lei brasileira vai ser aplicada quanto ao procedimento, mas a capacidade da adotante será analisada conforme a lei de seu domicílio.

De fato, as normas do país da adotanda foram formadas através da manifestação cultural daquele povo. É lá que se encontra a cultura que moldou a personalidade dela.

Dessa forma, coerente é o posicionamento adotado pelo Brasil, quando questões relativas à personalidade, como o nome, a capacidade, e direitos de família, estiverem envolvidos.

---

10 “Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”

A lei de introdução às normas também prevê, em seu art. 10<sup>11</sup>, que a regra aplicável para questões sucessórias (exceto as que envolvam bens situados no território brasileiro), seja a do domicílio do morto (ou do desaparecido).

Igualmente, vê-se a coerência da escolha da regra de conexão. Se o indivíduo estabeleceu a sua residência com ânimo definitivo (ou concentra todos os seus negócios) em um determinado território, são as regras dali que ele pretende que sejam aplicadas. Não há sentido para que a regra pertencente à nação de sua nacionalidade incida, como muitos países europeus fazem.

No que concerne a obrigações pactuadas, para a lei em comento, nos termos de seu art. 9<sup>o</sup><sup>12</sup>, será a elas aplicada a legislação do território onde forem constituídas. Sobre esse assunto, o que se nota é a pouca utilização do elemento da autonomia da vontade. E, quando ela incide, há o mero uso de um corpo de normas “pronto” de algum estado.

Ou seja, não há a real manifestação da autonomia, pois não se escolhe normas salteadas que melhor se adéquem ao caso. Isso influi nos direitos da personalidade, porque uma de suas espécies é o direito à liberdade de pensamento<sup>12</sup>. Sem dúvida, ao refletir sobre o caso com a finalidade de encontrar normas que sejam adequadas e agir conforme a própria vontade, há a manifestação da personalidade.

E essa liberdade de escolha não se revela um perigo para a sociedade, porque ela é limitada pelo que dispõem os bons costumes, a ordem pública, a soberania nacional e os tratados internacionais.

## Conclusão

O direito internacional privado tem por objetivo indicar qual norma deve ser aplicada para resolver um conflito visualizado no âmbito internacional. Apesar de serem firmados alguns documentos internacionais sobre o tema, o próprio direito interno dos estados legisla e determina quais regras servirão para mostrar a lei aplicável a um caso.

No Brasil, a legislação que contém maior conteúdo sobre a matéria de direito internacional privado é a Lei de Introdução às Normas do Direito

---

11 “Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.”

12 “Quanto à classificação dos direitos da personalidade, Limongi França os classifica de acordo com os aspectos determinados da personalidade a que se referem: direito à integridade física, direito à integridade intelectual e direito à integridade moral. Quanto ao direito à integridade intelectual, temos: o direito à liberdade de pensamento, o direito pessoal de autor científico, o direito pessoal de autor artístico, o direito pessoal de inventor.” (MALUF; MALUF, 2018, p. 181)

Brasileiro. Para este trabalho, ela foi estudada e analisada sob a ótica da existência dos direitos da personalidade.

É certo que em algumas hipóteses, devido aos próprios estados disciplinarem sobre o assunto, pode haver conflito no que tange à qual norma ser a competente para regular uma situação jurídica. Isso demandará uma atuação atenta do magistrado.

Mesmo assim, é imprescindível, para a compreensão do tema e a percepção da norma correta, a análise dos elementos de conexão. São eles que mostram se para determinada questão (como as relativas ao direito de família) será aplicada a lei da nacionalidade do indivíduo ou de seu domicílio.

Por meio do estudo, percebeu-se que a LINDB contém normas coerentes e que vão ao encontro da proteção e da efetivação dos direitos da personalidade, principalmente porque o elemento de conexão “domicílio” foi fortemente utilizado.

Ele mantém íntima relação com a personalidade da pessoa, porque é no lugar que ela escolheu morar que estão as pessoas de seu convívio social e as normas desenvolvidas a partir da cultura que integra a sua personalidade.

Escolher o elemento da “nacionalidade” para reger assuntos tão íntimos, como o nome, a capacidade e o direito de família, desconsideraria toda a liberdade e autonomia essenciais para o exercício da própria pessoa.

É justamente por essa razão que após constatar a pouca utilização do elemento da “autonomia” para reger outras relações jurídicas, como as baseadas em contratos, que se aconselha aos estados, o incentivo e a disseminação dessa possibilidade de atuação pelas partes, desde que se respeitem a ordem pública estatal e os bons costumes (nacionais e internacionais).

---

TITLE: LINDB: elements of international connection and the impacts on personality rights.

ABSTRACT: Private international law is an area of international law intended to indicate which rule will govern a legal situation. For the choice of the rule, this area of law uses the so-called “connecting elements”. Aware of this and using the hypothetical-deductive method, this study was conducted with the objective of analyzing the elements adopted by the Brazilian legal system, in particular, by the Law of Introduction to the norms of Brazilian Law (national rule that contains significant rules about the subject) and what is the reflection of the connective rules under personality rights. It was found that the elements “territory” and “domicile” were the most chosen by the legislator and that the rules of the LINDB match the realization of personality rights, mainly due to the choice of the element “domicile”.

KEYWORDS: Connecting Elements. Hermeneutics. Introduction to Law. **International Right. Personality Rights.**

---

## Referências

- ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BEZERRA, Eudes Vitor; SOARES, Marcelo Negri. Regime autoritário ditatorial brasileiro da década de 1960 e violações de direitos humanos reconhecidas no caso Gomes Lund e outros desaparecidos na Guerrilha do Araguaia. *Conpedi Law Review*, v. 2, n. 2, 2016, p. 453-474.
- BEZERRA, Eudes Vitor; SOARES, Marcelo Negri. *Direitos humanos: controle de convencionalidade brasileiro*. Coordenação científica de Alessandra Silveira, Sophie Perez Fernandes e Sergio Maia Tavares Marques. Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Escola de Direito da Universidade do Minho. Braga: Portugal, 2017.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, 4 set. 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 1º nov. 2019.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 20. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei nº 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 12. ed. Adaptada à Lei nº 10.406, de 2002. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese de Cátedra em Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: [s.n.], 1979.
- FIGUEIREDO, Jéssica Antunes; LINS JR., George Sarmento. O direito fundamental à educação e sua efetividade no Brasil: uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais de Pontes de Miranda e da Constituição brasileira de 1988. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 6, n. 1, 2018. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/343>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- FLORIANI, Lara Bonemer Rocha; SANTOS, Luccas Farias. A hierarquia dos tratados internacionais e seus reflexos jurídicos e extrajurídicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 7, n. 1, 2019. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/533>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- JAYME, Erik. *Narrative normenim internationalen privat – und verfahrensrecht*. Tübingen: Eberhard-Karls-Universität, 1993.
- PEREIRA, Luiz Fernando. Estudos de direito internacional público: Estado (território). *JusBrasil*. 2013. Disponível em: <https://drluizfernandopereira.jusbrasil.com.br/artigos/111916927/estudos-de-direito-internacional-publico-estado-territorio>. Acesso em: 17 nov. 2019.
- RAMOS, André de Carvalho. Jurisdição internacional sobre relações de consumo no novo Código de Processo Civil: avanços e desafios. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 100, jul./ago. 2015. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/download/51/41>. Acesso em: 11 nov. 2019.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit romain*. Trad. Charles Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères, 1851. t. 8.
- SOARES, Marcelo Negri; KAUFFMAN, Marcos Eduardo; DE CATUNDA SALES, Gabriel Mendes. Avanços da Comunidade Européia no direito de propriedade intelectual e indústria 4.0: extraterritorialidade e aplicabilidade do direito comparado no Brasil. *Revista do Direito*, v. 1, n. 57, 2019, p. 117-137.
- STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional privado: curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- UNCITRAL. *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>. Acesso em: 1º nov. 2019.

Recebido em: 25.08.2020

Aprovado em: 16.10.2020

# O Direito Animal e a Doutrina Sentimental

JOÃO HORA NETO

---

Doutorando em Direito pela UFBA; Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe; Juiz de Direito do Estado de Sergipe; Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT); e-mail: joao.hora.neto@gmail.com.

“Apaixonar-se não é argumentar.”  
(Carlos Maximiliano)

**RESUMO:** O estudo analisa a doutrina do direito animal, a partir da imprecisa delimitação do seu objeto, se animal doméstico, domesticado ou silvícola, bem como discute se há uma dignidade animal. Faz um breve histórico sobre o direito animal, apresenta a cronologia legislativa atual e de *lege ferenda*, além do direito comparado. Com base em dois precedentes (*leading cases*), investiga se o animal é sujeito de direito, ou se é um sujeito de direito despersonalizado (nem coisa nem pessoa), ou se é um bem móvel semovente, como assim descrito no Código Civil. Detalha os argumentos favoráveis e contrários à doutrina animal, aduzindo os reflexos sobre os demais ramos do direito, trazendo a discussão para a realidade jurídica concreta. Conclui que não há uma dignidade animal e que o antropocentrismo mitigado adotado pelo direito pátrio já protege o animal enquanto uma coisa, ainda que não inanimada, por ser um ser senciente (capaz de sofrer). Ao cabo, conclui que a doutrina do direito animal é permeada de achismos e sentimentalismos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Animal. Objeto. Delimitação. Imprecisão. Cronologia Legislativa. Animal Como Sujeito de Direito. Argumentos A Favor e Contra. Dignidade Animal. Inexistência. Direito Concreto. Animal Como Coisa Senciente. Antropocentrismo Mitigado. Doutrina Animal. Populismo Jurídico.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Breve Histórico. 2 O Animal Enquanto Bem Móvel. 3 A Legislação Pátria, a Dignidade dos Animais e o Direito Comparado; 3.1 Cronologia Legislativa; 3.2 *De Lege Ferenda* e a Dignidade dos Animais; 3.3 O Direito Comparado. 4 Argumentação Jurídica sobre o Direito Animal; 4.1 Argumentos Favoráveis; 4.2 Argumentos Contrários; 4.2.1 Imprecisa Delimitação Conceitual do Animal Não Humano; 4.2.2 Incongruência para o Direito Civil; 4.2.3 Incongruência para o Direito Constitucional; 4.2.4 Incongruência para o Direito Tributário; 4.2.5 Incongruência para o Direito Penal; 4.2.6 Incongruência para o Direito Processual. Considerações Finais. Referências.

## Introdução

Na sociedade pós-moderna constata-se, na humanidade em geral e, especialmente, na sociedade brasileira, um crescente aumento de animais de estimação, cuja população atual já é muito maior do que o número de brasileiros.

A relação de afeto entre o homem e seu animal de estimação é um fato inconteste, não se sabendo, contudo, se a recíproca é verdadeira, inclusive porque a doutrina animal não explicita qual animal pretende proteger (domésticos, domesticados, silvestres) ou se a todos eles indistintamente.

Iluminada pelo direito comparado, uma parcela da doutrina sustenta que o animal em geral – e, mais especificamente, o animal de companhia/estimação – é um sujeito de direito, sendo apontado como um ser senciente, dotado de uma natureza jurídica especial, diferente, pois, daquela positivada no Código Civil. Argumenta, ainda, que os animais têm dignidade, a partir de um princípio implícito constitucional.

O presente estudo visa a discutir tal polêmica, ou seja, analisar se o animal em geral – e, mais propriamente, o animal de estimação – é ou não sujeito de direito, se é um sujeito de direito despersonalizado (nem coisa nem pessoa) ou se é uma coisa, um semovente, como assim positivado no Código Civil.

A doutrina do direito animal guarnece acesa controvérsia, inclusive de fundo emotivo/passional, além do que os litígios dela derivados já comecem a ser frequentes na praxe judicial, merecendo destaque também os dois projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, o que já justifica a presente pesquisa.

Mediante uma abordagem dogmática, à luz do direito posto, adotando-se uma linha de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além de procedimentos interpretativos gramatical e hermenêutico, o estudo objetiva elucidar um panorama sobre a doutrina animal.

Assim, pretende-se apresentar, em tópicos apartados, aspectos relevantes sobre o tema, com um breve histórico sobre o direito animal, a atual disciplina do animal no Código Civil, a legislação pátria de regência e de *lege referenda*, além do direito comparado. Também objetiva analisar se há ou não uma dignidade animal, trazendo-se à colação, de forma didática, os argumentos favoráveis e contrários, mormente os seus reflexos para os vários ramos do direito.



Buscará, por fim, fazer uma abordagem prática da doutrina do direito animal, para fins de perquirir se há ou não normatividade jurídica ou se é apenas uma narrativa modernosa, fútil e inútil, própria do “populismo jurídico”.

## 1 Breve Histórico

Historicamente, a questão de fundo diz respeito à compreensão sobre dois modelos: o antropocentrismo e o não antropocentrismo.

De tradição aristotélica, o primeiro deles (antropocentrismo) registra que o ser humano é o único ser capaz de se comunicar e, como tal, seria a fonte de todos os valores, razão pela qual os animais ocupariam uma posição inferior, posto que destituídos de espírito racional<sup>1</sup>. Assim, considerando a existência de uma cadeia da vida, os animais estariam na base da pirâmide, vez que desprovidos de alma (espírito) e de inteligência.

Para a corrente filosófica antropocêntrica, o foco encontra-se no homem, por ser a medida de todas as coisas, dotado de racionalidade, além de detentor de liberdade e dignidade<sup>2</sup>.

O antropocentrismo, em sentido denotativo, significa a forma de pensamento que considera o homem o centro do universo e interpreta tudo de acordo com valores e experiências humanas<sup>3</sup> – razão por que, segundo tal modelo, se justificaria os animais serem escravizados aos interesses do homem.

Diferentemente, o modelo não antropocêntrico considera a natureza em geral (incluindo os animais) como sujeito de direito, em razão de seus valores intrínsecos, independente dos interesses humanos presentes ou futuros<sup>4</sup>.

Para tal corrente filosófica, seguida pelos ambientalistas, a natureza é dotada de um valor inerente, exigindo-se um tratamento mais “humanitário” para os outros seres vivos, em especial os animais domesticados e de estimação. Ademais, como justificativa argumentativa, aponta aquelas situações em que alguns seres humanos não falam (mudos) e que outros vivem em estado vegetativo (portadores de deficiência mental) e que, nada obstante isso, eles

---

1 RAMOS, Chiara. Animal como sujeito de direito: uma proposta com base na teoria dos sistemas de Luhmann. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4016, 30 jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29706>. Acesso em: 4 nov. 2020.

2 MAROTTA, Clarice Gomes. *Princípio da dignidade dos animais*: reconhecimento jurídico e aplicação. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 31-35.

3 HOUAISS. *Pequeno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Moderna, 2015. p. 66.

4 RAMOS, Chiara. Animal como sujeito de direito: uma proposta com base na teoria dos sistemas de Luhmann. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4016, 30 jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29706>. Acesso em: 4 nov. 2020.

não perdem a condição de seres humanos, podendo assim ser equiparados, em condições éticas e jurídicas, aos animais não humanos.

Os ambientalistas reconhecem a existência de deveres humanos para com o meio ambiente, com destaque para a doutrina do biocentrismo global (Paul Taylor), que atribui valor a todos os seres vivos, além dos estudos de Peter Singer sobre a senciência, isto é, a capacidade de sentir dor e prazer também própria dos animais<sup>5</sup>.

Por conseguinte, enquanto o modelo antropocêntrico coloca o homem como centro do universo, estando os demais seres vivos a serviço dos interesses humanos, com a evolução do constitucionalismo passa-se a reconhecer, de forma gradativa, que os animais não humanos também são titulares de direitos, inclusive de direitos fundamentais, por se tratar de seres sensitivos, principalmente os animais domésticos ou de estimação<sup>6</sup>, como assim preconiza o modelo não antropocêntrico.

Ressalte-se que os direitos fundamentais estão atrelados à dignidade do ser humano – que é um critério unificador de todos os direitos fundamentais – sendo definidos como “aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas<sup>7</sup>”.

Contudo, releve-se que a dignidade, critério-base dos direitos fundamentais, não obstante seja uma “qualidade intrínseca de todos os seres humanos, independentemente do seu *status* e da sua conduta<sup>8</sup>”, constitui-se, ontologicamente, em um valor intrínseco apenas do ser humano e não dos animais – sendo este o ponto fulcral do dissenso entre os modelos referidos.

Demais disso, a corrente não antropocêntrica entende que há uma dignidade dos animais e que seus direitos fundamentais são de terceira geração/dimensão, ou seja, aqueles que têm titularidade coletiva ou difusa<sup>9</sup>, de caráter universal, como, por exemplo, o direito ao desenvolvimento, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, estando esse último positivado na

---

5 MAROTTA, Clarice Gomes. *Princípio da dignidade dos animais: reconhecimento jurídico e aplicação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 50-53.

6 MIRANDA, Aline de Fátima Gomes de. Os animais de estimação enquanto titulares de direitos na jurisprudência brasileira. *Jus*, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70880/os-animais-de-estimacao-enquanto-titulares-de-direitos-na-jurisprudencia-brasileira>. Acesso em: 4 dez. 2020.

7 CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 512-513.

8 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 104-105.

9 CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 553.

Constituição Federal (art. 225), além de diretamente vinculado à temática do direito dos animais<sup>10</sup>.

Também os sequazes da “causa ambientalista/animal” entendem que há uma interação entre o direito dos animais e a educação ambiental, uma vez que os animais são seres sencientes (capazes de sofrer), o que implica numa mudança do comportamento humano para com outras espécies, sugerindo, inclusive, a inclusão das disciplinas Direito Animal e Educação Ambiental nos currículos escolares<sup>11</sup>, entendendo-se que há uma dignidade animal e que o Direito Animal é um ramo autônomo das ciências jurídicas<sup>12</sup>.

## 2 O Animal Enquanto Bem Móvel

O direito brasileiro é filiado ao sistema jurídico de tradição romano-germânica – *civil law* – que tem na lei a sua principal forma de expressão, ou seja, é um direito escrito que se delinea a partir da Constituição Federal e se corporifica no conjunto de leis infraconstitucionais<sup>13</sup>.

Em essência, há um predomínio da lei como fonte do direito, o chamado direito posto – *jus positum* –, cabendo à doutrina e à jurisprudência uma posição secundária<sup>14</sup>, sendo um sistema jurídico próprio da Europa Ocidental e que se espargiu, por recepção, para os demais países colonizados, dentre os quais o Brasil.

Distintamente, no mundo ocidental também há o sistema jurídico do *common law*, ou seja, aquele que é fundado nos costumes e em decisões judiciais aplicáveis ao caso concreto, assim adotado pelos países anglo-saxões (Inglaterra, Canadá e Estados Unidos).

No Brasil, registre-se, a norma consuetudinária tem um papel meramente subsidiário e pouco expressivo (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), somente aplicável nas lacunas legais, quando não houver norma escrita, não obstante valiosa nos procedimentos de interpretação.

---

10 MIRANDA, Aline de Fátima Gomes de. Os animais de estimação enquanto titulares de direitos na jurisprudência brasileira. *Jus*, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70880/os-animais-de-estimacao-enquanto-titulares-de-direitos-na-jurisprudencia-brasileira>. Acesso em: 4 dez. 2020.

11 BRITO, Fernando Azevedo et al. A educação ambiental e o direito dos animais: uma análise normativa, panorâmica e integrada. *Jus*, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42445/a-educacao-ambiental-e-o-direito-dos-animais-uma-analise-normativa-panoramica-e-integrada>. Acesso em: 4 dez. 2020.

12 SILVA, Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da. *Curso de direito animal*. Natal: edição do autor, 2020. p. 214-215.

13 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 51.

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 71.

Basicamente, “a distinção entre os dois sistemas está mais nos procedimentos de formação da ordem jurídica do que na concepção do Direito”<sup>15</sup>, uma vez que ambos buscam a justiça nas relações sociais.

Induvidosamente, o nosso sistema jurídico classifica o animal como um bem móvel, ou seja, uma coisa (*res*), significando o objeto das relações jurídicas que se forma entre os sujeitos de direito (pessoas naturais e jurídicas).

A despeito da divergência doutrinária entre o que seja coisa e bem, segue-se o entendimento dominante de que “coisa é o gênero do qual bem é a espécie”<sup>16</sup>.

Melhor explicando: coisa é tudo que existe no universo objetivamente, com exclusão do homem – o sol, a lua, as estrelas, o ar atmosférico, os mares, as paisagens etc. –, posto que abundam na natureza e têm ocorrência ilimitada. Já o bem é aquela coisa que existe em quantidade limitada no universo e, por isso, é útil ao homem e provoca a sua cupidez, sendo passível de apropriação. Assim, bem é toda coisa que, por ser útil e rara, é suscetível de apropriação e contém valor econômico<sup>17</sup>.

O Código Civil em vigor, na parte geral, disciplina como objeto de direito o que seja bem e não coisa, bem como classifica os bens sob diversos critérios, merecendo destaque os chamados bens considerados em si mesmos – os bens imóveis e os bens móveis.

Acerca dos bens móveis, há uma classe específica (art. 82 do Código Civil), que é a de móveis por natureza – aqueles bens que, sem deterioração na substância, podem ser transportados de um lugar para outro, por força própria ou alheia e que compreendem duas espécies, também previstas no Código Civil de 1916 (art. 47), ou seja, os semoventes (animais domésticos ou selvagens) e os móveis em sentido restrito (coisas inanimadas), segundo magistério de Clóvis Beviláqua<sup>18</sup> e J. M. Carvalho Santos<sup>19</sup>.

Em igual sintonia, acerca dessa clássica distinção, leciona Orlando Gomes<sup>20</sup> que os bens móveis que se podem deslocar por força própria denominam-se semoventes (os animais) e os outros são coisas inanimadas, que se movem por força alheia (as mercadorias).

15 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 52.

16 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 116.

17 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 115.

18 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. v. 1. p. 277.

19 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985. v. II. p. 29.

20 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 220.

Na doutrina contemporânea, em igual senda, também o animal é largamente classificado como semovente, consoante lições de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>21</sup>; Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>22</sup>; Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes<sup>23</sup>; Álvaro Villaça Azevedo<sup>24</sup> e Carlos Roberto Gonçalves<sup>25</sup>, não obstante uma minoritária doutrina ressalte a necessidade de conferir um tratamento jurídico diferenciado aos animais, mas não esclarece de que forma, segundo magistério de Flávio Tartuce<sup>26</sup> e de Anderson Schreiber, José Fernando Simão, Marco Aurélio Bezerra de Melo e Mário Luiz Delgado<sup>27</sup>.

### 3 A Legislação Pátria, a Dignidade dos Animais e o Direito Comparado

#### 3.1 Cronologia Legislativa

Notoriamente, para o Direito Civil brasileiro o animal é um semovente e, por conseguinte, objeto de direito, conforme regra expressa no art. 47 do Código Civil de 1916 e, atualmente, disciplinada nos arts. 82, 445, § 2º, 936, 1.444, 1.445 e 1.446 do Código Civil de 2002, sendo esse o entendimento da doutrina dominante.

Demais disso, a evolução jurídica da sua proteção evidencia sua classificação como um bem móvel (semovente), consoante os seguintes diplomas legais, a saber:

i) Decreto nº 16.590, de 10 de setembro de 1924 (Regulamento das Casas de Diversões Públicas) – que proíbe as diversões públicas que causassem sofrimento aos animais;

ii) Decreto nº 24.645, de 10 de junho de 1934 – que estabelece medidas de proteção aos animais;

iii) Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais) – que trata das contravenções penais e em seu art. 64 prevê a crueldade contra os animais;

---

21 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral* e LINDB. 12. ed. Bahia: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 471.

22 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 316.

23 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I. p. 179.

24 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

25 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 302.

26 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 332-334.

27 SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 56.

iv) Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967 (Lei de Proteção à Fauna) – que estabelece o *status* jurídico dos animais silvestres como propriedade do Estado;

v) Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979 – que disciplina as regras para a prática de vivissecção;

vi) Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) – que institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente;

vii) Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988 – que proíbe a submissão dos animais à crueldade (art. 225, § 1º, VII);

viii) Art. 23, VIII, da Constituição Federal de 1988 – que trata do fomento à produção agropecuária e organiza o abastecimento alimentar, relacionando-se aos animais usados na produção agropecuária;

ix) Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais) – que incrimina a vivissecção nas hipóteses abusivas de maus-tratos, de ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos (art. 32);

x) Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008 (Lei Arouca) – que regulamenta o uso animal para pesquisas científicas e revoga a Lei nº 6.638/79;

xi) Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017 – que acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica;

xii) Lei nº 13.364, de 29 de novembro 2016, alterada pela Lei nº 13.873, de 17 de setembro de 2019 – que dispõe acerca de animais explorados em vaquejadas, rodeios e atividades afins.

Dessarte, acerca do tema em geral – fauna, flora, meio ambiente – a Constituição Federal prevê a competência legislativa concorrente entre a União e os Estados (art. 24, IV, da CF) e, à vista disso, já foram editadas algumas leis estaduais a respeito – Lei nº 11.140/2018 (Estado da Paraíba); Lei nº 12.854/03, alterada pelas Leis ns. 17.485/2018 e 17.526/2018 (Estado de Santa Catarina) e a Lei nº 15.434/2020 (Estado do Rio Grande do Sul) – sendo que a Lei do Estado da Paraíba claramente declara o animal como sujeito de direito (art. 5º, *caput*), não obstante ora *sub judice*.

Contudo, impõe-se aduzir que a mudança da natureza jurídica do animal imposta pela lei paraibana, ou seja, de objeto de direito para sujeito de direito, é manifestamente inconstitucional, uma vez que, em sendo o tema de direito civil – o conceito de animal –, somente a União possui competência para legislar (art. 22, I, da CF), por ser caso de competência legislativa privativa,

o que significa dizer que a União tem “exclusividade nos planos *horizontal e vertical*, de modo que ao Congresso Nacional é vedado delegar sua competência legislativa privativa aos Poderes Executivo e Judiciário, bem como aos Estados-membros e Municípios”<sup>28</sup>.

Inexiste, no país, qualquer lei federal que reconheça o animal como sujeito de direito e muito menos há um posicionamento consolidado nos tribunais estaduais e no Superior Tribunal de Justiça.

### 3.2 *De Lege Ferenda* e a Dignidade dos Animais

Malgrado o panorama legislativo, há um projeto de lei em trâmite – PLS nº 351/2015 –, de autoria do Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG), o qual prevê que o animal não é coisa, mas não altera a sua natureza jurídica de bem móvel e muito menos o reconhece como sujeito de direito propriamente dito. Para os seguidores do direito animal, trata-se de uma proposta legislativa tímida, distante da postura adotada pela França e Portugal, países que definem os animais como seres dotados de sensibilidade.

Eis o texto:

“Projeto de Lei do Senado nº 351, de 2015.

Acrescenta parágrafo único ao art. 82, e inciso IV ao art. 83 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para que determinar que os animais não serão considerados coisas.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 82 e 83 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com as seguintes redações:

‘Art. 82. (...)

Parágrafo único. Os animais não serão considerados coisas.

Art. 83. (...)

IV – Os animais, salvo o disposto em lei especial.’ (NR)

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.”

Também digno de nota é a tramitação do projeto de lei – PL nº 6.054/2019 – de autoria dos Deputados Federais Ricardo Izar (PSDB/SP) e

---

28 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 4 ed. São Paulo: RT, 2013. p. 428.

Weliton Prado (PROS/MG), conhecido como PL Animais Não São Coisas, que aponta os animais como sujeitos de direito despersonalizados e de natureza jurídica *sui generis* (art. 3º, *caput*), imputando-lhes uma categoria jurídica distinta de coisas e pessoas, isto é, classificando-os como sujeitos de direitos, mas sem personalidade jurídica<sup>29</sup>.

Eis o texto:

“PROJETO DE LEI Nº 6.054/2019

Acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

‘Art. 1º Esta Lei estabelece regime jurídico especial para os animais não humanos.

Art. 2º Constituem objetivos fundamentais desta Lei:

I – Afirmação dos direitos dos animais não humanos e sua proteção;

II – Construção de uma sociedade mais consciente;

III – Reconhecimento de que os animais não humanos possuem personalidade jurídica própria oriunda de sua natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento.

Art. 3º Os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direito despersonalizados, dos quais devem gozar e obter a tutela jurisprudencial em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa.

Parágrafo único. A tutela jurisdicional referida no *caput* não se aplica ao uso e à disposição dos animais empregados na produção agropecuária e na pesquisa científica nem aos animais que participam de manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, resguardada a sua dignidade.

Art. 4º A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 79-B:

---

29 ATAÍDE JR., Vicente de Paula; LOURENÇO, Daniel Braga. Considerações sobre o Projeto de Lei Animais Não São Coisas. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-01/ataide-junior-lourenco-pl-animais-nao-sao-coisas>. Acesso em: 4 dez. 2020.



Art. 79-B. O disposto no art. 82 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), não se aplica aos animais não humanos, que ficam sujeitos a direitos despersonalizados.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.”

Cumprir pontuar, outrossim, que mesmo aqueles defensores/ativistas da causa animal deitam críticas ao referido Projeto de Lei – PL Animais Não São Coisas –, pois entendem que o parágrafo único do art. 3º é inconstitucional, por criar “uma hierarquia arbitrária e injustificada entre animais”<sup>30</sup>, uma vez que exclui os animais empregados na produção agropecuária, na pesquisa científica e nas manifestações culturais de natureza imaterial, ficando eles desguarnecidos da tutela jurisdicional, apesar de serem sujeitos de direito, como assim prevê o art. 3º, *caput*, aplicável a todos os animais indistintamente.

Em igual senda, a crítica ao PL Animais Não São Coisas – precisamente ao parágrafo único do art. 3º – denuncia que a permissão do uso e a disposição de animais na experimentação animal, na agropecuária e nas manifestações culturais termina por “coisificar os animais”<sup>31</sup>, beneficia os setores econômicos em detrimento dos direitos fundamentais deles, mormente porque já há “inúmeras decisões favoráveis que já reconhecem os animais como seres sencientes, portadores de interesses e dignidade própria”<sup>32</sup>.

A outro giro, acerca da dignidade dos animais, segundo a perspectiva do biocentrismo – amparada na senciência –, ou seja, na teoria de que todo ser vivo possui um bem próprio e que não pode servir de meio para atingir fins alheios, defende-se que a interpretação constitucional deve privilegiar o respeito, a cooperação e a interdependência entre todas as formas de vida, por considerar implícito o princípio da dignidade dos animais, a partir do termo “crueldade” previsto no art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal, haja vista que para ser considerado cruel a vítima (o animal) deve sentir dor (ser senciente)<sup>33</sup>.

---

30 ATAÍDE JR., Vicente de Paula; LOURENÇO, Daniel Braga. Considerações sobre o Projeto de Lei Animais Não São Coisas. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-01/ataide-junior-lourenco-pl-animais-nao-sao-coisas>. Acesso em: 4 dez. 2020.

31 CESTARI, Vanice. Projeto de Lei “Animal Não é Coisa”, na verdade, prejudica os animais. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/vanice-cestari-pl-animal-nao-coisa-prejudica-animais>. Acesso em: 4 dez. 2020.

32 CESTARI, Vanice. Projeto de Lei “Animal Não é Coisa”, na verdade, prejudica os animais. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/vanice-cestari-pl-animal-nao-coisa-prejudica-animais>. Acesso em: 4 dez. 2020.

33 MAROTTA, Clarice Gomes. *Princípio da dignidade dos animais: reconhecimento jurídico e aplicação*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 106-107.

Argumenta-se, ainda, que o princípio da dignidade dos animais, de caráter implícito, também tem respaldo na proteção ambiental e na preservação de florestas, fauna e flora (art. 23, incisos VI e VII, da CF) e no art. 32 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), que criminaliza a conduta de maus-tratos contra os animais.

Ademais, defende-se a dignidade animal à luz dos diversos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do *habeas corpus* impetrado em favor da chimpanzé Suíça, da Ação Civil Pública contra o Circo Portugal e até em uma decisão de tribunal estrangeiro, a saber:

i) No Recurso Extraordinário – RE 153.531 – de Santa Catarina, de 3 de junho de 1997, referente à “farra do boi”;

ii) Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (STF) – ADIs 1.856/RJ – de 26 de maio de 2011 e 2.514/SC, ambas acerca das “rinhas de galo”;

iii) Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (STF) – ADI 4.983/CE – de 6 de outubro de 2016, em que foi reconhecida a crueldade intrínseca da “vaquejada”;

iv) No Recurso Especial do Superior Tribunal de Justiça – REsp 171.367/SP – de 19 de junho de 2018, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, sobre o reconhecimento de um cão como ser senciente decorrente de sua guarda em litígio familiar;

v) No *habeas corpus* impetrado em favor da chimpanzé Suíça (Processo 833085-3/2005, 9ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, Bahia), impetrado em 19 de setembro de 2005 pelo Promotor de Justiça do Meio Ambiente e Professor da Faculdade de Direito da UFBA, Heron José de Santana Gordilho e outros, cuja decisão judicial reconheceu a chimpanzé como sujeito de direito;

vi) Na ação civil pública intentada pelo Ministério Público da Bahia, pela Associação Brasileira Terra Verde Viva e pela Associação Célula Mãe contra o Circo Portugal, na Vara de Relações de Consumo Cíveis e Comerciais da Comarca de Salvador/BA, no ano de 2010, que objetivou a proibição de uso e exibição de animais não humanos durante as apresentações circenses, sob a alegação de crueldade e maus-tratos, com julgamento procedente do pedido para determinar a perda da posse e guarda dos animais pelo Circo Portugal;

vii) No julgado argentino referente ao orangotango Sandra, no qual o tribunal portenho o reconheceu como sujeito de direito, uma pessoa não humana, com base na Lei nº 14.346/54 (Lei Nacional de Proteção aos Animais), conforme Expediente A2174-2015, Buenos Aires, Argentina, em 21

de outubro de 2015, Juíza Elena Amanda Liberatori e que, segundo os seus adeptos, abre novas perspectivas na defesa dos animais<sup>34</sup>.

### 3.3 O Direito Comparado

Impende-se registrar que alguns países europeus já revisaram suas legislações, para fins de reconhecer que os animais não são coisas ou que são seres sencientes, isto é, dotados de sensibilidade.

Por exemplo, a Áustria (1988), a Alemanha (1990) e a Suíça (2002) alteraram seus Códigos Civis para estabelecer que “animais não são coisas” (*tiere sind keine sachen*), sendo que a França (2015) e Portugal (2017) abandonaram a fórmula negativa “os animais não são coisas” e passaram a definir os animais com uma expressão positiva, isto é, “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade” (*les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité*), sendo curial observar que nenhum deles classifica os animais como sujeitos de direito, continuando a submetê-los ao regime jurídico da propriedade<sup>35</sup>.

Não há, pois, nenhuma legislação alienígena que discipline o animal como sujeito de direitos.

## 4 Argumentação Jurídica sobre o Direito Animal

À vista do caráter polêmico e controverso do tema – também permeado de passionalidade –, o presente estudo busca apresentar uma argumentação jurídica que seja pautada na racionalidade argumentativa (autoridade de argumento) e não em argumento de autoridade (*ab auctoritate*), conforme doutrina de Carlos Maximiliano<sup>36</sup>.

Para tanto, adota como material preliminar de análise dois *leading cases* sobre o tema geral do direito animal, ou seja, o *Habeas Corpus* impetrado em favor da chimpanzé Suíça (Processo 833085-3/2005, 9ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, Bahia), impetrado nos idos de 2005 pelo Promotor de Justiça do Meio Ambiente e Professor da Faculdade de Direito da UFBA, Heron José de Santana Gordilho e outros, e o Recurso Especial 1.713.167/SP (2017/0239804-9, Superior Tribunal de Justiça – STJ), da Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, de junho de 2018.

*Grosso modo*, ambos os recursos acolhem a tese do direito animal, isto é, o animal como ser senciente e merecedor de tratamento diferenciado, car-

34 MAROTTA, Clarice Gomes. *Princípio da dignidade dos animais: reconhecimento jurídico e aplicação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 137.

35 ATAÍDE JR., Vicente de Paula; LOURENÇO, Daniel Braga. Considerações sobre o projeto de lei animais não são coisas. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-01/ataide-junior-lourenco-pl-animais-nao-sao-coisas>. Acesso em: 4 dez. 2020.

36 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 272-273.

reando argumentos a respeito, mas que, para um adequado estudo, também serão alinhavados argumentos em sentido contrário, de sorte que a análise não ficará restrita apenas ao objeto dos respectivos recursos.

Vejamos a dialética argumentativa.

#### 4.1 Argumentos Favoráveis

O primeiro caso que gerou precedente – o *habeas corpus* impetrado em favor da chimpanzé “Suíça”<sup>37</sup> – reporta-se a uma situação de crueldade extrema, uma vez que a paciente primata vivia trancafiada no jardim zoológico de Salvador em uma cela diminuta e com problemas de infiltrações. Argumentou-se que, em sendo um animal gregário e social, tal isolamento gerava disfunções emotivas e comportamentais, mormente porque a espécie chimpanzé não consegue viver enclausurada.

Para fins da admissibilidade do *writ* – de forma inédita –, argumentou-se em prol dos “direitos dos animais”, aduzindo que eles têm um valor sentimental e, que a despeito de não serem iguais aos humanos, não podem ser tratados como coisas inanimadas. Sustentou-se a possibilidade de o remédio heroico “garantir a liberdade ambulatorial”, ou seja, “o deslocamento livre de obstáculos a parcializar a sua locomoção”, mormente porque os animais também podem ser sujeitos de direito, com personalidade jurídica, como, por exemplo, os grandes primatas, entre outros, que são capazes de raciocinar e de ter consciência de si.

O pleito liminar consistiu na transferência da chimpanzé para o Santuário dos Grandes Primatas, na cidade de Sorocaba, Estado de São Paulo, tendo sido indeferida a liminar *inaudita altera pars*, com pedido de informações à autoridade coatora, sendo que, quando do julgamento, deu-se a extinção sem exame do mérito, à vista da perda do objeto, diante da morte da paciente “Suíça”, não obstante o magistrado (Edmundo Lúcio da Cruz) tenha levantado a questão da possibilidade de um primata ser equiparado a ser humano ou se o *habeas corpus* seria o recurso jurídico apto a libertá-lo.

Registre-se, em igual alinhamento, que há outros estudos que alertam sobre a superação do antropocentrismo clássico em prol do Projeto Grandes Primatas, à vista do parentesco genético do homem com chimpanzés, bonobos, gorilas e orangotangos, reivindicando a extensão dos direitos humanos, a fim de ampliar o rol dos sujeitos de direitos, outorgando-lhes personalidade jurídica. Para tanto, argumenta-se que o Direito admite uma série de sujeitos

---

37 GORDILHO, Heron José de Santana et al. *Habeas corpus* impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA). *UFBA*. Disponível em: <https://portalsecr.ufba.br/index.php/RBDA/article/download/10258/7314>. Acesso em: 9 dez. 2020.

não humanos como portadoras de personalidade jurídica (pessoas jurídicas), como, por exemplo, as empresas, Municípios, Estados, Igrejas, dentre outros. Também há o argumento de que o Direito reconhece crianças e pessoas com graves deficiências mentais como sujeitos de direito e que, pelas mesmas razões, deveria reconhecer os grandes primatas como titulares de direitos humanos, inclusive tutelados pela via do *habeas corpus*, na condição de sujeitos passivos, mediante interpretação analógica<sup>38</sup>.

A doutrina do direito animal ainda combate a ideologia especista, ou seja, aquela que exclui os animais da esfera de consideração moral, afirmando que os animais têm sentimentos de compaixão e simpatia, pois eles têm espiritualidade, são detentores de atividades mentais e são capazes de se comunicar, em razão da semelhança biológica e espiritual com a espécie humana. Argumenta, em suma, que os animais são seres sencientes, capazes de sentir dor ou prazer<sup>39</sup>.

O segundo caso que criou precedente – Recurso Especial 1.713.167/SP (2017/0239804-9, Superior Tribunal de Justiça – STJ)<sup>40</sup> – se reporta a uma regulamentação de visitas a um animal de estimação (cadela *yorkshire Kimi*), questionada por ex-companheiros.

Eis o histórico do caso.

Nos idos de 2011 deu-se a dissolução de união estável do casal, não tendo a cadela figurado no acordo, que no início ficou na posse do ex-companheiro e depois passou em definitivo para a posse da ex-companheira. O companheiro fazia regulares visitas à cadela na casa da companheira, mas depois foi impedido, o que lhe causou angústia.

Ele intentou a ação de regulamentação de visitas do animal em face da companheira, tendo o juiz de primeiro grau julgado improcedente, sob o argumento de que animal é tão apenas objeto de direito, sendo incabível à visitação, afora o fato de que ela apresentou prova de ser a única proprietária do semovente.

Interposta a apelação pelo ex-companheiro, o TJSP deu parcial provimento ao recurso e estabeleceu a regulamentação das visitas, aplicando, por

38 GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Habeas corpus* para os grandes primatas. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/04/2012\\_04\\_2077\\_2114.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/04/2012_04_2077_2114.pdf). Acesso em: 9 dez. 2020.

39 GORDILHO, Heron José de Santana. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *UFBA*. Disponível em: <https://cienciasmedicasbiologicas.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/10240/7296>. Acesso em: 9 dez. 2020.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.713.167/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 9 de outubro de 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201702398049&dt\\_publicacao=09/10/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702398049&dt_publicacao=09/10/2018). Acesso em: 7 jan. 2021.

analogia, o instituto da guarda de menores, nos moldes dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Em sequência, a ex-companheira interpôs Recurso Especial ao STJ – improvido –, mantendo-se a regulamentação de visitas à cadela de estimação em favor do ex-companheiro, com a seguinte motivação judicial (*ratio decidendi*):

i) no mundo da pós-modernidade, a controvérsia não é uma mera futilidade, cabendo ao Direito regular o afeto do homem em relação ao seu animal de estimação, inclusive com base no mandamento constitucional da preservação do meio ambiente (art. 225, § 1º, VII, da CF), considerado um direito fundamental de terceira geração, afora a legislação infraconstitucional de preservação dos animais (Lei dos Crimes Ambientais e o Decreto nº 24.645, de 1934);

ii) não obstante o Código Civil preveja o animal como coisa (semovente), objeto de direito, conforme arts. 82, 445, § 2º, 936, 1.444, 1.445 e 1.446, os animais de companhia não podem ser considerados como simples coisas inanimadas, merecendo tratamento peculiar, diante do vínculo afetivo entre o homem e seu animal;

iii) *de lege ferenda*, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.058/2011, que visa a disciplinar a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre os possuidores, prevendo que, se não houver acordo, o animal deve ficar com o proprietário comprovado ou, na falta deste, com aquele que demonstrar maior capacidade para o exercício da posse responsável (art. 2º). O Projeto também regula a possibilidade da guarda unilateral ou compartilhada do animal (art. 6º);

iv) há uma legislação estrangeira dispondo que os animais são seres sencientes, como, por exemplo, o Código Civil alemão (*BGB*), segundo o qual os “animais não são coisas”, além dos Códigos Cíveis de Portugal e França que preveem que os animais são seres vivos dotados de sensibilidade;

v) no Brasil há três correntes sobre o tema, ou seja, a primeira entende que os animais são sujeitos de direito, atribuindo-lhes personalidade jurídica, à vista do parentesco genético entre o homem e os grandes símios; a segunda corrente separa o conceito de pessoa e o de sujeito de direito, de sorte que o animal é tido como um sujeito de direito, mas sem personalidade jurídica; e a terceira defende que os animais de companhia devem continuar com a natureza jurídica vigente, qual seja, a de um semovente (*res*), objeto das relações jurídicas titularizadas pelas pessoas;

vi) reconhece que o afeto da entidade familiar ao animal de estimação não faz alterar a sua natureza jurídica de semovente, mas a questão não pode

ser solvida à luz das regras da posse e da propriedade, cabendo ao Judiciário, com base no princípio *non liquit*, ponderar os princípios colidentes;

vii) o animal merece proteção por ter natureza especial, ou seja, por ser um ser senciente, capaz de sofrer e de sentir dor, mas não é caso de humanizá-lo, haja vista não ser pessoa ou sujeito de direito, tampouco se trate de equiparação da posse de animais com a guarda de filhos;

viii) a doutrina especializada admite a guarda unilateral ou compartilhada do animal, também aceita via Enunciado nº 11 do IBDFAM, *verbis*: “na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada ao animal de estimação do casal”;

ix) com base nos fins sociais e independente do *nomem iuris* a ser adotado, a decisão deve examinar o caso concreto na perspectiva de que o animal não é uma “coisa inanimada”, sem lhe estender, contudo, a condição de sujeito de direito e, como tal, o animal deve ser reconhecido como um terceiro gênero – *tertium genus* –, nem pessoa e nem coisa.

A *latere* dos dois casos precedentes, outros argumentos reforçam a doutrina do direito animal.

Por exemplo, milita a tese da capacidade jurídica e representação processual dos animais não humanos enquanto sujeitos de direito, outorgando-lhes a possibilidade de pleitear seus direitos em juízo na condição de sujeitos despersonalizados, mediante os institutos da substituição processual ou da representação, argumentando-se, ainda, que há uma distinção entre sujeito de direito e pessoa, sendo o primeiro o gênero e o segundo espécie, razão por que nem todo sujeito de direito é pessoa<sup>41</sup>.

Também há o argumento da família multiespécie, isto é, aquela integrada por um animal de estimação (*pet*), de grande importância sentimental, considerado um membro dela e tratado como filho, gerando responsabilidade para seu tutor/responsável, à vista da dependência do seu *pet*. Além disso, argumenta-se pela equiparação dos animais de estimação à pessoa do filho, para fins de aplicação do instituto da guarda, cuja competência deve ser afeta a uma Vara de Família, inclusive com a possibilidade de pensão alimentícia para os animais<sup>42</sup>.

Dessarte, argumenta-se que o conceito de sujeito de direito tem natureza artificial, por ser uma criação do Direito, assim como são as pessoas

41 FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. *A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 91-128.

42 SILVA, Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da. *Curso de direito animal*. Natal: edição do autor, 2020. p. 347-367.

físicas e as jurídicas, razão pela qual o animal também é um sujeito de direito, considerando que os conceitos de sujeitos e objetos de direito dos juristas romanos estão ultrapassados. Propugna-se, assim, pelo exercício emancipatório de uma nova dogmática jurídica, que refute a visão antropocêntrica clássica e que seja fundada no dever de solidariedade e compaixão aliado à ética<sup>43</sup>.

## 4.2 Argumentos Contrários

Didaticamente, à vista da complexidade e sutileza do tema, apresentar-se-á um rol de argumentos desfavoráveis ao direito animal, a partir do seu próprio âmbito conceitual, considerando os seus reflexos em sede de direito público e privado, a atingir relações jurídicas de direito material e processual.

### 4.2.1 Imprecisa Delimitação Conceitual do Animal Não Humano

De início, observa-se que a doutrina do direito animal é obscura, fluída e genérica sobre a conceituação dogmática do que seja animal, isto é, se se trata dos primatas (chimpanzés, bonobos, gorilas e orangotangos) referente ao Projeto Grandes Primatas ou tão apenas a animais domésticos, os chamados animais de estimação (cães ou gatos).

De fato, há uma lacunosidade ou dubiedade sobre o exato animal a ser protegido, ou seja, se silvestre, doméstico, domesticado, nativo ou exótico, conforme assim catalogado no art. 32 da Lei de Crimes contra o Meio Ambiente ou até mesmo se todos eles seriam dignos de proteção jurídica, indistintamente.

*Grosso modo*, diz-se que animal silvestre é que o vive fora do cativeiro, em seu *habitat* natural, como, por exemplo, num pantanal, numa mata ou numa floresta; animal doméstico é aquele que, por força de processos tradicionais e sistematizados de manejo e melhoramento zootécnico tem características biológicas e comportamentais, tem estreita dependência do homem, como, por exemplo, os cães e gatos; animal domesticado é aquele adaptado à vida em cativeiro, como, por exemplo, os papagaios, as avestruzes, os peixes, os porcos, as galinhas, as vacas; animal nativo é o encontrado no meio silvestre nacional; e animal exótico é aquele encontrado em um meio silvestre alienígena<sup>44</sup>.

Afinal, o que busca a doutrina do direito animal proteger? Os animais nocivos/inúteis ao ser humano, por nos causar aversão ou por nos prejudicar

---

43 RODRIGUES, Danielle Tetü. *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 197-217.

44 ARGACHOFF, Mauro. Os maus-tratos contra animais e a timidez do legislador pátrio. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-05/argachoff-maus-tratos-animais-timidez-legislador>. Acesso em: 9 dez. 2020.



a saúde, como as baratas, os escorpiões, os ratos, os pernilongos, os mosquitos da dengue, os vírus, as bactérias nefastas? Ou busca proteger os animais que nos são úteis, não nocivos, como o gado, o frango, o porco, o peixe, o camarão, dentre outros? Ou ainda busca proteger um animal silvestre (um jacaré, uma anta, um veado), que não nos faz bem ou mal<sup>45</sup>?

Tais respostas são imperiosas, mas ainda não descortinadas pelo direito animal.

*Ad exemplum*, na hipótese de proteção apenas dos animais que não nos forem nocivos, entrariam os animais que nos são úteis (o gado) e os que não nos fazem mal (animal silvestre).

Contudo, se assim for, exsurge um problema quase incontornável, considerando que o ser humano é um animal carnívoro e, então, indaga-se: como justificar a cobiça humana por um churrasco de picanha ou um pernil de porco? Como justificar a cobiça humana por produtos derivados do leite, um queijo, por exemplo?

Incompreensível, pois, que um boi – animal não nocivo e útil ao homem – figure num restaurante como, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direito, assim como inaceitável seria a aquisição de uma pocilga por serem os porcos, simultaneamente, sujeitos de direito e objeto da compra e venda.

Nesse desiderato, questiona-se como um sujeito de direito pode figurar no cardápio de um restaurante, sendo considerado uma grande inversão de valores, haja vista que, milenarmente, os animais atendem aos interesses do homem, ou seja, a própria sobrevivência do homem no planeta.

#### 4.2.2 Incongruência para o Direito Civil

Na seara civilística, as incongruências inerentes ao tema são várias e graves.

Primeiramente, diz-se que o animal é uma espécie de coisa (*res*), precisamente um bem móvel semovente, conforme arts. 82, 445, § 2º, 936, 1.444, 1.445 e 1.446 do Código Civil, assim tratado como circulação de riqueza (mercadoria) (art. 445, § 2º, do CC), como garantia de dívidas –penhor pecuário – (arts. 1.444 a 1.445 do CC) e em sede de responsabilidade civil extracontratual objetiva (art. 936 do CC).

Portanto, o animal é tido como objeto de direito e não sujeito de direito, consoante sólida doutrina e jurisprudência pátria.

---

45 FIUZA, César; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Dos fundamentos da proteção dos animais: uma análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, RT, n. 1, v.1, out./dez. 2014, p. 200-201.

Efetivamente, à luz do direito pátrio, o animal não pode praticar atos da vida civil, como, por exemplo, emancipar ou ser emancipado (art. 5º, I a V, do CC), casar (arts. 1.517 e ss. do CC), adotar ou ser adotado (arts. 1.618 e ss. do CC c/c arts. 39 e ss. do ECA), ser guardião ou ser objeto da guarda (art. 1.634, II, do CC c/c arts. 33 e ss. do ECA), ser tutor ou tutelado (arts. 1.728 e ss. do CC c/c arts. 36 e ss. do ECA), ser curador ou curatelado (arts. 1.767 e ss. do CC), exercer o poder familiar (arts. 1.630 e ss. do CC), reconhecer filhos (arts. 1.607 e ss. do CC), ser credor ou devedor de alimentos (art. 1.694 do CC), contratar (arts. 421 e ss. do CC), ser empresário (arts. 966 e ss. do CC), ser titular de direito real (art. 1.225 do CC) ou possuidor (arts. 1.196 e ss. do CC), aceitar ou renunciar a herança (arts. 1.804 e ss. do CC), nem muito menos tem capacidade testamentária ativa (art. 1.860 do CC), tampouco capacidade para suceder (arts. 1.798 e 1.799 do CC), dentre outros.

A impossibilidade jurídica salta aos olhos, merecendo destaque outras situações, descritas amiúde, a saber:

Por primeiro, em relação ao instituto da guarda de menores, observe-se que ele deriva do poder familiar (art. 1.630 do CC), que “é o conjunto de deveres e direitos atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”, segundo lição de Carlos Roberto Gonçalves<sup>46</sup>, estando o seu exercício epigrafado no art. 1.634 do CC, onde consta o rol de direitos e deveres, merecendo destaque – *in casu* – o exercício da guarda unilateral ou compartilhada, bem como o dever de obediência e respeito dos filhos em relação aos pais (art. 1.634, II e IX, do CC).

Ora, a despeito de o recurso especial adotado como *leading case* ter dito que a posse de animais não é equiparável à guarda de filhos, em suas razões faz alusão ao Projeto de Lei nº 1.058/2011, que visa a disciplinar a guarda dos animais de estimação – significando dizer, em última instância e de forma tácita, que há uma analogia entre a guarda de filhos e a posse de animais, sendo isso inconcebível, mormente porque inexistente o dever de obediência e respeito do cão em relação ao seu dono, não se podendo atribuir deveres a um animal.

Assevere-se, ainda, a impossibilidade da analogia suscitada, haja vista que nos litígios familiares a oitiva do filho menor é imperiosa, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança (art. 227, *caput*, da CF c/c arts. 1.583 e ss. do CC), e que, em se tratando de um animal, ainda que de estimação, tal ouvida será impossível – à evidência – o que dificultará uma decisão judicial racional. Significa dizer que a posse do animal deve se fundar nas regras vigentes (posse e propriedade) próprias do Direito das Coisas, admitindo-se a

46 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6. p. 417.

composse ou o condomínio do animal (bem indivisível), com a determinação da visita (posse) regular e individual em dias específicos.

Por segundo, ressoa insustentável a tese de que os animais seriam equiparáveis às pessoas jurídicas, de direito público (art. 41 do CC) e de direito privado (art. 44 do CC), como, por exemplo, empresas, associações, sociedades civis, Municípios, Estados, Igrejas, fundações, haja vista que a razão de ser da pessoa jurídica decorre da necessidade de os indivíduos unirem esforços para a realização de objetivos comuns, inclusive com personalidade jurídica própria conferida pelo Estado, distinta da personalidade dos indivíduos que a compõem, podendo assim contrair direitos e obrigações na órbita civil.

Dessarte, mais ainda inaceitável é a tese de que seriam equiparáveis aos entes despersonalizados (massa falida, herança jacente e vacante, condomínio, sociedades de fato), posto que esses são considerados pessoas quase jurídicas, não têm personalidade jurídica, mas têm personalidade judiciária, mediante representação processual do administrador da massa falida, do inventariante do espólio, do síndico do condomínio.

De qualquer sorte, em ambas as hipóteses, a manifestação de vontade e a pretensão da pessoa jurídica e dos entes despersonalizados se dão via representante legal (pessoa física), conforme previsto no contrato social ou estatuto, derivada de uma assembleia ou reunião, fato esse impossível de ocorrer com os animais, posto que não são dotados de fala ou vontade, por serem irracionais.

Por terceiro, também não merece guarida a tese de que os animais são equiparáveis às crianças e às pessoas com graves deficiências mentais, uma vez que a falta de capacidade de fato ou de exercício de um absolutamente incapaz (até 16 anos, art. 3º do CC) é transitória, por falta de discernimento, assim como a do relativamente incapaz (de 16 a 18 anos, art. 4º, I, do CC), razão por que praticam atos da vida civil mediante representação ou assistência e atingem a capacidade civil plena (maioridade) aos 18 (dezoito) anos completos (art. 5º, *caput*, do CC).

Como visto, a falta de discernimento é tão apenas transitória e passageira e, mesmo assim, impõe-se a oitiva da criança (até 12 anos) e do adolescente (entre 12 e 18 anos) nos litígios familiares (art. 28, §§ 1º e 2º, do ECA), também em atenção ao princípio do superior interesse da criança (art. 6º do ECA), fato esse impossível para os animais, por não serem dotados de fala e por serem irracionais.

Tal compreensão também se aplica à pessoa com grave deficiência mental, posto que é considerada uma pessoa capaz à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015, art. 6º), salvo se não puder exprimir

sua vontade, caso em que será considerada relativamente incapaz, podendo se valer de um curador especial (Lei nº 13.146/2015, art. 84, § 1º), de sorte que continua sendo considerada uma pessoa (sujeito de direitos) capaz de praticar atos da vida civil em geral, circunstância essa inaplicável aos animais, à vista da irracionalidade.

Por quarto, pelo fato de o animal ser um primata (parente mais próximo do ser humano) ou um cão de estimação não lhe retira a natureza de coisa (*res*) – um bem móvel semovente –, haja vista que não há nenhuma evidência científica de que tais animais sejam racionais, ou seja, tenham atributos próprios do campo da Moral e que são ínsitos ao ser humano, como, por exemplo, amar, pensar, conspirar, trair, cobiçar, ser avarento, ter inveja, ter ódio, ser cruel, ser bondoso, ser maldoso, ser indolente, ser trabalhador, etc., enfim, tudo o que constitui a frágil e complexa condição humana.

Ademais, o só fato de os animais serem tidos como seres sencientes (capazes de sofrer), o que é algo indubitável, não lhes dá o *status* de serem sujeitos de direito ou de serem sujeitos de direito sem personalidade jurídica (*tertium genus*) – nem pessoa nem coisa –, mormente porque não há nenhuma lei federal que disciplina o animal como sujeito de direito.

Por quinto, porque a questão que envolve a posse de animais, jamais equiparável à guarda de filhos menores, já tem disciplina própria prevista no Código Civil, conforme as regras sobre posse (art. 1.196 do CC) e propriedade (art. 1.225 do CC), além dos institutos da composses (art. 1.199 do CC) e do condomínio voluntário (arts. 1.314 e 1.315 do CC), observando-se que, em não havendo pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime de bens será o da comunhão parcial, no casamento (art. 1.640 do CC) e na união estável (art. 1.725 do CC).

Basta lembrar, por exemplo, que em caso de divórcio envolvendo um casal de pecuaristas, a partilha do gado dá-se segundo o regime de bens adotado, podendo, inclusive, os animais ficarem em condomínio para posterior extinção amigável ou alienação da coisa comum, por serem bens indivisíveis (art. 1.322 do CC).

Tal solução jurídica, de igual forma, deve ser adotada em caso de animal de estimação, uma vez que o direito real de propriedade sobre o *pet* e a posse dele derivada não se acha baseada no afeto, como bem ressaltou a Ministra Maria Isabel Gallotti no seu voto divergente (Recurso Especial 1.713.167/SP)<sup>47</sup>,

---

47 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.713.167/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 9 de outubro de 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201702398049&dt\\_publicacao=09/10/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702398049&dt_publicacao=09/10/2018). Acesso em: 7 jan. 2021.

por não ser o afeto um critério restritivo da propriedade/posse, até porque a afetividade é um mero princípio não normativo, ou seja, não jurídico.

De mais a mais, considerando a notória impossibilidade de se saber o melhor interesse do cão de estimação – bem semovente infungível e indivisível –, a solução adequada dar-se-ia pela via da composses (art. 1.199 do CC), em que os ex-companheiros assumiriam os custos em cotas iguais (art. 1.315 do CC) e teriam, proporcionalmente, em dias específicos, a posse/guarda exclusiva do animal, mantendo-se o vínculo afetivo, conforme restou exarado no segundo voto divergente, por fundamentação diversa, do Ministro Marco Buzzi<sup>48</sup>.

Por sexto, porque há uma notória pressão dos adeptos do direito animal no sentido de uma alteração legislativa, para fins do reconhecimento de que o animal não é coisa ou que é um sujeito de direito, mas sem personalidade jurídica, sendo isso demonstrável pela existência de dois projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, valendo-se destacar, todavia, que em pleno século XXI o país ainda não tem uma legislação específica sobre temas afins, como, por exemplo, os nascituros e os embriões.

A exemplo, há uma lacunosidade legal acerca do tema nascituro, uma vez que persiste uma controvérsia sobre o tratamento jurídico a ser aplicado diante da pouca clareza do art. 2º do Código Civil, de sorte que a jurisprudência oscila entre as teorias natalista, condicionalista e concepcionista<sup>49</sup>.

Por sétimo, porque a doutrina do direito animal, enquanto sujeito de direito ou como terceiro gênero (nem pessoa nem coisa), necessariamente implica na extinção do instituto do penhor pecuário (arts. 1.444 a 1.445 do CC), classificado como um penhor especial e tem por objeto certos animais (bens móveis)<sup>50</sup>, posto que, em sendo eles sujeitos de direito, não podem ser objeto de garantia real (art. 1.419 do CC). Pertinente advertir, todavia, a grande retração econômica a acontecer, considerando a importância do penhor pecuário na economia em geral, por ser um poderoso instrumento adotado nos financiamentos rurais.

Em igual diapasão, também o animal jamais poderia ser objeto de uma compra e venda (art. 481 do CC), cujos elementos essenciais são a coisa (*res*), o preço (*pretium*) e o consentimento (*consensus*), fato que, por si só, revela uma gigantesca diminuição da economia nacional, bastando lembrar, por exemplo,

48 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.713.167/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 9 de outubro de 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201702398049&dt\\_publicacao=09/10/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702398049&dt_publicacao=09/10/2018). Acesso em: 7 jan. 2021.

49 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 293.

50 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 367.

que os frigoríficos não mais comprariam gado e que donos de pocilgas e de granjas de aves não mais venderiam seus animais e, por fim, que a população não mais comeria qualquer tipo de carne.

Por oitavo, porque é insustentável o argumento da família multiespécie – que equipara o animal de estimação a filho – ampliando o conceito de família em prol do “melhor interesse do animal”, posto que, sob o ângulo sociológico, constata-se que, na sociedade pós-moderna, marcadamente individualista, não solidária e de relações líquidas, o ser humano prefere ter um animal de estimação (cão ou gato) a ter filhos, uma vez que criar filhos é um risco, na medida em que podem causar danos a terceiros, consoante a disciplina da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores (art. 932, I, do CC), de natureza extracontratual e objetiva, além de solidária (art. 942, parágrafo único, do CC).

Em verdade, o argumento da família multiespécie é uma tergiversação, uma abstração jurídica, pois dissimula uma realidade incontestável a considerar, qual seja, a de que existem filhos que agridem os pais, desobedecem, furtam e odeiam os pais, são drogados, traficantes, indolentes, etc., tornando-se, assim, um fardo por toda uma vida.

Diferentemente, o risco de criar um animal de estimação é bem menor, por ser irracional e obediente, pois se submete aos desejos humanos, aceita seus caprichos e suas carências afetivas, além do que é de fácil desenlace em caso de ruptura da convivência, sem os riscos próprios de um litígio paterno-filial, como ação de alimentos (ou de revisão/exoneração), ação de modificação de guarda, ação de investigação/negatória de paternidade, ação de interdição, ação de nulidade de testamento, interesses sucessórios (capacidade para suceder), ação penal referente à Lei Maria da Penha, dentre outros.

Em suma, enquanto um filho é um vínculo para sempre, para toda uma vida – um bom ou mau filho –, o animal não necessariamente, pois troca-se a raça do cão como se troca um carro (uma mera mercadoria), ou até mesmo desiste-se dele, à luz de uma verdade atemporal da Natureza – animal não é gente –, e o Direito, enquanto produto cultural humano, não pode subverter isso.

Anote-se, ademais, que não se rompe o parentesco biológico/genético entre pai e filho, não obstante haja desavenças entre ambos, o que não ocorre entre o homem e seu cão (*pet*), por ser este apenas uma coisa, ainda que não inanimada.

### 4.2.3 Incongruência para o Direito Constitucional

A doutrina do direito animal informa que há um princípio da dignidade dos animais, de caráter implícito, a partir do termo “crueldade”, previsto no

art. 225, § 1º, inciso VII c/c o art. 23, incisos VI e VII, da Carta Magna, afora o art. 32 da Lei de Crimes Ambientais, sob o argumento de que todo ser vivo possui um bem próprio e que não pode servir de meio para atingir fins alheios, exigindo-se, portanto, que haja uma interpretação constitucional que privilegie o respeito, a cooperação e a interdependência entre todas as formas de vida.

Não há dúvida de que o animal não é uma coisa inanimada, por ser um senciente (capaz de sentir dor), diferente, pois, de uma mesa, um carro, uma canoa.

Todavia, há um contraponto acerca da dignidade dos animais, mormente porque o combate à crueldade animal, por sinal, largamente previsto na legislação pátria, não implica no advento de um novo princípio constitucional, mesmo que implícito ou tácito.

Impõe-se elucidar que a metodologia do direito civil constitucional tem suas premissas específicas – natureza normativa da Constituição; unidade e complexidade do ordenamento jurídico e uma teoria de interpretação de fins aplicativos – exatamente para restringir a interpretação constitucional desarrozoada, teratológica e que cause insegurança jurídica<sup>51</sup>.

*In casu*, considerando que a dignidade humana é o critério unificador de todos os direitos fundamentais encartados na Constituição Federal, e, ainda, que a dignidade é uma qualidade/valor intrínseco de todo ser humano, impõe-se aduzir que o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF), que é uma cláusula aberta, não pode ser usado a esmo, com imprecisão e vagueza, como se fosse uma panaceia jurídica.

*In concreto*, não há uma dignidade animal, uma vez que resta incompreensível entender-se a dignidade de uma barata, de um rato, de um pernilongo, de um mosquito da dengue, de uma serpente, de um crocodilo, ou até mesmo de um cão de estimação, não obstante, por certo, todos eles devam ser protegidos, salvo aqueles manifestamente nocivos ao homem, como, por exemplo, o vírus da AIDS, da Covid-19, entre outros.

Ademais, a dignidade não pode ser entendida apenas por um lado, haja vista que tudo na vida é relativo, inclusive os direitos.

A natureza é indiferente aos homens, eis o dogma.

Se é certo e aceitável compreender que o homem pode ter afeto por um animal, principalmente um cão de estimação, a recíproca não é verdadeira, bastando lembrar que, se acaso o cão for vendido ou doado, por certo,

---

51 SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 9-14.

em breve, ele passará a se afeiçoar ao novo dono e sequer terá “saudade” do seu antigo dono, posto que, enquanto irracional, não tem memória afetiva, podendo até ser hostil ao rever o antigo proprietário.

*Re vera*, percebe-se que o alegado princípio representa a carnavalização ou banalização do princípio da dignidade humana, sendo isso recorrente no atual direito pátrio, diante do advento de novéis princípios, como o princípio da afetividade, da felicidade, da fraternidade, da compaixão, dentre outros, também denominados de panprincipiológicos, isto é, princípios não normativos ou informais, a gosto do intérprete.

#### 4.2.4 Incongruência para o Direito Tributário

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação – ICMS – é considerado a mais importante fonte de arrecadação dos Estados e do Distrito Federal, além de ser um tributo com o maior número de dispositivos na Constituição Federal, a maioria deles contida no art. 155, § 2º, da CF.

Trata-se de um tributo de competência estadual, mas com características nacionais, razão por que há uma farta legislação que o regula (leis complementares, ordinárias, convênios, resoluções, portarias) com o fito de evitar ou minorar a conhecida “guerra fiscal entre Estados”.

O fato gerador do ICMS decorre de três diferentes materialidades constitucionais, quais sejam: *i*) a realização de operações relativas à circulação de mercadorias; *ii*) as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; *iii*) a prestação de serviço de comunicação<sup>52</sup>.

Em relação à primeira delas – operações relativas à circulação (art. 155, II, da CF) –, diz respeito a todos atos ou negócios que envolvam a transferência/mudança de propriedade das mercadorias, incluindo o animal, por ser considerado uma coisa (mercadoria), isto é, um bem móvel. Assim, em havendo mudança da propriedade de um animal, mediante um negócio de compra e venda ou de revenda, de permuta ou de doação, etc. – dá-se a ocorrência do fato gerador, com a devida incidência do imposto.

Portanto, na atual sistemática jurídica o animal é objeto da obrigação tributária.

Contudo, a prevalecer a doutrina animal, será tido como sujeito de direito e, por conseguinte, não haverá a incidência fiscal, gerando grave

---

52 CASTRO, Eduardo de. *Impostos estaduais para concursos*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 54.



déficit para o erário estadual, haja vista o volume de negócios no mercado rural, a exemplo, compra e venda de gado, de aves, de porcos, de ovinos, de camarões, de peixes.

#### 4.2.5 Incongruência para o Direito Penal

Informa a doutrina que *habeas corpus* é uma ordem judicial de soltura de pessoa ilegalmente presa ou para evitar que o seja<sup>53</sup>. Trata-se de uma ação penal constitucional (art. 5º, LXVIII, da CF) disciplinada no Código de Processo Penal (arts. 647 a 667) e que tem por objeto a tutela da liberdade ambulatoria da pessoa humana (paciente), não de animais.

Como qualquer ação (ou recurso), “o pedido de *habeas corpus* está submetido às condições gerais de admissibilidade”<sup>54</sup>, ou seja, a legitimidade ativa e passiva (*legitimatatio ad causam*), a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, significando o juízo de admissibilidade.

Em rememoração ao primeiro *leading case* – *habeas corpus* impetrado em favor da chimpanzé “Suíça” –, observa-se que o magistrado negou a liminar e pediu informações à autoridade coatora (art. 662 do CPP), mas não extinguiu o processo sem exame do mérito (*ex officio*), à vista da impossibilidade jurídica do pedido, o que seria perfeitamente possível, considerando que a possibilidade jurídica do pedido era uma das condições da ação sob a vigência do CPC de 1973, aplicável subsidiariamente ao processo penal.

Em sede de juízo de admissibilidade, de fato o magistrado admitiu tacitamente o *habeas corpus*, não obstante, na sentença de 28.09.05, que julgou prejudicado o pedido diante da morte da primata, ou seja, sem exame do mérito, indagou se a chimpanzé poderia ser equiparada a um ser humano, paciente de um *habeas corpus*.

Relembre-se que sujeito ativo do crime “é quem pratica a figura típica descrita na lei”<sup>55</sup>, ou seja, é a criatura humana, mediante autoria singular ou coautoria, pois só a pessoa humana pode ser autora de crime. O sujeito passivo (vítima) é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado, isto é, o homem, podendo também ser uma pessoa jurídica de direito privado ou público (o Estado, por exemplo). Já o objeto jurídico do crime é “o interesse protegido pela norma penal”<sup>56</sup>.

53 JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal anotado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 553.

54 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 1.408.

55 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 20 ed. Belo Horizonte: Saraiva, 1982. v. 1. p. 121.

56 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 176.

Assim, à luz do direito vigente, acaso um primata de um zoológico, bem tratado, sadio e recolhido em boas instalações, pular a cerca da jaula e atacar um visitante, matando-o, ele será irresponsável penalmente – por ser um animal – e o Poder Público será civilmente responsável, com base na teoria do risco administrativo (art. 37, § 6º, da CF).

Contudo, a prevalecer a doutrina animal, que sustenta ser o animal sujeito de direito, a casuística acima resta insolúvel, posto que o primata não pode ser considerado sujeito ativo de crime de homicídio; além disso, no mundo real, tampouco pode ser preso, processado e levado ao tribunal do júri!

Nesse diapasão, incompreensível é este paradoxo avistável, isto é, o primata figurar como paciente num *habeas corpus*, equiparável a ser humano, e não ser responsabilizado como autor de crime!

Anote-se, ainda, como outra grave incongruência do direito animal, o advento da recente Lei nº 14.064/2020, em vigor desde 29.09.2020, conhecida como Lei Sansão, que majorou o tipo penal do art. 32 da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Contra o Meio Ambiente), quando a conduta for praticada contra cães ou gatos, prevendo uma pena de reclusão de dois a cinco anos e multa, além da perda da guarda do animal.

*Re vera*, referida Lei causa perplexidade, pois transforma o crime de maus-tratos a cães e gatos no segundo crime mais grave da Lei de Crimes Ambientais, caracterizando um populismo jurídico, pelas seguintes razões:

i) porque a pena é desproporcional<sup>57</sup>, pois é mais grave do que a prevista para os crimes de incêndio em mata ou floresta (art. 41) ou desmatamento ilegal em terras devolutas ou de domínio público (art. 50-A), além de ser maior do que a pena de homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP), aborto (art. 124 do CP), abandono de incapaz qualificado pela lesão grave (art. 133, § 1º, do CP), sequestro (art. 148, *caput*, do CP), lesão corporal leve e grave praticada contra o ser humano (arts. 129, *caput*, e 129, § 1º, do CP), violência doméstica (art. 129, § 9º, do CP), dentre outros<sup>58</sup>;

ii) porque exclui os demais animais (domesticados/silvestres), também recorrentemente vítimas de crueldade, como os maus-tratos contra cavalos de carroça, a manutenção de golfinhos e orcas em aquários, a exploração dos animais circenses, o cativo de passarinhos em gaiolas nas feiras livres, den-

57 FERREIRA, André. Primeiros apontamentos sobre a Lei nº 14.064/2020. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/andre-ferreira-primeiros-apontamentos-lei-14064>. Acesso em: 9 dez. 2020.

58 MOURA, Grégore Moreira. Lei Sansão, ‘colcha de retalhos’ e o direito penal simbólico. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/gregore-moura-lei-sansao-direito-penal-simbolico?imprimir=1>. Acesso em: 9 dez. 2020.

tre outros, cuja pena permanece regida pelo art. 32, *caput*, da Lei de Crimes Ambientais, ou seja, detenção de três meses a um ano e multa<sup>59</sup>.

#### 4.2.6 Incongruência para o Direito Processual

Define-se o direito de ação como um direito público subjetivo ao exercício da função jurisdicional – autônomo, abstrato, de matriz constitucional (art. 5º, XXXV, da CF) – conferido a todas as pessoas físicas e jurídicas, de direito privado de direito público, inclusive aos entes despersonalizados.

Já o conceito de parte diz respeito àquele que pede e contra quem se pede a tutela jurisdicional<sup>60</sup>, ou seja, o autor e o réu, que, ao lado do juiz, compõem os sujeitos do processo.

A doutrina processual também distingue outros importantes conceitos, a saber:

*i)* capacidade de *ser parte* (capacidade de direito), que é a capacidade de ser sujeito da relação processual, como autor ou réu<sup>61</sup>, e que tem como correlato no plano do direito material a personalidade jurídica, como é próprio das pessoas naturais, jurídicas e dos entes despersonalizados;

*ii)* capacidade de *estar em juízo*, também chamada de legitimação para o processo ou *legitimatio ad processum*, atribuída apenas aos que estiverem no exercício de seus direitos, pois têm capacidade processual (de exercício) (art. 70 do CPC). Assim é que, os absoluta e relativamente incapazes (arts. 3º e 4º do CC), apesar de terem capacidade para ser parte (capacidade de direito), não têm capacidade processual, necessitando, assim, de representação ou assistência na forma da lei. Assevere-se, ainda, que a capacidade processual é um pressuposto de validade do processo e, quando ausente, implica na extinção do processo sem julgamento do mérito, passível de reconhecimento *ex officio*, por se tratar matéria de ordem pública (art. 485, § 3º, do CPC).

Impõe-se também apartar os conceitos de substituição processual e representação processual – largamente confundidos pela doutrina animal –, haja vista que, na primeira, “a parte está pleiteando em nome próprio direito alheio”<sup>62</sup>, desde que autorizado pela lei, como é o caso do Ministério Público

59 ARGACHOFF, Mauro. Os maus-tratos contra animais e a timidez do legislador pátrio. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-05/argachoff-maus-tratos-animais-timidez-legislador>. Acesso em: 9 dez. 2020.

60 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 5 ed. São Paulo: RT, 2019. p. 230.

61 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 1º a 153. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. I. p. 68.

62 MONTENEGRO FILHO, Misaél. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. I. p. 265.

nas ações coletivas em defesa do consumidor (arts. 81 e ss. do CDC), na ação *ex delicto* (art. 68 do CPP), dentre outras. Já na segunda (representação), a pessoa (representante) pleiteia em nome alheio o reconhecimento de direito alheio (do representado), como, por exemplo, os genitores da parte absolutamente incapaz, o curador do interditado, o curador do réu revel, dentre outros casos, restando claro que o representante não é parte do processo.

À vista disso, percebe-se – às claras – que os animais não possuem capacidade de ser parte, pois não têm personalidade jurídica e, por conseguinte, não têm capacidade processual, de sorte que não podem ser sujeitos processuais, como autor ou réu.

Ademais, o argumento de que há uma distinção entre os conceitos de sujeito de direito (gênero) e pessoa (espécie) é insustentável, por ser uma doutrina isolada, permeada de subjetivismo, de perfil *contra legem*; mostra-se inaceitável que os institutos da substituição e da representação sejam aplicáveis por extensão aos animais, uma vez que são restritos a casos específicos e excepcionais (arts. 18 e 71 do CPC).

Portanto, na esfera processual, o animal deve ser considerado como sendo uma coisa, ainda que ser senciente, atrelada aos interesses do seu possuidor ou proprietário (pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado), litigantes na condição de sujeitos processuais (autor ou réu) ou, quiçá, o animal deve ser protegido/tutelado pelo Ministério Público, em caso de substituição processual.

## Considerações Finais

Uma primeira conclusão a ser feita é pautada na célebre frase do escritor britânico, Richard Dawkins, que diz: “a natureza não é cruel, apenas implacavelmente indiferente (...)”, significando dizer que, no mundo dos fatos, os animais são estranhos e desconhecem a existência humana.

*Re vera*, os animais existem no seu próprio universo, pois tão apenas procriam e lutam pela sobrevivência, com base na fatídica lei em que os mais fortes subjagam os mais fracos – eis a lógica animal!

Animal não é gente! – uma verdade incontestável –, tal qual uma pedra não é uma planta, uma planta não é um animal, um animal não é um homem e o ser humano não é um Deus, como assim alude o poeta alemão Heinrich Heine, não podendo o Direito ignorar e muito menos subverter as leis atemporais da Natureza.

Diferentemente do apregoado pela multicitada doutrina dos animais, concluiu-se que os animais não têm dignidade, um valor intrínseco à pessoa

humana, posto que, se é certo que alguns homens têm afeto/carinho/amor pelos animais, mormente os animais de estimação (cão e gato), a recíproca não é verdadeira, uma vez que, em sendo eles irracionais, não há evidência de que tenham memória afetiva/saudade, bastando lembrar que se um cão for doado em breve tempo ele demonstrará alegria para o novo dono e talvez possa até ser hostil ao seu antigo proprietário.

Asseverou-se a inexistência de um princípio da dignidade animal, ainda que implicitamente extraído da Constituição Federal, haja vista que os animais, por serem irracionais, não possuem os atributos da complexa condição humana, isto é: a cobiça, a traição, a vingança, o ódio, a gula, a avareza, a inveja, a ira, a soberba, a luxúria, a indolência, a empatia, a generosidade, a solidariedade, o perdão, o que não significa dizer que não sofram, pois são coisas vivas sencientes.

Reconheceu-se que o antropocentrismo deve perdurar, ainda que de forma mitigada, uma vez que os animais estão atrelados aos interesses do homem, que deles precisa para sobreviver, o que não significa dizer que o ser humano não deva respeitá-los e protegê-los, conforme os postulados do biocentrismo global.

Atestou-se que o animal é um bem semovente, um ser vivo dotado de sensibilidade e capaz de sofrer (ser senciente), entendimento também do direito alienígena, que ainda não o sufragou como sujeito de direito.

Inquestionavelmente, concluiu-se que o direito pátrio classifica o animal como um bem móvel – um semovente –, com destaque para os dois projetos de lei em trâmite e que pouco elucidam o assunto, não se sabendo ao certo, por exemplo, o que significa o Projeto de Lei Animais Não São Coisas (PL nº 6.054/2019), o qual estabelece a natureza jurídica *sui generis* do animal, como um sujeito de direito despersonificado – na medida em que lança o tema ao limbo jurídico, pela generalidade e imprecisão dogmáticas.

Também, à luz dos dois precedentes referidos (*leading cases*), inferiu-se que a doutrina animal é confusa e ambígua sobre o seu próprio objeto de estudo – se um primata ou se um animal de estimação –, ou seja, se se reporta a animal doméstico, domesticado ou silvestre.

Mediante uma abordagem prática, o estudo detalhou as incongruências do direito animal em relação aos diversos ramos do direito (privado e público), para fins de atestar, ao cabo, que o animal não é sujeito de direito, por não ter personalidade jurídica, nem muito menos é um sujeito de direito sem personalidade jurídica (nem pessoa nem coisa), sendo tão apenas uma coisa não inanimada, um ser senciente, já devidamente protegido pela legislação pátria.

Concluiu-se, pois, que a doutrina animal é permeada de achismos e subjetivismos, posto que, a despeito de enaltecer o “exercício emancipatório de uma nova dogmática jurídica” e de exigir um tratamento peculiar e diferenciado para os animais, não esclarece como isso ocorre na prática judicial, isto é, quais as implicações jurídicas sobre os demais ramos do direito, até porque a ciência jurídica não é uma abstração, uma utopia, mas, sim, uma criação humana em prol da solução do conflito do homem e seu meio social.

Por último, observou-se que a doutrina do direito animal garante um “populismo jurídico”, na medida em que visa a proteger o animal tão apenas enquanto suposta vítima (sujeito passivo de direito), olvidando seus supostos correlatos deveres, o que se constitui, em resumo, numa doutrina sentimental.

---

TITLE: Animal law and sentimental doctrine.

ABSTRACT: The present study analyzes the animal rights doctrine from an imprecise delimitation of its object, if it is a domestic animal, a tamed or a sylvan one, as well argues if is there an animal dignity. It makes a short resume about animal rights, presents the actual legislative chronology and the *lege ferenda*, in addition to the compared law. Based on two precedents (leading cases), it investigates if the animal is a subject of law or a depersonalized subject of law (nor thing nor person), or if is a moving property as well as described at the Civil Code. It details/specifies supportive and opposed arguments to the animal doctrine, describing the reflexes in others ramifications of law, bringing the discussion to the concrete juridical reality. It concludes that there isn't an animal dignity and that the mitigated anthropocentrism adopted by national laws already protects the animal as a thing, although inanimate, for being a sentience (capable of suffering). Finally, concludes that the animal rights doctrine is permeated with guesses and sentimentalism.

KEYWORDS: Animal Rights. Object. Delimitation. Imprecision. Legislative Chronology. Animal As a Subject of Law. In Favor and Against Arguments. Animal Dignity. Nonexistence. Concrete Rights. Animal As a Sentience Thing. Mitigated Anthropocentrism. Animal Doctrine. Juridical Populism

---

## Referências

ARGACHOFF, Mauro. Os maus-tratos contra animais e a timidez do legislador pátrio. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-05/argachoff-maus-tratos-animais-timidez-legislador>. Acesso em: 9 dez. 2020.

ATAÍDE JR., Vicente de Paula; LOURENÇO, Daniel Braga. Considerações sobre o projeto de lei animais não são coisas. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-01/ataide-junior-lourenco-pl-animais-nao-sao-coisas>. Acesso em: 4 dez. 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2012.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 1º a 153. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. I.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: editora Rio, 1975.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.713.167/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 9 de outubro de 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201702398049&dt\\_publicacao=09/10/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702398049&dt_publicacao=09/10/2018). Acesso em: 7 jan. 2021.

- BRITO, Fernando Azevedo et al. A educação ambiental e o direito dos animais: uma análise normativa, panorâmica e integrada. *Jus*, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42445/a-educacao-ambiental-e-o-direito-dos-animais-uma-analise-normativa-panoramica-e-integrada>. Acesso em: 4 dez. 2020.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- CASTRO, Eduardo de. *Impostos estaduais para concursos*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CESTARI, Vanice. Projeto de lei “animal não é coisa”, na verdade, prejudica os animais. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/vanice-cestari-pl-animal-nao-coisa-prejudica-animais>. Acesso em: 4 dez. 2020.
- CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1.
- FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. *A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito*. Curitiba: Juruá, 2014.
- FERREIRA, André. Primeiros apontamentos sobre a Lei nº 14.064/2020. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/andre-ferreira-primeiros-apontamentos-lei-14064>. Acesso em: 9 dez. 2020.
- FIUZA, César; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Dos fundamentos da proteção dos animais: uma análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, RT, n. 1, v. 1, out./dez. 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.
- GORDILHO, Heron José de Santana. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *UFBA*. Disponível em: <https://cienciasmedicasbiologicas.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/10240/7296>. Acesso em: 9 dez. 2020.
- GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Habeas corpus para os grandes primatas*. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/04/2012\\_04\\_2077\\_2114.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/04/2012_04_2077_2114.pdf). Acesso em: 9 dez. 2020.
- GORDILHO, Heron José de Santana et al. *Habeas corpus* impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA). *UFBA*. Disponível em: <https://portalsecr.ufba.br/index.php/RBDA/article/download/10258/7314>. Acesso em: 9 dez. 2020.
- HOUAISS. *Pequeno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Moderna, 2015.
- JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal anotado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2019.
- MAROTTA, Clarice Gomes. *Princípio da dignidade dos animais: reconhecimento jurídico e aplicação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MIRANDA, Aline de Fátima Gomes de. Os animais de estimação enquanto titulares de direitos na jurisprudência brasileira. *Jus*, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70880/os-animais-de-estimacao-enquanto-titulares-de-direitos-na-jurisprudencia-brasileira>. Acesso em: 4 dez. 2020.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. I.

MOURA, Grégore Moreira. Lei Sansão, ‘colcha de retalhos’ e o direito penal simbólico. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/gregore-moura-lei-sansao-direito-penal-simbolico?imprimir=1>. Acesso em: 9 dez. 2020.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 20. ed. Belo Horizonte: Saraiva, 1982. v. 1.

RAMOS, Chiara. Animal como sujeito de direito: uma proposta com base na teoria dos sistemas de Luhmann. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4016, 30 jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29706>. Acesso em: 4 nov. 2020.

RODRIGUES, Danielle Tetü. *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da. *Curso de direito animal*. Natal: edição do autor, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Recebido em: 19.01.2021

Aprovado em: 03.02.2021



# Ordem Pública e o CPC/2015: Conceito, Preclusão e Reconhecimento em Recursos Parciais

**OLAVO DE OLIVEIRA NETO**

---

*Livre-Docente, Doutor e Mestre pela PUC-SP; Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Milano; Professor de Direito Processual Civil nos Cursos de Mestrado e de Graduação da PUC-SP, do COGEAE, da Escola Paulista da Magistratura e de Inúmeros Cursos de Especialização; Professor Efetivo da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS; ex-Professor do Programa de Doutorado, Mestrado, Especialização e Graduação da ITE-Bauru; Membro do IBDP e do CEAPRO; Vencedor do Prêmio “Professor Nota 10” de 1998; ex-Procurador do Estado e ex-Promotor de Justiça no Estado de São Paulo; Magistrado Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo; Advogado e Consultor Jurídico; e-mail: professorolavo@bol.com.br.*

**JANAINA MARTINS PONTES**

---

*Aluna de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado – da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) – Núcleo de Pesquisa de Direito Processual Civil; Juíza Federal Substituta Vinculada ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região; e-mail: jmpontes@trf3.jus.br.*

**RESUMO:** O estudo se propõe a expor reflexões sobre a ordem pública processual. A partir de premissas metodológicas, como a instrumentalidade do processo e a nova dogmática processual, pela qual há primazia da resolução do mérito, vedação da decisão surpresa, coisa julgada parcial e aprimoramento do regime de nulidades, aborda-se o conceito da ordem pública em consonância a esses vetores. Estabelece-se uma matriz comum de quais seriam as normas de ordem pública dentro do processo, como os pressupostos processuais (incluídas as condições da ação) e as matérias que possuem aptidão de provocar nulidade absoluta. Defende-se a preclusão da reanálise das matérias de ordem pública e a restrição, nos recursos parciais, do efeito translativo, limitado pela extensão do efeito devolutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ordem Pública. Preclusão. Recursos Parciais.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Premissas Metodológicas. 2 A Ordem Pública; 2.1 Normas de Ordem Pública Processual; 2.2 Normas de Ordem Pública no Direito Material – Tratamento Processual. 3 Matéria de Ordem Pública e Preclusão. 4 Recursos Parciais e Questões de Ordem Pública Relativas a Capítulos não Impugnados da Sentença. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## Introdução

Quem opera o direito trabalha, frequentemente, com as chamadas matérias de ordem pública, cujo conceito está associado à possibilidade de que se conheça de uma determinada matéria *ex officio*, ou seja, independente de requerimento da parte, em qualquer tempo e em quaisquer graus de jurisdição.

Mas, afinal, o que é ordem pública e quais são as matérias de ordem pública? No âmbito do Direito Processo Civil, o fato de algo poder ser expressamente conhecido de ofício, em qualquer tempo e em quaisquer graus de jurisdição, define-o como ordem pública? Em caso positivo, equivale a dizer que a análise dessas matérias nunca será alcançada pela preclusão? Que integram o efeito translativo dos recursos independentemente do efeito devolutivo?

A resposta a essas perguntas está longe de representar um consenso, seja no âmbito da doutrina, seja quanto à posição dos tribunais. Por isso, este estudo abordará algumas divergências relacionadas ao tema, na perspectiva da dogmática do processo civil contemporâneo.

## 1 Premissas Metodológicas

A premissa necessária e suficiente deste estudo é a de que o direito processual civil deve ser interpretado na sua qualidade de instrumento para a realização do direito material, ou seja, que a aplicação da norma processual deve se dar de maneira aderente ao direito material. De nada adianta pensar no processo de modo dissociado da realidade no plano fático e sem que se tenha por escopo, sempre, que o valor de maior relevância está relacionado com o acerto da relação jurídica de direito material controvertida ou com a efetivação de uma prestação.

Nesse contexto, o processo serve para proporcionar controle, simplificação e eficiência aos conflitos que demandam a atuação jurisdicional<sup>1</sup>. Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, “as questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula”<sup>2</sup>.

Por sua vez, sabe-se que a Constituição Federal de 1988 inaugurou um marco histórico na concepção do direito constitucional, alinhada ao Estado

---

1 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 1.

2 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 14.

Democrático de Direitos, de ideologia progressista<sup>3</sup> e de um maior respeito aos direitos fundamentais<sup>4</sup>. No plano filosófico, o marco é o pós-positivismo, com a atribuição de normatividade aos princípios, enquanto no plano teórico, reconheceu-se a força normativa da Constituição da República, com a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional<sup>5</sup>.

Esses marcos influenciaram e ainda influenciam diretamente o direito processual civil, pois pressupõem que a prestação da tutela jurisdicional esteja efetivamente alinhada às exigências constitucionais de concretização de direitos. Em outras palavras, a atividade jurisdicional deve ser realizada visando à obtenção do resultado mais efetivo, justo e célere da crise de direito material trazida a julgamento.

Foi nesse contexto que o Código de Processo Civil de 2015 apresentou modificações relevantes quanto ao perfil dos institutos que disciplina<sup>6</sup>. Uma delas, por exemplo, inserida no regime das nulidades, implementou a ideia estruturante de que o processo sempre deve ser “salvo”, isto é, que sempre que for possível deverá se dar o aproveitamento dos atos processuais já realizados<sup>7</sup>.

A nulidade de um ato processual pressupõe um defeito<sup>8</sup>. A diferença para as nulidades no direito material é que, no processo, mesmo um defeito considerado grave pode vir a ser sanado. A doutrina tem classificado as nulidades em relativas (que se convalidam pela preclusão) e absolutas (não resolvidas, levam o processo à extinção, e podem ser alegadas a qualquer tempo). Porém, uma nulidade somente deve ser decretada quando traga prejuízo à parte. O novo CPC trouxe uma série de casos específicos que demonstram essa preocupação com o aproveitamento máximo dos atos processuais, trazendo a possibilidade expressa, por exemplo, de correção do polo passivo da demanda e do vício de capacidade processual<sup>9</sup>. Há importante disposição, prevista no art. 488 (que repete comando existente no CPC/73), nesses termos: “Desde

---

3 SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr. 2013, p. 111.

4 ALVIM, José Manoel de Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016. p. 49.

5 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 30 maio 2020.

6 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 123. Interessante excerto se extrai, contudo, da obra do autor, que merece ser trazido à baila: “Ainda que não houvesse um novo Código, os princípios constitucionais teriam força normativa suficiente para implementar concretamente o modelo de direito processual civil imposto pela Constituição”.

7 ALVIM, Teresa Arruda. *CPC em foco: temas essenciais e sua receptividade*. Dois anos de vigência do novo CPC. São Paulo: RT, 2018. p. 494.

8 ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 9. ed. ver. atual., ampl. São Paulo: RT, 2018. p. 199.

9 *Idem*, p. 202.

que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”.

Outro comando relevante é a previsão do art. 4º: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, que consolida o princípio da primazia da resolução do mérito. Solucionar a crise de direito material e promover a atividade satisfativa tempestivamente deve sempre prevalecer sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil<sup>10</sup>. Na prática, sempre que possível, os elementos meramente formais não devem se sobrepôr à análise do direito material.

Vale invocar, ainda, que o CPC/2015 robusteceu o princípio do contraditório ao prever, nos arts. 9º e 10, a vedação da decisão surpresa, consagrando às partes o poder de influência direta na formação do convencimento do magistrado. Mesmo que o juiz perceba e que possa decretar alguma nulidade “de ofício”, ele precisará ouvir as partes a respeito dela antes de extinguir ou resolver o feito.

Por derradeiro, para este estudo também se destaca como relevante a mudança operada no regime legal imposto à coisa julgada, em especial quanto à expressa admissão da possibilidade da ocorrência da coisa julgada parcial, isto é, da possibilidade de um segmento de coisa julgada no mesmo processo, formada em momentos distintos. Se houver dois pedidos ou mais pedidos, uma decisão sobre todos e recurso sobre apenas um deles, a parcela da decisão sobre a qual não houve recurso, desde logo, transita em julgado.

Ao fim e ao cabo de tudo, o novo CPC, alinhado à ideia de instrumentalidade para a efetivação de direitos, põe fim a um processo civil de armadilhas.

## 2 A Ordem Pública

Dentre os seus variados significados gramaticais, a palavra “ordem” pode representar “Disposição organizada e ordenada das coisas, seguindo uma categoria: ordem alfabética”; “Regras, leis, estruturas que constituem uma sociedade”; ou “Regra oral ou escrita proferida por uma autoridade: ordem de despejo”<sup>11</sup>.

Embora de qualquer desses significados seja possível extrair a ideia de que ordem pressuponha estabilidade, segurança e integridade, também exsurge

---

10 CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista da Advocaf*, nov. 2015, p. 16.

11 Disponível em: [dicio.com.br/Aurélio](http://dicio.com.br/Aurélio). Acesso em: 3 jul. 2020.

tratar-se de um conceito relativo, pois o que cada indivíduo vê como ordem, no mundo empírico, pode não ser exatamente a mesma coisa.

Transplantada para o contexto social, poder-se-ia falar em ordem pública como aquela que diz respeito à sociedade como um todo, mas ainda assim não é possível dizer se a ordem pública seria um valor, um metavalor ou uma instituição. O que é, afinal?

Nas palavras de De Plácido e Silva, por ordem pública “entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípua atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada”<sup>12</sup>.

Já na concepção de Gisele dos Santos Ferreira Góes<sup>13</sup>, a ordem pública não é a consequência, mas, sim, o pressuposto da ordem jurídica. Trata-se do produto de uma realidade histórico-cultural, que aparece como imperativo dogmático necessário ao funcionamento do sistema jurídico. Deve servir como norte para os atores sociais.

Por seu turno, segundo Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>14</sup>, a ordem jurídica seria algo mais simples, representando um estado de coisas que aflora do sistema social, político e jurídico, e que deve ser controlado; enquanto para Carmen Tiburcio<sup>15</sup>, se trata de um conceito de tipo aberto, que pode ser identificado com o conjunto de valores ou de opções políticas fundamentais dominantes em uma sociedade em um momento histórico, em geral, positivados na Constituição Federal e na legislação, sobretudo nos países de tradição romano-germânica, em que se inclui o Brasil.

Em termos práticos, Ricardo de Carvalho Aprigliano<sup>16</sup> pontua que cada ramo do direito analisa o fenômeno da ordem pública sob as suas próprias perspectivas, mas que, curiosamente, no Código de Processo Civil não há uma única referência expressa à “ordem pública”. No mais das vezes, nos dizeres do autor, o conceito de ordem pública, e aí já no aspecto processual, pode se extrair de normas que regulam relações que transcendem ao mero

12 SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1963. v. III (J-P), p. 1.101.

13 GÓES, Gisele Santos Fernandes. Ordem pública e os papéis da Justiça do Trabalho e Ministério Público do Trabalho. *Rev. TST, Brasília*, vol. 77, n. 2, abr./jun. 2011, p. 187.

14 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 53.

15 TIBURCIO, Carmen. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 210-211.

16 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7.

interesse das partes, para assumir uma faceta mais ampla, voltada ao interesse da sociedade como um todo, o interesse público.

Seria a ordem pública sinônimo de interesse público, então? Marcio Oliveira Rocha, que mais recentemente estudou o tema em sua tese de doutoramento, reflete sobre essa associação entre ordem pública e interesse público, e a refuta. Não haveria uma exata coincidência entre ambas, pois há interesse público em normas mais flexíveis, que não poderiam ser consideradas “de ordem pública”<sup>17</sup>.

Em verdade, por tudo que foi dito, vê-se que o conceito de ordem pública se apresenta como um conceito jurídico indeterminado, ou seja, como um conceito jurídico fluido, que exige a aplicação de um critério axiológico para o preenchimento do seu conteúdo e delimitação dos seus exatos limites em face do caso concreto.

Portanto, para que dele se construa uma noção que tenha alguma valia, torna-se imperiosa a sua compreensão sempre diante do caso concreto, sempre tendo como ponto de partida as premissas indicadas no início do estudo e sempre lhe atribuindo uma interpretação conforme aos parâmetros ditados pelo Modelo Constitucional do Direito Processual, de acordo com os valores consagrados na Constituição da República.

Nada obstante, o que parece comum na opinião dos autores acima mencionados é o fato de que a ordem não é meramente um valor. Realmente, não se procura ponderar a ordem com outro valor em jogo. Ela é o norte da aplicação do Direito, algo que se almeja dentro de uma realidade social.

Por isso, se aqui se fosse propor uma síntese dos conceitos acima descritos, a ordem pública seria um estado de coisas, no âmbito estatal, que norteia a concretização de direitos a partir de normas e princípios cruciais para o funcionamento do sistema. Ou, voltando às premissas inicialmente estabelecidas, no caso do direito processual civil, as normas de ordem pública são as normas orientadas a uma atuação jurisdicional segura, controlada e sem irregularidades, que estão voltadas a resolver o conflito de direito material – seja de accertamento, seja de satisfação de uma prestação – de forma célere e efetiva, em consonância com o Modelo Constitucional do Direito Processual Civil.

## 2.1 Normas de Ordem Pública Processual

Em confirmação à dificuldade que permeia o tema, afirma Cândido Rangel Dinamarco que não é possível distinguir com precisão, no âmbito

---

17 ROCHA, Marcio Oliveira. *Por uma nova dogmática da ordem pública no direito processual civil contemporâneo*. Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco/CE, 2017. p. 55-56.

processual, o que é e o que não é uma norma de ordem pública<sup>18</sup>. Por isso, boa parte da doutrina se limita a afirmar que as questões de ordem pública são aquelas que o juiz pode conhecer de ofício. Essas, por sua vez, em razão de um interesse público mais destacado, seriam definidas como questões de ordem pública, dispensando o pedido da parte para serem examinadas.

Esse raciocínio, além do risco de expressar tautologia, nem sempre será verdadeiro. O juiz pode, por exemplo, determinar a correção do valor da causa e o recolhimento de custas complementares, ou mesmo reconhecer uma conexão, sem nenhuma provocação das partes. São reflexos das prerrogativas do magistrado na condução do processo, mas não carregam a carga axiológica de normas indisponíveis ao interesse das partes, nem levam à extinção ou à nulidade, como sói acontecer com matérias efetivamente de ordem pública. É correto dizer, portanto, que toda matéria de ordem pública pode ser conhecida de ofício, mas não é correto afirmar que toda matéria que possa ser conhecida de ofício seja de ordem pública<sup>19</sup>.

Em geral, para a doutrina tradicional, o núcleo da ordem pública processual seriam os pressupostos processuais, as condições da ação e as nulidades processuais absolutas, ou seja, aquelas que podem ser alegadas a qualquer tempo.

O traço comum desse núcleo é a relevância, a imperatividade e a coordenação com exercício regular da atividade jurisdicional<sup>20</sup>.

Vê-se, a partir desse rol, que o efeito processual inerente ao reconhecimento de uma matéria como sendo de ordem pública é o conhecimento de ofício pelo juiz, a qualquer tempo, podendo ensejar desde o indeferimento da inicial a extinção do feito sem resolução de mérito, bem como a decretação de nulidade absoluta, sem possibilidade de superação ou de convalidação<sup>21</sup>.

Porém, se esses efeitos, à evidência, são opostos àquelas premissas anteriormente adotadas – de um processo civil instrumental, voltado à solução de mérito –, então como harmonizar a ideia de ordem pública com essas premissas?

---

18 “Não é possível traçar conceitos muito rígidos ou critérios apriorísticos bem nítidos para a distinção entre umas e outras. Como critério geral, são de ordem pública as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I. p. 71)

19 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 107-108.

20 *Idem*, p. 84.

21 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 162.

É preciso um novo olhar, uma nova dogmática do conceito. Ricardo de Carvalho Aprigliano propõe que a ordem pública processual compreenda, assim, “o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle da regularidade do processo, ou seja, para salvar processos, permitir que sejam conduzidos ao julgamento de mérito”<sup>22</sup>. A ordem pública, nessa nova dogmática, seria menos extinguir e anular, e mais salvar.

Ainda assim a dúvida permanece latente: com relação a quais regras ou a qual grupo de regras seria possível promover essa “remissão dos pecados processuais”, aproveitando-se a via processual de modo a permitir o acerto de uma relação jurídica de direito material controvertida ou a satisfação de uma prestação?

Não olvidando a dificuldade acima apresentada, as regras que dizem respeito à realização de juízos de admissibilidade de uma via processual, em especial no tocante ao exercício do direito de ação ou a regularidade do processo, podem ser consideradas como o local mais adequado para a aglutinação das normas de ordem pública.

Quanto ao primeiro grupo, em que pese o equivocado desprezo que uma pequena parte da doutrina tem alardeado com relação à existência das condições da ação, o fato é que nosso atual ordenamento jurídico manteve a legitimidade de parte e o interesse de agir como requisitos necessários à obtenção de uma sentença de mérito, exigindo a sua presença por meio do art. 17 do CPC, indicando que a petição inicial deve ser indeferida a sua falta (art. 330, II e III) e atribuindo como consequência para sua ausência uma inevitável sentença sem a apreciação do mérito (art. 485, VI).

Para litigar, portanto, as partes devem ser legítimas, assim considerada “a coincidência entre a situação legitimante prevista em lei (em todas as suas modalidades), com a afirmação de direito contida na inicial”<sup>23</sup>; e, ter interesse de agir, “representado pela necessidade de acionar o Poder Judiciário, visando à obtenção de provimento jurisdicional útil no mundo empírico, mediante uso adequado dos meios colocados à disposição da parte pelo sistema jurídico vigente”.

No caso dessa categoria, uma eventual convalidação do defeito processual deve ser relegada à casuística, não sendo possível categorizar as hipóteses em que o vício pode ser superado com o desiderato de alcançar uma sentença de mérito. Propor uma execução antes do vencimento do título, por exemplo, implica a

22 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 65.

23 OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2015. v. 1. p. 208.



falta de interesse de agir, aferível no momento em que a causa é proposta<sup>24</sup>. Todavia, se a apreciação dessa condição pelo juiz se der algum tempo depois da propositura da causa, quando o título já alcançou o termo de vencimento, então ele não deverá ser reconhecido, seguindo-se no *iter* da execução.

Quanto à regularidade do processo, devem ser examinados os seus requisitos essenciais, tradicionalmente denominados pressupostos processuais, que na definição de Jorge Luís Dall'Agnol "(...) são aqueles elementos indispensáveis para a existência jurídica do processo e as condições necessárias para o seu desenvolvimento válido. Sinteticamente: são os requisitos necessários para a existência jurídica e o desenvolvimento válido do processo"<sup>25</sup>. Os requisitos que devem estar presentes são os pressupostos positivos e os requisitos que devem estar ausentes são os pressupostos negativos. Esses são extrínsecos porque exigem uma análise comparativa com outro feito, enquanto aqueles são intrínsecos porque são aferíveis em face do próprio feito que exija a sua presença. Os pressupostos positivos ainda se subdividem em pressupostos referentes à existência do processo ou ao seu desenvolvimento válido e regular.

No interior dessas categorias, dentre as inúmeras classificações existentes,

“podemos classificar os pressupostos processuais de existência (constituição) em: a) existência de jurisdição, b) petição inicial e c) capacidade postulatória; e, os pressupostos processuais de desenvolvimento válido e regular em: a) competência e imparcialidade do juízo; b) petição inicial apta; c) capacidade processual e d) respeito ao modelo constitucional do processo.”<sup>26</sup>

Já os pressupostos negativos são a coisa julgada, a litispendência e o compromisso arbitral.

Para Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>27</sup>, dentre os pressupostos que considera existirem, somente a existência de órgão estatal investido de jurisdição e as questões quanto ao impedimento do juiz seriam realmente insuperáveis (inderrogáveis), absolutamente indisponíveis (irrenunciáveis ou não passíveis de autocomposição), podendo ser arguidas a qualquer tempo e passíveis de acarretar a nulidade absoluta. Logo, com característica de ordem pública.

Ricardo de Carvalho Aprigliano, por sua vez, sustenta que o único vício completamente insanável é o da ausência de citação<sup>28</sup>. O autor faz res-

24 OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000. p. 62-69.

25 DALL'AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1988. p. 22.

26 OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 239.

27 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 162-164.

28 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 140.

salva quanto a alguns pressupostos processuais, que somente seriam matéria de ordem pública se vistos conjuntamente com a primazia da resolução do mérito. Ele menciona, como exemplo, a perempção: se já existe uma sentença com resolução de mérito e um recurso parcial, não seria condizente com a primazia da resolução do mérito que o Tribunal extinguisse o processo pelo reconhecimento daquela perempção não alegada.

Nessa linha, não haveria perfeita identidade entre matéria de ordem pública e exceções processuais. Tampouco haveria entre matérias que permitem o manejo de ação rescisória, ainda que em grande parte, essas categorias abrangam pressupostos processuais. Por fim, essa coincidência também não se infere das hipóteses de extinção prematura do processo: algumas matérias do art. 485 do CPC são disponíveis pelas partes, como a convenção de arbitragem e a competência relativa<sup>29</sup>.

Em resumo do que foi abordado, há um aparente acordo da doutrina em afirmar que pressupostos processuais constituem matéria de ordem pública, porém não há unanimidade quanto a quais deles seriam, de fato, cognoscíveis de ofício, levando inexoravelmente à sentença terminativa ou à decretação de nulidade a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Na proposta deste trabalho, entendemos que assiste razão ao que preconiza Cassio Scarpinella Bueno<sup>30</sup>, para quem deve ser verificado, antes do reconhecimento de qualquer invalidade ou defeito, se a *finalidade* protegida pelos pressupostos processuais foi suficientemente atingida. Se a resposta for positiva, a ausência de um pressuposto *per se* não deve ser um óbice à atuação do Estado-Juiz ou aos efeitos da tutela jurisdicional eventualmente concedida no caso concreto.

## 2.2 Normas de Ordem Pública no Direito Material – Tratamento Processual

Destaca-se que existem normas de ordem pública no direito material (por exemplo, função social do contrato, dirigismo contratual do direito civil, preceitos do C none consumerista). Qual seria o tratamento adequado dessas normas dentro do processo?

José Roberto dos Santos Bedaque<sup>31</sup> alerta que elas recebem tratamento semelhante ao de qualquer outra questão de direito trazida a julgamento. O autor traz um exemplo em que se discute no processo o cumprimento de

---

29 *Idem*, p. 135.

30 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 352.

31 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 34.

um contrato. Se o juiz perceber que uma parte é absolutamente incapaz, poderia reconhecer a nulidade do contrato mesmo que o pedido se refira a uma cláusula específica?

Pelo princípio dispositivo, a resposta seria negativa, mas isso confronta com o disposto no Código Civil, art. 168, parágrafo único, *verbis*: “As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

Por outro lado, se as próprias partes têm um consenso sobre um determinado negócio, se ele é lícito e se estão as partes devidamente representadas ou assistidas no processo, será que caberia ao Estado, sob o pretexto de estabelecer uma ordem, invalidar um negócio independentemente da discussão de validade? Arrisca-se dizer que dependerá do caso concreto e da observância das premissas trazidas no início deste estudo, sobretudo dos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil, oportunizando o contraditório e a influência das partes na formação do juízo.

Essas questões e a dificuldade de se estabelecer um consenso sobre o tema fazem emergir mesmo a necessidade de constante aprofundamento do estudo e do aperfeiçoamento na prática, que não cabem no âmbito do presente estudo.

### 3 Matéria de Ordem Pública e Preclusão

A relação que se estabelece entre a matéria de ordem pública e a preclusão foi objeto de intensos debates em sede doutrinária, dando ensejo à aglutinação de três entendimentos diversos: a) as questões de ordem pública não estão sujeitas a preclusão; b) as questões de ordem pública precluem para o juízo *a quo*, mas não para o juízo *ad quem*; e, c) as questões de ordem pública estão sujeitas a preclusão.

Conforme relata Ricardo de Carvalho Aprigliano, a corrente majoritária defende que qualquer questão de ordem pública pode ser conhecida e decidida pelo julgador, em qualquer juízo e grau de jurisdição. Nas palavras do próprio autor, “as obras que trataram do tema mais recentemente são, em sua maioria, favoráveis a inexistência de qualquer preclusão em relação às matérias de ordem pública”<sup>32</sup>.

---

32 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 169.

Para uma corrente de pensamento que pode ser considerada intermediária, fica vedado ao magistrado analisar mais de uma vez a mesma matéria de ordem pública, mas o Tribunal pode fazê-lo livremente, dentro das limitações impostas pelo efeito translativo.

Por fim, para a terceira posição, oposta à primeira das aqui explanadas – esposada por José Carlos Barbosa Moreira, José Frederico Marques e João Batista Lopes<sup>33</sup>, dentre outros – dá-se a vedação do reexame das matérias já resolvidas, mesmo que se trate de matéria de ordem pública. O motivo dessa opção parece ser justamente a primazia da resolução do mérito, além da segurança jurídica e da celeridade da marcha processual.

Os autores que sustentam a ocorrência da preclusão costumam se aliar na ideia de que as questões de ordem pública veiculam matérias que são indisponíveis e que, por isso, não se sujeitam à disponibilidade das partes. Na lição de Galeno Lacerda,

“(…) a preclusão no curso do processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação.”<sup>34</sup>

Contudo, ainda conforme os ensinamentos de Ricardo de Carvalho Aprigliano, aos quais se adere, a preclusão deve ser encarada como um fenômeno limitativo para as partes e para o juiz, para que o processo se desenvolva com segurança e equilíbrio<sup>35</sup>.

Quanto à ordem pública processual, o autor concorda que um dos pontos centrais seja a indisponibilidade de certos aspectos do processo. Nesse contexto, determinadas questões interessam à jurisdição com maior ênfase, pois dizem respeito ao seu modo de atuação.

Entretanto, a despeito da relevância e da indisponibilidade da matéria, se o juiz de primeiro grau chegou a analisar tais temas, considerou o processo em ordem, saneou-o e proferiu decisão, não deve voltar atrás, como forma de primar pela segurança e pela estabilização das expectativas geradas no decorrer do processo. Nesse sentido, o autor traz excerto da tese de Gisele Santos

33 *Idem*, p. 170-173.

34 LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 161.

35 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 176-182.

Fernandes Góes, que vale repisar: “o sistema não pode conviver pregando a segurança quanto ao mérito e a insegurança quanto às questões processuais”<sup>36</sup>.

Se a parte tem a decisão contrária a seus interesses e não ataca os fundamentos dessa decisão, não se pode dizer que tenha sofrido prejuízo. Beneficiá-la com a revisão oficiosa de uma decisão pode ofender o tratamento isonômico entre as partes<sup>37</sup>.

#### 4 Recursos Parciais e Questões de Ordem Pública Relativas a Capítulos não Impugnados da Sentença

Falou-se, nas premissas deste trabalho, sobre a coisa julgada parcial. Se o Tribunal, diante do julgamento de um capítulo não transitado em julgado, se depara com matéria de ordem pública, tendente à extinção do processo, deve fazê-lo?

Adota-se aqui a doutrina de Flávio Luiz Yarshell, para quem a devolução em profundidade (ou translação) se dá exclusivamente em relação ao que foi impugnado em extensão<sup>38</sup>.

Da mesma forma, José dos Santos Roberto Bedaque diz: “a profundidade do efeito devolutivo da apelação ou efeito translativo desse recurso não alcança o capítulo da sentença não abrangido pela extensão dele”<sup>39</sup>, mesmo que isso venha a criar situações processuais paradoxais.

Veja-se o exemplo: uma ação tem como causa de pedir acidente de trânsito. O autor cumula pedidos de danos materiais, morais e lucros cessantes. Pode ser que o autor seja parte ilegítima para pleitear a compensação da desvalorização do veículo, por não ser o respectivo proprietário. Supondo que o pedido tenha sido julgado procedente e abrangeu danos materiais, morais e os lucros cessantes quanto à desvalorização do bem<sup>40</sup>. Se o juiz de primeiro grau não atentou para esse fato da ilegitimidade da parte (por não ser proprietária do veículo) e o réu recorreu somente quanto ao dano moral, não deveria haver o reconhecimento de ofício, pelo órgão recursal, da ilegitimidade do autor para pedir lucros cessantes<sup>41</sup>.

---

36 *Idem*, p. 176.

37 *Ibidem*, p. 179.

38 YARSHELL, Flávio Luiz. *Juízo rescidente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 64.

39 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002. p. 48.

40 Poderia ter havido extinção do processo quanto aos lucros cessantes. Seria o que Cândido Rangel Dinamarco denomina de “capítulo heterogêneo” da sentença, isto é, uma parte do pedido se resolve com sentença terminativa e outra, definitiva (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 199).

41 *Idem*, p. 195.

Defende-se, com amparo no entendimento de Aprigliano e de Cabral, que as questões de ordem pública devem ser examinadas em relação aos capítulos de mérito independentes e isoladamente considerados.

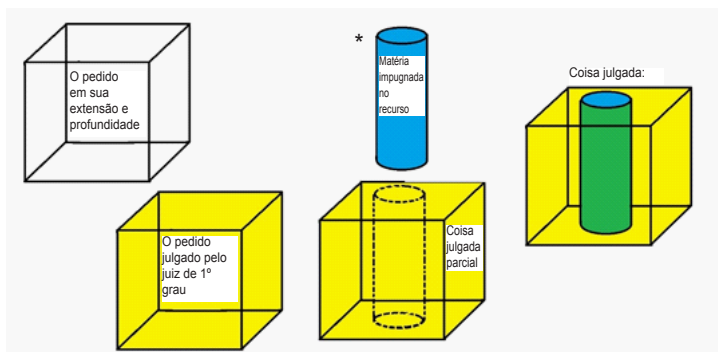
A corrente contrária sustenta que questões de ordem pública, justamente por guardarem relação com o princípio inquisitivo, revestir-se-iam de completa autonomia e, portanto, poderiam e deveriam ser revistas pelo julgador, mesmo se relacionadas a capítulos da sentença excluídos da apreciação pelo tribunal.

Mas conforme foi abordado no início deste estudo, o processo não é um fim em si mesmo. Ele precisa ser analisado como instrumental à efetivação do direito material e à pacificação social. Assim, reconhecer a ausência de um pressuposto ou decretar uma nulidade, em segundo grau, quando as próprias partes estão conformadas com a decisão, não parece atender aos fins a que o processo se destina, valendo destacar do texto legal que a nulidade de um ato não prejudica outro que seja dele independente (art. 281 do CPC, correspondente ao art. 248 do CPC/73).

Não fosse o bastante, o Código atual estabelece a formação da coisa julgada gradual (art. 356). O capítulo independente e não impugnado faz coisa julgada e não poderia ser revisto sem impugnação.

Em reforço ainda a essa tese, de que o segundo grau fica limitado em profundidade à extensão do capítulo impugnado, pode-se apontar que se admite a execução definitiva do julgado quanto à parte não recorrida da decisão.

A fim de ilustrar por figuras o efeito devolutivo em extensão e profundidade, com relação ao que foi defendido neste estudo, veja-se:



O cilindro marcado com asterisco(\*) representa o efeito translativo restrito apenas à extensão do efeito devolutivo, ideia aventada neste estudo.

Rapidamente, vale dizer que quanto aos recursos excepcionais, aplica-se o mesmo raciocínio, com uma peculiaridade que reforça a orientação aqui

adotada: quando a Constituição da República estabelece que apenas as causas “decididas” serão objeto de recurso excepcional (arts. 102, III, e 105, III), com mais razão as Cortes Superiores ficariam limitadas à extensão da devolutividade dos recursos para a análise do efeito translativo. Não é, todavia, a orientação que prevalece na jurisprudência das Cortes. Uma vez admitido o recurso excepcional (e, portanto, superada a fase do prequestionamento), a jurisprudência considera que as matérias de ordem pública possam ser analisadas livremente em toda extensão do processo, mesmo que não alegadas ou decididas.

Nota-se que há uma relação de funcionalidade da análise das matérias de ordem pública com o momento processual em que elas são analisadas. A “cada instância recursal superada, as questões de ordem pública e de interesse público perdem força e funcionalidade para o processo, de modo que não devem comprometer a atividade jurisdicional até então realizada, estreitando seu campo de atuação pela via da devolutividade recursal”<sup>42</sup>.

Admitir que o controle das matérias de ordem pública seja feito durante todo processo, sem limites, pode gerar situações de desequilíbrio entre as partes (quando uma, conformada com a decisão, pode ser beneficiada em sua inércia ou além de seus interesses), ou mesmo pode quebrar uma legítima expectativa, quando o processo se calou quanto a determinado ponto e retomou a discussão em momento posterior e final.

Pelo que se viu, a ideia de ordem pública deve vir como forma de tornar o processo melhor e mais efetivo, seguro e voltado à decisão de mérito.

## Conclusão

O perfil do fenômeno que deve ser compreendido como “ordem pública”, desde seu conceito até a sua efetiva aplicação em juízo, representa tema de grande dificuldade e que suscita muitas dúvidas e divergências, seja na doutrina, seja nos tribunais.

Diante dos valores impostos pelo ordenamento processual inaugurado pela entrada em vigor do atual código, que prima pela solução do mérito, que veda a decisão surpresa e que propõe a possibilidade de sanar defeitos processuais graves, há uma necessidade urgente e inafastável de que se faça de uma releitura da funcionalidade das matérias de ordem pública.

Seguindo essa linha dogmática, podemos concluir que as matérias de ordem pública não devem se prestar a atuar contrariamente ao accertamento de uma relação jurídica de direito material controvertida ou a satisfação de

---

42 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 396-397.

uma prestação, representando um obstáculo à efetivação do direito material pelo processo.

Sempre que possível, portanto, o defeito de ordem formal, normalmente decorrente de um desrespeito à sistemática imposta pelas condições da ação, pelos pressupostos processuais ou por preceitos legais proibitivos, deve ser superado em prol de que seja prolatada uma decisão de mérito, aderente ao direito material.

Tal sistemática, que representa uma nova e ainda mais robusta visão instrumental do processo civil, importa na necessária conclusão de que as regras referentes à preclusão também se aplicam às questões de ordem pública, bem como que efeito translativo dos recursos parciais limita-se à extensão do que foi impugnado, não podendo alcançar a coisa julgada parcial.

Que não olvide, entretanto, que as conclusões aqui explanadas se prestam a servir apenas como um pequeno ponto de partida, destinado a suscitar a curiosidade acadêmica daqueles que se disporão, no futuro, a estudar com a merecida profundidade esse tão difícil tema.

---

TITLE: Public order and the Brazilian Civil Procedure Code of 2015: concept, preclusion and recognition in partial appeals.

ABSTRACT: The paper presents reflections on procedural public order. Based on methodological premises such as the instrumentality of the procedure, and the new procedural dogma, by which there is primacy of the resolution of the case, sealing of the surprise decision, partial adjudicated matter and improvement of the regime of nullities, the concept of public order is approached in line with these vectors. A common matrix is established of what the norms of public order would be within the procedure, such as the procedural assumptions (including the conditions of the action) and the matters that have the aptitude to cause absolute nullity. The preclusion of the reanalysis of matters of public order and the restriction, in the partial appeals, of the translative effect, limited by the extent of the devolutive effect, are defended.

KEYWORDS: Public Order. Preclusion. Partial Appeals.

---

## Referências Bibliográficas

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016.

ALVIM, Teresa Arruda. *CPC em foco: temas essenciais e sua receptividade*. Dois anos de vigência do novo CPC. São Paulo: RT, 2018.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 9. ed. ver. atual., ampl. São Paulo: RT, 2018.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 30 maio 2020.



- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista da Advocef*, nov. 2015.
- DALL'AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. Ordem pública e os papéis da Justiça do Trabalho e Ministério Público do Trabalho. *Rev. TST, Brasília*, vol. 77, n. 2, abr./jun. 2011.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: RT, 2017.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2015.
- ROCHA, Marcio Oliveira. *Por uma nova dogmática da ordem pública no direito processual civil contemporâneo*. Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco/CE, 2017.
- SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr. 2013, p. 95-144.
- SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1963.
- TIBURCIO, Carmen. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2016.
- YARSELL, Flávio Luiz. *Juízo residente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Recebido em: 31.07.2020

Aprovado em: 03.09.2020

# O Direito Fundamental à Prova na Produção e (Re)Valoração de Meios de Prova em Segunda Instância

JOÃO PAULO KULCZYNSKI FORSTER

*Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor do Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter – Laureate International Universities; Advogado; e-mail: jpfoster@gmail.com.*

**RESUMO:** O direito fundamental à prova normalmente é examinado sob o prisma do primeiro grau de jurisdição, quando a atividade probatória é mais intensa. Percebe-se, no entanto, que existe profunda relevância de questões probatórias também no segundo grau de jurisdição. Estabelecidas as premissas elementares do direito fundamental à prova, são examinados os poderes do relator em matéria probatória, bem como os impactos tecnológicos no encurtamento da distância entre a produção da prova e sua valoração em segundo grau. Verifica-se que existe significativo poder instrutório atribuído ao magistrado nos tribunais, bem como novas tecnologias podem afetar diretamente o exame dos meios de prova. A pesquisa se deu com base em bibliografia nacional e estrangeira, bem como do exame de jurisprudência brasileira e alemã na matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Fundamental à Prova. Poderes Instrutórios. Tribunais. Tecnologia.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O Direito Fundamental à Prova; 2.1 Visão Geral; 2.2 O Direito à Adequada Valoração da Prova. 3 Os Poderes do Relator em Matéria Probatória. 4 Impactos Tecnológicos na Revaloração de Prova em Segunda Instância. 5 Conclusões. 6 Referências Bibliográficas.

## 1 Introdução

O estudo dos direitos fundamentais processuais permite a identificação de diversas consequências práticas (e relevantes) para o processo – civil, penal, tributário, trabalhista, administrativo. O aprofundamento desses direitos oferece uma nova “lente” através da qual se visualiza a integralidade do procedimento para além do que está literalmente disposto na legislação.

No caso particular do direito fundamental à prova, se percebe que a análise é tradicionalmente voltada ao exame dos fenômenos procedimentais ocorridos em primeiro grau de jurisdição, sem que se verifique o alcance do mencionado direito nas demais instâncias jurisdicionais. Trata-se de percepção até mesmo natural, uma vez que, na perspectiva doutrinária, o procedimento em primeiro grau de jurisdição possui fase denominada “instrutória”, ainda que a instrução ocorra em diversos momentos do procedimento – desde o seu primeiro instante até o momento em que se declara encerrada a instrução. Essa declaração, de parte do magistrado, faz conclusos os autos para julgamento e talvez induza em erro acerca da possibilidade de produção de novos meios de prova após a sentença.

A realidade é que existe um rico lado do tema probatório nas instâncias que se seguem. Nessa linha, busca-se examinar qual o alcance do direito fundamental à prova nos tribunais de segunda instância, fundamentalmente em matéria civil, principiando com o exame desse direito. Após, pode-se examinar os poderes do relator e peculiaridades que a tecnologia hoje disponível traz para a (re)avaliação da prova em segunda instância, a partir de crítica ao princípio da imediação.

## 2 O Direito Fundamental à Prova

O disposto no art. 1º do Código de Processo Civil de 2015 registra, com clareza, que a Lei nº 13.105/2015 possui perspectiva bem diferenciada da legislação anterior. O CPC/2015 apresenta a construção legislativa de um processo estruturado e ordenado a partir da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>. Por isso mesmo, acertada a conclusão de Eduardo Cambi, de que os institutos do processo apresentam-se como “conjunto de instrumentos para concretização da justiça”<sup>2</sup>, justamente porque não se mais os visualiza como “pura técnica lógico-formal”. Por isso mesmo, já de longa data, se afirma que o direito à prova passou por profundas modificações, não apenas em função de “comandos não só sintonizados com as novas orientações em termos de pensamento lógico, mas também concebidos com vistas à preservação de valores constitucionais fundamentais”<sup>3</sup>. Trata-se, na realidade, de apresentar a absoluta vinculação do

1 Diga-se que a constitucionalização do processo civil não é fenômeno exclusivamente brasileiro. Ele é observado, por exemplo, na França, desde o ano de 1991. V. GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droits fondamentaux du proces*. Paris: Dalloz, 2013. p. 391.

2 CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 98.

3 REICHELT, Luís Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 72. Bem registra Nelson Nery Jr. a relevância da conformidade da lei ordinária com o texto constitucional, para que possa ser aplicada, assinalando que “esta é a razão pela qual todos devem conhecer e aplicar o Direito Constitucional em toda a sua extensão, independentemente do ramo do direito infraconstitucional que se esteja examinando” (NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 26).

processo civil com o texto constitucional, reforçando a existência do direito fundamental ao processo justo.

A origem do direito fundamental ao processo justo deita raízes em quase todas as Constituições modernas, mas também encontra lastro na previsão do artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>4</sup>. No Brasil, encontra seu amparo no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, apresentando-se como “modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais”<sup>5</sup>. Percebe-se que a noção de *processo justo* não se limita, e nem poderia se limitar, aos processos judiciais, mas também se estende aos processos administrativos, legislativos ou arbitrais<sup>6</sup>. Sua aplicação é ampla e irrestrita, destinada ao Estado em todas suas transfigurações (Executivo, Legislativo e Judiciário), estabelecendo um “dever ser de acordo como a norma constitucional”<sup>7</sup>. Quando se fala em direitos fundamentais processuais, toca-se em ponto que, ainda que com diferentes profundidades, atinge a todos os “processos”, não sendo tema de observância exclusiva do processo penal, por exemplo.

Dos mais variados direitos fundamentais das partes no processo que se podem extrair do processo justo, há de se examinar aquele relacionado à prova, com breve cotejo entre o direito ao contraditório, seja pela semelhança, seja pela relevância de ambos os direitos no desenvolvimento do procedimento.

## 2.1 Visão Geral

O início do exame da fundamentalidade do tema probatório encontra-se no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, ao indicar serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Junto com o inciso LVII do mesmo dispositivo, assegurando a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, apresenta-se o corolário do direito fundamental à prova<sup>8</sup>.

Existe, portanto, um direito fundamental particularmente conectado ao tema da prova no âmbito processual, de qualquer natureza ele seja – cível ou criminal, judicial ou administrativo – muito embora a ênfase constitucional

---

4 “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

5 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 616.

6 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 618.

7 PÉREZ, David Vallespin. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002. p. 65.

8 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 656.

pareça privilegiar apenas o processo penal<sup>9</sup>. O direito fundamental à prova independe, portanto, de “regra explícita que assegure a sua aplicabilidade”<sup>10</sup> e assegura às partes a possibilidade de “empregar todas as provas que dispõem, com o objetivo de demonstrar a veracidade dos fatos que fundam sua pretensão”<sup>11</sup>.

Com alguma frequência na doutrina se localizam estudos acerca do objeto, função e até mesmo do conceito de prova, mas nem todos abordam a prova como um *direito*, pensando-a primordialmente em seus aspectos procedimentais. A realidade é que já não se trata mais de tema indigente, e que vem ganhando cada vez mais atenção. Não por acaso, uma vez que se trata de tema central do processo<sup>12</sup> e sem a qual o Estado simplesmente não poderia exercer sua função jurisdicional<sup>13</sup>.

Enquanto o contraditório apresenta-se como dever de debate e influência<sup>14</sup>, e a ampla defesa, em seu caráter mais relevante no âmbito civil, como o direito do réu ao procedimento de cognição plena e exauriente, o direito fundamental à prova manifesta-se na via da disponibilização à parte (autor ou réu) de meios para que possa conectar a tese apresentada em sua pretensão ou defesa à consequência jurídica pretendida, através de material *moralmente legítimo* que deverá ser valorado pelo juiz em sua sentença.

A prova a que se tem direito é a prova *jurídica*, “caracterizada pela presença de uma disciplina jurídica da prova e o fato que essa serve a usos tipicamente jurídicos, em contextos jurídicos como o processo”<sup>15</sup> e que se submete a diferentes disciplinas e regramentos, a partir do sistema no qual se localize. A toda evidência, todo e qualquer direito, fundamental ou não, possui certas limitações, e não poderia ser diferente em âmbito probatório<sup>16</sup>. Especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador impôs certas

---

9 A mesma situação se apresenta na Constituição espanhola. Cf. AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 6. ed. Navarra: Civitas, 2011. p. 105-106.

10 CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 166.

11 PÉREZ, David Vallespín. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002. p. 75.

12 TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 509.

13 ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis, 2006. p. 4.

14 Em maior profundidade, o direito envolve: “a) o direito dos sujeitos processuais à participação no debate processual; b) o direito à instauração de um diálogo entre os sujeitos processuais; c) o direito ao estabelecimento de uma mecânica de colaboração entre os sujeitos processuais, a qual é estabelecida com vistas à construção do provimento jurisdicional; d) o direito dos sujeitos processuais a não serem surpreendidos quando da prolação da decisão jurisdicional” (REICHELT, Luís Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 101).

15 TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 316.

16 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verità nel diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 65.

limitações ao exercício desse direito, permitindo a produção de provas que sejam admissíveis, portanto, e igualmente *relevantes*<sup>17</sup>.

O legislador também limitou temporalmente<sup>18</sup> a *possibilidade* de produção de prova, sendo esta essencialmente produzida em primeiro grau, com algumas exceções. Nada disso se apresenta como violação ao direito à prova, mas, sim, como a necessária adequação e encaixe desse direito junto aos demais direitos fundamentais processuais. Inviável seria pretender-se, ante a relação teleológica inegável entre prova e verdade<sup>19</sup>, a busca desta de maneira desenfreada e sem qualquer limite no processo, o que acabaria por prejudicar a própria eficácia da tutela pretendida<sup>20</sup>.

No caso das limitações que podem ser impostas pelo juiz – e não pelo legislador, portanto –, a situação revela-se mais delicada. Toda e qualquer prova passará pelo filtro do juízo de admissibilidade, devendo preencher os requisitos de pertinência<sup>21</sup>, relevância<sup>22</sup> e controvérsia<sup>23</sup>. É vedado ao magistrado, portanto, negar a produção de prova por já estar convencido<sup>24</sup>, já que a produção probatória em nada se relaciona com a sua valoração propriamente dita. Excepciona-se a possibilidade do magistrado inadmitir prova quando, *prima facie*, o *thema probandum* não se revela meramente inverossímil<sup>25</sup>, mas efetivamente impossível<sup>26</sup>.

17 TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 57.

18 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e veritat nel diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 65.

19 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 656.

20 AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el proceso civil*. 6. ed. Navarra: Civitas, 2011. p. 43-44.

21 “La pertinencia, pues, atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento, y puede llevar a la no admisión de los medios de prueba que se propongan” (AROCA, op. cit., p. 160). A respeito da diferenciação do critério de pertinência no direito francês e espanhol, vide TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970. p. 102-107.

22 “Fatos relevantes são os acontecimentos da vida que influenciam o julgamento da lide.” (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 31)

23 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: La Ley, 2010. p. 202. Ainda: AROCA, op. cit., p. 161.

24 DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105-106. Nesse sentido, ainda: “Uma prova é *admissível* quando a alegação de fato é *controversa*, *pertinente* e *relevante*. A alegação é *controversa* quando pendem nos autos duas ou mais versões a seu respeito. É *pertinente* quando diz respeito ao mérito da causa. E é *relevante* quando o seu esclarecimento é capaz de levar à verdade. Reunindo a alegação de fato todas as *qualidades objetivas*, o juiz tem o dever de admitir a produção da prova” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 657).

25 “La verosimiglianza dell'oggetto della prova non è mai requisito della sua ammissione.” (TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970. p. 83)

26 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos júzcos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 189.

Impõe destacar que a preclusão para o julgador em matéria cível<sup>27</sup> é tida como inexistente nos tribunais brasileiros<sup>28</sup>. Essa percepção carrega em si assimetria processual indevida, pois é injustificável que o juiz possua amplos poderes instrutórios durante todo o curso do procedimento, até mesmo em segundo grau, e as partes sejam privadas de seu direito de provar. No direito brasileiro, não se tem como regra a produção de prova em segundo grau, o que se realiza apenas em caráter excepcional.

Pensando na perspectiva das partes, para apenas tratar da questão de produção de prova, o art. 435 do CPC/2015 apenas repetiu o texto do CPC/73, no art. 397: “É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”. É permitido às partes a produção de prova exclusivamente *documental* acerca de fato novo, também autorizada, nos termos do parágrafo único do art. 435, a “juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos”. Em qualquer caso, não pode haver má-fé da parte que produz o meio de prova, que deve ser provada pela parte adversa<sup>29</sup>.

27 Em matéria criminal, a perspectiva é diferenciada: “PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. DESCAMINHO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA DA EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. NULIDADE RECONHECIDA NO PRIMEIRO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. CONSTATAÇÃO DE ERRO NO JULGAMENTO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO POR INICIATIVA DO DESEMBARGADOR-RELATOR DO RECURSO. PRECLUSÃO PARA O JUIZ. NULIDADE. PROIBIÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL *PRO SOCIETATE*. PREJUDICADO O PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. I – Hipótese na qual o primeiro julgamento do apelo cassou a sentença condenatória, havendo trânsito em julgado para acusação e defesa. Posteriormente, o recurso foi novamente submetido à apreciação do Colegiado *a quo*, por iniciativa do Desembargador-Relator, com o fundamento de erro no julgamento, em razão de não ter sido observada a existência da certidão de intimação da defesa da expedição da carta precatória para a oitiva de testemunhas. II – Impossibilidade de renovação do julgamento do recurso em razão da preclusão e da vedação à revisão criminal *pro societate*. Precedentes. III – O pedido de reconhecimento do princípio da insignificância da conduta encontra-se prejudicado, em virtude da anulação da sentença condenatória. IV – Deve ser cassado o acórdão combatido, restabelecendo-se o julgamento ocorrido no dia 20.07.2010, no qual foi anulada a sentença condenatória. V – Ordem concedida, nos termos do voto do Relator” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 215.647/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 19.04.12, DJe 24.04.2012).

28 Outro julgado, do próprio Superior Tribunal de Justiça, ilustra a situação: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE SENTENÇA E BAIXA DOS AUTOS PARA REALIZAÇÃO DE NOVAS PROVAS. ART. 473 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. SÚMULA Nº 83/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Consoante a jurisprudência desta Corte, não há preclusão para o juiz em matéria probatória, sendo possível ao Tribunal determinar a realização de prova necessária para a formação de seu convencimento, ainda que esta tenha sido anteriormente indeferida em primeira instância. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 416.981/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 08.05.2014, DJe 28.05.2014).

29 “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUNTADA DE DOCUMENTO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO E INEXISTENTE MÁ-FÉ. PRECEDENTES. 1. A regra do art. 397 do CPC não obsta a juntada extemporânea de documento cuja finalidade seja, exclusivamente, o fortalecimento da tese de defesa adotada pela parte, caracterizando mero parecer. 2. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de admitir a juntada de documentos após o momento processual oportuno, desde que observado o contraditório e inexistente a má-fé da parte que a requereu. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.440.037/RN, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 09.09.2014, DJe 18.09.2014)

Trata-se de exemplo de que o direito fundamental à prova tem alcance, reconhecido pelo texto legal, em *qualquer* grau de jurisdição. Cabe, portanto, examinar outro tema ligado ao direito fundamental, que é a valoração da prova.

## 2.2 O Direito à Adequada Valoração da Prova

A toda evidência, o direito à prova não se esgota no direito subjetivo de provar, que consiste, para Echandía, em extensão do direito subjetivo de ação, caracterizado como “direito subjetivo de provar, no processo, os fatos dos quais se pretende deduzir a pretensão formulada ou a exceção proposta ou a imputação ou o fato excludente da responsabilidade penal”<sup>30</sup>. Encerrada toda a etapa de intensa movimentação processual, ainda não se apresenta a prova em sua perspectiva subjetiva, ou no seu “sentido lógico, o assentar do espírito sobre a certeza: a convicção”<sup>31</sup>. A prova deve ser *valorada*.

Revela-se, no ponto, um “juízo de aceitabilidade dos enunciados sobre fatos controvertidos (...) [considerando] o apoio que o conjunto de provas presta às hipóteses fáticas em consideração e decidir, em consequência, se tais hipóteses podem se aceitar como verdadeiras”<sup>32</sup>. Implica, portanto, valoração racional que necessita basear-se em critérios e parâmetros objetivos, lógicos e racionais. O magistrado deve valer-se de regras da lógica, de conhecimentos científicos “afiançados pelas máximas de experiência”<sup>33</sup>, e também de modelos probabilísticos, conquanto compreenda sua forma de utilização, relevância e consequências<sup>34</sup>.

O material probatório deve ser valorado em sua integralidade, sem recortes parciais pelo julgador – e sempre de forma racional. O tirocínio do julgador deve se dar de forma exame racional, a fim de que esteja sujeito a controle efetivo, pelas partes, sociedade e instâncias superiores<sup>35</sup>.

Essa atividade não se apresenta apenas com o encerramento da atividade cognitiva em primeira instância. Com a natural possibilidade da apresentação de recurso, em particular o de apelação, remete-se ao segundo grau tudo aquilo objeto da apelação (*tantum devolutum quantum appellatum*). Destaca-se que todas as peculiaridades do sistema de avaliação da prova se carregam para o segundo grau – mas com peculiaridades.

---

30 ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis, 2006. p. 26.

31 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 389. v. 1.

32 ABELLÁN, Marina Gascón. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 57-58.

33 MORALES, Rodrigo Rivera. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 256.

34 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valutazione razionale della prova*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 93.

35 MORALES, Rodrigo Rivera. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 256.



O princípio da imediação é uma delas. No entanto, o CPC/2015 não lhe deu a mesma importância que a legislação revogada. Sabe-se, contudo, que, apesar do abandono “formal” do mencionado princípio, é crença arraigada, até mesmo na jurisprudência<sup>36</sup>, de que o julgador de primeiro grau detém posição privilegiada por ter contato direto com os meios de prova, ainda existente de forma mais clara em outros ordenamentos<sup>37</sup>.

No direito brasileiro, permite-se que toda a matéria impugnada seja posta em novo julgamento em segundo grau, nos termos do art. 1.013 do CPC/2015. Isso faz com que a atividade valorativa do magistrado singular possa ser revista em sua integralidade na decisão colegiada. Não se subtraem, dessa atividade em segundo grau, todas as exigências de racionalidade e fundamentação da decisão que se exigem em primeiro grau de jurisdição, nos termos do art. 489, § 1º, que exige fundamentação de *toda* decisão judicial, seja ela sentença, interlocutória ou acórdão. O inciso IV do mencionado parágrafo exige que se enfrentem “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, sob pena de nulidade da decisão. Ora, nada mais adequada do que a conclusão adotada no Enunciado nº 516 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, no sentido de que “o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada”, sob idêntica pena<sup>38</sup>. Nessa medida, fica mais evidente a diferença entre os direitos fundamentais à prova e ao contraditório, guardando semelhança em relação à influência que ambos exercem sobre a decisão judicial.

O direito fundamental à prova assegura às partes, portanto, um direito à adequada valoração da prova não apenas no primeiro grau de jurisdição, mas em toda e qualquer instância na qual se valore prova. A questão é: como se desenvolve essa atividade em segundo grau? Percebe-se, desde logo, que ela não se resume à valoração, mas também à possível produção de prova, como mencionado. E o relator desempenha papel relevante.

### 3 Os Poderes do Relator em Matéria Probatória

O art. 932 do CPC/2015, de forma geral, estabelece os poderes do relator e, particularmente no inciso I, menciona que incumbe a ele “dirigir e ordenar

36 Nesse sentido, ementa parcial: “Princípio da imediatidade do juízo sentenciante, que presidiu a instrução e esteve em contato direto com as partes, melhor conhecendo a realidade de sua jurisdição. Apelante que não se desincumbiu do ônus de fazer prova do direito alegado. Sentença mantida. Apelação Desprovida” (TJRS, Apelação Cível 70079322038, Nona Câmara Cível, Rel. Carlos Eduardo Richinitti, j. 18.12.2018).

37 LLUCH, Xavier Abel. *La valoración de la prueba en proceso civil*. Madrid: La Ley, 2014. p. 201.

38 Em alguma medida, se localizam julgados que tenham acatado essa orientação, ainda que não o tenham feito de forma explícita: “5. A valoração do conteúdo do Auto de Infração, não feita no acórdão hostilizado, mostra-se indispensável para a solução da lide, razão pela qual devem os autos retornar à Corte local para novo julgamento dos Aclaratórios” (REsp 1.679.332/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 21.09.2017, DJe 09.10.2017).

o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova.” De seu turno, o art. 938, § 3º, do CPC/2015, outorga ao relator a possibilidade da conversão do feito em diligência, caso reconhecida a necessidade de produção de prova, que poderá ocorrer tanto no próprio tribunal como em primeiro grau de jurisdição. O procedimento tem sido adotado em situações bastante excepcionais, sendo localizados alguns julgados que o aplicaram<sup>39</sup>. A visão tradicional, no entanto, é de que a instância recursal não se presta à produção de provas, pelo simples motivo de que o segundo grau não foi projetado para tal atividade. Sabe-se que a simplificação excessiva do procedimento, separando-o em “etapas” distintas (postulatória, etc.) empobrece por demais o fenômeno jurídico processual.

Essa divisão também acaba por passar mensagem equivocada aos operadores do direito, que nem sempre conseguirão reduzir a instrução processual ao primeiro grau de jurisdição. Verifica-se, ademais, que o art. 938, § 3º, nada mais é do que uma natural extensão dos poderes instrutórios dos magistrados, que igualmente municiam os desembargadores<sup>40</sup>. A diferença é que o exercício desse poder usualmente acarretaria a desconstituição da sentença para a produção dos meios de prova necessários em primeiro grau em vez de simplesmente baixar o feito em diligência ou se determinar a produção dos meios de prova em segundo grau, o que pode ser realizado tendo em vista também a ideia de economia processual<sup>41</sup>. Destaque-se que a dicção do aludido § 3º não faz qualquer referência a feitos de competência originária, sendo aplicável em julgamentos em segunda instância<sup>42</sup>.

39 Apenas a título ilustrativo v.: TJRS, Embargos de Declaração 70074279696, Vigésima Câmara Cível, Rel. Glênio José Wasserstein Hekman, j. 27.09.2017.

40 A respeito dos limites dos poderes instrutórios, v. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2. p. 88-91.

41 A esse respeito: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. INDEFERIMENTO DE PLANO. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE MISERABILIDADE. OPORTUNIZAÇÃO. NECESSIDADE. DECISÃO ANULADA. Havendo dúvida acerca da hipossuficiência financeira da pessoa jurídica requerente da gratuidade judiciária, deve o Magistrado oportunizar a comprovação de sua condição econômica, sob pena de violação da previsão legal contida no § 2º do art. 99 do CPC/2015, bem como aos princípios do contraditório, ampla defesa e do acesso à Justiça. (V.V.) AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR. PESSOA JURÍDICA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. MISERABILIDADE. PROVA DOCUMENTAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. A simples declaração de hipossuficiência financeira não é suficiente para concessão do benefício da gratuidade da justiça à pessoa física, exigindo-se a comprovação do estado de miserabilidade, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, na forma dos arts. 98, § 3º, e 99, ambos do CPC/2015 c/c inciso LXXIV do art. 5º da CF. O relator possui poderes instrutórios e poderá converter o feito em diligência, requerendo ao juiz da instância primeira a devida produção das provas. Contudo, tendo em vista a economia e a celeridade processual, a produção de prova documental pode ser realizada em instância recursal, sendo desnecessário baixar os autos em diligência para produção de provas pelo juiz de primeiro grau, sendo que a presente comprovação pode ser realizada na instância recursal, apenas por prova documental” (TJMG, AI 1.0344.17.006509-0/001, Rel. Des. Amorim Siqueira, j. 03.04.2018, DJEMG 17.04.2018).

42 Nesse sentido: “AGRAVO INTERNO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS NA INSTÂNCIA RECURSAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 932, INCISO I, E 938, § 3º, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Nos termos do art. 1.001 do Código de Processo Civil,

Permite-se concluir que, pelo posicionamento topográfico do dispositivo, bem como pela prática nos tribunais brasileiros que, embora haja a possibilidade de produção de prova em segunda instância, esta não é a regra, nem é usual que assim se proceda. De outro lado, o Código não apresenta nenhuma restrição à *revalorização* das provas produzidas em primeira instância. O julgador é livre para, em segundo grau, oferecer valoração diferente para as mesmas provas, sem que haja qualquer elemento novo trazido aos autos – além da impugnação da decisão na forma de razões recursais.

Ainda que o objeto desta investigação seja essencialmente voltado ao processo civil, cabe registrar situação ocorrida na Espanha e relacionada à presunção de inocência. Um acusado fora absolvido em primeiro grau de jurisdição, pois, diante do acervo probatório constante dos autos, não havia elementos suficientes para a condenação – assim julgou o magistrado. No entanto, com base nos mesmos elementos probatórios, o acusado, a partir de recurso da acusação, fora condenado, uma vez que presentes os elementos necessários à condenação. O Tribunal Constitucional espanhol proferiu a seguinte decisão:

“Sucede, sin embargo, que si con los mismos elementos probatorios otro Tribunal, el de apelación, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio (art. 741 L. E. Cri.), llega a un resultado contrario y, en este caso, al convencimiento razonable y razonado de la culpabilidad de los antes absueltos, no por ello puede afirmar se violación alguna contra la presunción de inocencia, siempre que las pruebas practicadas en el juicios en las que le proporcionen fundamento para su convicción.”<sup>43</sup>

Seguramente presunção de inocência e direito à prova não se confundem; guardam íntima relação, contudo. Soa inadequado que a valoração probatória seja tão “livre” a ponto de produzir conclusões diametralmente opostas no ambiente da presunção de inocência. Não se pode pensar o mesmo em âmbito cível, ante a diferença dos *standards* probatórios que, de qualquer forma, deverão ser idênticos tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição. O que se deseja, a todo e qualquer tempo, é evitar a feição da arbitrariedade no lugar da valoração racional da prova. Ao fim e ao cabo, tendo em vista o princípio da dialeticidade que impõe a necessidade de impugnação

---

‘dos despachos não cabe recurso’. O Código de Processo Civil, em seus arts. 932, inciso I, e 938, § 3º, possibilita ao Relator a determinação de produção de novas provas, quando reconhecida a sua necessidade, a fim de que a questão controversa possa ser devidamente solucionada, facultade esta que abarca não apenas os processos originários, mas também os recursos submetidos à Instância Revisora” (TJMG, AGT 10145140187637003, Relª Ana Paula Caixeta, j. 22.11.2018, publ. 27.11.2018).

43 Tudo cf. TOMAS Y VALIENTE, Francisco. *In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 7, n. 20, maio/ago. 1987, p. 24.

específica das decisões, aplicável a todos os recursos, pode-se pensar, no viés do contraditório (especialmente se concebido enquanto direito de influência), que a argumentação seja convincente o suficiente para que, a partir do mesmo material probatório, se chegue à conclusão diversa em função de perspectivas não anteriormente contempladas; ou, ainda, pelo simples fato de que a prova não teria sido adequadamente valorada em primeiro lugar.

Na visão comparada, o § 398 da *Zivilprozessordnung* alemã apresenta tratamento diferenciado do tema, no particular da prova testemunhal. No item 1, dispõe que o tribunal de instância pode, a seu critério, ordenar a repetição da oitiva de uma testemunha, que pode manter o seu depoimento anterior, assegurando a exatidão do que foi declarado<sup>44</sup>. Em recente julgado, o Bundesgerichtshof da Alemanha decidiu que, mais do que uma simples prerrogativa, a não observância dessa exigência na hipótese de mudança da valoração desse meio de prova daquela conferida em primeiro grau viola direito fundamental das partes<sup>45</sup>.

Colhendo-se da lição de Juan Montero Aroca a respeito do processo civil espanhol, pode-se dizer que não há problemas na reavaliação probatória de todos os elementos documentados do processo. Diz o jurista espanhol que, em processos escritos, formais, “si la prueba se ha practicado sin intermediación no existe diferencia entre el juez de la primera instancia y el de la segunda a la hora de tomar conocimiento del resultado probatorio y de valorarlo”<sup>46</sup>. Refere, todavia, que a situação “deve mudar necessariamente quando se parte de um processo oral e sujeito ao princípio da imediação”<sup>47</sup>. Essas visões privilegiam a ideia de imediação de uma forma que não se vê mais no Brasil. Não nos parece, contudo, que essas perspectivas – e em particular a alemã – sejam de todo aplicáveis ao caso brasileiro.

Primeiramente, porque existe um motivo – bastante racional – para o abandono do princípio da imediação. O aludido princípio carrega uma certa “mística” de que o julgador, em contato direto com as partes, é capaz de reter percepções para muito além do registro documentado do depoimento<sup>48</sup>. O

---

44 No original: “§ 398 Wiederholte und nachträgliche Vernehmung. (1) Das Prozessgericht kann nach seinem Ermessen die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen. (2) Hat ein beauftragter oder ersuchter Richter bei der Vernehmung die Stellung der von einer Partei angeregten Frage verweigert, so kann das Prozessgericht die nachträgliche Vernehmung des Zeugen über diese Frage anordnen. (3) Bei der wiederholte oder der nachträglichen Vernehmung kann der Richter statt der nochmaligen Beeidigung den Zeugen die Richtigkeits einer Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern lassen”.

45 Bundesgerichtshof. Beschl. v. 07.11.2018, Az.: IV ZR 189/17. Disponível em: [https://www.jurion.de/urteile/bgh/2018-11-07/iv-zr-189\\_17/](https://www.jurion.de/urteile/bgh/2018-11-07/iv-zr-189_17/). Acesso em: 27 mar. 2019.

46 AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 6. ed. Navarra: Civitas, 2011. p. 620-621.

47 AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 6. ed. Navarra: Civitas, 2011. p. 620-621.

48 IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre prueba y motivación. In: TARUFFO, Michele et al. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010. p. 72-73.

fato é que tais percepções acabam devidamente incluídas no processo e poderão ser objeto de reforço ou de crítica na instância superior. Esse tirocínio terá consequências processuais. Caso o magistrado perceba a ocorrência de alguma das situações do art. 447 do CPC/2015, ele ouvirá o depoente apenas como informante, devendo fundamentar sua decisão. Caso ele julgue determinado depoimento mais crível do que outro, fará tal elemento constar na sentença. A perda, no caso, é mínima – e talvez absolutamente irrelevante na ampla maioria das situações.

Em segundo lugar, soa razoável que, dentro dos limites da atividade interpretativa, se atinja conclusão diversa daquela anteriormente apresentada. O julgador atua em ambiente de permanente tensão interpretativa. A atividade hermenêutica perpassa diversos momentos da atividade judicial: ao examinar o texto normativo, ao enfrentar os argumentos das partes, ao esmiuçar as provas apresentadas. Essa operação permite resultados diversos e, ocasionalmente, opostos, contanto que restritos ao modelo de racionalidade necessária da motivação das decisões judiciais, levando em consideração o *standard* probatório aplicável, bem como o dever da manutenção de jurisprudência estável, íntegra e coerente, nos termos do art. 926 do CPC/2015.

Finalmente, por questões de ordem prática – simplesmente não é factível que toda *reavaliação* da prova testemunhal impusesse uma nova oitiva das testemunhas. Do ponto de vista comportamental, é altamente provável que isso fosse entendido como uma espécie de incentivo, a fim de que os juízes de segunda instância não alterassem as conclusões de primeiro grau<sup>49</sup>.

Essas três considerações devem se somar a uma quarta, considerada a partir das mudanças tecnológicas no processo.

## 4 Impactos Tecnológicos na Reavaliação de Prova em Segunda Instância

A transformação tecnológica da nossa realidade é inegável, e essas mudanças já alcançaram, em grande velocidade, o procedimento e começam a afetar, em medida já considerável, o processo. O impacto tecnológico relevante para este breve estudo dispensa tecer maiores considerações acerca da Revolução 4.0 e afins<sup>50</sup>, pois demanda incurso bem mais singelo nessa área de tamanha inovação.

49 Tanto quanto, por exemplo, o art. 942 desestimula a existência de divergência em Turmas e Câmaras nos Tribunais.

50 Para tanto, *vide* FORSTER, João Paulo K.; BITENCOURT, Daniela; PREVIDELLI, José Eduardo A. Pode o juiz natural ser uma máquina? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 3, 2018.

Se a imediação, como visto acima, pode ser um valor a ser considerado para a atividade valorativa da prova em segunda instância, há meios de encurtar a distância, modificando a tradicional visão de imediação. Veja-se, a par do que dispõe o art. 385, § 3º, do CPC/2015, que o juiz de primeiro grau pode colher depoimento pessoal de autor ou réu através de sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, podendo ocorrer durante a audiência de instrução e julgamento. Fez-se necessário um abandono da tradicional ideia de imediação para tanto. Boa parte dos elementos “míticos” que poderiam ser sensorialmente captados pelo juiz através de uma coleta probatória *presencial* não estão presentes nesse tipo de situação. As vantagens práticas ligadas à economia e celeridade processuais superam, em muito, potenciais prejuízos.

Essa novidade traz grande valor, portanto, aos depoimentos que são *gravados*. A depender de ramo do Judiciário se esteja analisando, empregam-se diferentes medidas tecnológicas para a preservação dos meios de prova. A prova testemunhal, tradicionalmente documentada no processo, passa a ser feita na forma de gravações de vídeo, permitindo uma valoração desse meio quase tão boa quanto a experiência do juiz de primeiro grau – à exceção, apenas, de outras perguntas que poderiam ter sido feitas.

Essas novas formas de documentação dos meios de prova, graças a aparatos tecnológicos nem tão inovadores assim, conferem novo fôlego à valoração da prova em segundo grau – contanto que haja efetivo *exame*. Revela-se preferível que o julgador de segundo grau tenha a liberdade de revalorar a prova do que simplesmente profira motivação *per relationem* – que revela a verdadeira ausência de juízo crítico acerca do recurso interposto.

Outras formas de registro dos meios de prova merecem atenção mais cuidadosa. É naturalmente mais difícil de avaliar uma gravação de voz do que uma de vídeo, diante da ausência do elemento visual. E a experiência valorativa se torna infinitamente mais pobre em segundo grau quando se adota, na instância *a quo*, a prática de reduzir a termo, nas palavras do julgador, o depoimento da parte ou testemunha, pela exclusão de grande parte do que foi dito.

Os registros em vídeo permitem até que se mantenha para referência futura o depoimento do especialista na modalidade de perícia simplificada (art. 464, § 2º, do CPC/2015). Levando em consideração, ainda, a dissociação do momento de produção da prova daquela etapa valorativa, e que, nesta última, o magistrado de primeiro grau deverá recorrer à memória, com todos os seus riscos, pela sua dinamicidade, o registro audiovisual dos depoimentos lhe prestará grande auxílio, tanto quanto poderá prestar no juízo *ad quem*.

## 5 Conclusões

O direito à prova possui campo fértil para estudo em qualquer dos processos que pense, mormente quando considerada sua fundamentalidade material para além da simples produção de prova, mas também no seu aspecto valorativo. Nessa linha, o tema probatório ganha maior dinamicidade em segunda instância, em ambos os aspectos: para a produção da prova, ante expresso permissivo legal, como para sua adequada valoração.

Os arts. 932 e 938, § 3º, do CPC/2015 trazem a possibilidade da produção probatória em segunda instância, seja nela própria, seja baixando o feito em diligência para instrução em primeiro grau, sem necessariamente a invalidação da sentença.

Na temática valorativa, vê-se no direito estrangeiro a manutenção – e valorização – do princípio da imediação, abandonado pelo Código de Processo Civil de 2015. Mencionado princípio pode ser alvo de diversas críticas, mas, fundamentalmente, não se acham razões para sua manutenção, seja pelo não emprego da oralidade processual, seja pelas tecnologias já de muito existentes, mas apenas mais recentemente aplicadas ao processo civil. A evolução dos sistemas de armazenagem de mídia (outrora simplesmente inviável) permitiu a gravação de depoimentos pessoais e testemunhais nas audiências, transportando um elemento diferenciado, não meramente documentado na forma escrita, para valoração em segunda instância. Essa atividade valorativa tem ponto de partida diferenciado quando esses elementos estão à mão dos julgadores no juízo *ad quem*, permitindo uma maior liberdade interpretativa dos meios de prova, observados o modelo de constatação aplicável e os limites da própria atividade interpretativa.

---

TITLE: The fundamental right to proof in production and (re)valuation of evidence at the court of appeal.

ABSTRACT: The fundamental right to evidence is usually examined from the point of view of first degree of jurisdiction, when evidentiary activity is more intense. However, it can be seen that there is profound relevance of probatory issues also in second degree jurisdiction. Once the elementary premises of the fundamental right to evidence have been established, the powers of court judges on evidentiary matters are examined, as well as the technological impacts in shortening the distance between production of the proof and its valuation in second degree jurisdiction. It is concluded that there is significant instructional power attributed to the magistrate in courts, and new technologies can directly affect examination of evidence. The research was based on national and foreign bibliography, as well as the examination of Brazilian and German jurisprudence in the matter.

KEYWORDS: Fundamental Right to Evidence. Evidence Management. Courts. Technology.

---

## 6 Referências Bibliográficas

- AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 6. ed. Navarra: Civitas, 2011.
- BELLÁN, Marina Gascón. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valutazione razionale della prova*. Milano: Giuffrè, 2012.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verità nel diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004.
- BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil de 2015. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- DALLALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. In: KNJNJK, Danilo (Org.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: TEMIS, 2006.
- FORSTER, João Paulo K.; BITENCOURT, Daniela; PREVIDELLI, José Eduardo A. Pode o juiz natural ser uma máquina? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 3, 2018.
- GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droits fondamentaux du proces*. Paris: Dalloz, 2013.
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre prueba y motivación. In: TARUFFO, Michele et al. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- KNJNJK, Danilo. *A Prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LLUCH, Xavier Abel. *La valoración de la prueba en proceso civil*. Madrid: La Ley, 2014.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MORALES, Rodrigo Rivera. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- PÉREZ, David Vallespín. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002.
- REICHELT, Luís Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.
- TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. *In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 7, n. 20, maio/ago. 1987.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

Recebido em: 01.12.2020

Aprovado em: 19.01.2021



# A Equiparação do Julgamento Antecipado do Mérito à Tutela da Evidência Concedida após o Contraditório e Fundamentada na Suficiência de Prova Documental

**RODRIGO FRANTZ BECKER**

*Doutorando em Direito Processual Civil pela UERJ; Mestre em Direito pela UnB; Advogado da União; ex-Procurador-Geral da União; Consultor Jurídico do Governo do Distrito Federal; ex-Diretor da Escola Superior de Advocacia da OAB/DF; Professor da Graduação e da Pós-Graduação do IDP em Brasília e Goiânia; Membro Fundador e Presidente da ABPC (Associação Brasileira de Direito Processual Civil); Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual); e-mail: beckerrodrigo@hotmail.com.*

**MIRIAM ROCHA FREITAS**

*Advogada; Pós-Graduada em Processo Civil pelo IDP; e-mail: miriamrfreitass@gmail.com.*

**RESUMO:** O presente trabalho presta-se à análise das semelhanças e diferenças entre o julgamento antecipado do mérito à tutela da evidência concedida após o contraditório e fundamentada na suficiência de prova documental dos fatos constitutivos do direito do autor. Para tanto, estudou-se a origem de ambos os institutos, bem como sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e sua normatização no Código de Processo Civil de 2015. Verificou-se, por fim, a possibilidade de equiparação entre eles e, principalmente, a necessidade de se aplicar a tutela da evidência como uma técnica de atuação judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Civil. Julgamento Antecipado do Mérito. Tutela da Evidência. Técnica de Julgamento.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Tutela Jurisdicional e Cognição. 2 O Julgamento Antecipado do Mérito. 3 A Tutela Provisória da Evidência Concedida após o Contraditório e Fundamentada na Suficiência de Prova Documental. 4 A (Im) Possibilidade de Equiparação dos Institutos. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

## Introdução

A tendência do processo civil contemporâneo é a busca pela celeridade. Isso se verifica, inclusive, na Constituição brasileira, que inseriu um dispo-

sitivo (art. 5º, LXXVIII) em seu texto exatamente para garantir esse direito fundamental aos jurisdicionados.

No Brasil, esse debate ganhou força também diante da crescente insatisfação popular com a morosidade e a ineficiência do sistema judicial. Assim, buscando modernizar a normatização e privilegiar a razoável duração do processo, o legislador do Código de Processo Civil de 2015 consagrou diversos institutos, tais como a unicidade dos processos de conhecimento e execução, a audiência de conciliação e mediação, além de inovar em tantos outros, como no incidente de resolução de demandas repetitivas, no julgamento antecipado parcial do mérito e na tutela provisória da evidência, esses dois últimos objetos do presente trabalho.

De fato, o julgamento antecipado do mérito já estava presente no ordenamento processual brasileiro desde o CPC/73. Em sintonia com o princípio fundamental da efetividade, deve ser utilizado quando, antes de adentrar à fase probatória, o juiz já se encontra instruído acerca dos fatos submetidos à sua apreciação, bastando-lhe as provas constantes dos autos. Assim, aplicando o direito ao caso concreto, ele profere a sentença e põe fim ao processo de conhecimento.

Uma das novidades trazidas pelo legislador do CPC/2015 foi a possibilidade de o julgamento antecipado ocorrer apenas sobre parte ou parcela dos pedidos formulados. No caso, o juiz profere uma decisão interlocutória de mérito que, assim como a sentença, é obtida a partir de cognição exauriente e, portanto, apta a fazer coisa julgada material.

A seu turno, outra inovação do Código de 2015 foi a disciplina da tutela da evidência como uma das espécies de tutela provisória. Como o próprio nome sugere, essa tutela se baseia em um juízo de evidência, podendo ser concedida nas situações previstas no art. 311 do CPC/2015. Para o que se propõe neste artigo, chama a atenção o inciso IV da norma, no qual se observa que, diante da incapacidade de o réu gerar dúvida razoável sobre os fatos e provas constitutivos do direito do autor, será cabível a concessão da citada tutela da evidência.

Nota-se, assim, que a referida hipótese quase se confunde com o julgamento antecipado do mérito, diferenciando-se, essencialmente, por consistir numa tutela provisória, precária, e possível de reversão.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar o intuito do legislador do CPC/2015 ao dispor acerca da concessão da tutela da evidência após a manifestação do réu, nos termos do art. 311, IV, do CPC/2015. Questiona-se em que medida tal instrumento seria eficaz na resolução da demanda, haja vista a aparente possibilidade de realizar, desde logo, o julgamento do mérito, que traz consigo efeito definitivo e constitui coisa julgada material imutável.

Portanto, o que se pretende examinar são as discussões ideológicas que permearam a inserção da modalidade da evidência na tutela provisória no CPC/2015, notadamente durante o processo legislativo de reforma do Código de Processo Civil, além de uma pesquisa na doutrina sobre a essência do que se entende por essa previsão legal. Dessa maneira, buscar-se-á relacionar a tutela de evidência com o julgamento antecipado de mérito e concluir a respeito da (im)possibilidade de equiparação desse tipo de julgamento à concessão da tutela da evidência na hipótese específica do art. 311, IV, do CPC/2015.

## 1 Tutela Jurisdicional e Cognição

Nos termos do art. 3º da Constituição Federal de 1988, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações.

É nesse contexto que se fala no dever estatal de prestação da tutela jurisdicional. Tutelar (do latim *tueor, tueri* = ver, olhar, observar) significa proteger, amparar, defender, assistir. Assim, quando o Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, protege, ampara, defende e presta assistência ao direito dos indivíduos, ele exerce a tutela jurisdicional<sup>1</sup>.

Com efeito, o exercício da jurisdição e, conseqüentemente, a prestação da tutela, podem ocorrer de três maneiras: (i) por meio do reconhecimento de direito – tutela cognitiva; (ii) por meio da efetivação do direito – tutela executiva; e (iii) por meio da proteção do direito – tutela cautelar<sup>2</sup>.

Importa-nos a primeira espécie, a tutela cognitiva. “Cognição” é a técnica por meio da qual o julgador exercerá um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, com o objetivo de solucionar a lide apresentada<sup>3</sup>.

1 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 5.

2 As duas primeiras espécies integram a chamada classificação bipartite clássica, segundo a qual a função jurisdicional é exercida, fundamentalmente, por meio de duas espécies de atividades: de um lado, o exame da lide, com o objetivo de descobrir e formular a regra jurídica concreta aplicável ao caso (tutela cognitiva); de outro, a realização dos procedimentos práticos necessários à efetivação do conteúdo daquela regra, de modo que ocorra a sua coincidência com os fatos da realidade material (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 37). A tutela cautelar, por sua vez, é o *tertium genus* dessa classificação, e tem por objeto a garantia da eficácia das tutelas de conhecimento e de execução. Liebman explica: “à parte interessada é permitido pedir aos órgãos jurisdicionais que conservem e ponham a salvo as provas e os bens, ou eliminem por outra forma aquela ameaça, de modo a assegurar que o processo possa conduzir a um resultado útil” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 216. v. I.).

3 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 67.

Cumprе ressaltar que a atividade cognitiva estará presente nas três espécies de tutela (cognitiva, executiva<sup>4</sup> e cautelar), mas é no processo de conhecimento que ela se revela predominante, notadamente por sua finalidade essencial ser justamente a de obtenção de uma declaração que confira certeza jurídica à existência ou à inexistência do direito afirmado pelo demandante em sua petição inicial. Dessa forma, a fim de emitir seu juízo, é preciso que o magistrado realize o procedimento cognitivo de exame e valoração das alegações e das provas produzidas no processo<sup>5</sup>.

Em termos de classificação, Kazuo Watanabe<sup>6</sup> registra que há dois planos que devem ser observados nessa atividade jurisdicional: o (i) horizontal, no qual se verifica a sua extensão, que pode ser plena ou parcial; e o (ii) vertical, pelo qual se verifica a sua profundidade, que pode ser exauriente, sumária ou rarefeita.

No plano (i) horizontal, a cognição será plena quando todos os componentes do trinômio – pressupostos processuais, condições da ação e mérito – forem analisados, ao passo que será parcial quando houver alguma restrição na apreciação de sua amplitude. Felizmente, na maioria dos processos, o objeto da cognição é inteiramente analisado. Isso, porque é preciso que se garanta que o provimento jurisdicional resolva a questão submetida ao crivo do Judiciário da forma mais completa possível, em atenção ao princípio da economia processual, que “impõe se busque a existência de um processo capaz de assegurar o máximo de vantagem com o mínimo de dispêndio”<sup>7</sup>.

Já no plano (ii) vertical, a cognição será exauriente quando a decisão for proferida com base em um juízo de certeza, ou seja, quando às partes houver sido garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório. Assim, o juiz porá fim à fase de conhecimento e proferirá sentença definitiva de mérito, mas somente após ouvir as razões de ambas as partes, garantindo-lhes os meios adequados e razoáveis de participação no processo de formação de seu convencimento<sup>8</sup>.

E então se extrai outra característica da tutela construída e prestada no âmbito da cognição exauriente: seu caráter de definitividade e imutabilidade. A sentença de mérito, transitada em julgado, estará, desde logo, imune a qualquer modificação por ato de outro poder do Estado, inclusive por ato

---

4 Como já asseverou oportunamente Carnelutti, é muito difícil uma desvinculação total da execução em relação à cognição, porquanto em algum momento ela se fará sentir (CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Buenos Aires: EJEA, 1971. p. 359). Dinamarco arremata aduzindo que a existência de cognição na execução é necessária para confirmar a existência de atividade jurisdicional (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 91).

5 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 254.

6 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 118.

7 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 258.

8 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21-23.

normativo superveniente. Sucede-se, assim, a preclusão máxima do instrumento decisório, que ficará sujeito a apenas uma exceção à sua modificação: a alteração operada pelo poder constituinte<sup>9</sup>.

Ocorre que, nem sempre será necessário, ou até mesmo possível, realizar a cognição exauriente, notadamente pela necessidade de um provimento jurisdicional rápido sem o qual não se alcança o resultado útil do processo.

Em detrimento da perfeição, a cognição sumária privilegia a celeridade e a efetiva realização dos direitos, revelando-se como uma importante técnica na busca pela diminuição do custo social decorrente do decurso do tempo e das angústias sociais nele embutidas<sup>10</sup>. No entanto, não se pode esquecer da garantia constitucional do devido processo legal, motivo pelo qual Leonardo Greco ressalta a necessidade de que a sumariedade decorra da lei, bem como se preste para o atendimento de valores jurídicos:

“A cognição sumária, além de prevista em lei, somente se justifica para atender a valores constitucionais, como a efetividade e a celeridade, não podendo ser transformada num meio atípico e generalizado de tutela jurisdicional, que impeça o acesso à cognição plena e à obtenção de um provimento apto à formação da coisa julgada.”<sup>11</sup>

Por fim, a terceira modalidade do plano vertical é a chamada cognição rarefeita, ainda mais superficial que a sumária e característica do processo de execução, no qual a atividade cognitiva é eventual<sup>12</sup>.

Assim, em juízo de cognição, revela-se imperioso o sopesamento entre a necessidade do estudo detalhado e aprofundado do caso concreto e os efeitos do tempo, de modo a homenagear, concomitantemente, os princípios da segurança jurídica, celeridade e eficiência processual. Isso, porque a ânsia por uma solução rápida e eficaz pode resultar no abandono de importantes garantias processuais. Dinamarco ensina que:

“À boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora.”<sup>13</sup>

9 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

10 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 151.

11 GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. X, Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, p. 275-301.

12 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 118.

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

É fato que, cada vez mais, a sociedade urge por soluções rápidas para os seus conflitos, e já dizia Rui Barbosa, “justiça atrasada não é justiça, se não injustiça qualificada e manifesta”<sup>14</sup>. Entretanto, na análise de cada caso concreto, os ditames do devido processo legal jamais devem ser esquecidos, cabendo aos operadores do direito o equacionamento e a ponderação desses princípios tão caros à ordem jurídica.

## 2 O Julgamento Antecipado do Mérito

Historicamente, a origem do julgamento antecipado do mérito remonta ao Direito português. O Decreto nº 3, de 29 de maio de 1907, criou a figura de um despacho que deveria ser proferido antes da colheita das provas e destinado a conhecer das nulidades processuais.

Posteriormente, com a reforma do procedimento comum luso, promovida pelo Decreto nº 12.353, de 22 de setembro de 1926, o objeto do denominado despacho regulador foi, então, estendido, restando para a sentença apenas a decisão do mérito.

Sensíveis à economia processual, os Tribunais criaram, por fim, o entendimento jurisprudencial de que o despacho também poderia ser utilizado para resolver o mérito quando a questão fosse eminentemente de direito e a produção de provas sabidamente inútil. Em 3 de julho de 1930, o Decreto nº 18.552 estendeu a possibilidade do despacho a todas as outras questões que estivessem prontas para decisão. Finalmente, o instituto foi incluído no art. 514 do CPC luso de 1939, mantido nos arts. 510 do CPC de 1961 e 595 do CPC de 2013<sup>15</sup>.

José Alberto dos Reis conclui em retórica: “se o fruto está maduro, por que não há de recolher-se imediatamente, em vez de o deixar apodrecer? Se a causa se encontra em estado de maturação, isto é, convenientemente instruída e preparada, para que protelar a decisão?”<sup>16</sup>.

No Brasil, o despacho foi inicialmente previsto pelo Decreto-Lei nº 960, de 17 de novembro 1938, que regulou os executivos fiscais e, em seu art. 19, IV, autorizou o juiz a “conhecer do mérito da causa si o réu for revel ou a defesa tiver sido apresentada fora do prazo legal”. Na época, também entrou em vigor o CPC de 1939 que, no entanto, limitou o despacho saneador à organização dos vícios processuais. Apenas com o CPC de 1973 é que o instituto passou definitivamente a integrar as normas processuais, recebendo a designação de “julgamento antecipado da lide”.

---

14 BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 8. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 74.

15 BARBI, Celso Agrícola. Despacho saneador e julgamento do mérito. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 3, out. 2011, p. 123-131.

16 REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1948. p. 182-183. v. III.

Observa-se que, no referido Diploma, “lide” foi utilizada como sinônimo de mérito, de modo que o legislador do CPC de 2015 foi oportuno em alterar a denominação do instituto para “julgamento antecipado do mérito”.

Assim como diversos outros temas do processo civil, não há uma definição unânime na doutrina do que se entende por “mérito”. No trabalho “O conceito de mérito em processo civil”<sup>17</sup>, Dinamarco analisou os mais diversos entendimentos e, a partir do estudo etimológico do termo, concluiu que o mérito, como objeto do processo, consubstancia-se na pretensão, sendo, portanto, o conteúdo e a razão de ser da demanda e do processo. Aliás, não por outro motivo é que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu o princípio da primazia da resolução do mérito como uma norma fundamental do processo civil.

É certo que nem sempre será possível resolver o mérito, seja pela ausência dos pressupostos processuais, seja pela falta das condições da ação, seja pela improcedência liminar do pedido, ou pela ocorrência de qualquer outra situação na qual o juiz extinguirá o processo antes mesmo de adentrar às questões centrais que lhe foram submetidas. Entretanto, essas possibilidades não são o foco do presente estudo, ao qual interessam as situações nas quais o julgamento do mérito é viável.

Assim, vencida a questão conceitual, passa-se à questão referente ao procedimento comum do processo de conhecimento previsto no Código de Processo Civil, o qual abrange cinco fases processuais: (i) postulatória, (ii) saneadora, (iii) instrutória, (iv) decisória e (v) recursal, cada uma com sua atividade ou finalidade preponderante que a caracteriza<sup>18</sup>.

Interessa-nos algumas dessas fases, sobretudo aquelas em que é possível o julgamento antecipado do mérito.

A despeito de a organização processual ser a característica preponderante da fase saneadora, tendo em vista seu objetivo de correção de eventuais vícios e irregularidades e preparação para a instrução probatória que se iniciará, outras duas situações também podem ocorrer nesse momento de “julgamento conforme o estado do processo”: a extinção do processo ou o julgamento antecipado do mérito.

A primeira ocorrerá quando não restar alternativa senão o pronunciamento negativo da resolução de mérito. Isso, porque um dos maiores pilares do CPC de 2015 é o princípio da primazia do julgamento do mérito,

17 DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 34, abr./jun. 1984.

18 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2. p. 64-65.

de modo que a extinção só deverá ser cogitada quando realmente houver defeito processual incorrigível ou, sendo corrigível, não houver sido sanado no momento oportuno, bem como não houver possibilidade de se compor o litígio apesar do defeito<sup>19</sup>.

O julgamento antecipado, por seu turno, justifica-se em razão da desnecessidade da realização da fase probatória; ou seja, quando “depois da fase postulatória e das eventuais providências preliminares, o processo já estiver em condições de receber resolução de mérito”<sup>20</sup>. Sendo assim, diante do vácuo entre a fase saneadora e a fase decisória, esta poderá ser antecipada para o momento ordinatório.

A rigor, apenas recebe a nomenclatura de “julgamento antecipado do mérito” as situações descritas no art. 355 do CPC/2015. Entretanto, além de normatizar a extinção do processo, o art. 354 do CPC/2015 apresenta duas hipóteses nas quais também haverá a imediata resolução do mérito, quais sejam: o reconhecimento de prescrição ou decadência e a homologação de ato de disposição de vontade.

Passando-se à análise do art. 355 do CPC/2015, verifica-se que o juiz julgará antecipadamente o mérito quando (i) não houver necessidade de produção de outras provas ou (ii) quando o réu for revel e não houver requerimento de prova, presumindo-se verdadeiras as alegações do autor.

Com efeito, a primeira hipótese de aplicação do instituto deve ser interpretada extensivamente. Isso, porque, da forma como foi redigida, a norma se refere apenas às situações nas quais as provas foram pré-constituídas e não há necessidade de instrução. No entanto, a demanda também pode versar sobre questões unicamente de direito, que não exijam qualquer produção probatória, ou, ainda, sobre fatos que, por si só, não exijam provas – notórios, incontroversos e presumidos.

Portanto, convém alargar o cabimento do inciso I do art. 355 do CPC/2015, para que o julgamento seja cabível

“sempre que se mostrar desnecessária a instrução probatória após a apresentação de contestação pelo réu, seja porque só há questões de direito, seja porque as questões de fato independem de prova, quer porque as provas pré-constituídas (geralmente documentos) que instruíram a petição inicial e a contestação são suficientes para a formação do convencimento do juiz.”<sup>21</sup>

19 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2. p. 202-203.

20 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2. p. 204.

21 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.124.



Nesse ponto, cumpre destacar papel fundamental do juiz de primeiro grau: o escorreito equilíbrio entre a desnecessidade de outras provas e o julgamento antecipado e a necessidade probatória e sua vedação<sup>22</sup>. A interrupção do processo com o indeferimento impertinente de provas constitui cerceamento de defesa, gerando a anulação da sentença e o dispêndio desnecessário de tempo e de dinheiro<sup>23</sup>, ao passo que o princípio da persuasão racional também deve ser considerado.

E foi privilegiando a autonomia funcional e o convencimento do juiz que se firmou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>24</sup> no sentido de que cabe ao juiz, como destinatário da prova<sup>25</sup>, decidir se a dilação probatória deve, ou não, ocorrer. Afinal, é a ele que as partes devem convencer e, na ponderação de princípios, também devem ser considerados a celeridade e a duração razoável do processo.

Dito isso, uma importante ressalva deve ser feita: em razão do efeito devolutivo amplo da apelação, além do juiz de primeiro grau, também são destinatários da prova os desembargadores do tribunal, a quem incumbem reexaminar as questões de fato; ou seja, chegando ao segundo grau, convém a causa apresentar instrução completa<sup>26</sup>. Nesse sentido, é extremamente válida a tese da jurisprudência portuguesa: “se a justiça precisa, para sua eficiência, de ser rápida, muito mais precisa, para seu acerto e prestígio, de ser convincente e bem fundada”<sup>27</sup>.

A segunda hipótese de julgamento antecipado do mérito prevê a cumulação da revelia com outros dois requisitos: o juiz presumir verdadeiras as alegações do autor e o réu não tiver feito requerimento de provas. Isso, porque o julgamento antecipado não decorre da revelia em si, mas da aplicação de seus efeitos.

Explica-se. Revelia significa ausência jurídica de contestação, ou seja, trata-se de um estado de fato. É possível, por exemplo, que o réu não con-

---

22 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 537.

23 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.125.

24 AREsp 1.327.496/RN, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 08.04.2019, DJe 10.04.2019. No mesmo sentido, AgInt no REsp 1.459.039/SP, AgInt no AREsp 1.133.717/MG, AgInt no REsp 1.678.046/PR, AgRg no AREsp 177.142/SP, AgInt no AREsp 1.327.496/RN, AgInt no AREsp 867.581/SP, AgInt no AREsp 1.229.647/MG e Tema nº 437 do STJ. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, ante os elementos documentais suficientes (REsp 1.114.398/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Segunda Seção, j. 08.02.2012, DJe 16.02.2012. *Revista dos Tribunais*, vol. 919, p. 787, 2012).

25 É importante consignar que essa concepção do STJ de que o juiz é destinatário das provas encontra vozes contrárias na doutrina mais moderna, que entende ultrapassada a ideia, na medida em que é o processo que recebe as provas, podendo-se falar, inclusive, que as partes é que são destinatárias da prova, a partir de uma concepção constitucional de processo. Por todos ver: MAZZOLA, Marcelo. *Tutela jurisdicional colaborativa*. Curitiba: CRV, 2017. p. 161.

26 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: RT, 2016. v. III.

27 REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1948. v. III. p. 189.

teste a petição inicial e apresente reconvenção ou outra espécie de resposta processual, de modo que será considerado revel, mas não serão presumidas verdadeiras as alegações do autor<sup>28</sup>.

A presunção de veracidade dos fatos é o principal efeito da revelia. Destaque-se, no entanto, que ela é relativa, podendo ser afastada no caso concreto. Além das situações previstas no art. 345, o juiz também pode determinar ao autor que comprove os fatos constitutivos de seu direito. Ademais, em atenção ao princípio do *iura novit curia* – o juiz sabe o direito –, o magistrado não está vinculado à fundamentação jurídica do autor somente porque o réu não apresentou contestação. Deveras, é plenamente possível um julgamento de improcedência do pedido ainda que tenha ocorrido a revelia e a reputação de veracidade dos fatos alegados em sede de exordial<sup>29</sup>.

Feitas essas considerações, não é difícil compreender o julgamento antecipado decorrente dessa hipótese. Não havendo contestação, sendo os fatos apresentados pelo autor reputados verdadeiros e o réu não realizando requerimento de produção de provas (antes do julgamento, obviamente<sup>30</sup>), cabe ao juiz decidir o mérito do processo.

O resultado do julgamento antecipado é a emissão de uma sentença definitiva que, à parte o momento em que é proferida e a presença de uma das hipóteses ensejadoras do conhecimento imediato do mérito, tem a mesma forma, efeitos, estruturação de conteúdo e eficácia de qualquer outra sentença de mérito. É impugnável por recurso de apelação e, transitada em julgado, adquire caráter de coisa julgada<sup>31</sup>.

Finalmente, o CPC/2015 inovou ao normatizar também a possibilidade do julgamento antecipado parcial do mérito. Com efeito, o art. 273, § 6º, do CPC/73 previa o julgamento do pedido incontroverso como uma modalidade de antecipação de tutela, o que suscitou grandes debates doutrinários: para alguns, ao decidir parcela da pretensão do autor, o juiz realizava uma cognição exauriente, de modo que a decisão se fundamentava em um juízo de certeza e, portanto, seria apta a gerar coisa julgada material<sup>32</sup>; para outros, apesar de o juízo de verossimilhança ser mais robusto que nas outras espécies de tutela

28 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.099.

29 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.100.

30 Após a revelia, os autos são conclusos para que o juiz decida entre julgar antecipadamente o mérito ou determinar a especificação de provas do autor. Apesar de possível, é extremamente raro que, nesse meio tempo, o réu compareça espontaneamente para requerer a produção probatória (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.125).

31 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: RT, 2016. v. III.

32 Nesse sentido também era o posicionamento do STJ, que consignou se tratar de *política legislativa* a não imutabilidade da tutela do incontroverso (REsp 1.234.887/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 19.09.2013, DJe 02.10.2013)

antecipada, a cognição judicial ainda era sumária e, portanto, apta a ser modificada posteriormente<sup>33</sup>.

Solucionando a controvérsia, o legislador de 2015 superou o princípio da unicidade do julgamento de mérito preconizado por Chiovenda<sup>34</sup> e normatizou a possibilidade de julgamento antecipado parcial no art. 356 do CPC/2015, prevendo duas hipóteses de cabimento: (i) quando parte do pedido mostrar-se incontroverso; ou (ii) quando parte do pedido estiver em condições de imediato julgamento, conforme o art. 355 do CPC/2015, ou seja, quando desnecessária a instrução probatória.

Incontroverso será o pedido que, ainda que contestado pelo réu, não houver sido seriamente impugnado, revelando-se ao juiz verossímil a pretensão do autor. Tal fato se dá porque não se pode adotar como controvérsia uma oposição, por exemplo, baseada exclusivamente na negação de um fato notório (art. 374, I, do CPC/2015), de um fato em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (art. 374, IV, do CPC/2015), ou, ainda, uma oposição contrária a decisões de caráter vinculante, por exemplo. Em resumo, quando os fundamentos da contestação forem evidentemente descabidos ou improcedentes. “Incontroverso” não é o “indiscutido”, mas o “indiscutível”<sup>35</sup>.

O que se observa é que, assim como no julgamento antecipado total, o julgamento antecipado parcial se justifica porque parcela dos pedidos dispensa fase instrutória, sendo que ambos são concedidos mediante cognição exauriente, destinam-se à resolução definitiva de mérito, na forma do art. 487, I, do CPC/2015, e são aptos a fazer coisa julgada material. A grande diferença entre os dois reside na recorribilidade da decisão exarada: enquanto o julgamento total resulta na prolação de sentença e é recorrível por apelação, o julgamento parcial resulta em uma decisão interlocutória de mérito e, como tal, é recorível por agravo de instrumento, conforme o § 5º do art. 356 do CPC/2015.

Como se sabe, a apelação possui efeito suspensivo – em regra –, o que inviabiliza a execução imediata. O agravo de instrumento, por seu turno, não o possui, de modo a viabilizar, desde logo, o cumprimento da obrigação reconhecida na decisão que julgar antecipadamente o pedido. Havendo a pendência de recuso, há que se reconhecer que o cumprimento será provisório; entretanto, ocorrendo o trânsito em julgado da decisão, a hipótese será de cumprimento definitivo<sup>36</sup>.

33 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.128.

34 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.128.

35 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 111.

36 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 542.

Em suma, o julgamento antecipado do mérito, seja ele parcial ou total, revela-se como um importante instrumento de sumarização do processo e de concretização da celeridade e efetividade processuais. Ademais, sua inequívoca economia de tempo pela dispensa da fase instrutória de forma alguma usurpa os direitos constitucionais à segurança jurídica, ampla defesa e contraditório, eis que suas hipóteses de aplicação estão muito bem delineadas na norma processual. Aliás, não por outro motivo é que o STJ definiu a obrigatoriedade de sua aplicação: “presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder”<sup>37</sup>.

### 3 A Tutela Provisória da Evidência Concedida após o Contraditório e Fundamentada na Suficiência de Prova Documental

Outra importante inovação trazida pelo CPC de 2015 foi a previsão da tutela da evidência como uma das espécies do gênero “tutela provisória”. A relevância desse instituto está na sua aptidão para gerar um provimento jurisdicional extremamente célere – na maioria dos casos, a tutela provisória é concedida *inaudita altera parte*, ou seja, sem que a outra parte tenha se manifestado. Trata-se de um procedimento de cognição sumária, no qual o juiz ainda não tem acesso a todos os elementos da controvérsia. No entanto, a regra não impede que a tutela também possa ser concedida mediante cognição exauriente, isto é, no momento da prolação da sentença<sup>38</sup>.

Nesse contexto, a tutela provisória de urgência será cabível quando demonstrados a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo; ao passo que a tutela provisória da evidência será cabível quando, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, e mais que uma “mera” probabilidade do direito, houver um elevado grau de verossimilhança. Luiz Fux assenta que a legitimação do provimento fundamentado no direito evidente é algo que se situa entre o “valor limite da certeza” e no piso da “verossimilhança preponderante”<sup>39</sup>.

Assim, a concessão da tutela da evidência será cabível sempre que ocorrer alguma das hipóteses do art. 311 do CPC/2015. No entanto, cumpre esclarecer que a essência da ideia de tutela do direito evidente não surgiu propriamente com o CPC/2015. A hipótese do inciso I do art. 311 do CPC/2015, por exemplo, já existia no art. 273, II, do CPC/73, assim como a hipótese

37 REsp 2.832/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 14.08.90, DJ 17.09.90.

38 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 806.

39 FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000.

do inciso III, que se refere à entrega do bem sujeito a contrato de depósito, prevista no procedimento especial da ação de depósito do mesmo Código.

Portanto, o que o CPC de 2015 fez, além de separar a evidência da urgência, foi destacar, organizar e ampliar as hipóteses de cabimento da tutela da evidência, dispondo-as no rol do art. 311 – o que fez com extrema valia! O que se deseja consignar, apenas, é que a ideia da tutela imediata de direitos, independentemente de urgência, já existia no ordenamento brasileiro<sup>40</sup>. “Evidência” não é um tipo de tutela jurisdicional, mas um fato jurídico processual no qual as afirmações fáticas estão comprovadas. Logo, como fato jurídico, ela autoriza a concessão da tutela jurisdicional – que pode ser tanto definitiva, como provisória, objeto do presente estudo.

Nas palavras de Didier, “evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela”<sup>41</sup>. No mesmo sentido, Bruno Bodart define que a tutela da evidência consiste na técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo, de modo que a concessão imediata da tutela jurisdicional baseia-se no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, que revelam ser improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo<sup>42</sup>. Isso, porque a instrução probatória é, sem dúvida alguma, a fase temporalmente mais extensa do processo de conhecimento, de modo que a grande questão é: como deve ser feita a distribuição do ônus do tempo no processo? Qual das partes deve suportá-lo?

Nesse sentido, o escopo da tutela da evidência é a satisfação imediata do direito pleiteado, tendo em vista seu elevado grau de verossimilhança. Não se discute o perigo de dano decorrente da demora na prestação jurisdicional – como ocorre na tutela da urgência –, mas a extrema probabilidade de o autor ter o seu pedido final julgado procedente, o que permite que seus efeitos sejam antecipados.

É dessa forma que se opera a inversão do ônus do tempo do processo. Isso, porque, normalmente, quem suporta o tempo processual é o autor, que deve aguardar o final do processo para ver a sua pretensão confirmada, ou não; noutro giro, quando acobertado por uma tutela da evidência e, diante da razão de seus argumentos, o autor pode auferir sua pretensão antecipadamente.

Nesse sentido, pertinente o ensinamento de Bodart:

---

40 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 426.

41 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 617.

42 BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela da evidência [livro eletrônico]*: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

“O tempo é um bem. O processo é um cenário de escassez: uma das partes terá de suportar os custos do tempo durante o seu curso. Pelo sistema atual, salvo em situações de urgência, essa parte será sempre o autor. Contudo, o mais razoável é que seja a parte que demonstrar menores chances de êxito ao final do processo. Até porque, como demonstrado, sequer a cognição exauriente é garantia contra o erro judiciário. Há que se considerar, ainda, que ao atribuir ao demandado os custos do tempo do processo, o magistrado desestimula práticas procrastinatórias, de modo que o processo tende a terminar mais rápido, contribuindo para solucionar, no plano geral, o problema do assoberbamento do Judiciário. Para que se possa atribuir semelhante poder ao juiz, é preciso superar o modelo tradicional de processo, em que a satisfatividade está geralmente atrelada à cognição exauriente e à coisa julgada.”<sup>43</sup>

No direito comparado, a tutela da evidência foi inspirada pelos ordenamentos francês e italiano. No processo civil francês, o *référé provision* foi a maior referência para a criação da tutela da evidência. Trata-se de uma técnica processual sumária que também dispensa a urgência para a sua concessão, pauta-se na efetividade da prestação jurisdicional e adota como pressuposto para o seu deferimento a defesa inconsistente, isto é, não seriamente contestável<sup>44</sup>.

A despeito de algumas diferenças procedimentais – no ordenamento estrangeiro, há obrigatoriedade do contraditório prévio e os juízes de *référé* e de mérito são diversos –, o instituto francês assemelha-se em muito à tutela da evidência. Ambos dispensam o requisito da urgência, possuem o escopo de prevenir o abuso do direito de defesa, provocam a inversão do ônus do contraditório, são proferidos no âmbito da cognição sumária e, portanto, resultam numa decisão provisória e inapta à formação de coisa julgada material.

No ordenamento jurídico italiano, destaca-se a técnica da condenação com reserva de exceção substancial indireta – *condanna con riserva*, que consiste na antecipação da tutela jurisdicional do direito do autor cabível quando “os fatos constitutivos do seu direito [estiverem] evidenciados e o réu invocar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos que, além de demandarem dilação probatória, mostrarem-se, desde logo, com base nos próprios fundamentos e nas provas já constantes dos autos, provavelmente infundados”<sup>45</sup>.

Para que a técnica seja aplicada, não basta que o fato constitutivo do direito do autor seja evidente. Na verdade, além da exceção substancial indireta

---

43 BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela da evidência [livro eletrônico]: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

44 MITIDIERO, Daniel. A técnica antecipatória na perspectiva do direito comparado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 57, nov./dez. 2013, p. 30.

45 MAZINI, Paulo Guilherme R. R. *A técnica da evidência e a atuação de ofício do juiz na dimensão do direito fundamental à efetividade*. 2018, 154 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018.

apresentada pelo réu ser infundada, ela também deve exigir instrução probatória para ser dirimida. Caso contrário, em se tratando de exceção resolúvel imediatamente, tratar-se-ia de hipótese de julgamento antecipado do mérito<sup>46</sup>.

Observa-se, nesse ponto, que a técnica da *condanna con riserva* parece se aproximar com a hipótese de tutela da evidência prevista no inciso IV do art. 311 do CPC/2015. Impende destacar, no entanto, uma importante diferença entre eles: o cabimento da técnica italiana restringe-se às hipóteses expressamente previstas nos diplomas legais – a exemplo do art. 665 do *Codice di Procedura Civile*, que dispõe sobre a antecipação da tutela no decorrer do procedimento de despejo do locatário, ou do art. 65 da *Legge Cambiaria*, que permite a antecipação diante do processo de conhecimento de letra de câmbio<sup>47</sup> –, e que, obrigatoriamente, exigirão dilação probatória.

A norma brasileira, por sua vez, expressamente previu a necessidade de que a causa exija apenas provas documentais para ser dirimida: o próprio texto legal deixa claro que o réu não deve opor prova capaz de gerar dúvida razoável. Ora, a única prova capaz de ser oposta é a prova documental – ou, ainda, documentada (e.g., a prova emprestada ou produzida de forma antecipada)<sup>48-49</sup>.

É nesse contexto que Bodart aduz que a decisão prolatada nessa hipótese baseia-se em cognição exauriente em relação aos fatos constitutivos do direito do autor, mas sumária quanto aos fatos modificativos, impeditivos e extintivos, os quais competem ao réu<sup>50</sup>. Luiz Fux, por sua vez, entende que a evidência exclui a cognição sumária e propicia a “cognição exauriente imediata”, similar à oferecida ao final de um processo que prosseguisse com a fase instrutória. Isso, porque “é o próprio objeto litigioso que se oferece completo ao juízo. A margem de erro é aquela que se verifica em todo o julgamento mesmo de cognição dita exauriente como consectário da falibilidade que caracteriza a humanidade do julgador”<sup>51</sup>.

---

46 Idem.

47 Idem.

48 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 629.

49 Da forma como foi escrita, a norma brasileira se distancia da norma italiana pelo fato de exigir que o réu oponha suas provas no momento da sua manifestação – ou seja, as provas devem, necessariamente, ser documentais. Nesse ponto, interessante destacar que, em sua obra sobre a tutela da evidência, Bruno Bodart condensou algumas propostas de redação dos artigos relativos ao tema (na época, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil já havia sido elaborado). Sobre essa hipótese de evidência, sua sugestão foi a seguinte: “a inicial for instruída com prova pré-constituída do direito alegado, opondo o réu defesa inapta a afastar a pretensão autoral, e que veicule exceções não baseadas em prova escrita” (grifo nosso). Em sua versão, o doutrinador evidencia a necessidade de a contestação trazer exceções além das documentais, o que ensejaria a necessidade de dilação probatória e aproximaria o instituto brasileiro com a *condanna con riserva*.

50 BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela da evidência [livro eletrônico]: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

51 FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000.

E eis que se atinge o ponto fulcral deste artigo: a principal distinção entre a tutela provisória da evidência e o julgamento antecipado do mérito é que a primeira é concedida mediante cognição sumária, enquanto o segundo mediante cognição exauriente. Superado esse argumento e, diante da inegável semelhança entre ambos os institutos, notadamente a tutela da evidência concedida após o contraditório e fundamentada na suficiência de prova documental dos fatos constitutivos do direito do autor, é que se questiona: é possível equipará-los?

O próximo capítulo buscará delinear uma possível resposta a essa questão.

#### 4 A (Im)Possibilidade de Equiparação dos Institutos

Primeiramente, cumpre esclarecer que, além de pressuporem causas que necessitem apenas de provas documentais, teoricamente, ambos os institutos são concedidos no mesmo momento processual: após a contestação; ou seja, nas causas que não exijam instrução probatória, sendo suficientes as provas documentais já juntadas pelas partes, o juiz proferirá uma decisão logo após a resposta do réu. O julgamento antecipado será cabível quando o pedido, ou parte dele, restar incontroverso; a tutela da evidência, quando não houver prova consistente do réu diante da idoneidade das provas documentais autorais – mas não seria essa uma situação também incontroversa? De fato, as situações são similares, e Didier esclarece:

“A contraprova do réu, cuja ausência se pressupõe para a concessão de tutela de evidência, é a documental. Isso porque se o réu não dispuser de nenhum outro meio de prova suficiente, além da documental, então já será caso de julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de produção de outras provas (art. 355, I, do CPC). *Por isso, se pode dizer que, da aplicação da regra, só pode decorrer uma tutela definitiva por julgamento antecipado do mérito. De um lado, porque se a contraprova documental do réu é insuficiente, mas ele requer a produção de outros meios de prova, não é autorizada a concessão de tutela provisória de evidência, que pressupõe que se trate de causa em que a prova de ambas as partes seja exclusivamente documental. Nesses casos, o juiz prosseguirá com a determinação da coleta de novas provas em favor do réu. De outro, se a contraprova documental do réu é insuficiente e ele não requer a coleta de outras provas, fica autorizado o julgamento antecipado do mérito da causa (art. 355, I, CPC), com a concessão da tutela definitiva, mediante cognição exauriente.*”<sup>52</sup> (destaque nosso)

52 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 629.



Percebe-se, assim, que, a despeito de parecer genérico, o cabimento da tutela da evidência na hipótese do art. 311, IV, do CPC/2015 fica bastante resritito<sup>53</sup>. Ademais, sabendo-se que o julgamento antecipado resulta na prolação de uma sentença que será coberta pelo manto da coisa julgada material, ao passo em que a tutela da evidência se concretiza mediante a prolação de uma decisão interlocutória provisória e possível de ulterior modificação, indaga-se: por que o juiz escolheria um, e não o outro? Mais precisamente: por que o juiz preferiria o provimento sumário da tutela da evidência, em detrimento do julgamento antecipado e definitivo?

Antes de qualquer resposta, há uma interessante observação a ser feita. O Código de Processo Civil de 2015 teve como marco inicial a apresentação do Anteprojeto em 2009, elaborado por uma Comissão de Juristas nomeada pelo ex-Senador José Sarney, então Presidente do Senado Federal. O referido documento já dispunha sobre a tutela da evidência, prevendo, em seu art. 285, cinco hipóteses para sua concessão (considere-se o parágrafo único)<sup>54</sup>.

Convertido em Projeto de Lei, o texto passou a tramitar no Senado Federal sob o PLS nº 166/2010. No que se refere ao presente tema, as únicas alterações em relação ao Anteprojeto foram a numeração da norma, que passou a ser art. 278, e um incremento na redação do *caput*: “Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando: (...)”. O projeto foi aprovado na sessão do dia 15.12.2010 e remetido à Câmara dos Deputados.

Na Casa Revisora, o texto tramitou sob o PL nº 8.046/2010 e, após pouco mais de três anos, foi aprovado em 26.03.2014. Sobre o que interessa à presente análise, as hipóteses de tutela da evidência foram reduzidas a três (abuso do direito de defesa; alegações comprovadas documentalmente e suportadas por precedente; e pedido reipersecutório), ao passo que foi criado um novo instituto: o julgamento antecipado parcial do mérito. “Criação” talvez não seja a palavra mais apropriada, tendo em vista que o que a Câmara fez reconhecer que a hipótese do antigo art. 285, II, não se tratava de cognição sumária, mas

53 TEIXEIRA, Sergio Torres; ALVES, Virgínia Colares Soares Figueiredo; MELO, Danilo Gomes de. Tutela provisória da evidência e sua aplicabilidade prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 195-222, jan./mar. 2019.

54 “Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontrovertido, caso em que a solução será definitiva; III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. Parágrafo único. Independentemente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.”

de uma verdadeira cognição exauriente: a tutela do pedido “incontroverso”. Aliás, não é à toa que a redação da norma se manteve similar.

E outro fato também chama a atenção: o estabelecimento do julgamento antecipado parcial não excluiu apenas a hipótese do inciso II do art. 285, mas também a do inciso III (atual art. 311, IV), cabível quando “a inicial [fosse] instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não [opusesse] prova inequívoca”. Observe-se que, na oportunidade, a norma utilizava o termo irrefutável. Ora, em conformidade com Bodart, “uma prova irrefutável, como o próprio nome diz, não pode ser afastada por nenhuma outra – algo impensável num sistema de livre convencimento motivado no que tange à análise do material probatório”<sup>55</sup>, motivo pelo qual foi posteriormente modificada.

Mas o que verdadeiramente nos instiga, e dá ensejo a este artigo, é a supressão transitória da tutela da evidência pela suficiência de provas documentais quando do estabelecimento do julgamento antecipado parcial do mérito.

Transitória, porque, após a revisão realizada pela Câmara dos Deputados, o Substitutivo ao Projeto, então, retorna ao Senado Federal, que mantém a hipótese de julgamento parcial, e reintroduz o inciso IV no atual art. 311 do Código de Processo Civil. Na oportunidade, nova redação foi dada à norma: “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

Dito isso, outro questionamento se mostra relevante: decidindo pelo retorno da hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC/2015, por que o legislador a manteve como tutela da evidência, e não como uma outra hipótese de julgamento antecipado parcial? A resposta que se verificou mediante a presente pesquisa é a de que, nessa hipótese, a tutela da evidência deve ser entendida, não apenas como uma técnica que permite a sumarização da prestação jurisdicional, mas, sobretudo, como uma estratégia decisória.

Explica-se. Diante das situações concretas nas quais a petição inicial já tiver sido instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor e o réu, após sua manifestação, não opuser prova capaz de gerar dúvida razoável, a evidência do direito do autor tornará os fatos incontroversos e o juiz poderá tanto conceder a tutela provisória fundamentada

---

55 BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela da evidência [livro eletrônico]: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

no art. 311, IV, do CPC/2015 quanto proferir o julgamento do mérito, com base no art. 355, I, do CPC/2015<sup>56</sup>.

Caso se limite a tutelar provisoriamente a situação, o juiz prolatará uma decisão interlocutória de mérito que será recorrível mediante agravo de instrumento, e que, via de regra, não obsta o imediato cumprimento da decisão. Sendo assim, a tutela da evidência poderá ser efetivada imediatamente, em consonância com as normas do cumprimento provisório de sentença – arts. 520 a 522 do CPC/2015. Como já visto, essa decisão interlocutória, no entanto, é apenas provisória, não sendo recoberta pela coisa julgada.

O julgamento do mérito, por sua vez, implica na prolação de uma sentença, que será recorrível por apelação. Ocorre que, em regra, a apelação possui efeito suspensivo, ou seja, a decisão não poderá ser imediatamente executada e seus efeitos não serão produzidos até que o tribunal reanalise a questão, profira o acórdão e este transite em julgado.

Finalmente, há a possibilidade de união dos institutos, tendo em vista que a tutela provisória da evidência também pode ser concedida em sentença. Nesse caso, o art. 1.012, § 1º, IV, do CPC/2015 dispõe que “começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória”, ou seja, caso a tutela da evidência seja concedida na sentença, não estaremos mais diante de uma tutela provisória, mas de uma tutela definitiva e apta a ser efetivada imediatamente, tendo em vista a supressão do efeito suspensivo que a eventual interposição de apelação possa ensejar<sup>57</sup>.

Não há dúvidas, portanto, de que essa última possibilidade é a que propicia a decisão mais eficaz, caracterizando-se como uma verdadeira técnica de atuação judicial<sup>58</sup>. Dadas as semelhanças indicadas neste tópico e consideradas as repercussões na concessão de uma ou outra forma de tutela, trata-se melhor forma de efetivar e concretizar a norma constitucional (celeridade na resolução dos litígios).

Em suma, compatibilizado o julgamento antecipado de mérito com a tutela da evidência, constitui-se essa dinâmica decisória aqui defendida em uma verdadeira estratégia no desempenho da prestação jurisdicional, motivo pelo qual não deve ser entendida como uma ferramenta à disposição apenas

---

56 RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela da evidência como técnica de atuação judicial. *Revista de Processo*, vol. 271, p. 257-276, set. 2017.

57 RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela da evidência como técnica de atuação judicial. *Revista de Processo*, vol. 271, p. 257-276, set. 2017.

58 RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela da evidência como técnica de atuação judicial. *Revista de Processo*, vol. 271, p. 257-276, set. 2017.

das partes. Mais do que o enfrentamento da morosidade do Poder Judiciário, seu principal escopo é o combate aos privilégios decorrentes dessa lentidão.

## Considerações Finais

Utilizando as palavras da Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do Anteprojeto do CPC/2015, é preciso “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de *método* de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam *valores constitucionais*”<sup>59</sup>, ou seja, é preciso resolver problemas.

Na busca pela adequada satisfação do direito material, o direito processual se torna um instrumento e ganham importante destaque os princípios da efetividade, celeridade, segurança jurídica e a primazia da resolução do mérito. Aos operadores do Direito, cumprirá o escorreito equilíbrio entre eles.

Como visto, o julgamento antecipado do mérito desempenha um papel fundamental no ordenamento brasileiro, sendo um dos principais instrumentos de concretização da tendência de sumarização do processo. Na verdade, de antecipado, o instituto só tem o nome, porque o julgamento acontece no exato momento em que deve ocorrer: quando o processo contém todos os elementos de que necessita para ser julgado (art. 355, I, do CPC/2015). Destarte, andou bem o legislador do Código de Processo Civil de 2015, ao ampliar sua esfera de aplicabilidade, prevendo a hipótese de julgamento imediato parcial (art. 356 do CPC/2015).

O CPC/2015 também trouxe a possibilidade da tutela do direito evidente como uma das espécies de tutela provisória. Diferentemente da tutela provisória de urgência, a tutela provisória da evidência não exige demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo para a sua concessão.

Ocorre que, nos moldes em que a norma foi redigida, a evidência fundamentada na ausência de contraprova documental suficiente (art. 311, IV, do CPC/2015) é similar ao julgamento antecipado do mérito, na medida em que ambos pressupõem demanda de provas unicamente documentais, são concedidos no mesmo momento processual (após a contestação) e fundamentam-se em cognição exauriente.

Nesse contexto, o presente estudo buscou demonstrar que, em vez de considerar o instituto fadado ao desuso, o art. 311, IV, do CPC/2015 deve

---

59 BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

ser entendido como uma técnica de atuação judicial, tendo em vista que a sua concessão na sentença permite a supressão do efeito suspensivo de uma possível apelação.

Concluiu-se, portanto, pela efetiva existência de conteúdo normativo do art. 311, IV, do CPC/2015, ainda que de baixa densidade normativa, havendo similitude do seu conteúdo com aquele referente ao julgamento antecipado do mérito.

---

TITLE: The equalization between the immediate judgment on the merits and the evidence-based injunction granted after the adversarial proceeding and based on the sufficiency of documentary evidence of the constitutive facts of the plaintiff's right.

ABSTRACT: The present essay aims to analyze the similarities and differences between the immediate judgment on the merits and the evidence-based injunction granted after the adversarial proceeding and based on the sufficiency of documentary evidence of the constitutive facts of the plaintiff's right. To this end, the origin of both institutes, as well as their evolution in the Brazilian legal system and its standardization in the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 were studied. It was found the possibility of equalization between them and, mainly, the need to apply the evidence-based injunction as a trial technique.

KEYWORDS: Civil Procedure. Immediate Judgment on the Merits. Evidence-Based Injunction. Trial Technique.

---

## Referências Bibliográficas

- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: RT, 2016. v. III.
- BARBI, Celso Agrícola. Despacho sancionador e julgamento do mérito. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 3, out. 2011, p. 123-131.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 8. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela da evidência [livro eletrônico]: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.
- BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. Os *référés* no ordenamento francês. *Revista de Processo*, vol. 255, 2016.
- BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jun. 2020.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Buenos Aires: EJEA, 1971.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 34, abr./jun. 1984.

- FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/894>. Acesso em: 23 jun. 2020.
- GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. X, Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. I.
- MAZINI, Paulo Guilherme R. R. *A técnica da evidência e a atuação de ofício do juiz na dimensão do direito fundamental à efetividade*. 2018, 154 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018.
- MAZZOLA, Marcelo. *Tutela jurisdicional colaborativa*. Curitiba: CRV, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. A técnica antecipatória na perspectiva do direito comparado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 57, nov./dez. 2013.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: volume único*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista de Processo*, vol. 91, 1998 (Tradução de J. C. Barbosa Moreira).
- REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1948. v. III.
- RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela da evidência como técnica de atuação judicial. *Revista de Processo*, vol. 271, p. 257-276, set. 2017.
- TEIXEIRA, Sergio Torres; ALVES, Virgínia Colares Soares Figueiredo; MELO, Danilo Gomes de. Tutela provisória da evidência e sua aplicabilidade prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 195-222, jan./mar. 2019. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril\\_v56\\_n221\\_p195](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p195). Acesso em: 23 jun. 2020.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas, Bookseller, 2000.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Recebido em: 20.10.2020

Aprovado em: 03.12.2020

# A Multa Judicial (*Astreinte*) Transitada em Julgado como Parte Integrante da Base de Cálculo dos Honorários Advocatícios de Sucumbência após a Vigência do CPC/2015

GABRIEL TEIXEIRA SANTOS

---

*Pós-Graduando em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; Pós-Graduado em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Pós-Graduado em Direito Civil e Processo pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente; Supervisor de Prática Profissional pela mesma Instituição e Advogado; e-mail: teixeirauritter@gmail.com.*

RAFAEL CASELLI PEREIRA

---

*Advogado; Doutorando e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil; Membro do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados de Processo; Pós-Graduado e Membro Honorário da ABDPC – Academia Brasileira de Direito Processual Civil; Autor de Diversos Artigos e Livros Jurídicos; e-mail: rafaeladv2011@gmail.com.*

**RESUMO:** O presente trabalho busca analisar o instituto da multa judicial (*astreinte*) para fins de definir acerca da possibilidade de o *quantum* alcançado integrar ou não a base de cálculo da verba honorária disciplinada pelo CPC/2015. Para tanto, num primeiro momento, foram tratadas algumas questões relacionadas à origem, ao conceito, à natureza jurídica e à evolução legislativa processual brasileira desse importante instituto coercitivo de origem francesa. Ao final, concluiu-se que o valor consolidado da *astreinte* integra a base de cálculo da sucumbência, uma vez que se enquadra como proveito econômico obtido por uma das partes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Multa Judicial. *Astreinte*. Honorários Advocatícios. Novo Código de Processo Civil.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Origem e Conceito da Multa Judicial (*Astreinte*). 2 Natureza Jurídica e Função; 2.1 A Evolução Legislativa da Multa Judicial. 3 A Multa Judicial (*Astreinte*) como Capítulo Integrante dos Honorários Advocatícios de Sucumbência. Considerações Finais. Referências.

## Introdução

A multa judicial (*astreinte*) sempre foi um tema muito controvertido e polêmico na doutrina processual brasileira. De fato, boa parte dela ocupava-se a discutir assuntos pontuais do instituto, quais sejam, a possibilidade de revisão do valor fixado, a formação de coisa julgada sobre o montante acumulado, a alteração da periodicidade, o momento de cabimento e a possibilidade de fixação de honorários advocatícios sobre o montante acumulado, tema este objeto do presente trabalho.

A *astreinte* tornou-se protagonista no CPC/2015. Tal fato deu-se pela ampliação dos poderes conferidos ao magistrado para aplicação da *astreinte* na fase de conhecimento, tutela provisória, em sentença ou na fase de execução, podendo ser utilizada em todo e qualquer cumprimento de sentença que tenha por objeto prestação pecuniária, inclusive, na execução extrajudicial (arts. 139, inciso IV – cláusula de efetivação; 380, parágrafo único; 400, parágrafo único; 403; 536, § 1º; 537, § 1º; 806 e 814 do CPC/2015). Protagonista não só da tutela executiva, mas do CPC/2015 como um todo, uma vez que é a ferramenta que garante a efetividade da medida e da tutela, seja sumária ou final.

Num primeiro momento, estabelecemos algumas premissas acerca da origem, conceito, natureza jurídica e evolução legislativa da multa judicial, inclusive sob a égide do CPC/2015 (Lei nº 13.105/2015 e alteração advinda pela Lei nº 13.256/2016), com a extensão legislativa para fins de aplicação da *astreinte* no processo de conhecimento, tutela provisória, sentença ou na própria execução.

Já na parte final deste trabalho, realizou-se pesquisa jurisprudencial junto ao Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de o valor consolidado pela multa judicial (*astreinte*) integrar a base de cálculo dos honorários advocatícios de sucumbência.

## 1 Origem e Conceito da Multa Judicial (*Astreinte*)

A *astreinte* é uma medida destinada a vencer a resistência aposta a uma condenação<sup>1</sup>, esclarecem Marc Donnier e Jean-Baptiste Donnier, a partir do conceito definido pela Corte de Cassação francesa, de 17.02.76. A acepção dada pela jurisprudência à palavra “*astreinte*” designa uma condenação pecuniária, pronunciada com a finalidade de vencer a resistência injusta de um devedor que se recusa a cumprir seu compromisso<sup>2</sup>.

---

1 DONNIER, Marc; DONNIER, Jean-Baptiste. *Voies d'exécution et procédures de distribution*. 7. ed. Paris: Litec, 2003.

2 CRACIUN, Eugène. *Théorie générale des astreintes*. Thèse pour le Doctorat – Université de Paris, Faculté de Droit. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1914. p. 17.



“A *astreinte* se define tal como uma condenação pecuniária pronunciada por um juiz, eventualmente com uma condenação principal, com vista a fazer pressão sobre o devedor para incitá-lo a executar por si mesmo a decisão da justiça que o condena.”<sup>3</sup>

O juiz fixa certa quantia por dia de atraso (até mesmo por semana ou mês): se o devedor descumpre o acertado, ele será condenado a pagar essa quantia. “A ambiguidade da *astreinte* reside na contradição entre seu objetivo e o meio utilizado: forçar um comportamento (positivo ou negativo), sem empregar a força”<sup>4</sup>, refere Julie Gavriloff.

Não havia uma preocupação com a atuação preventiva, pois se acreditava, novamente por influência dos valores da época, que toda e qualquer violação de direito poderia ser convertida em perdas e danos. Orientação, aliás, que fora positivada no art. 1.142 do Código Civil francês, de 1804, dispondo que: “Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts em cas d’inexécution de l’apart du débiteur”<sup>5</sup>.

Reconheceu-se a típica função coercitiva das *astreintes*, mas, como noticiado por Marcelo Lima Guerra, “persistindo o devedor no inadimplemento, a *astreinte*, ao incidir concretamente, tem a natureza de uma pena privada, uma vez que a quantia devida em razão de sua decretação é entregue ao credor”<sup>6</sup>. Uma das primeiras notícias<sup>7</sup> que se tem da aplicação da *astreinte* data de 1811<sup>8</sup>, pelo Tribunal Civil de Gray, e o seu reconhecimento pela Corte de cassação ocorreu em 1825.

A *astreinte* francesa, com as quais a multa cominatória brasileira (arts. 536 e 537 do CPC/2015) guarda similitude, nasceu como superação de dogmas insculpados, sobretudo, pelo Código Napoleão (art. 1.142). Suavizou-se a ideia de que toda obrigação de fazer ou de não fazer se resolveria em perdas e danos, uma vez que ninguém poderia ser obrigado a prestar fato pessoal, diretriz plasmada no aforismo *nemo ad factum cogi potest*, na linha da consciência social da época e do movimento político de libertação da pessoa humana das relações servis, que culminou na Revolução Francesa. Surge, então, no direito

3 PERROT, Roger; THÉRY, Philippe. *Procédures civiles d'exécution*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2013.

4 GAVRILOFF, Julie. *L'astreinte em droit international privé*. Deutschland: Saarbrücken, 2015. p. 5.

5 GALVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 109, jan./mar. 2003, p. 200.

6 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998. p. 110-111.

7 Há referência na doutrina francesa que as *astreintes* já existiam na época do Antigo Regime. Assim, por exemplo, é a Ordenança de 1667 sobre processo civil (Título 32, art. 1), a qual enumerava as penas das quais podiam se utilizar os juízes para fazer respeitar suas ordens (VERNEREY, Alexandre. *De la jurisprudence em matiere d'astreintes*. Thèse pour le doctorat. Université de Dijon – Faculté de Droit. France: Dijon: imprimerie regionale, 1904. p. 30).

8 COUTURE, Eduardo J. *Temas de derecho procesal*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1973. p. 187.

francês, um mecanismo coercitivo pecuniário, as *astreintes* ou *ad-stringere*<sup>9</sup> do latim, com origem puramente jurisprudencial, como um meio de constrangimento aplicado de forma indireta. Consistindo como uma forma do juiz fazer aplicar a prestação principal, por meio de uma pena pecuniária por cada período de tempo, no tocante ao atraso do cumprimento da prestação de fazer ou decorrente de cada violação negativa<sup>10</sup>.

O instituto, tal como é pacífico na doutrina, derivou-se do direito francês, havendo registros, inclusive, de menções a este desde 22.03.1811, na jurisprudência daquela nação<sup>11</sup>.

Para a devida conceituação e abordagem do tema, faz-se necessário adentrar à sua terminologia (*astreinte*). Como destaca a doutrina, possivelmente essa foi derivada da expressão latina *ad-stringere*<sup>12</sup> ou *astringere*, que significa pressionar, apertar.

Nas palavras do ilustre Marcelo Lima Guerra, “a *astreinte* é, na verdade, uma condenação acessória porque destinada a assegurar o cumprimento específico de outra condenação, dita principal”<sup>13</sup>.

Não podemos deixar de referir o debate existente acerca da origem terminológica do instituto, o qual teria sido originado da expressão latina *ad-stringere*<sup>14</sup>. Em linhas gerais, a palavra *astreinte* significa coação, coerção, compulsão, provindo de *estringere*<sup>15</sup>, como refere Edson Prata. Ainda, sobre a palavra que deu origem às *astreintes*, Marilza Neves Gebrim<sup>16</sup> ensina que “*astreinte* deriva do latim *astringere*, de *ad-stringere*, que significa apertar, compelir, pressionar: daí o termo francês *astreinte* e o vernáculo *estringente*”.

A multa por tempo de atraso, também chamada *astreinte*, originada do Direito francês, não tem por finalidade o enriquecimento do credor, mas agravar a pressão psicológica incidente sobre a vontade do sujeito, mostrando-lhe o dilema entre cumprir voluntariamente o comando contido no direito

---

9 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: RT, 2001. p. 50.

10 SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 375.

11 CHABAS, François. *L'astreinte em droit français*. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. 2, p. 1.159-1.167, jun. 2011, DTR/2012/1981: RT Online. Acesso em: 28 jul. 2020.

12 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: RT, 2001. p. 50.

13 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998. p. 115.

14 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: RT, 2001. p. 50.

15 PRATA, Edson. *Direito processual civil*. Uberaba: Vitória, 1980. p. 22.

16 GEBRIM, Marilza Neves. *Astreintes*. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, dez. 1996, p. 69.

e sofrer os males que ela representa, como destaca o jurista Cândido Rangel Dinamarco<sup>17</sup>. Conforme conclusão de José Miguel Garcia Medina,

“as *astreintes* surgidas no Direito francês significaram, de certo modo, uma reação à radical regra *nemo potest cogi ad factum*. Embora se trate de medida coercitiva de caráter patrimonial, a sua criação pela jurisprudência francesa revela a insatisfação oriunda daquele outro sistema, que impede o uso de qualquer medida coercitiva contra o devedor, e que chegava a considerar a obrigação de fazê-la como uma obrigação natural ou facultativa.”<sup>18</sup>

Após analisar inúmeros conceitos acerca do instituto das *astreintes*, podemos conceituá-la como sendo a medida coercitiva *protagonista* do CPC/2015, de caráter acessório e com a finalidade de assegurar a efetividade da tutela específica, na medida em que municia o magistrado, com um meio executivo idôneo a atuar sobre a vontade psicológica do devedor, em detrimento do direito do credor e da autoridade do próprio Poder Judiciário. Sua incidência pode-se dar por qualquer medida de tempo (ano, mês, quinzena, semana, dia, hora, minuto, segundo) ou por quantidade de *eventos* em que a medida restou descumprida, dependendo da finalidade e do objeto a ser tutelado, sendo devida desde o dia em que se configurar o descumprimento e incidirá enquanto a decisão não for cumprida<sup>19</sup>.

## 2 Natureza Jurídica e Função

Somente após a compreensão da natureza jurídica das *astreintes*, é que se poderão alcançar conclusões acerca de seu cabimento, incidência, exigibilidade e eficácia. Conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni:

“A multa, em sua essência, tem natureza nitidamente coercitiva, porque se constitui em forma de pressão sobre a vontade do demandado, destinada a convencê-lo a adimplir a ordem do juiz. Enquanto instrumento que atua sobre a vontade, é inegável sua natureza coercitiva. Porém, quando não surte os efeitos que dela se esperam, converte-se automaticamente em desvantagem patrimonial que recai sobre o inadimplente. Isto significa que a multa, de ameaça ou coerção, pode transformar-se em mera sanção pecuniária, que deve ser suportada pelo demandado, mas aí sem qualquer caráter de garantia da efetividade da ordem do juiz.”<sup>20</sup>

17 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução e processo executivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 110.

18 MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 444-445.

19 Este é o conceito adotado pelo coautor do presente artigo Rafael Caselli Pereira na obra: *A multa judicial (astreinte) no CPC-2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 34.

20 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção – art. 497, parágrafo único, CPC/2015*. São Paulo: RT, 2015. p. 239.

Portanto, a natureza jurídica da *astreinte* consiste em seu caráter coercitivo, intimidatório, acessório e patrimonial. Sobre o tema, o Professor Cassio Scarpinella Bueno distingue, com clareza, a natureza jurídica, a finalidade e a independência dos institutos das *astreintes*, e das perdas e danos, ao lecionar que

“a multa não tem caráter compensatório, indenizatório ou sancionatório. Muito diferentemente, sua natureza jurídica repousa no caráter intimidatório, para conseguir do próprio réu (executado) o específico comportamento (ou abstenção) pretendido pelo autor (exequente) e determinado pelo magistrado. É, pois, medida coercitiva (cominatória). A multa deve agir no ânimo do obrigado e influenciá-lo a fazer ou a não fazer a obrigação que assumiu.”<sup>21</sup>

O caráter coercitivo da multa pode ser observado em razão de que ela se dá independente das perdas e danos, cuja análise será aprofundada mais adiante neste trabalho. O caráter coercitivo é apontado por Joaquim Felipe Spadoni,

“porque se manifesta como um meio de pressão psicológica incidente sob a vontade da parte, de forma a atemorizar a pessoa para que cumpra com a prestação determinada, nela configurada como obrigação principal, sob pena de incidência da ameaça prescrita pela norma.”<sup>22</sup>

De fato, trata-se de medida prevista como estímulo ao cumprimento de ordens judiciais, que é aplicável exclusivamente no processo e para atingir a efetividade da decisão judicial à qual é acessória, ou seja, é criada como pressão psicológica intimidatória, mas não deve possuir a expectativa de ser executada.

## 2.1 A Evolução Legislativa da Multa Judicial

Sabe-se que a vida jurídica no Brasil, por seu ordenamento positivo, há pouco mais de um século e meio, era a mesma que a de Portugal. As Ordenações Afonsinas (Dom Afonso V, 1432 a 1481), de 1446, alcançaram a terceira década do Descobrimento, datado de 22.04.1500, pois que são de 1521 as Ordenações Manuelinas (Dom Manuel, o Venturoso, 1469 a 1521), as quais, como compêndio positivo sistematizado, foram substituídas pelas Ordenações Filipinas (iniciadas por Felipe I, 1527 a 1598, com o nome de Felipe II, reinando também na Espanha e depois com Felipe II, em Portugal, 1578 a 1621), trazidas a lume em 1603, tendo vigência por mais de dois séculos<sup>23</sup>, como retrata Artemio Zanon.

21 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 44.

22 SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001. p. 487.

23 ZANON, Artemio. *Da assistência jurídica integral e gratuita: comentários à Lei da Assistência Judiciária (Lei nº 1.060, de 5-2-1950, à luz da CF de 5-10-88, art. 5º, LXXIV e direito comparado)*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 10.

Originalmente, foi com o surgimento das ações cominatórias<sup>24</sup> que a legislação processual deu seus primeiros passos em relação à aplicação do que hoje denominados multa judicial (*astreinte*). Severino Muniz recorda que “nas ordenações portuguesas, convergiam os interditos proibitórios possessórios e os preceitos cominatórios, também denominados embargos à primeira – de natureza pessoal, objetivando a tutela das obrigações de fazer e não fazer”<sup>25</sup>.

A ação cominatória para a prestação de fato ou abstenção de ato, também conhecida por ação de preceito cominatório ou de embargos à primeira, de que cuidavam as Ordenações Filipinas, Liv. 3º, Tít. 78, § 5º, que reproduzem, por seu turno, as Ordenações Afonsinas (Liv. 3º, Tít. 80) e Manuelinas (Liv. 3º, Tít. 62), nelas assim era distinguida:

“Se algum se temer de outro que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao juiz que segure a ele e as suas cousas do outro, que o quiser ofender, a qual segurança o juiz lhe dará; e, se, depois dela, ele receber ofensa daquele, de que foi seguro, restituí-lo-á o juiz, e trará tudo o que foi sentido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrou, e menosprezou seu mandado, como achar por direito.”

Moacyr Amaral Santos, em sua obra clássica sobre as ações cominatórias, destaca que:

“Com o advento do Regulamento nº 737, de 1850, regendo o processo das causas de natureza comercial, porque nada dispusesse sobre os preceitos cominatórios, estes tão somente eram utilizados nas causas cíveis, com fundamento no Código Filipino e para as mesmas relações aconselhadas na praxe portuguesa.”<sup>26</sup>

A cominação, por quem receasse ser ofendido em seus direitos, vinha prevista nas Ordenações Filipinas (Livro 3, Título 78, § 5º) e, posteriormente, ilustrada no art. 769<sup>27</sup> da Consolidação das Leis do Processo Civil de Ribas, no qual era autorizado ao juiz, na sentença final, moderar a pena cominada.

Sobre os fundamentos da ação de preceito cominatório ou embargos à primeira, o Conselheiro Ribas lecionava que “os preceitos cominatórios, de

24 Antônio de Pádua Nunes já destacava se tratar de medida de uso frequente, no foro, a cominação de pena, a tanto por dia, para constranger o réu a cumprir obrigação legal ou contratual (Da cominação de multa diária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 46, n. 256, fev. 1957, p. 22-28).

25 MUNIZ, Severino. *Ações cominatórias à luz do art. 287 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 8-9.

26 SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1969. p. 110.

27 “Art. 769. Se alguém receiar que outro lhe queira ocupar ou tomar as suas cousas, ou offendel-o em seus direitos, poderá requerer ao Juiz que o segure da violência imminente, expedindo mandado prohibitorio ao reo, e cominando nelle certa pena para o caso da sua transgressão.”

que se trata nesta seção, são os mesmos interditos proibitórios dos romanos, os quais também se aplicam a outros casos que não os possessórios”<sup>28</sup>.

O Código de Processo Civil de 1939 consagrou a distinção, instituindo o interdito proibitório (arts. 377-380) e a ação cominatória (arts. 302-313), esta última servindo para obter o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

Além da ação cominatória para prestação de fato ou abstenção de ato (arts. 302-310), também se conferiu tratamento diferenciado para o interdito proibitório (arts. 377-380)<sup>29</sup>, recorda Eduardo Talamini.

Em severa crítica quanto à aplicação da multa diária na hipótese do art. 303<sup>30</sup> do CPC/1939, Antônio de Pádua Nunes defende que

“a cominação de pena diária, com feição puramente punitiva ou coercitiva não tem assento específico em nosso direito positivo; forçoso é, pois, ajustar essa modalidade cominatória aos preceitos legais que regem a matéria genericamente. Ou se toma por essa via, ou se introduzirá na prática forense, um instituto ilegal, como ilegal é a *astreinte*.”<sup>31</sup>

Sobre as dificuldades para a execução das obrigações de fazer ou não fazer, Liebman advertia, quando da vigência do CPC/1939, que “as obrigações de fazer ou não fazer são, pois, em maior ou menor extensão, inexecutáveis. Daí o esforço de encontrar meios para induzir o devedor a cumpri-las voluntariamente, sob a ameaça de pesadas sanções. É o que fez a jurisprudência francesa com o sistema das *astreintes*”<sup>32</sup>.

Sobre o insucesso da inserção da pena pecuniária em nosso CPC/1939, Newton Coca Bastos Marzagão atribuiu que se deu

“à impertinente ressalva de que a pena pecuniária a ser cominatoriamente imposta incidiria apenas para o caso de descumprimento de sentença. Aniquilando, na prática, a possibilidade de a multa ser cominada *in initio litis*, o Código também acabava por aniquilar a possibilidade de a parte buscar a tutela específica em juízo.”<sup>33</sup>

Nesse sentido, afere-se que o instituto já não era inteiramente novo entre nós. Antes do advento das reformas processuais (Lei nº 8.952, de 1994;

28 RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915. nota. 520.

29 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: RT, 2001. p. 112.

30 “Art. 303. O autor, na petição inicial, pedirá a citação do réu para prestar o fato ou abster-se do ato, sob a pena contratual, ou a pedida pelo autor, si nenhuma tiver sido convencionada.”

31 NUNES, Antônio de Pádua. Da cominação de multa diária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 46, n. 256, fev. 1957, p. 25.

32 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva & Cia Livraria Acadêmica, 1946. p. 337.

33 MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. *A multa (astreinte) na tutela específica*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 48.

Lei nº 10.444, de 2002; Lei nº 11.232, de 2005, posteriormente complementada pela Lei nº 11.382, de 2006) – observando, ainda, que o art. 461 do CPC/73 tem nítida inspiração nos arts. 84 do CDC e 11 da LACP, em proposta redacional tributada a Kazuo Watanabe<sup>34</sup>. A cominação de multa pecuniária tinha previsão nos arts. 287, 644 e 645 do CPC/73, resultado da força das tendências metodológicas modernas, que apontavam para a excepcionalidade da solução pecuniária, prevalecendo, sempre que possível, a execução específica da obrigação de fazer e não fazer.

É oportuno citarmos a previsão da multa cominatória, disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 213 da Lei nº 8.069/90) e no Estatuto do Idoso (art. 83 da Lei nº 10.741/03), salientando-se que, em ambos os casos, a executividade da *astreinte* ficaria restrita ao trânsito em julgado da ação, inexistindo, portanto, a possibilidade de cumprimento de sentença provisório da multa. Sobre os arts. 644 e 645 do CPC/73, Pontes de Miranda elucida que “o juiz da ação executiva de obrigação de fazer ou de não fazer tem poder para cominar a pena pecuniária. Tem ela de constar da sentença exequenda. Só lhe cabe determinar o prazo para saber qual o atraso do cumprimento. Aliás, pode acontecer que também isso já estivesse na sentença exequenda”<sup>35</sup>.

Para consecução da “tutela específica”, entendida essa como “a maior *coincidência* possível entre o *resultado* da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação”, poderia o juiz, na vigência do CPC/73, determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, §§ 4º e 5º, dentre as quais se destacam as denominadas *astreintes*, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta<sup>36</sup>.

A inserção do § 5º do art. 461 operou uma reviravolta nesse anterior posicionamento, evoluindo-se da tipicidade dos meios executivos ao princípio da concentração dos poderes do magistrado – também chamado de execução inominada, semelhante ao poder geral de cautela<sup>37</sup> ou mesmo de poder geral de efetivação, de modo que poderá se valer de medidas executivas não previstas na legislação. Cediço que o rol das medidas de apoio é exemplificativo<sup>38</sup>, fato este ressaltado pelo CPC/2015.

No que se refere à possibilidade de fixação da *astreinte* no processo administrativo, destaca-se o art. 11 da Lei nº 12.529/2011 (Lei do CADE), o qual outorga aos Conselheiros do Tribunal a possibilidade de adotar medidas

34 GRINOVER, Ada Pellegrini. Cumprimento de sentença. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. (Coord.). *Temas atuais da execução civil*: estudos em homenagem a Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 2.

35 MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 274.

36 MARCATO, Antônio Carlos (Org.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.463.

37 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 91-92. t. II. v. I.

38 PEREIRA, Mateus Costa. A multa coercitiva e o risco de sua ineficiência. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 99, jun. 2011, p. 80.

preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento. Ainda, ao analisarmos a legislação aplicável pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), deparamo-nos nos arts. 9º, II, e 11, § 11, da Lei nº 6.385/76, com possibilidade de ser fixada multa para o caso das pessoas intimadas a prestar informações ou esclarecimentos que não acatarem a determinação daquele órgão, que não excederá a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso, em seu cumprimento.

A multa cominatória está ilustrada em diversos dispositivos do CPC/2015: arts. 311, inciso III; 380, inciso parágrafo único; 403, parágrafo único; 500, *caput*; 536, § 1º; 537 *caput*; 806, § 1º; e 814 *caput* do nosso CPC/2015.

### 3 A Multa Judicial (*Astreinte*) como Capítulo Integrante dos Honorários Advocatícios de Sucumbência

Frise-se que estes podem ser divididos em honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais. Sobre o tema,

“Os *honorários advocatícios* são, em si mesmos, a remuneração devida aos profissionais da advocacia pela parte que os constitui. Embora em teoria essa locução designe a verba com que uma das partes deve reembolsar a outra pelas despesas suportadas ao remunerar o próprio patrono na causa (Chiovenda, Liebman), o direito positivo brasileiro coloca os honorários de sucumbência como um direito do próprio advogado da parte vencedora, não da mesma (Estatuto dos Advogados, art. 23). Como, porém, esse é um direito disponível, reputa-se válido o ajuste, feito entre o advogado e seu constituinte, para que esses honorários pertençam a este e não àquele. Considerada essa ampla liberdade negocial, o advogado da parte vencedora poderá ser remunerado (a) cumulativamente, mediante os honorários de sucumbência e os contratuais devidos pelo cliente, (b) somente pelos honorários de sucumbência, ou (c) somente pelos honorários contratuais.”<sup>39</sup>

Especialmente no art. 20, § 3º, do CPC/73 havia uma importante consideração a ser realizada: os honorários advocatícios, através de uma interpretação literal, incidiam *somente* sobre o valor da condenação.

Ademais, deve-se frisar que embora o dispositivo mencionasse expressamente a palavra sentença, tornam-se importantes as considerações do professor Cahali, ao afirmar que

“Permite-se extrair, daí, como sendo *sentença* para fins do art. 20 – de modo a exigir do juiz que, necessariamente, também se pronuncie quanto às despesas do processo e aos honorários de advogado – todo provimento

39 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II. p. 652-653.



judicial que extingue o processo, sem ou com julgamento de mérito (...) Ainda que válidos tais conceitos, devem ser eles adaptados às hipóteses de pluralidade de partes ou de pretensão reconvenção recíproca, naqueles casos em que, embora prosseguindo o processo na sua unidade, a decisão incidente exclui qualquer dos litisconsortes ou rejeita a reconvenção.”<sup>40</sup>

Esse fato, como será abordado adiante, detém relevante informação para a compreensão da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a perspectiva da antiga legislação processual.

De outro lado, houveram diversas discussões, em plano doutrinário e jurisprudencial, sobre o quê, efetivamente, poderia ser interpretado como condenação e integraria a base de cálculo da verba sucumbencial honorária.

Visando dirimir essas e inúmeras controvérsias sobre o tema, o CPC/2015 criou o art. 85. Sobre o tema, especificamente quanto à forma que deverão ser fixados os honorários, Alexandre Freitas Câmara leciona que

“Os honorários advocatícios (conhecidos como ‘honorários de sucumbência’, para distinguirem-se dos honorários contratuais, ajustados entre cada advogado e seu cliente) devem ser fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do *proveito econômico* obtido com o processo ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º). Na fixação dos honorários, respeitados os limites mencionados, o juiz deverá levar em consideração o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado e o tempo exigido para seu serviço. Sendo o proveito econômico inestimável ou irrisório, ou quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários, sempre observando o disposto no § 2º do art. 85, ‘por apreciação equitativa’ (art. 85, § 8º), o que significa dizer que ele deverá levar em conta o valor fixado em casos análogos, assegurando assim tratamento isonômico (tratar casos iguais de modo igual).”<sup>41</sup>

A grande revolução promovida por esse artigo reside na sua redação, viabilizando interpretação literal (e sistemática) diversa da anterior, ao permitir a fixação desses honorários, nos patamares acima mencionados, sobre o valor da condenação, do *proveito econômico obtido* e sobre o valor da causa. Desse modo, nota-se que o legislador, ao inserir o *proveito econômico* obtido, englobou na verba honorária todo e qualquer valor obtido pela parte dentro do processo, incluindo-se, aí, a multa judicial (*astreinte*). Este é um importante

40 CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2011. p. 60-61.

41 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 71.

parâmetro para a posição a ser adotada no trabalho, considerando o exame do Recurso Especial 1.367.212/RR<sup>42</sup>.

Da análise contida da ementa e do voto proferido pelo Ministro- Relator, denota-se que a *ratio decidendi* reside basicamente nos seguintes aspectos: (i) a literalidade do art. 20, § 3º, do CPC/73, ao utilizar a terminologia “valor da condenação”; (ii) a natureza e conceituação da multa judicial; (iii) se há a formação de coisa julgada material desta multa; e (iv) se a *astreinte* inclui a base de cálculo da verba honorária.

Com relação ao primeiro fundamento, de fato o Código Buzaid sopesava a verba advocatícia somente sobre o valor da condenação. A interpretação realizada no referido julgado foi a de que a condenação corresponde ao direito material pleiteado, ou seja, excluindo-se demais valores, inclusive os acessórios, inserindo-se, nesse último, a multa judicial (interpretação literal e sistemática). Desse modo, seguindo a esteira interpretativa utilizada, torna-se inviável, efetivamente, a inserção da multa judicial no cômputo dos honorários advocatícios, *ao menos daqueles casos cujo fato gerador se deu sob à égide do CPC/73 revogado*.

O segundo ponto integrante da fundamentação diz respeito à natureza e à conceituação do que efetivamente seriam as *astreintes*. Como já discorrido neste trabalho, vislumbra-se que é um instituto acessório, de natureza coercitiva, que visa compelir alguém ao cumprimento de uma obrigação (via de regra). Nota-se que há uma complementariedade ao primeiro aspecto da fundamentação, justificando, em síntese, a impossibilidade da integração ou da interpretação (literal ou sistemática) das *astreintes* como condenação. Desse modo, pacificou-se a tese supramencionada, de tal modo que a própria Corte emitiu informativo de jurisprudência para tornar público seu entendimento firmado (Informativo nº 608<sup>43</sup>).

Ao incluir a expressão *proveito econômico obtido*, por intermédio de uma interpretação literal e sistemática do § 2º do art. 85 do CPC/2015, permite-se

---

42 Conforme se denota do Informativo nº 608, daquela Corte: “Cinge-se a controvérsia a saber se, na égide do CPC/73 (art. 20, § 3º), o valor referente à multa cominatória (*astreintes*) deve integrar a condenação para fins de cálculo dos honorários advocatícios sucumbenciais. Sobre o tema, o art. 20, § 3º, do CPC/73 estipula que os honorários de advogado, quando procedente o pedido da inicial, serão fixados entre dez por cento (10%) e vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação. Neste contexto, por valor da condenação, na fase de conhecimento do processo, deve ser entendido o valor do bem pretendido pelo demandante, ou seja, o montante econômico da questão litigiosa conforme o direito material. Por outro lado, a multa cominatória constitui instrumento de direito processual criado para a efetivação da tutela específica perseguida ou para a obtenção de resultado prático equivalente, nas ações de obrigação de fazer ou não fazer, constituindo medida de execução indireta. Ademais, a decisão que arbitra *astreintes* não faz coisa julgada material, podendo, por isso mesmo, ser modificada, a requerimento da parte ou de ofício, seja para aumentar ou diminuir o valor da multa, ou, ainda, para suprimi-la. Deste modo, as *astreintes*, sendo apenas um mecanismo coercitivo posto à disposição do Estado-Juiz para fazer cumprir as suas decisões, não ostentam caráter condenatório, tampouco transitam em julgado, o que as afastam da base de cálculo dos honorários advocatícios” (REsp 1.367.212/RR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 20.06.2017, DJe 01.08.2017).

43 “O valor da multa cominatória (*astreintes*) não integra a base de cálculo da verba honorária disciplinada pelo CPC/73”.

a inclusão de todo e qualquer valor recebido, inclusive os acessórios, na base de cálculo dos honorários advocatícios.

Diante disso, posteriormente ao Informativo nº 608, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.738.737/RS<sup>44</sup>, em acórdão de Relatoria da Ministra Nancy Andrichi, demonstrou que

“é inegável que a obrigação de fazer determinada em sentença não só ostenta natureza condenatória como também possui um montante econômico aferível. O título judicial que transita em julgado com a procedência dos pedidos de natureza cominatória (fornecer a cobertura pleiteada) e de pagar quantia certa (valor arbitrado na compensação dos danos morais) deve ter a sucumbência calculada sobre ambas condenações.”

Frise-se, ainda, que por inteligência do art. 537, § 2º, do CPC/2015, a multa judicial será devida ao exequente, de modo que, deve ser interpretada como *proveito econômico obtido* por este. Por via de consequência, as *astreintes* integram a base de cálculo dos honorários.

## Considerações Finais

Após analisar algumas questões doutrinárias e jurisprudenciais do instituto das *astreintes* e da questão relacionada aos honorários advocatícios de sucumbência, conclui-se que, se a multa judicial teve seu fato gerador, leia-se, incidência do binômio periodicidade/valor na vigência do CPC/73, a multa judicial (*astreinte*) não poderia ser considerada parte da base de cálculo dos honorários de sucumbência.

---

44 “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE SUPLEMENTAR. PLANOS DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. AFASTADA. DEFINIÇÃO CLARA DO ALCANCE DA SUCUMBÊNCIA SEM MODIFICAÇÃO DO TÍTULO JUDICIAL. FASE DE CONHECIMENTO ENCERRADA COM A PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE PAGAR QUANTIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM 15% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. VALOR DOS DANOS MORAIS MAIS O MONTANTE ECONÔMICO DO PROCEDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR REALIZADO. 1. Cumprimento de sentença do qual se extrai o presente recurso especial interposto em 27.06.2017. Autos conclusos ao gabinete em 25.10.2018. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal consiste em definir se há violação da coisa julgada, bem como qual a base de cálculo de honorários advocatícios sucumbenciais na procedência de pedidos de compensação de danos morais e de obrigação de fazer. 3. O juízo da execução pode interpretar o título formado na fase de conhecimento, com o escopo de liquidá-lo, extraindo-se o sentido e alcance do comando sentencial mediante integração de seu dispositivo com a sua fundamentação, mas, nessa operação, nada pode acrescer ou retirar, devendo apenas aclarar o exato alcance da tutela antes prestada. Rejeitada a tese de violação da coisa julgada. 4. O art. 20, § 3º, do CPC/73 estipula que os honorários de advogado, quando procedente o pedido da inicial, serão fixados entre 10% e 20% sobre o valor da condenação, a qual deve ser entendida como o valor do bem pretendido pelo demandante, ou seja, o montante econômico da questão litigiosa conforme o direito material. Precedente específico. 5. Nos conflitos de direito material entre operadora de plano de saúde e seus beneficiários, acerca do alcance da cobertura de procedimentos médico-hospitalares, é inegável que a obrigação de fazer determinada em sentença não só ostenta natureza condenatória como também possui um montante econômico aferível. 6. O título judicial que transita em julgado com a procedência dos pedidos de natureza cominatória (fornecer a cobertura pleiteada) e de pagar quantia certa (valor arbitrado na compensação dos danos morais) deve ter a sucumbência calculada sobre ambas condenações. Nessas hipóteses, o montante econômico da obrigação de fazer se expressa pelo valor da cobertura indevidamente negada. 7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (REsp 1.738.737/RS, Relª Minª Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 08.10.2019, DJe 11.10.2019)

Em contrapartida, considerando-se a inserção do § 2º do art. 85, pela vigência do CPC/2015, concluímos que toda e qualquer multa judicial (*astreinte*), cujo fato gerador = incidência do binômio periodicidade/valor se deu após 18.03.2016, deve ser considerada para base de cálculo dos honorários advocatícios de sucumbência, inclusive, em relação ao trabalho acrescido por força do recurso interposto.

Com isso, os honorários de sucumbência devem ser calculados pelo resultado da soma dos valores obtidos com a condenação principal (danos materiais, extrapatrimoniais, dano emergente, lucros cessantes, pensionamento, etc.) e dos valores obtidos por meio da condenação acessória, ou seja, dos valores obtidos pela incidência da multa judicial (*astreinte*), desde que já consolidados e transitados em julgado, além do acréscimo da correção monetária e juros legais.

---

TITLE: The court fine (*astreinte*) judgment which has the force of *res judicata* as part of the calculation basis of succumbence attorney's fees after the implementation of the Code of Civil Procedure of 2015 (CPC/2015).

ABSTRACT: The present paper seeks to analyze the institute of court fine (*astreinte*) for the purpose of defining the possibility of the *quantum* reached to integrate or not the calculation basis of the honorary budget implemented by CPC/2015. In order to do so, at first, some issues related to the origin, concept, legal nature and the evolution of Brazilian procedural legislation at this important coercive institute of French origin were addressed. In the end, it was concluded that the consolidated value of *astreinte* is part of the calculation basis of succumbence, since it fits as an economic benefit obtained by one of the parties.

KEYWORDS: Court Fine. *Astreinte*. Attorney's Fee. New Code of Civil Procedure Law.

---

## Referências

- AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do art. 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: tutela jurisdicional executiva. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAHALI, Youssef Said. *Honorários advocatícios*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CHABAS, François. *L'astreinte em droit français*. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. 2, p. 1.159-1.167, jun. 2011, DTR\2012\1981: RT Online.
- COUTURE, Eduardo J. *Temas de derecho procesal*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1973.
- CRACIUN, Eugène. *Théorie générale des astreintes*. Thèse pour le Doctorat – Université de Paris, Faculté de Droit. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1914.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução e processo executivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.
- DONNIER, Marc; DONNIER, Jean-Baptiste. *Voies d'exécution et procédures de distribution*. 7. ed. Paris: Litec, 2003.

- GALVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 109, jan./mar. 2003.
- GAVRILOFF, Julie. *Astreinte em droit international privé*. Deustchland: Saarbrücken, 2015.
- GEBRIM, Marilza Neves. Astreintes. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, dez. 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Cumprimento de sentença. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (Coord.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem a Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva & Cia Livraria Acadêmica, 1946.
- MARCATO, Antônio Carlos (Org.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: RT, 2015.
- MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. *A multa (astreinte) na tutela específica*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MUNIZ, Severino. *Ações cominatórias à luz do art. 287 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- NUNES, Antônio de Pádua. Da cominação de multa diária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 46, n. 256, fev. 1957, p. 22-28.
- PEREIRA, Mateus Costa. A multa coercitiva e o risco de sua ineficiência. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 99, jun. 2011.
- PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) no CPC-2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) no CPC-2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- PERROT, Roger; THÉRY, Philippe. *Procedures civiles d'exécution*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2013.
- PRATA, Edson. *Direito processual civil*. Uberaba: Vitória, 1980.
- RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1969.
- SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 1997.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. II. v. I.
- SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: RT, 2001.
- VERNEREY, Alexandre. *De la jurisprudence en matiere d'astreintes*. Thèse pour le doctorat. Université de Dijon – Faculté de Droit. France: Dijon: impremerie regionale, 1904.
- ZANON, Artemio. *Da assistência jurídica integral e gratuita: comentários à lei da assistência judiciária (Lei nº 1.060, de 5-2-1950, à luz da CF de 5-10-88, art. 5º, LXXIV e direito comparado)*. São Paulo: Saraiva, 1990.

Recebido em: 05.10.2020

Aprovado em: 26.11.2020

# Direito à Morte Digna e a Diretiva Antecipada de Vontade para o Fim da Vida: Aspectos Jurídicos, Bioéticos e da Ética Médica

CAROLINA ALVES DE SOUZA LIMA

*Mestre, Doutora e Livre-Docente em Direito pela Faculdade de Direito da PUC-SP; Professora de Direitos Humanos da Graduação e Pós-Graduação; Advogada; e-mail: souzalimacarolina@terra.com.br.*

OSWALDO PEREGRINA RODRIGUES

*Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP; Professor Universitário na PUC-SP; Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu; ex-Promotor de Justiça no Estado de São Paulo (06/88 a 08/2019); e-mail: oswaldo.pr@uol.com.br.*

**RESUMO:** O presente artigo objetiva analisar, especialmente no campo jurídico, mas também da ética médica e da bioética, a declaração prévia de vontade para o fim da vida, para garantir o direito à morte digna. Parte da premissa que morrer com dignidade é um direito garantido constitucionalmente, não obstante ausência de expressa previsão legal. Expõe a CF/88 como novo paradigma na promoção e proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, tendo seu alicerce no respeito incondicional à dignidade da pessoa humana. Entende o direito à morte digna como a garantia de amplo suporte de profissionais de várias áreas da saúde, assim como o acolhimento e o cuidado pleno, com o intuito de haver o menor sofrimento possível e o maior bem-estar também possível ao paciente nos últimos momentos de vida. O instrumento jurídico e ético de garantia do direito à morte digna nas situações de terminalidade são as diretivas antecipadas de vontade para o fim da vida. Para fundamentá-las, analisa os institutos da pessoa natural, da personalidade jurídica, da manifestação da vontade e dos direitos da personalidade, para, por fim, discorrer a respeito das diretivas antecipadas, com destaque à declaração prévia de vontade para o fim da vida e seu alcance nas situações de terminalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela dos Direitos Humanos. Respeito à Dignidade da Pessoa Humana. Exercício da Cidadania. Direito à Morte Digna. Ética Médica. Manifestação da Vontade. Direitos da Personalidade.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Constituição Cidadã de 1988: Tutela dos Direitos Humanos, o Respeito à Dignidade da Pessoa Humana e o Exercício da Cidadania. 3 Direito à Morte Digna: Aspectos Jurídicos, Bioéticos e da Ética Médica. 4 Pessoa Natural: Personalidade Jurídica, Manifestação da Vontade e Direitos da Personalidade. 5 Diretivas Antecipadas de Vontade. 6 Considerações Finais. 7 Referências Bibliográficas.

## 1 Introdução

Os avanços da medicina e da tecnologia a ela aliada vêm proporcionando, ao longo das últimas décadas, a cura de inúmeras doenças, o tratamento de várias enfermidades, a melhor qualidade de vida e a maior longevidade do ser humano, o que representa um saldo muito positivo para promover a saúde, o bem-estar e a vida digna para todos. Ao lado dessa nova realidade, surgem novos enfrentamentos referentes aos limites da interferência da medicina na vida das pessoas nas situações de incapacidade transitória ou permanente e também nas situações de terminalidade. Nessa seara, surge a discussão primeiramente no campo da ética médica, mas igualmente no âmbito jurídico e da bioética, do alcance das diretivas antecipadas, concebidas como gênero, da qual são espécies a declaração prévia de vontade para o fim da vida, muito conhecida como testamento vital, e o mandato duradouro.

O presente artigo parte da premissa, sobretudo nas situações de terminalidade, que morrer com dignidade é um direito garantido constitucionalmente, não obstante a ausência de expressa previsão legal. Para demonstrar tal premissa, o estudo analisa a CF/88 como marco da tutela dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, porquanto estabelece o compromisso do Estado brasileiro com a promoção e proteção desses direitos, tanto no âmbito nacional quanto internacional. Discorre a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento e limite ao Estado Democrático de Direito. Examina os direitos à liberdade, à vida digna e, conseqüentemente, à morte digna e enfrenta a colisão de direitos fundamentais, com base no princípio da convivência das liberdades públicas.

Na sequência, ingressa nos temas da pessoa natural, da personalidade jurídica, da manifestação da vontade e dos direitos da personalidade. Por fim, analisa as diretivas antecipadas e destaca a declaração prévia de vontade para o fim da vida ou testamento vital, bem como seu alcance nas situações de terminalidade. Isso tudo com o escopo de averiguar quem tem o legítimo direito de traçar as diretrizes para assegurar sua vida como digna, com os efeitos legais delas decorrentes e por elas positivados.

## 2 Constituição Cidadã de 1988: Tutela dos Direitos Humanos, o Respeito à Dignidade da Pessoa Humana e o Exercício da Cidadania

A CF/88 inaugura um novo paradigma na promoção e proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. É a primeira a estabelecer expressamente a criação do Estado Democrático de Direito, comprometido com a tutela dos referidos direitos tanto no âmbito nacional quanto no inter-

nacional. No plano interno, verifica-se a instituição de um sistema nacional de proteção dos direitos fundamentais, com o amplo resguardo dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, do meio ambiente, de paz e desenvolvimento, entre outros, além da proteção específica a grupos vulneráveis, como crianças e adolescentes, indígenas e pessoas com deficiência. No plano internacional, o Estado brasileiro apresenta-se comprometido com os tratados internacionais de direitos humanos, estruturados segundo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por força do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição. Para tanto, encontra-se plenamente vinculado ao sistema da Organização das Nações Unidas, assim como ao sistema da Organização dos Estados Americanos.

A Constituição, inaugurada por meio do preâmbulo, apresenta de plano novo paradigma do Estado brasileiro, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. Na sequência, inova o art. 1º ao preceituar a dignidade da pessoa humana e a cidadania como fundamentos supremos do Estado Democrático de Direito brasileiro. É com base nesses dois fundamentos que se estrutura todo o ordenamento jurídico brasileiro de proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos<sup>1</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana traz para o ordenamento jurídico nacional o valor ético do respeito incondicional à pessoa humana, exclusivamente em razão da sua humanidade. Segundo a ótica kantiana, o ser humano existe como um fim em si mesmo<sup>2</sup>. Nesse sentido, é dever maior do Estado brasileiro atuar na proteção dos direitos da pessoa humana e no respeito a sua dignidade, porquanto essa deve ser a meta permanente do Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana é não só um dos fundamentos do Estado brasileiro, como também o seu maior limite. Por isso, todos os Poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário –, no exercício de suas respectivas funções, estão diretamente obrigados ao respeito ao referido princípio. Dessa perspectiva, o Estado brasileiro deve sempre se posicionar contrário a todas as formas de aniquilação do ser humano e violadoras da sua dignidade, entre elas, a prática de tratamentos cruéis,

---

1 LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania, direitos humanos e educação: avanços, retrocessos e perspectivas para o século 21*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 285-302.

2 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*: textos selecionados. Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí. Trad. Tânia Maria Bernkopf, Paulo Quintela e Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.



desumanos e degradantes em toda e qualquer circunstância, como se analisará no presente estudo<sup>3</sup>.

Importante destacar que a dignidade da pessoa humana apresenta três vertentes de proteção jurídica. A primeira delas diz respeito à proteção do ser humano em sua dimensão intrínseca e, por isso, no resguardo dos direitos da personalidade, com vistas a proteger e respeitar sua individualidade e singularidade. Nesse aspecto, o respeito à dignidade da pessoa humana está diretamente relacionado ao reconhecimento da autonomia pessoal e da liberdade que o ser humano tem de, ao menos potencialmente, conduzir sua própria existência e ser respeitado como sujeito de direitos. Por isso, o direito de fazer escolhas sobre sua vida, projetos existenciais, anseios e caminhos representa o respeito à dignidade da pessoa humana e um dos fundamentos do direito à morte digna, objeto de análise do presente artigo<sup>4</sup>.

A segunda vertente da dignidade da pessoa humana estabelece a tutela dos direitos que exige atuação do Estado na prestação de serviços públicos ou em parcerias público-privadas, que proporcionam a distribuição da riqueza coletiva, e represente a busca pela justiça social. Materializa-se substancialmente por meio de políticas públicas que efetivam os direitos da igualdade, ou seja, os direitos sociais, econômicos e culturais, com o propósito de proporcionar condições dignas de existência a todos. Nessa seara, podemos pontuar a obrigação do Estado na prestação de serviços públicos para proteger, promover e garantir o direito à saúde, conforme os arts. 6º e 196 da CF/88. Referidos dispositivos tutelam a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, devendo, por isso, ser proporcionado o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde<sup>5</sup>.

A terceira vertente da dignidade da pessoa humana configura sua proteção nas relações entre as pessoas nas várias dimensões da convivência humana<sup>6</sup>. O convívio interpessoal e social é sempre um desafio com o fim de desenvolver nas relações humanas a solidariedade, a fraternidade, o apreço às diferenças, a empatia e a alteridade. Pode e deve proporcionar o aprimoramento da alteridade, ou seja, da interação entre o “eu” singular e o outro, tanto nas relações interpessoais quanto nas sociais. O convívio com a diferença representa tanto a base da vida em sociedade quanto suas maiores tensões, porquanto somos singulares e vivemos em sociedade. Estamos constantemente interagindo

3 RIVERA, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 343.

4 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada: artigos 1º a 107*. 1. ed. brasileira e 4. ed. portuguesa rev. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1. p. 199.

5 Idem, *Ibidem*.

6 Idem, *Ibidem*.

com o outro e é preciso que haja respeito e consideração mútua nas relações humanas em todos os planos e dimensões.

Diante das três vertentes da dignidade da pessoa humana, observa-se que o seu reconhecimento e a proteção a ela estão diretamente relacionados à tutela dos direitos humanos. Se estes não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não há real respeito à dignidade da pessoa humana. O ser humano deixa de ser sujeito de direitos e passa a ser mero objeto de arbítrio e injustiças, tendo seus direitos conseqüentemente desrespeitados. Por isso, a efetivação dos direitos humanos representa a concretização da própria dignidade humana. Em cada um desses direitos faz-se presente um conteúdo ou, ao menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana. Por isso, o não reconhecimento dos direitos humanos representa a negação da própria dignidade da pessoa humana<sup>7</sup>.

A dignidade da pessoa humana também é protegida internacionalmente, por meio de documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual prescreve em seu preâmbulo “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. O art. 1º da Declaração, por sua vez, preceitua que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Dessa perspectiva, a essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos visa à proteção da pessoa humana e ao respeito a sua dignidade, atributo inerente a todo e qualquer ser humano, em razão exclusivamente da condição humana. A Declaração de 1948, ao determinar que *todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos*, significa o estabelecimento de um contrato social de nível internacional, no qual os Estados signatários assumem o compromisso de tutelar os direitos humanos e respeitar a dignidade da pessoa humana nos seus respectivos territórios. Ademais, no plano nacional constitucional, o art. 4º, ao tratar das relações internacionais do Estado brasileiro, estabelece que a República Federativa do Brasil se rege, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

A cidadania, por seu turno, também configura fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. O seu exercício pressupõe a efetiva garantia da ampla gama de direitos fundamentais resguardados pelo ordenamento jurídico constitucional. Pressupõe uma relação de direitos e deveres por parte dos cidadãos e do Estado na construção e manutenção de uma democracia

---

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59.

consolidada e madura, com vistas a garantir vida digna a todos. Diante de todo o exposto, verifica-se a relação mútua, intrínseca, de cooperação e de atuação conjunta entre o sistema nacional e o internacional na proteção dos direitos humanos, no respeito à dignidade da pessoa humana e no exercício da cidadania<sup>8</sup>.

### 3 Direito à Morte Digna: Aspectos Jurídicos, Bioéticos e da Ética Médica

O presente estudo parte da premissa que morrer com dignidade é um direito fundamental com respaldo constitucional, e, por isso, a partir de agora, passa a expor, primeiramente, os fundamentos jurídicos, e, na sequência, os fundamentos da bioética e da ética médica que legitimam o direito de morrer dignamente.

Para a referida análise, é preciso tecer algumas reflexões preliminares que contribuem para esclarecer a fundamentação do direito à morte digna. O caminho está na hermenêutica constitucional em comunhão com a dos direitos humanos, com respaldo na Teoria Geral dos Direitos Humanos. Por isso, é preciso conceber a CF como a criadora do sistema nacional de proteção dos direitos humanos, a qual tem posição hierárquica superior em relação ao restante do ordenamento jurídico nacional e atua em parceria com o Sistema Internacional de Direitos Humanos. Todas as normas que compõem o ordenamento jurídico nacional somente são válidas se estiverem em conformidade com a Constituição, dado o princípio da supremacia da Constituição. Mais precisamente, o Direito Penal, com a tipificação das condutas ilícitas, retira seu fundamento de validade da Constituição<sup>9</sup>.

Em segundo lugar, a análise do direito à morte digna deve ter como premissa a laicidade do Estado brasileiro, o que representa a neutralidade do Estado em relação às várias formas de religiosidade, assim como o respeito e a proteção aos que têm a opção pela não religiosidade. Por ser laico, o Estado brasileiro protege tanto a liberdade de consciência quanto a de crença, de acordo com o art. 5º, VI, da CF, o que significa proteger todas as formas de pensar, crer ou não crer, sem distinção entre deístas, agnósticos ou ateístas. Trata-se do respeito ao pluralismo de ideias, crenças e cultura, resguardado pelo Estado Democrático de Direito brasileiro.

---

8 LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania, direitos humanos e educação*, cit., p. 285-302.

9 LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Atheneu, 2018. p. 68-77.

Em terceiro lugar, a inviolabilidade do direito à vida, prevista na Constituição, deve ser compreendida como o direito a não ter a vida agredida por qualquer conduta humana de terceiro que tenha por base uma ação ou omissão ilegítima<sup>10</sup>.

Colocadas essas premissas iniciais, cabe discorrer a respeito do direito à vida. O bem jurídico dos seres humanos por excelência é a vida, porquanto somente a partir dela é que todos os outros direitos podem ser titularizados. A CF/88 preceitua no *caput* do art. 5º a inviolabilidade do direito à vida, e o art. 170, ao cuidar da Ordem Econômica, estabelece que esta é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perspectiva constitucional não se restringe à proteção da vida exclusivamente em seu aspecto biológico, uma vez que a proteção é a vida digna no seu sentido mais amplo, o que pressupõe a garantia dos direitos fundamentais relacionados a ela, e engloba não só os direitos básicos de sobrevivência do ser humano, como também os direitos vinculados ao bem-estar físico, psíquico e social. Por isso, é possível afirmar que todo e qualquer ser humano tem dignidade, porquanto esta é inerente à condição humana. No entanto, existem situações em que a pessoa humana possa estar vivendo uma vida sem dignidade.

No plano internacional, o Estado brasileiro é signatário de vários documentos internacionais que tutelam o direito à vida. Entre eles, a Declaração Universal dos Direitos dos Direitos Humanos prescreve, em seu art. 3º, o direito à vida. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por seu turno, protege a vida desde a concepção, ao estabelecer no art. 4º, I, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Diante da previsão constitucional e convencional da tutela da vida humana como um direito fundamental e humano por excelência, indaga-se como fundamentar o direito à morte digna. Para melhor compreender a dimensão desse direito, cabe expor a realidade que trouxe à tona sua discussão, antes de adentrarmos na conceituação de morte digna. Como exposto na introdução, as últimas décadas foram marcadas por substanciais avanços na medicina e na tecnologia a ela aliada, o que tem proporcionado a cura de inúmeras doenças, o tratamento de várias enfermidades, a melhor qualidade de vida e a maior longevidade do ser humano. Diante dessa realidade tão positiva, também surgem questões a serem enfrentadas, como, por exemplo, o uso da obstinação

---

10 Idem, *Ibidem*, p. 43-46.

terapêutica, que leva ao tratamento médico desproporcional e muitas vezes inútil, com sofrimento intenso, desnecessário e doloroso ao paciente. Surge então, primeiramente na ética médica e, na sequência, na bioética e no direito, a discussão referente aos limites da interferência da medicina na vida das pessoas em situações de incapacidade transitória ou permanente e também em situações de terminalidade.

Dessa perspectiva, passa-se a compreender que proporcionar ao ser humano uma morte digna representa respeitar, acolher e cuidar do paciente em todas suas dimensões – física, psíquica, emocional, filosófica e espiritual –, ao longo de todas as etapas do processo de morte, que, de regra, é sempre doloroso. Assim, o médico deixa de curar, porquanto não há cura para a morte, e passa a cuidar do paciente em todos os aspectos acima mencionados.

No âmbito jurídico, o termo utilizado é ortotanásia, no qual *orthos* significa correto e *thanatos* morte. Portanto, a origem etimológica leva à concepção da morte correta, natural e sem sofrimento. Isso, porque a morte digna representa proporcionar ao paciente, por meio de amplo suporte de profissionais de várias áreas da saúde, como médicos, enfermeiros, psicólogos, assistentes sociais, fisioterapeutas e outros, acolhimento e cuidado plenos, com o intuito de haver o menor sofrimento possível e o maior bem-estar também possível nos últimos momentos de vida. Deve haver, ainda, o amparo familiar, assim como o amparo religioso e espiritual, quando este fizer parte das concepções do paciente. Trata-se também do respeito aos princípios bioéticos da beneficência e não maleficência.

Segundo Luciano de Freitas Santoro, a ortotanásia: “(...) é o comportamento do médico que, frente a uma morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos para prolongar a vida do paciente, que o levariam a um tratamento inútil e a um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade”<sup>11</sup>. Acrescenta que se faz também necessário o consentimento do paciente ou, quando impossibilitado, de seus familiares<sup>12</sup>.

Os cuidados paliativos configuram o acolhimento e o cuidado que deve ser dedicado ao paciente nesse momento de passagem entre a vida e a morte. Para alguns, pode ser mais longo, para outros, mais curto; no entanto, o que importa é o cuidado com o paciente nesse período tão difícil para todos os envolvidos. O norte dos cuidados paliativos é o respeito incondicional à dignidade da pessoa do paciente. Para o cuidado não há limites, mas para a atuação médica desmedida há. Cabe destacar que grande parte da dificuldade

11 SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 133.

12 Idem, *Ibidem*, p. 162.

em se enfrentar a terminalidade da vida está ligada à ideia fortemente arraigada na cultura ocidental de que a morte é um fracasso, e, por isso, deve ser sempre evitada. Por isso, culturalmente se espera que os médicos, assim como os agentes da saúde, sejam super-heróis e preservem a vida a qualquer custo, mesmo que seja uma vida desprovida de qualidade e dignidade. No entanto, essa postura pode levar ao maior sofrimento do paciente e não trazer nenhum benefício, porquanto a morte é, sim, um processo natural e inevitável, em razão da finitude da condição humana. Ademais, é, de regra, um processo que gera muita dor e sofrimento para todos os envolvidos. Por isso, a importância de se garantir a ortotanásia e se evitar a distanásia, também conhecida como obstinação terapêutica<sup>13</sup>.

Foi com os estudos da bioética, a partir de 1970, que começaram as discussões a respeito dos limites da atuação médica nas situações de terminalidade, com a proposta de estabelecer novos parâmetros e reconhecer e possibilitar a dignificação do processo de morte. Isso, porque, se todo o processo da vida deve ser pautado pelo respeito à dignidade, não há dúvida que o processo de morte também deve ser guiado pelo respeito à dignidade humana, porquanto morrer com dignidade representa viver os últimos momentos de forma respeitosa e com o devido acolhimento médico, familiar e espiritual. Nesse sentido, o fundamento maior da bioética é o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme estabelece o preâmbulo da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005, segundo o qual: “as questões éticas, suscitadas pelos rápidos avanços na ciência, e suas aplicações tecnológicas, devem ser examinadas com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos”.

Por isso, a finalidade da intervenção médica na ortotanásia é preservar a dignidade humana, para que o paciente tenha garantido o direito à morte boa, ao seu tempo, com os cuidados necessários e o respeito aos seus valores, o que representa o respeito ao princípio da bioética da autonomia. Nas palavras de Débora Diniz, morte boa é: “aquela resultante de uma combinação de princípios morais, religiosos e terapêuticos. Não basta uma boa Medicina para garantir a boa morte, é preciso um cuidado respeitoso com as crenças e valores que definem o sentido da vida e da existência para que se garanta a experiência de uma boa morte para a pessoa doente”<sup>14</sup>. Para Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral: “A morte deve ser entendida como uma fase do ciclo

---

13 Sobre o tema da *eutanasia e seus aspectos jurídicos*, vide: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. *Eutanasia: dignidade da pessoa humana como fundamento ético e jurídico do direito à morte digna*. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, LcxMagister, n. 43, ago./set. 2011.

14 DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 298.

da existência humana – a etapa final. Essa compreensão torna a pessoa enferma e os familiares capazes de vivenciá-la com mais leveza, principalmente quando se concebe o doente terminal como agente de suas decisões e vontades e não mais como objeto da medicina ou da família”<sup>15</sup>.

Diante da definição apresentada de morte digna e da previsão constitucional e convencional do direito à vida, compreendemos que, nas situações de ortotanásia, há uma colisão de direitos fundamentais entre o direito à vida (em que se busca sua preservação a qualquer custo, diante de uma morte iminente e inevitável) e o direito à liberdade de escolha por uma morte digna (em que se visa ao direito a não ser submetido a tratamento desumano, como a tortura médica). Na referida colisão de direitos fundamentais e com base nos princípios da convivência das liberdades públicas, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, compreendemos que deve prevalecer o direito à liberdade de escolha pela morte digna, ou seja, viver os últimos momentos com dignidade, o que representa o cuidado holístico do paciente, com respeito aos seus valores e em consonância com a ética médica e a bioética.

No campo da ética médica, a ortotanásia é considerada conduta ética e está entre os princípios fundamentais do atual Código de Ética Médica, em vigor desde 30 de abril de 2019. Estabelece o inciso XXII do capítulo primeiro que: “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”. Da análise do dispositivo, verifica-se que, por um lado, a ortotanásia, materializada por meio dos cuidados paliativos, é conduta ética e, por outro, a obstinação terapêutica, também conhecida como distanásia, é conduta antiética e não deve ser praticada pelo médico.

Já o art. 41, ao cuidar da relação do médico com o paciente e seus familiares, estabelece ser vedado ao médico: “Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”. O parágrafo único, por seu turno, novamente preceitua a ortotanásia como conduta ética, ao estabelecer que: “Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”. Verifica-se, diante da previsão expressa desses dispositivos, que o médico tem o dever ético de praticar a ortotanásia e de não praticar a distanásia, também conhecida como obstinação terapêutica.

---

15 CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. *Ortotanásia*: permitir morrer não significa simploriamente deixar morrer. *Revista Magister de Direitos Humanos*, Porto Alegre, LexMagister, n. 18, jul./set. 2016, p. 60.

Ademais, o Novo Código de Ética Médica de 2019, ao dispor sobre os direitos humanos em seu capítulo IV, estabelece a relação de respeito e cuidado que deve existir na relação médico/paciente. Entre os dispositivos, o art. 23 preceitua que é vedado ao médico: “Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto”. Já os arts. 24 e 25, respectivamente, estabelecem que é vedado ao médico: “Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo” e “deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem”.

Diante desses dispositivos do Código de Ética Médica, juntamente com o direito à morte digna, respaldada pelo Sistema Jurídico brasileiro e também em consonância com os fundamentos da bioética, verificamos que a ortotanásia é tanto uma conduta lícita quanto ética, enquanto a distanásia é uma conduta ilícita e antiética. Assim, nas situações que demandam a ortotanásia, o paciente tem o direito de escolher de que forma será cuidado, ou seja, a quais procedimentos médicos e terapêuticos quer ou não se submeter quando estiver em situação de terminalidade. O respeito ao direito à morte digna nas situações de terminalidade pode ser garantido jurídica e eticamente por meio das diretivas antecipadas de vontade para o fim da vida. Para sua análise, passamos, a partir do próximo item, a discorrer sobre a pessoa natural, a personalidade jurídica, a manifestação da vontade e os direitos da personalidade, para então fundamentar juridicamente as diretivas antecipadas de vontade para o fim da vida.

#### **4 Pessoa Natural: Personalidade Jurídica, Manifestação da Vontade e Direitos da Personalidade**

Neste tópico, traçaremos os pressupostos legais que delineiam a manifestação da vontade da pessoa natural para a prática de um ato jurídico, com posterior e especial atenção à garantia e à proteção de seus direitos da personalidade.

A primeira nota a ser tocada ressoa na *identificação da pessoa* que ostenta condições legais para manifestar sua vontade, e que esta possa produzir seus devidos e legais efeitos jurídicos.

Dita o CC (LF nº 10.406/02) que toda pessoa natural – pessoa física, o ser humano – tem capacidade jurídica para ser titular de direitos e assumir



deveres no mundo jurídico (art. 1º). Isso resulta na concessão de capacidade de direito a toda pessoa humana<sup>16</sup>.

Todavia, o exercício desses direitos e deveres – capacidade de fato – está condicionado à plena capacidade civil da pessoa, porque existem pressupostos legais para o alcance dessa plenitude, ante a existência de fatores – etários, biológicos, físicos, psíquicos – que o obstam, tudo consoante descrito nos arts. 3º e 4º do mesmo Código.

Esses dispositivos legais têm novas redações postas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (LF nº 13.146/2015), que trouxe nova roupagem ao sistema da capacidade civil no Direito brasileiro, donde, agora, são pessoas absolutamente incapazes só os menores de 16 anos (art. 3º), enquanto relativamente, os menores entre 16 e 18 anos, os ébrios habituais e toxicômanos, os pródigos e, nos exatos termos da Lei: “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (art. 4º, III).

Os menores de 18 anos estão sujeitos ao exercício do poder familiar (art. 1.630 do CC/02), ou à tutela (art. 1.728 do CC/02), quando esse dever-poder não estiver sendo exercitado; enquanto isso, as demais pessoas incapazes estarão sujeitas à curatela (art. 1.767 do CC/02). Em consonância com essas disposições, o mesmo Código Civil refere-se em seu art. 2º à *Personalidade Jurídica da Pessoa Natural*: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Com efeito, toda pessoa humana, desde seu nascimento com vida, passa a ser sujeito de direitos e deveres, tendo legitimidade para adquirir direitos e assumir deveres jurídicos, na ordem civil.

Maria Cristina Zainaghi relata que três teorias explicam o início da personalidade civil<sup>17</sup>: concepcionista, natalista e condicional. Infere-se que o CC/02 adotara a natalista<sup>18</sup>, que “(...) se caracteriza como aquela que entende ser a personalidade um atributo adquirido após o nascimento com vida”<sup>19</sup>.

---

16 “(...) De modo que a ‘pessoa natural’ é o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações. (...) ‘Pessoa física’ é a designação na França e na Itália e usada na legislação brasileira para regulamentar imposto sobre a renda. Clara é a imprecisão dessa terminologia, porque desnatura o homem, ao realçar o seu aspecto material, sem considerar suas qualidades morais e espirituais, que são elementos integrantes de sua personalidade. (...) Seguindo a orientação de nossa legislação civil e dos civilistas nacionais, aderimos à denominação ‘pessoa natural’, que designa o ser humano tal como ele é.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 163-164).

17 *Os meios de defesa dos direitos do nascituro*, p. 43.

18 “Aqueles que afirmam só ter início a personalidade a partir do nascimento integram a corrente dominante e, entre nós, pensam encontrar agasalho no texto do Código [1916] (art. 4º, *in fine*). Além disso, chamando o nascituro de *spes hominis* (simples esperança de pessoa) alinham vários argumentos em abono de sua orientação” (FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*, p. 49). O descrito art. 2º do CC/02 reprisa *ipsis litteris* esse art. 4º/16, com a alteração do termo “do homem” para “da pessoa”.

19 *Idem*, p. 47. Tramita pela Câmara dos Deputados o PL nº 4.150/2019 – em regime ordinário, com apreciação conclusiva pelas Comissões; desde 29.08.2019, tramita pela Comissão de Seguridade Social e Família, sob a relatoria do

A personalidade civil da pessoa permanece íntegra até sua morte, real ou presumida, como ditam os arts. 6º e 7º do CC. A morte natural é reconhecida com o término das atividades encefálicas, como regra o art. 3º, *caput*, da Lei de doação de órgãos humanos (LF nº 9.434/97<sup>20</sup>): “A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

Pois bem, durante sua vida, com plena capacidade civil, a pessoa humana praticará atos da vida civil, de natureza pessoal, existencial e patrimonial, atos esses denominados jurídicos, em sentido amplo, porque são atitudes que gerarão efeitos jurídicos, ou seja, a aquisição de direitos ou assunção de deveres.

Para a existência jurídica desses atos, a pessoa haverá de externar sua intenção em praticar determinado ato – ou omitir-se –, daí ser a *Manifestação da Vontade* humana intrínseca à existência jurídica do ato praticado ou omitido – a despeito da imprópria redação posta ao art. 4º, III, do CC/02. Sem manifestação da vontade, o ato não tem existência fática, muito menos jurídica, uma vez que nada fora praticado, nada fora omitido.

Renan Lotufo, ao discorrer sobre o plano de existência dos negócios jurídicos<sup>21</sup>, afirma que entre seus elementos gerais intrínsecos está a forma da declaração da vontade da pessoa, “(...) porque, como previamente referimos, não basta que haja vontade, é preciso que o sujeito de direito torne sua vontade objetivamente conhecida pelos destinatários para que possa produzir efeitos”<sup>22</sup>.

Infere-se, pois, que a existência do ato jurídico está umbilicalmente ligada à manifestação da vontade, de sorte que, não basta nem mesmo a vontade da pessoa humana, já que, para gerar consequências jurídicas – direitos e deveres –, imprescindível é que ela seja exteriorizada, expressada, declarada, enfim, manifestada<sup>23</sup>.

---

deputado Dr. Jaziel (PL/CE); depois, será encaminhado à de Constituição e Justiça e de Cidadania –, de 18.07.2019, de autoria da deputada Chris Tonietto (PSL/RJ), com o propósito de dar nova redação a esse art. 2º, para assim dispor: “A personalidade civil do ser humano começa desde a sua concepção”.

20 Essa norma legal está regulamentada pelo Decreto nº 9.175/2017, seguindo os diretrizes constitucionais: art. 6º e art. 199, § 4º, da CR/88.

21 “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior” (art. 185 do CC/02); esse Título anterior é o Título I do Livro III da Parte Geral do Código Civil, rotulado “Do Negócio Jurídico”.

22 LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2003. v. 1. p. 219.

23 Taxativa a lição de Renan Lotufo: “É evidente que não pode haver negócio jurídico sem manifestação de vontade” (Idem, p. 229).

Inolvidável que, em certas e determinadas situações fático-jurídicas, o silêncio possa produzir efeitos jurídicos como manifestação da vontade, consoante reza o art. 111 do CC<sup>24</sup>, indicando seus pressupostos<sup>25</sup>. Como esclarece Maria Helena Diniz “(...) o art. 539 do CC (...) confere efeitos jurídicos ao silêncio do donatário, quando este não manifestar sua vontade dentro do prazo fixado, concluindo pela aceitação da doação pura”<sup>26</sup>.

Antes, porém, ensinara: “É indubitável que a manifestação da vontade exerce papel preponderante no negócio jurídico, sendo um de seus elementos básicos”<sup>27</sup>.

Necessário completar que, ao tratar da validade do negócio jurídico, determina o Código, como primeiro elemento essencial, a capacidade civil do agente, ou seja, a plena capacidade civil da pessoa para manifestar sua vontade. Com efeito, para ser válido e gerar efeitos jurídicos, o ato jurídico, em sentido amplo, requer que a pessoa natural seja capaz de externar sua vontade (art. 104, I, do CC/02).

Para encerrar esse ponto alusivo à pessoa natural, há que se discorrer sobre seus *direitos da personalidade*, sobretudo para fixar a natureza jurídica do direito à vida<sup>28</sup>.

Há que se dizer, de pronto, que inconfundíveis são os institutos da personalidade e os direitos da personalidade, uma vez que os primeiros são o atributo da pessoa natural para ser titular de direitos e assumir deveres jurídicos, ou seja, para ser sujeito de direitos e deveres; enquanto o direito da personalidade é um desses direitos, entre outros pessoais e patrimoniais, todavia, direitos inerentes à natureza de pessoa humana.

Para isso, narra Elimar Szaniawski:

“Vimos que a ‘personalidade’ se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens. Os bens do homem são protegidos tanto pelos

---

24 “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

25 Assim postos por Maria Helena Diniz: “Até mesmo o silêncio é fato gerador de negócio jurídico, quando em certas circunstâncias e usos indicar um comportamento hábil para produzir efeitos jurídicos e não for necessária a declaração expressa da vontade (CC, art. 111)” (*Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 496).

26 Idem; *ibidem*.

27 Idem; *ibidem*.

28 “A vida, em suma, é algo que oscila entre um interior e um exterior, entre uma ‘alma’ e um ‘corpo.’” (CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: RT, 1986. p. 9).

efeitos reflexos do direito objetivo como pelo direito subjetivo, sendo sua natureza diversa. Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo são denominados de ‘direitos de personalidade’.”

Como acima posto e antecipado, o direito à vida é um dos direitos da personalidade inerentes ao ser humano, aliás, seu básico e natural direito subjetivo, cuja inviolabilidade está posta na Constituição da República de 1988, entre os direitos e deveres individuais da pessoa natural (art. 5º, *caput*).

Deveras, toda pessoa humana ostenta legítimo direito natural à vida, como um de seus direitos da personalidade, cuja titularidade, garantia e proteção são inerentes à sua personalidade jurídica.

O CC/02, inovando, criou capítulo específico para tratar *Dos Direitos da Personalidade*, entre seus arts. 11 e 21. Para esse texto, merece transcrição o art. 15: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Aliás, a própria CF assegura: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III). Pois bem: direito à vida, risco de vida e tratamento desumano. Esses os pressupostos imprescindíveis para prosseguir com esse estudo. Assim, adentramos o momento da diretriz da vontade manifestada pela pessoa humana quanto aos cuidados a serem observados e utilizados em situação de terminalidade, como garantia de uma vida digna.

## 5 Diretivas Antecipadas de Vontade

Neste item, fulcrados nos sobreditos requisitos – vida, risco e tratamento –, apresentaremos narrativa técnico-jurídica sobre o tema *diretivas antecipadas de vontade para o fim da vida*, sem nos valermos de questões ético-filosóficas para sua interpretação, porquanto estas foram objeto do estudo acima desenvolvido.

Agora, como posto, o objetivo é averiguar quem tem o legítimo direito de traçar as diretrizes para assegurar sua vida como digna nas situações de terminalidade, com os efeitos legais delas decorrentes e nelas positivados.

O primeiro ponto é a *definição* dessas diretivas. O CFM editou a Resolução nº 1.995, de 09.08.2012<sup>29</sup>, definindo essas diretivas “(...) como o con-

---

29 O MPF, no EGO, promoveu ACP contra essa Resolução, julgada improcedente, em 21.02.2014, pelo Juízo de Direito da Primeira Vara da Seção Judiciária do Estado, nos autos do Processo 1039-86.2013.4.01.3500.

junto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (art. 1º), as quais haverão de ser consideradas pelo médico (art. 2º, *caput*).

Assegura, ainda, que a pessoa natural poderá designar pessoa de sua confiança para esse mister, como seu representante (art. 2º, § 1º).

Luciana Dadalto explica:

“(…) que o primeiro a ser positivado, na *Patient Self Determination Act*, de 1991, foram as Diretivas Antecipadas de Vontade, gênero de documentos do qual são espécie o testamento vital e o mandato duradouro. Sendo que o *testamento vital* é o efetivo documento de manifestação de vontade do paciente, para cuidados, tratamentos e procedimentos médicos que ele deseja ou não receber quando estiver com uma doença ameaçadora da vida. Enquanto o *mandato duradouro* é apenas a nomeação de um terceiro que decidirá os cuidados, tratamentos e procedimentos médicos em nome do paciente, sempre que este não puder fazê-lo, estando ou não em fim de vida.”<sup>30</sup>

Em seu sítio eletrônico, posto está que:

“As diretivas antecipadas de vontade são um gênero de documentos de manifestação de vontade para cuidados e tratamentos médicos, criado na década de 1960 nos Estados Unidos da América. Esse gênero possui duas espécies: *Testamento Vital* e *Procuração para cuidados de saúde* (também conhecido como Mandato Duradouro) que, quando previstos em um único documento, são chamados de *Diretivas Antecipadas de Vontade*.”<sup>31</sup>

Maria Helena Diniz, depois de transcrever Enunciado do Conselho da Justiça Federal, assevera: “É direito do paciente a recusa de algum tratamento ou não aceitação de continuidade terapêutica nos casos incuráveis ou de sofrimento atroz, ou, ainda, que possa trazer risco de vida”<sup>32</sup>.

Em teor análogo, o Enunciado nº 533, relacionado ao art. 15 do CC/02 da VI Jornada de Direito Civil – 10 Anos de Vigência do Código Civil, realizada entre 11 e 12.03.2013, pelo Conselho da Justiça Federal e o Centro de Estudos Judiciários: “O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos

30 *Testamento vital*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/testamento-vital/15066>>. Acesso em: 7 nov. 2019. (destacamos)

31 Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas/>>. Acesso em: 7 nov. 2019. (destaques da autora)

32 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 145.

os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos”.

Deveras, como posto nas diretivas antecipadas, quando a vontade for manifestada pela própria pessoa interessada, em plena capacidade civil, ela será o dito *testamento vital*; mas, havendo a nomeação de um representante para manifestar a vontade, em caso de efetiva impossibilidade, mental ou psíquica, por ela se constituirá o mandato duradouro ou procuração de saúde.

Merece menção a ressalva e o complemento externados por Giovanni Ettore Nanni:

“Por fim, vale uma nota acerca da figura utilizada para que a pessoa estabeleça a forma de tratamento desejada caso no futuro, em seus últimos momentos de vida, se encontre em situação de incapacidade. É o ‘testamento vital’, que, apesar da denominação, não configura um testamento propriamente dito, já que produz efeito em vida, consubstanciando, porém, *negócio jurídico unilateral extrapatrimonial*. Ele visa definir a terapia a ser empregada em seu autor, inclusive a vedação de tratamentos que prolonguem em demasiado a sobrevivência de alguém em estado terminal ou vegetativo.”<sup>33</sup>

Inolvidável que, a despeito dessas vontades exteriorizadas, seja pelo próprio doente, ou por seu representante, o profissional deverá deixar de considerá-las se “(...) estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica” (art. 2º, § 2º). Salvante essa situação, as diretivas antecipadas hão de prevalecer (art. 2º, § 3º).

Em decorrência dessas diretrizes, serão analisados os principais *Efeitos Legais Positivados* em nosso ordenamento jurídico.

De pronto, há que se dizer que, como posto em trabalho específico<sup>34</sup>, “enquanto o direito positivo brasileiro estiver acéfalo de uma norma legal própria, específica, efetiva sobre esse temário, ter-se-á que seguir o ditado pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: ‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’ (art. 4º)”, haja vista que, como veremos, “(...) inexistente uma norma legal, estatuída pelo Poder Legislativo, disciplinando as Diretivas Antecipadas de Vontade”.

33 NANNI, Giovanni Ettore. A capacidade para consentir: uma nova espécie de capacidade negocial. In: *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 304.

34 RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. A vontade declarada antecipada. *Revista de Direito e Medicina*, São Paulo, RT, v. 4, out./dez. 2019. (no prelo)

Pois bem, sobre esse temário, a CR/88 estatui, além do direito à vida, que esta há de ser digna, consoante normas jurídicas mencionadas: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III). Também, ao tratar da saúde – um dos direitos sociais da pessoa natural (art. 6º) –, como a seguridade social, estabelece que “a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização” (art. 199, § 4º).

O CC/02, por seu turno, ao cuidar dos direitos da personalidade, dita em seu art. 15 que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”<sup>35</sup>.

Em 1997, foi editada a Lei nº 9.434<sup>36</sup>, já mencionada, regulamentada pelo Decreto Presidencial nº 9.175/2017. Com mais especificidade, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805/06, para permitir “(...) ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal” (art. 1º, *caput*). Complementa que: “O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar” (art. 2º), não, sem antes, como parece razoável, assegurar ao paciente ou a seu representante legal a plena ciência dessa situação (art. 1º, § 1º), como “(...) o direito de solicitar uma segunda opinião médica” (art. 1º, § 2º).

Depois, a Resolução-CFM nº 1.995/2012, antes mencionada e transcrita.

Reprisa-se<sup>37</sup> que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou três Jornadas Nacionais da Saúde, sendo a última em 18 e 19 de março de 2019, “(...) para debater, revisar e consolidar todos os enunciados interpretativos sobre o direito à saúde, anteriormente aprovados nas Jornadas I e II. A Jornada Nacional da Saúde é um evento que faz parte das ações do Fórum Nacional

35 Pedimos escusas pela nova transcrição do texto legal.

36 Essa norma legal revogara expressamente a LF nº 8.489/92, que dispunha “(...) sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos”. Ainda, foi alterada pela LF nº 10.211/01 – decorrente da conversão da MP nº 2.083-32/01 –, que, entre outros pontos, desconsiderou presumida a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

37 RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. A vontade declarada antecipada. *Revista de Direito e Medicina*, São Paulo, RT, v. 4, out./dez. 2019. (no prelo)

do Judiciário para a Saúde criado em 2010, pelo CNJ, para o monitoramento e a resolução das demandas de assistência à saúde”<sup>38</sup>.

O Enunciado nº 37 estatui que:

“As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos a que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.”

Em vigência a partir de 30.04.2019, o Código de Ética Médica<sup>39-40</sup> veda ao médico “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte” (art. 31).

Complementa com esta vedação:

“Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.”

Por derradeiro, sintetiza Raphael Abs Musa de Lemos:

“No Brasil, o único instrumento normativo a auxiliar o intérprete a conferir certos contornos a instruções prévias é a Resolução nº 1.995/02 do CFM, cuja validade já foi defendida em âmbito doutrinário [nota 100: SALGADO, F. C. A. P. As diretivas antecipadas..., op. cit., p. 94] e judicial [nota 101: Ação civil pública, Processo 1039-86.2013.4.01.3500/Classe: 7100, Justiça Federal, Seção Judiciária do Estado de Goiás, Primeira Vara, j. 21.02.2014]. Tomando-a como ponto de partida, ao conceituar o vertente negócio no art. 1º [nota 102: Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o

38 Disponível em: <cejf.tjmg.jus.br/enunciados-das-jornadas-do-direito-da-saude-do-cnj/>. Acesso em: 2 out. 2019.

39 Resolução CFM nº 2.217, de 27.09.2018, atualizada pelas Resoluções ns. 2.222/2018 e 2.226/2019.

40 “Isto posto, há que se ressaltar as evoluções trazidas pelo novo Código, resultantes da atualização deontológica imprescindível, sobretudo, à valorização da autonomia da vontade e ao arrefecimento do rígido paternalismo hipocrático tradicionalmente orientador da relação médico-paciente, sendo certo, contudo, que o progresso regulatório deve ser contínuo para que seja oferecido aos médicos as ferramentas normativas necessárias ao enfrentamento dos sensíveis embates éticos e morais que diariamente lhes são apresentados.” (JANOTI, Cesar Oliveira. Novo Código de Ética Médica. *EPCM Jornal*, n. 3, 1º sem. 2019, p. 6)



conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.], o objeto se delimita aos desejos sobre cuidados e tratamentos que o paciente pretende receber ou evitar no momento de incapacitação de expressar sua vontade.”<sup>41</sup>

Com efeito, afora as descritas normas administrativas e interpretações doutrinárias regimentais, como narramos, inexistente legislação específica emanada do Poder Legislativo para cuidar das Diretivas Antecipadas de Vontade, de sua forma e de efeitos jurídicos. Tal realidade traz insegurança jurídica tanto para os pacientes, dificultando o exercício do direito à autonomia, quanto para os médicos, no exercício do seu ofício. Por isso, faz-se fundamental a regulamentação legal das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil, o que já é realidade em muitos países, dentre eles, Portugal, que apresenta legislação de referência internacional<sup>42</sup>.

## 6 Considerações Finais

A CF/88 inaugura um novo paradigma na promoção e proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, tanto no plano nacional quanto internacional, tendo seu alicerce no respeito incondicional à dignidade da pessoa humana. Esta é tanto o alicerce do Estado Democrático de Direito brasileiro, como também o seu maior limitador, no sentido de não permitir violações aos direitos humanos que levem ao desrespeito à dignidade humana.

Dessa perspectiva, o presente estudo compreende a morte digna como um direito fundamental, com respaldo constitucional, porquanto garantir ao ser humano morrer com dignidade representa proporcionar, por meio de amplo suporte de profissionais de várias áreas da saúde, o acolhimento e cuidado pleno ao paciente, com o intuito de haver o menor sofrimento possível e o maior bem-estar também possível nos últimos momentos de vida. Os cuidados paliativos configuram o acolhimento e o cuidado que devem ser dedicados ao paciente nesse momento de passagem entre a vida e a morte. O norte dos cuidados paliativos é o respeito incondicional à dignidade da pes-

41 LEMOS, Raphael Abs Musa de. Dignidade e autonomia: a ponte dogmática para o testamento vital. *RF*, Rio de Janeiro, v. 423, ano 112, jan./jun. 2016, p. 240.

42 RIBEIRO, Djalibas Souza; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. Diretivas antecipadas da vontade: a necessária regulamentação legislativa das DAVs na efetivação da tutela da autonomia. *Revista Magister de Direitos Humanos*, Porto Alegre, LexMagister, n. 29, abr./jun. 2019, p. 84 e 86; TESTAMENTO VITAL. Lei n.º 25/2012 de 16 de julho. Lei portuguesa sobre diretivas antecipadas de vontade. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/legislacao/portugal/>>. Acesso em 9 dez. 2019.

soa do paciente. Por isso, para o cuidado não há limites, mas para a atuação médica desmedida há.

O direito à morte digna representa no plano jurídico a garantia do direito à liberdade de escolha de não ser submetido a tratamento desumano, cruel e degradante, como a tortura médica, e que não trará nenhum benefício ao paciente, já que a morte é um processo natural e inevitável. Diante dessa realidade, o foco do médico e sua equipe deve ser cuidar do paciente para que, nos últimos momentos de vida, ele tenha um cuidado holístico, com respeito aos seus valores e em consonância com a ética médica e a bioética.

Conclui-se também que a bioética e a ética médica estão alinhadas com o respeito à morte digna. A primeira expressa tal entendimento por meio do respeito ao seu fundamento maior, a dignidade da pessoa humana, assim como aos seus princípios fundamentais, o da autonomia, da beneficência, da não mal eficiência e da justiça. Já a ética médica, com o atual Código de Ética Médica, estabelece a ortotanásia como conduta ética e a distanásia como conduta antiética. Verificamos que a ortotanásia é tanto uma conduta lícita quanto ética, enquanto a distanásia é uma conduta ilícita e antiética. Diante dessa conclusão, nas situações que demandam a ortotanásia, o paciente tem o direito de escolher como será cuidado, ou seja, a quais procedimentos médicos e terapêuticos quer ou não se submeter quando estiver em situação de terminalidade.

O instrumento jurídico e ético de garantia do direito à morte digna nas situações de terminalidade são as diretivas antecipadas de vontade para o fim da vida. Isso, porque a pessoa natural, o ser humano, tendo plena capacidade civil, tem o legítimo direito subjetivo de manifestar sua vontade sobre os procedimentos médicos que serão utilizados na recuperação de sua saúde, ou optar pelos que não haverão de ser empregados para a manutenção de sua vida, mormente quando esta já não for digna.

Ostenta, ainda, o legítimo direito de nomear pessoa de sua lúdima confiança para manifestar essa vontade, quando não mais se encontrar em plena capacidade civil.

A forma adequada para esses atos é a diretiva antecipada de vontade, que, para a primeira situação, é reconhecida como testamento vital, e, na outra, como mandato duradouro ou procuração de saúde.

O sistema jurídico brasileiro não tem positivada qualquer norma legal originária do Poder Legislativo que trata dessas diretivas; o único texto normativo é a Resolução do CFM nº 1.995/2012, de natureza administrativa, que as define, com outras implicações alusivas ao comportamento do profissional

médico ao caso concreto. Com escopo de garantir segurança jurídica às pessoas humanas, salutar seria a edição de norma legal própria e adequada para esse mister, positivando forma e efeitos jurídicos dessas manifestações de vontade. É o que se aguarda!

---

TITLE: The right to a dignified death and advance healthcare directives for the end of life: aspects related to legal, bioethical, and medical ethics matters.

ABSTRACT: This article aims at analyzing, particularly in the legal, bioethical, and medical ethics areas, advance healthcare directives, which aim at ensuring the right to a dignified death. This text relies on the grounds that dying with dignity is a constitutionally guaranteed right, even though there are no explicit related pertinent laws. This article introduces the Constitution of 1988 as a new paradigm for the promotion and protection of fundamental rights and human rights, firmly grounded on the unconditional respect for human dignity. It understands the right to a dignified death as a guarantee of full support of professionals from various areas of health, as well as the understanding and full care, in order to patients in their last moments of life to have the least possible suffering and the highest possible well-being. The legal and ethical instrument for guaranteeing the right to a dignified death in terminal situations are the advance healthcare directives for the end of life. In order to comprehend those instructions, this text analyzes concepts related to individuality, legal personality, declared will, and personality rights, doing so to examine advance healthcare directives and declarations of will for the end of life, and their reach in terminality matters.

KEYWORDS: Protection of Human Rights. Respect to Human Dignity. Exercise of Citizenship. Right to a Dignified Death. Medical Ethics. Declaration of Will. Personality Rights.

---

## 7 Referências Bibliográficas

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13146](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146)>. Acesso em: 29 nov. 2019.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. *Eutanásia: dignidade da pessoa humana como fundamento ético e jurídico do direito à morte digna*. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, LexMagister, n. 43, ago./set. 2011.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. *Ortotanásia: permitir morrer não significa simplesmente deixar morrer*. *Revista Magister de Direitos Humanos*, Porto Alegre, LexMagister, n. 18, jul./set. 2016, p. 53-61.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada: artigos 1º a 107*. 1. ed. brasileira e 4. ed. portuguesa rev. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1.

CFM – Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Código de Ética Médica de 2019. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: RT, 1986.

DADALTO, Luciana. *Diretivas antecipadas: diretivas antecipadas de vontade. Testamento vital e procuração para cuidados de saúde*. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/>>. Acesso em: 7 nov. 2019.

- DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/testamento-vital/15066>>. Acesso em: 7 nov. 2019.
- DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.
- FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.
- JANOTI, Cesar Oliveira. Novo Código de Ética Médica. *EPCM Jornal*, n. 3, 1º sem. 2019, p. 5-6.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes: textos selecionados*. Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí. Trad. Tânia Maria Bernkopf, Paulo Quintela e Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- LE MOS, Raphael Abs Musa de. Dignidade e autonomia: a ponte dogmática para o testamento vital. *RF*, Rio de Janeiro, v. 423, ano 112, jan./jun. 2016, p. 207-256.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania, direitos humanos e educação: avanços, retrocessos e perspectivas para o século 21*. São Paulo: Almedina, 2019.
- LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Atheneu, 2018.
- LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2003. v. 1.
- NANNI, Giovanni Ettore. A capacidade para consentir: uma nova espécie de capacidade negocial. In: *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.
- ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2019.
- RIBEIRO, Djalibus Souza; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. Diretivas antecipadas da vontade: a necessária regulamentação legislativa das DAVs na efetivação da tutela da autonomia. *Revista Magister de Direitos Humanos*, Porto Alegre, LexMagister, n. 29, abr./jun. 2019, p. 75-102.
- RIVERA, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. A vontade declarada antecipada. *Revista de Direito e Medicina*, São Paulo, RT, v. 4, out./dez. 2019. (no prelo)
- SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.
- TESTAMENTO VITAL. Lei n.º 25/2012 de 16 de julho. Lei portuguesa sobre diretivas antecipadas de vontade. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/legislacao/portugal/>>. Acesso em 9 dez. 2019.
- UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005*. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180por>>. Acesso em: 29 nov. 2019.
- ZAINAGHI, Maria Cristina. *Os meios de defesa dos direitos do nascituro*. São Paulo: LTr, 2007.

Recebido em: 05.12.2019

Aprovado em: 12.12.2019

# Registro Civil de Natimorto (Decisão da 12ª Vara de Família e Registro Civil de Recife/PE Determina a Retificação de Registro Civil do Nome de Natimorto) (TJPE; Processo 0081347-57.2019.8.17.2001)\*

## **CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS**

*Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário UNA; Professora de Direito da UNA, da Pós-Graduação da PUC Minas, Faculdade de Belo Horizonte, Conselho Nacional de Justiça e Polícia Militar; Servidora Pública Federal do TRT/MG – Assistente do Desembargador; Pós-Doutorado pela Universidade Federal da Bahia; Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho; Especialista em Educação a Distância pela PUC Minas; Especialista em Direito Público – Ciências Criminais pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus; Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Universidade FUMEC; Site: [www.claudiamara.com.br](http://www.claudiamara.com.br); e-mail: [claudiamaraviegas@yahoo.com.br](mailto:claudiamaraviegas@yahoo.com.br).*

## **BETHÂNIA VALENTIM BOHRER**

*Advogada no Escritório Sallit Magalhães – Sociedade de Advogados; Advogada Orientadora da Divisão de Assistência Judiciária da Universidade Federal de Minas Gerais – DAJ UFMG; Especialista em Direito de Família Aplicado pela PUC Minas; Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; e-mail: [bethania.bohrer@gmail.com](mailto:bethania.bohrer@gmail.com).*

## **JULIETTA CAROLINE ALVES DE ALMEIDA**

*Advogada; Especialista em Direito de Família Aplicado pela PUC Minas; Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas – UNIFEMM; e-mail: [juliettaalmeida@gmail.com](mailto:juliettaalmeida@gmail.com).*

## **O Caso (O Fato)**

Trata-se de Ação de Retificação de Registro de natimorto ajuizada perante a 12ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca de Recife, do Tribunal

\* Nota do Editor: Para ver a íntegra, acesse o [link](http://www.magisteronline.com.br/Integras/Revistas/Civil/Processo_0081347-57.2019.8.17.2001.pdf): [http://www.magisteronline.com.br/Integras/Revistas/Civil/Processo\\_0081347-57.2019.8.17.2001.pdf](http://www.magisteronline.com.br/Integras/Revistas/Civil/Processo_0081347-57.2019.8.17.2001.pdf).

de Justiça de Pernambuco. Foi ajuizada pela mãe, que narra toda a espera e as expectativas depositadas no nascimento de seu filho, que, mesmo antes do nascimento, já era chamado pelo nome. Entretanto, aos nove meses de gestação teve um descolamento de placenta e perdeu o bebê.

Afirma que foi surpreendida ao descobrir que na Certidão de Nascimento não constaria o nome escolhido para o filho. Justifica o pedido pelo fato de a eleição do nome se caracterizar, sobretudo, como um dos processos de superação do luto.

## Julgamento

A magistrada Andréa Epaminondas Tenório de Brito se baseia no art. 53, § 1º, da Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015/73, que determina que “no caso de a criança ter nascido morta, será o registro feito no livro ‘C Auxiliar’, com os elementos que couberem”.

Ou seja, já à primeira vista é possível perceber que apesar de não disciplinar nada especificamente quanto ao nome do bebê, como faz o parágrafo seguinte sobre os nascidos vivos, o artigo também não veta que o seja feito.

Segundo a juíza, sua decisão encontra respaldo legal no art. 2º do Código Civil, que apesar de determinar que a personalidade civil só tem início com o nascimento com vida, põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção, destacando-se os de personalidade, dentre os quais, se inclui o nome.

Além disso, o segundo fundamento utilizado foi o fato de ser “o deferimento da medida aqui perseguida um gesto de compreensão, solidariedade e ínfima tentativa de mitigação de uma dor tão pungente”.

Entendemos que a decisão proferida foi deveras acertada, mas não apenas pelos fundamentos adotados. Portanto, tentaremos a seguir demonstrar, ainda que superficialmente, outras justificativas legais e científicas acerca do tema.

## 1 Fases do Luto e a Negação

Para que se entenda melhor as bases científicas tocadas pelo tema aqui debatido, é importante perceber suas dimensões psicológicas e a percepção do luto nos estudos da psicologia atual. Para isso, apresentamos a seguir uma síntese das análises dos psicólogos Lissia Ana Basso e Ricardo Wainer<sup>1</sup>, e Iara Oliveira Meireles e Francisca Flávia L. C. Lima<sup>2</sup>, acerca da obra de John Bowlby.

1 BASSO, Lissia Ana; WAINER, Ricardo. Luto e perdas repentinas: contribuições da terapia cognitivo-comportamental. *Revista Brasileira de Terapias Cognitivas*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, jun. 2011, p. 35-43.

2 MEIRELES, Iara Oliveira. LIMA, Francisca Flávia Loureiro Costa. O luto na fase adulta: um estudo sobre a relação apego e perda na teoria de John Bowlby. *Revista Ciências Humanas*, UNITAU, Taubaté/SP – Brasil, v. 9, n. 1, ed. 16, jun. 2016, p. 92-105.

Bowlby foi um psiquiatra, psicólogo e psicanalista desenvolvedor de estudos pioneiros da chamada Teoria do Apego, na qual aponta quatro fases comuns ao luto: a primeira, o *entorpecimento ou choque*, ocorreria logo após o recebimento da notícia do falecimento, e seria caracterizada por reações de choque e negação da realidade. A negação é muito frequente, como forma de defesa temporária, uma vez que a realidade que se apresenta àquele indivíduo é cruel e dolorosa e o meio apto à sobrevivência é a adaptação.

O autor enumera mais três etapas, todavia, para o presente estudo, ateremo-nos apenas à primeira delas. Ressaltamos, então, que, segundo o psicólogo e psicanalista, essa primeira fase é de extremo impacto na vida de quem vivencia o luto e frequentemente é associada a distorções da realidade e à dificuldade de compreender e processar um acontecimento tão doloroso.

Como demonstraremos mais a seguir, os rituais auxiliam os enlutados a transpor cada fase. E o registro civil, o ato de dar nome, pode ser entendido como um ritual apto a oficializar a existência daquele ser e auxiliar os pais a compreender e materializar no mundo real a fatalidade ocorrida.

## 2 O Luto de Natimortos e a Ausência de Rituais

Na cultura ocidental, a morte é revestida por rituais, que auxiliam o processo de elaboração do luto. Segundo Bayard, citado pelas psicólogas Christiane Pantoja de Souza e Airle Miranda de Souza:

“os ritos fúnebres têm início com a agonia e coincidem com a fase inicial do luto. O segmento se dá com o velório, as exéquias, as condolências e o luto público, social (... uso de cor específica de roupa) e psicológico (o sentimento da perda), prolongando-se com o culto dos mortos ou a visita ao cemitério, (...) e os ritos de passagem, nos quais há a consagração da separação entre o morto e os vivos, assegurando a inclusão do morto em um estatuto *post mortem*.”<sup>3</sup>

Conclui-se, portanto, que a ciência atual reconhece que os rituais servem em grande monta aos que ficam, aos que suportam a dor da perda e vivenciam o luto. A supramencionada “inclusão do morto no estatuto *post mortem*” é um dos elementos que pacificam aos vivos a ideia da partida e possibilitam que se supere a fase da negação.

Perceba-se, no entanto, que muitos desses rituais não são destinados aos natimortos, que, por exemplo, não são velados e não recebem cultos ou vestimentas especiais dedicadas a seu falecimento.

---

3 SOUZA, Christiane Pantoja de; SOUZA, Airle Miranda de. Rituais fúnebres no processo do luto: significados e funções. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, vol. 35, 2019, epub, jul. 2019.

Enquanto para a mãe o vínculo com o bebê é formado ainda no ventre, a tendência dos demais é de desaparecer com vestígios de sua existência, uma vez que possuem dificuldade em vislumbrar o que ela perdeu<sup>4</sup>.

Mais do que isso, segundo Sabrina Lima e Ivelise Fortim, se instaura um “luto não autorizado”, já que “se a mãe não possui um descendente vivo, logo não é considerada uma mãe legítima, embora tenha vivido a experiência da maternidade durante a gestação. A deslegitimação de seu papel ao ter um descendente que nasce morto a coloca no papel de uma mãe não mãe”<sup>5</sup>.

Tudo isso se reflete na omissão da Lei de Registros Públicos quanto ao direito ao registro do nome do natimorto, uma vez que novamente é negado aos pais o direito de nomear “oficialmente” seu filho.

### 3 Direito de Personalidade do Natimorto x dos Pais

Diante de tal cenário, surge o questionamento jurídico: qual direito está em discussão: o da personalidade do natimorto ou dos pais?

Antes de adentrar na discussão, faz-se necessária uma melhor compreensão do direito da personalidade. De acordo com Cristiano C. de Farias e Nelson Rosenthal<sup>6</sup>, a personalidade jurídica é um atributo que permite que pessoas naturais ou jurídicas sejam titulares de relações jurídicas e, a partir disso, possam demandar pela proteção de seus direitos fundamentais. O nome civil, elemento que permite a individualização da pessoa, é um direito da personalidade concernente ao direito à identificação.

Nesse sentido, destacamos o debate jurídico acerca do momento de início da personalidade jurídica. No que diz respeito a esse tema, existem diversas teorias desenvolvidas pela doutrina, entretanto, para a temática aqui discutida ateremo-nos apenas à “Teoria Concepcionista” que, segundo o entendimento de Flávio Tartuce<sup>7</sup>, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>8</sup> e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal<sup>9</sup>, é a adotada pelo Código Civil de 2002.

4 IACONELLI, Vera. Luto insólito, desmentido e trauma: clínica psicanalítica com mães de bebês. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, v. 10, n. 4, dez. 2007, p. 614-623.

5 LIMA, Sabrina; FORTIM, Ivelise. A escrita como recurso terapêutico no luto materno de natimortos. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, v. 18, n. 4, dez. 2015, p. 771-788.

6 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. p. 135.

7 TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

8 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

9 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. p. 264-266.



De acordo com essa teoria, a personalidade jurídica é garantida desde o momento da concepção, não estando vinculada ao nascimento com vida. Ou seja, “o nascituro já titulariza, desde a concepção, os direitos da personalidade e, em razão disso, já dispõe de personalidade jurídica”<sup>10</sup>. Dessa forma, considerando que os direitos da personalidade são reconhecidos desde a concepção, esses direitos se estendem ao natimorto, que mesmo não nascendo com vida, recebe a devida proteção jurídica, conforme demonstra o Enunciado I da Jornada de Direito Civil<sup>11</sup>.

Embora o natimorto seja titular de direitos próprios, nos quais se incluem os direitos da personalidade, há que se considerar também que a personalidade jurídica termina com a morte, o que prejudica o exercício desses direitos. No entanto, ainda que extinta a personalidade, é garantida a proteção jurídica *post mortem* desses direitos, quais sejam, nome e sepultura no caso do natimorto. Nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery demonstram que:

“Proteção jurídica *post mortem*. Mesmo tendo sido extinta a personalidade jurídica da pessoa natural pela sua morte (CC, art. 6º), (...) o sistema jurídico se ocupa em regular algumas hipóteses, que se caracterizam como proteções diretas ou indiretas de quem não é mais ou nunca chegou a ser sujeito de direito, por que não adquiriu personalidade (natimorto) ou já a perdeu (morto, pessoa jurídica extinta). São meios de proteção direta de quem não tem personalidade jurídica, *v.g.*, dar nome e sepultura ao natimorto.”<sup>12</sup>

Porém, é necessário se atentar também ao fato de que o nome civil só pode ser atribuído após o nascimento, sendo também impossível seu registro em momento anterior.

Surge então um impasse: ao mesmo tempo em que existe a proteção à personalidade jurídica, e, portanto, do direito ao nome, desde o momento da concepção, inexistente a possibilidade de exercício desse direito antes do nascimento e também após, no caso do natimorto, em função da extinção da personalidade jurídica com a morte.

Assim,

“para juridicamente afirmar que o natimorto exerce direito próprio, deve-se, primeiro, adotar a teoria concepcionista e, em seguida, buscar defender,

10 *Ibid.*, p. 263.

11 “Art. 2º A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.”

12 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 420.

de maneira racional e jurídica, a possibilidade do exercício dos direitos da personalidade *post-mortem*, quando lógica a impossibilidade de exercê-los ainda em vida, mesmo que intrauterina.”<sup>13</sup>

Entretanto, na prática, esse posicionamento ainda é minoritário. O tema é bastante controverso e os Tribunais, em sua grande maioria, adotam o entendimento de que mesmo que existam direitos da personalidade desde a concepção, a interrupção da vida do nascituro inviabiliza a concretização desses direitos, o que impede a atribuição do nome civil<sup>14</sup>.

Uma alternativa para garantir a efetivação do direito ao nome ao natimorto seria considerar que, na verdade, esse direito diz respeito aos genitores. Nesse sentido, Vitor de Medeiros Marçal e Ana Cláudia C. Z. Mattos do Amaral fazem a seguinte exposição:

“Em sendo assim, o direito ao nome, à sepultura, à imagem, etc. serão direitos da personalidade dos genitores do natimorto. Situação que inverte a titularidade e, por conseguinte, o modo de avistar sua atribuição. Aliás, observando que inexistente qualquer dispositivo legal, com exceção ao Enunciado nº 1, da I Jornada de Direito Civil, que atribui à titularidade dos direitos da personalidade refletidos no registro do natimorto ao próprio registrado, convém avocar ser ela posição minoritária. Nada obstante, a totalidade das normativas que possibilitam que o nome do natimorto conste no registro faculta aos pais sua concretização.”<sup>15</sup>

Tal posicionamento pode ser utilizado também caso haja o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro não adota a teoria concepcionista, haja vista que partindo da premissa de que o direito ao nome cabe aos genitores, não haveria óbice para o exercício desse direito, ainda que se considere que o nascituro não dispõe de personalidade jurídica.

Conforme foi demonstrado nos tópicos anteriores, os genitores são os mais interessados e, conseqüentemente, os mais beneficiados com o registro civil do natimorto, tendo em vista que, além de outras razões que possam ser pertinentes, a atribuição de um nome ao filho que nasceu sem vida é também um recurso terapêutico no processo de elaboração do luto, já que contribui

---

13 MARÇAL, Vitor de Medeiros; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. A (in)existência de vida e a situação jurídica do natimorto sob as perspectivas díspares das normas de corregedorias de justiça. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 15, jan./mar. 2018, p. 17-32.

14 Como exemplo, cita-se: TJMG, Apelação Cível 1.0079.07.373771-4/001, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, 5ª Câmara Cível, j. 02.10.08, publicação da súmula em 10.10.08.

15 MARÇAL, Vitor de Medeiros; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. A (in)existência de vida e a situação jurídica do natimorto sob as perspectivas díspares das normas de corregedorias de justiça. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 15, jan./mar. 2018, p. 17-32.

para materializar o fato e, assim, facilitar sua compreensão. Dessa forma, nada mais correto do que entendê-lo como uma faculdade, pois somente eles poderão mensurar a dor e o sofrimento da perda do filho que não chegou a nascer com vida e de prosseguir “vivendo” sem aquele que não mais existe, como, por exemplo, pensar num nome para o registrado<sup>16</sup>.

Pode-se, inclusive, fazer uma analogia à hipótese prevista no parágrafo único do art. 12 do Código Civil, que concede aos herdeiros a legitimidade para exercer a tutela jurídica dos direitos da personalidade do *de cuius*, em caso de lesão ou ameaça a esses direitos, independentemente da transmissão dos direitos propriamente ditos.

A morte da pessoa extingue a sua personalidade jurídica, mas a memória daquele constitui um prolongamento dos seus direitos da personalidade, como um bem jurídico que deve ser tutelado, merecendo proteção do direito<sup>17</sup>.

Desse modo, pode-se considerar plenamente cabível a possibilidade de que, no caso do registro civil do natimorto, os genitores também sejam legitimados a exercer a tutela jurídica dos direitos da personalidade do filho, especialmente do direito ao nome, caso assim pretendam.

## Conclusão

A sentença proferida pela 12ª Vara de Família e Registro Civil de Recife/PE simboliza uma mudança importante no rumo dos registros civis de natimortos no Brasil. A interpretação da norma contida na Lei de Registros Públicos, de forma a suprir a omissão legislativa, representa um avanço interpretativo.

A decisão se baseia, entre outros fundamentos, na previsão contida no Código Civil que garante a proteção dos direitos do nascituro desde a concepção. A temática é bastante controversa na doutrina, como abordado acima. No entanto, infere-se que o entendimento mais adequado para a proteção dos direitos do nascituro e, conseqüentemente, para garantir a atribuição de um nome civil ao natimorto, é aquele que reconhece a possibilidade da tutela jurídica dos direitos da personalidade desde a concepção.

Além de inovadora, a decisão possui um viés humanitário e social, pois atende às expectativas dos pais de atribuir o nome que escolheram ao filho que nasceu sem vida, o que representa uma forma de acolhimento aos sentimen-

---

16 *Ibid.*

17 BELTRÃO, Silvio Romero. Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa. *Revista de Processo – Repro*, vol. 247. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. São Paulo, set. 2015.

tos e experiências vivenciados e, sobretudo, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, conforme foi demonstrado ao longo do texto, o direito ao nome também diz respeito aos genitores, o que justifica possibilitá-los a faculdade de exercê-lo.

## Referências Bibliográficas

- BASSO, Lissia Ana; WAINER, Ricardo. Luto e perdas repentinas: contribuições da terapia cognitivo-comportamental. *Revista Brasileira de Terapias Cognitivas*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, jun. 2011, p. 35-43. Disponível em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-56872011000100007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-56872011000100007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 14 jun. 2020.
- BELTRÃO, Silvio Romero. Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa. *Revista de Processo – Repro*, vol. 247. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. São Paulo, set. 2015. Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/RPro\\_n.247.07.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RPro_n.247.07.PDF).
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- IACONELLI, Vera. Luto insólito, desmentido e trauma: clínica psicanalítica com mães de bebês. *Revista Latinoamericana de Psicopatología Fundamental*, São Paulo, v. 10, n. 4, dez. 2007, p. 614-623. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-47142007000400004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142007000400004&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 14 jun. 2020. <https://doi.org/10.1590/S1415-47142007000400004>.
- LIMA, Sabrina; FORTIM, Ivelise. A escrita como recurso terapêutico no luto materno de natimortos. *Revista Latinoamericana de Psicopatología Fundamental*, São Paulo, v. 18, n. 4, dez. 2015, p. 771-788. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-47142015000400771&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142015000400771&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 14 jun. 2020. <https://doi.org/10.1590/1415-4714.2015v18n4p771.12>.
- MARÇAL, Vitor de Medeiros; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. A (in)existência de vida e a situação jurídica do natimorto sob as perspectivas díspares das normas de corregedorias de justiça. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 15, jan./mar. 2018, p. 17-32. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/202/194>. Acesso em: 18 jun. 2020.
- MEIRELES, Iara Oliveira. LIMA, Francisca Flávia Loureiro Costa. O luto na fase adulta: um estudo sobre a relação apego e perda na teoria de John Bowlby. *Revista Ciências Humanas*, UNITAU, Taubaté/SP – Brasil, v. 9, n. 1, ed. 16, jun. 2016, p. 92-105.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.
- SOUZA, Christiane Pantoja de; SOUZA, Airla Miranda de. Rituais fúnebres no processo do luto: significados e funções. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, vol. 35, 2019, epub, jul. 2019.
- TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

## Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.888.572 SÃO PAULO

RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

**RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ROUBO PERPETRADO NO ESTACIONAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DIVERSO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. FORTUITO EXTERNO. OBRIGAÇÃO DE REPARAR A LESÃO. AUSÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO**

1. Esta Corte Superior possui orientação no sentido de que a prática do crime de roubo, com emprego inclusive de arma de fogo, contra cliente, ocorrido em estacionamento gratuito, localizado em área pública em frente ao estabelecimento comercial, constitui verdadeira hipótese de caso fortuito (ou motivo de força maior) que afasta da empresa o dever de indenizar o prejuízo suportado por seu cliente (art. 393 do Código Civil/02).

2. Agravo interno improvido.

*(STJ; AgInt-REsp 1.888.572; Proc. 2020/0199460-4; SP; 3ª T.; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; DJE 18/12/2020)*

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília, 15 de dezembro de 2020.

Ministro Marco Aurélio Bellizze – Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por Marcia Monteiro Tamassia e Raul Pimentel Tamassia em contrariedade à decisão proferida por esta relatoria, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 502):

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ROUBO PERPETRADO NO ESTACIONAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DIVERSO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. FORTUITO EXTERNO. OBRIGAÇÃO DE REPARAR A LESÃO. AUSÊNCIA. PRECEDENTES. REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO.”

Em suas razões, os agravantes alegam, em síntese, que o entendimento do Colegiado local consignado no acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência do STJ, ao entender que a Súmula nº 130/STJ é aplicável ao presente caso, uma vez que a empresa responde pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento.

Requerem, por fim, a reconsideração da decisão monocrática ou sua reforma pela Turma julgadora.

Impugnação apresentada (e-STJ, fls. 520-530).

É o relatório.

## VOTO

O recurso não comporta provimento, porquanto as razões expendidas são insuficientes para a reconsideração da decisão impugnada.

No que diz respeito à responsabilidade do estabelecimento comercial, o Tribunal de origem dirimiu a controvérsia sob os seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 358-360, sem grifos no original):

*“O assalto e sua dinâmica não são objeto de controvérsia, afirmando a ré, apenas, que em trinta anos de empresa, o caso dos requerentes foi o único (fls. 92) e, que ela não seria responsável por roubo tentado em suas dependências (fl. 96).”*

Todavia, sem razão.

Consoante estabelece o art. 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, constitui dever da apelada garantir segurança pessoal e patrimonial aos consumidores em suas dependências. Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Entendimento sedimentado, que resultou na edição da Súmula nº 130 do STJ, e que, *mutatis mutandis*, aplica-se, de certo modo, ao caso:

‘A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.’

A rigor, inafastável a responsabilidade objetiva da ré, porquanto: i) configurados os danos; ii) demonstrado o defeito do serviço (na medida em que não disponibilizou segurança e métodos eficazes de prevenção a possíveis eventos danosos); e iii) presente onexo causal, porquanto a falha na prestação do serviço implicou prejuízo material e sofrimento psicológico aos autores.”

Depreende-se do excerto acima transcrito que o aresto impugnado está em desarmonia com o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a prática do crime de roubo, com emprego inclusive de arma de fogo, contra cliente, ocorrido em estacionamento gratuito, localizado em área pública em frente ao estabelecimento comercial, constitui verdadeira hipótese de caso fortuito (ou motivo de força maior) que afasta da empresa o dever de indenizar o prejuízo suportado por seu cliente (art. 393 do Código Civil/02).

Ilustrativamente:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ROUBO PERPETRADO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL DIVERSO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DANOS MATERIAIS. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. FORTUITO EXTERNO. OBRIGAÇÃO DE REPARAR A LESÃO. AUSÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Em se tratando de responsabilidade civil de empresa fornecedora de bens e serviços, de natureza diversa à das instituições financeiras ou outras atividades que demandam vigilância e segurança ostensivas reforçadas, não tem obrigação de indenizar as lesões material e extrapatrimonial, pelo roubo mediante uso de arma de fogo ocorrido no interior de seu estabelecimento comercial.

2. Em tais situações, a jurisprudência desta Casa entende que o evento é equiparado a fortuito externo, situando fora do risco da atividade mercantil.

3. *O roubo, mediante uso de arma de fogo, em regra é fato de terceiro equiparável a força maior, que deve excluir o dever de indenizar, mesmo no sistema de responsabilidade civil objetiva.*

4. Agravo interno não provido.” (AgInt no REsp 1.801.784/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 20.08.2019, DJe 23.08.2019, sem grifos no original)

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. VEÍCULO. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ATACADISTA. ESTACIONAMENTO EXTERNO. GRATUITO. ÁREA PÚBLICA. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. FORTUITO EXTERNO. SÚMULA Nº 130/STJ. INAPLICABILIDADE AO CASO.

1. A controvérsia a ser dirimida no recurso especial reside em definir se há responsabilidade civil da empresa atacadista decorrente do roubo de veículo de seu cliente, com emprego de arma de fogo, em estacionamento gratuito, localizado em área pública externa ao estabelecimento comercial.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a empresa não possui responsabilidade pelo furto de veículo ocorrido em estacionamento público e externo ao seu estabelecimento comercial, tendo em vista que a utilização do local não é restrita aos seus consumidores.

3. Acórdão recorrido que, entendendo aplicável à hipótese a inteligência da Súmula nº 130/STJ, concluiu pela procedência parcial do pedido autoral, condenando a requerida a reparar a vítima do crime de roubo pelo prejuízo material por ela suportado.

4. A teor do que dispõe a Súmula nº 130/STJ, a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos ocorridos no seu estacionamento.

5. Em casos de roubo, a jurisprudência desta Corte tem admitido a interpretação extensiva da Súmula nº 130/STJ para entender configurado o dever de indenizar de estabelecimentos comerciais quando o crime for praticado no estacionamento de empresas destinadas à exploração econômica direta da referida atividade (hipótese em que configurado fortuito interno) ou quando esta for explorada de forma indireta por grandes *shopping centers* ou redes de hipermercados (hipótese em que o dever de reparar resulta da frustração de legítima expectativa de segurança do consumidor).

*6. No caso, a prática do crime de roubo, com emprego inclusive de arma de fogo, de cliente de atacadista, ocorrido em estacionamento gratuito, localizado em área pública em frente ao estabelecimento comercial, constitui verdadeira hipótese de caso fortuito (ou motivo de força maior) que afasta da empresa o dever de indenizar o prejuízo suportado por seu cliente (art. 393 do Código Civil).*

7. Recurso especial provido.” (REsp 1.642.397/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 20.03.2018, DJe 23.03.2018, sem grifos no original)

Conforme se observa, a situação posta em debate não se assemelha àquelas abarcadas pela Súmula nº 130/STJ, o que impede a sua incidência.

Desse modo, tendo em vista que as alegações feitas no presente agravo interno não são capazes de alterar o convencimento anteriormente manifestado, permanece íntegra a decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.



## Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RESP Nº 1.815.949 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA

### ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARÁGRAFOS 3º E 8º DO ART. 85 DO CPC/2015. APRECIÇÃO EQUITATIVA. IMPOSSIBILIDADE

1. Na vigência do CPC/2015, a fixação dos honorários advocatícios, com base na apreciação equitativa, prevista no § 8º do art. 85 do aludido diploma legal, somente tem aplicação nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico, ou, ainda, quando o valor da demanda for muito baixo, hipóteses de que não cuidam os presentes autos.

2. Inexistindo excepcionalidade que autorize a incidência do art. 85, § 8º, do CPC/2015, faz-se imperativo que sejam empregadas as balizas objetivas relacionadas aos percentuais contidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

*(STJ; AgInt-AgInt-REsp 1.815.949; Proc. 2019/0146781-9; RS; 1ª T.; Rel. Min. Sérgio Kukina; DJE 18/12/2020)*

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 15 de dezembro de 2020.

Ministro Sérgio Kukina – Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Trata-se de agravo interno manejado pela *União* desafiando decisão pela qual dei parcial provimento ao recurso do Município de Ibiraiaras para restabelecer os honorários advocatícios determinados na sentença, por entender que a sua fixação com base na apreciação equitativa, prevista no § 8º do art. 85 do CPC/2015, somente tem aplicação nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico, ou ainda, quando o valor da demanda for muito baixo, hipóteses de que não cuidam os presentes autos.

Em suas razões, a parte agravante sustenta que: (I) “ainda que no presente caso o valor da condenação seja líquido, outros fatores devem ser levados em consideração no que toca à fixação dos honorários advocatícios, como o elevado valor da causa, consoante destacado pelo acórdão do TRF da 4ª Região, bem como a singeleza da causa, o trabalho desempenhado pelo patrono da parte autora e os parâmetros adotados em casos similares” (fl. 809) e (II) “prevalece no STJ o entendimento de que quando o Tribunal de origem fixa a verba honorária com base na equidade, não compete ao STJ rever o *quantum* fixado, salvo se irrisório ou exorbitante” (fl. 808).

Sem impugnação (fl. 820).

*É o relatório.*

## VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Em que pese aos argumentos deduzidos no presente recurso, a decisão agravada não merece reparos.

Trata-se, na origem, de ação de obrigação de fazer ajuizada pelo Município de Ibiraiaras em desfavor da União, por meio da qual o ente municipal pleiteia a continuidade na execução de Convênio cujo objeto é a construção de rede de abastecimento de água.

O juízo de primeira instância julgou procedentes os pedidos, em ordem a determinar o prosseguimento do Convênio, inclusive com emissão de novos empenhos para a execução do projeto nos moldes em que aprovado pelo Ministério da Integração. Na oportunidade, a União foi condenada ao “ao pagamento dos honorários advocatícios à(s) procuradora(s) do autor, arbitrados nos percentuais mínimos legais para cada faixa de valor, observado o valor do salário mínimo na data da liquidação (art. 85, §§ 3º e 4º, IV, do CPC), calculados sobre o valor da condenação” (fl. 642).

Ato contínuo, o órgão colegiado local, por ocasião do julgamento da apelação interposta pela União, deu parcial provimento ao recurso para reduzir a condenação em honorários advocatícios ao valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Diante desse contexto, ao apreciar o recurso especial manejado pelo Município, decidi pelo provimento do apelo, de modo a restabelecer a verba honorária arbitrada em sentença. Isso porque, tal como constatou a decisão agravada, a regra prevista no § 8º do art. 85 do CPC/2015 somente tem aplicação nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico, ou, ainda, quando o valor da demanda for muito baixo, condição esta que, por não estar presente no caso dos autos, ensejou a reforma do acórdão recorrido quanto ao ponto. A propósito:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85, § 8º, DO CPC/2015. APRECIÇÃO EQUITATIVA. POSSIBILIDADE NO CASO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. FIXAÇÃO MEDIANTE CRITÉRIO DE EQUIDADE. POSSIBILIDADE. REVISÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Esta Corte entende ser possível a fixação dos honorários advocatícios mediante critério de equidade, em observância ao art. 85, § 8º, do CPC/2015, em causas em que o proveito econômico não é inestimável ou irrisório ou, ainda, em que o valor da causa não é muito baixo. Precedentes: REsp 1.771.147/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 25.09.2019; e REsp 1.795.760/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 03.12.2019.

2. Prevalece no STJ a orientação segundo a qual a fixação por equidade da verba honorária envolve a apreciação de matéria de ordem fática, de sorte que não se admite seu reexame na via especial ante o óbice da Súmula nº 7. Precedentes.

3. Agravo interno não provido.” (*AgInt no REsp 1.824.002/SP*, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 24.08.2020, DJe 27.08.2020)

Ora, não se desconhece que a Primeira Turma desta Corte de Justiça tem entendimento de que, para os casos em que o trabalho prestado pelo advogado da parte vencedora se mostre absolutamente desinfluyente para o resultado do processo, sua remuneração não deve ficar atrelada aos percentuais mínimos e máximos estabelecidos no § 3º do art. 85 do CPC/2015, devendo ser arbitrada por juízo de equidade do magistrado, critério que, mesmo sendo residual,

encontra respaldo nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade previstos no art. 8º do CPC/2015.

Ocorre, no entanto, que, na hipótese vertente, o valor atribuído à causa foi devidamente estimado em atenção direta ao pleito formulado, não havendo se falar em ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, motivo pelo qual deve, de fato, ser afastada a fixação dos honorários advocatícios com base na apreciação equitativa.

Assim, inexistindo excepcionalidade que autorize a incidência do art. 85, § 8º, do CPC/2015, faz-se imperativa a reforma do acórdão recorrido, a fim de que sejam empregadas as balizas objetivas relacionadas aos percentuais contidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015. No mesmo sentido:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA EM QUE A FAZENDA PÚBLICA É PARTE. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO CONFORME OS §§ 2º E 3º DO ART. 85 DO CÓDIGO FUX. APRECIÇÃO EQUITATIVA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte consolidou a orientação de que, nas causas em que sucumbente a Fazenda Pública, a verba honorária deve ser fixada nos termos do art. 85, § 2º, *caput*, e I a IV, do Código Fux, com percentuais delimitados no § 3º do dispositivo.

2. Ressalta-se que na vigência do Código Fux a fixação dos honorários advocatícios com base na apreciação equitativa, prevista no § 8º., art. 85 do aludido diploma legal, somente tem aplicação nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico, ou ainda quando o valor da causa for muito baixo, hipóteses não configuradas nos autos.

3. Observa-se que o valor da causa, tal como observado pelo Tribunal de origem, às fls. 19, é de R\$ 709.456,32, e os honorários arbitrados, por equidade, foram de R\$ 2.000,00. Todavia, inexistente qualquer excepcionalidade que justifique a fixação equitativa dos honorários sucumbenciais, impondo-se a adoção dos critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e percentuais específicos listados nos incisos de I a V do § 3º do art. 85 do Código Fux.

4. Logo, tendo em visto o valor do débito fiscal discutido, e em atenção ao princípio da razoabilidade e ao trabalho realizado pelo advogado, arbitra-se a verba honorária devida pelo Ente Público em 8% sobre o valor atualizado do débito.

5. Agravo interno da Fazenda do Estado de São Paulo a que se nega provimento.” (*AgInt no REsp 1.863.556/SP*, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 19.10.2020, DJe 23.10.2020)

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXCESSO. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. PERCENTUAL SOBRE O VALOR DECOTADO. APRECIÇÃO EQUITATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 85, dedicou amplo capítulo aos honorários advocatícios, estabelecendo novos parâmetros objetivos para a sua fixação, com a estipulação de percentuais mínimos e máximos sobre a dimensão econômica da demanda (§ 2º), inclusive nas causas envolvendo a Fazenda Pública (§ 3º), de modo que, na maioria dos casos, a avaliação subjetiva dos critérios legais a serem observados pelo magistrado servirá apenas para que ele possa justificar o percentual escolhido dentro do intervalo permitido.

2. A ponderação dos critérios previstos no art. 85, § 2º, do CPC (complexidade da causa e extensão do trabalho realizado pelo advogado) não permite a exclusão da tarifação estabelecida no § 3º, mas, apenas, subsidia o magistrado quando do arbitramento do percentual dentro dos intervalos estabelecidos nos incisos I a V (AgInt no AREsp 1.594.244/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 26.06.2020).

3. Hipótese em que o trabalho realizado pelo advogado no processo foi essencial para afastar o excesso de execução referente ao índice de juros moratórios utilizado, o qual foi declarado inconstitucional pelas instâncias de origem, de modo que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados em percentual sobre o proveito econômico alcançado em prol de seu constituinte (§ 3º), não havendo espaço para o arbitramento mediante apreciação equitativa (§ 8º).

4. Agravo interno desprovido.” (AgInt no REsp 1.848.563/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. 31.08.2020, DJe 17.09.2020)

*Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.*

É o voto.

## Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RESP Nº 1.813.803 SÃO PAULO

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

### **AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA REFORMA PARA PIOR**

1. Cuida-se de agravo interno por meio do qual o executado, em razão da decretação da prescrição intercorrente, postula a fixação de honorários advocatícios em seu favor.
2. Consoante a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem esta 2ª Seção, a decretação da prescrição intercorrente por ausência de localização de bens penhoráveis não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para a parte exequente. Precedentes.
3. Hipótese dos autos em que, contudo, mostra-se inviável a imputação das verbas de sucumbência à parte executada, ante o princípio da vedação da reforma para pior (*non reformatio in pejus*).
4. Agravo interno não provido.

(STJ; AgInt-EDcl-REsp 1.813.803; Proc. 2019/0134027-6; SP; 3ª T.; Relª Minª Nancy Andrigli; DJE 18/12/2020)

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília, 15 de dezembro de 2020.

Ministra Nancy Andrigli – Relatora

## RELATÓRIO

A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora):

Cuida-se de agravo interno interposto por Velasques Indl. e Coml. de Produtos Vestuário Ltda., contra decisão que deu provimento a seu recurso especial para declarar a prescrição intercorrente.

*Ação*: execução ajuizada por Banco do Brasil S/A, em desfavor do recorrente.

*Sentença*: julgou extinta a execução, nos termos do art. 487, II, do CPC/2015, ante o reconhecimento da prescrição intercorrente.

*Acórdão*: deu provimento ao recurso de apelação interposta pelo recorrido Banco do Brasil S/A, asseverando ser necessária a intimação do exequente para dar andamento ao feito e, ainda, sua inércia, para ser declarada a prescrição intercorrente, e julgou prejudicada a apelação interposta pelo recorrente.

*Recurso especial*: alega violação dos arts. 206, § 5º, I, do CC; 791, III, do CPC/73; e 921 do CPC/2015, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta que houve a prescrição da pretensão executiva, em razão terem decorridos 17 (dezessete) anos sem qualquer movimentação dos autos.

*Decisão unipessoal*: deu provimento ao recurso especial interposto pelo agravante, para declarar a prescrição intercorrente.

*Embargos de declaração*: opostos pelo agravante, no qual alega omissão quanto à condenação do recorrido em honorários, foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA.

1. Cuida-se de embargos de declaração por meio do qual o executado, em razão da decretação da prescrição intercorrente, argumenta omissão quanto à fixação de honorários advocatícios sucumbenciais em seu favor.

2. Consoante a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem esta 2ª Seção, a decretação da prescrição intercorrente por ausência de localização de bens penhoráveis não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para a parte exequente. Precedentes.

3. Embargos de declaração rejeitados.”

*Agravo interno*: alega o agravante que os honorários advocatícios devem ser reestabelecidos ou majorados. Afirma que a parte exequente não recorreu dos honorários fixados em primeira instância, os quais foram estabelecidos

em R\$ 1.000,00, razão pela qual a decisão agravada, que não fixou honorários, deve ser reformada em razão do princípio da *non reformatio in pejus*.

É o relatório.

## VOTO

A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora):

Cuida-se de agravo interno interposto por Velasques Indl. e Coml. de Produtos Vestuário Ltda., contra decisão que deu provimento a seu recurso especial para declarar a prescrição intercorrente.

Insurge-se contra a ausência de fixação dos honorários advocatícios em desfavor do exequente/agravado na decisão que declarou a prescrição intercorrente.

Conforme mencionado na decisão agravada, ambas as Turmas que compõem esta e. Segunda Seção entendem que a decretação da prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para a parte exequente.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (CPC/2015). ART. 85 DO CPC. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DO ADVOGADO DA PARTE EXECUTADA. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. Ação de execução de título executivo extrajudicial proposta contra o cliente do advogado que recorre em nome próprio.
2. Controvérsia em torno da possibilidade de condenação da parte exequente ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais no caso de extinção do processo de execução pela prescrição intercorrente.
3. Apesar da dicção do art. 85 do CPC, nem sempre o ‘vencedor’ e o ‘vencido’ são, respectivamente, os únicos sujeitos passíveis de serem credores e devedores de honorários advocatícios sucumbenciais.
4. Há situações em que, mesmo não sucumbindo no plano do direito material, a parte vitoriosa é considerada como geradora das causas que produziram o processo e todas as despesas a ele inerentes.
5. ‘O princípio da causalidade não se contrapõe ao princípio da sucumbência. Antes, é este um dos elementos norteadores daquele, pois, de ordinário, o



sucumbente é considerado responsável pela instauração do processo e, assim, condenado nas despesas processuais. O princípio da sucumbência, contudo, cede lugar quando, embora vencedora, a parte deu causa à instauração da lide' (REsp 303.597/SP, Rel<sup>l</sup>a Min<sup>a</sup> Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 17.04.01, REPDJ 25.06.01, p. 174, DJ 11.06.01, p. 209).

6. *Caso concreto em que a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não afasta o princípio da causalidade em desfavor da parte executada, nem atrai a sucumbência para a parte exequente.*

7. Recurso especial desprovido.” (REsp 1.835.174/MS, 3<sup>a</sup> Turma, DJe 11.11.2019, sem grifos no original)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DO EXEQUENTE.

1. *Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não cumprimento de sua obrigação.*

2. *A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente.*

3. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 1.769.201/SP, 4<sup>a</sup> Turma, DJe 20.03.2019, sem grifos no original)

Dessa forma, diante da ausência de sucumbência para o exequente, é de rigor a não fixação de honorários à parte executada, ora agravante, razão pela qual não houve fixação na decisão agravada, tendo sido a sentença restabelecida apenas quanto ao reconhecimento da prescrição.

Por fim, apenas em razão da ausência de recurso da instituição financeira exequente, não se impõe à agravante o pagamento das custas e dos honorários advocatícios devido ao princípio do *non reformatio in pejus*.

Forte nessas razões, *nego provimento* ao presente agravo.

## SINOPSE LEGISLATIVA

\* Nota: íntegras das normas disponíveis em nosso endereço eletrônico, no link dedicado a esta publicação.

Norma	Data	Publicação	Ementa/Apelido
Medida Provisória nº 1.027	1/2/2021	1/2/2021 - Edição Extra-A	Estabelece Barreiras Sanitárias Protetivas - Áreas Indígenas.
Lei Complementar nº 178	13/1/2021	14/1/2021, Rep. 15/1/2021	Estabelece o Programa de Acompanhamento e Transparência Fiscal e o Plano de Promoção do Equilíbrio Fiscal - Altera as Leis Complementares ns. 101/2000, 156/2016, 159/2017, 173/2020 - Altera as Leis ns. 9.496/1997, 12.348/2010 e 12.649/2012 - Altera a Medida Provisória nº 2.185-35/2001.
Lei nº 14.119	13/1/2021	14/1/2021	Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais - Altera as Leis ns. 8.212/1991, 8.629/1993, e 6.015/1973.
Lei nº 14.118	12/1/2021	13/1/2021	Institui o Programa Casa Verde e Amarela - Altera as Leis ns. 8.036/1990, 8.100/1990, 8.677/1993, 11.124/2005, 11.977/2009, 12.024/2009, 13.465/2017, e 6.766/1979 - Revoga a Lei nº 13.439/2017.
Decreto nº 10.631	18/2/2021	19/2/2021	Dispensa de Licitação nos casos que possam Comprometer a Segurança Nacional - Altera o Decreto nº 2.295/1997.
Decreto nº 10.604	20/1/2021	21/1/2021	Consolida Atos Normativos Editados pelo Poder Executivo Federal - Temática da Pessoa Idosa - Altera o Decreto nº 9.921/2019.
Decreto nº 10.600	14/1/2021	15/1/2021	Programa Casa Verde e Amarela - Regulamenta a Lei nº 14.118/2021.

# ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

## A

### A AUTONOMIA DA VONTADE DA PESSOA IDOSA EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

- Artigo de Léia Comar Riva ..... 28

### A EQUIPARAÇÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO À TUTELA DA EVIDÊNCIA CONCEDIDA APÓS O CONTRADITÓRIO E FUNDAMENTADA NA SUFICIÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL

- Artigo de Rodrigo Frantz Becker e Miriam Rocha Freitas ..... 120

### A MULTA JUDICIAL (*ASTREINTE*) TRANSITADA EM JULGADO COMO PARTE INTEGRANTE DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA APÓS A VIGÊNCIA DO CPC/2015

- Artigo de Gabriel Teixeira Santos e Rafael Caselli Pereira ..... 142

### ALLANA ROBERTA VIANNA MOTTA E OSWALDO PEREGRINA RODRIGUES

- Artigo: “O Ministério Público na Mediação” ..... 7

### ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Acórdão do STJ – Art. 85, §§ 3º e 8º, do CPC/2015. Apreciação equitativa. Impossibilidade. Na vigência do CPC/2015, a fixação dos honorários advocatícios, com base na apreciação equitativa, prevista no § 8º do art. 85 do aludido diploma legal, somente tem aplicação nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico, ou, ainda, quando o valor da demanda for muito baixo, hipóteses de que não cuidam os presentes autos ..... 192

## C

### CAROLINA ALVES DE SOUZA LIMA E OSWALDO PEREGRINA RODRIGUES

- Artigo: “Direito à Morte Digna e a Diretiva Antecipada de Vontade para o Fim da Vida: Aspectos Jurídicos, Bioéticos e da Ética Médica” ..... 157

### CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS, BETHÂNIA

### VALENTIM BOHRER E JULIETTA CAROLINE ALVES DE ALMEIDA

- Jurisprudência Comentada: “Registro Civil de Natimorto (Decisão da 12ª Vara de Família e Registro Civil de Recife/PE Determina a Retificação de Registro Civil do Nome de Natimorto – TJPE; Processo 0081347-57.2019.8.17.2001)” ..... 180

## D

### DANOS MORAL E MATERIAL

- Acórdão do STJ – Roubo perpetrado no estacionamento do estabelecimento comercial diverso de instituição financeira. Fato exclusivo de terceiro. Fortuito externo. Obrigação de reparar a lesão. Ausência ..... 188

### DIREITO À MORTE DIGNA E A DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE PARA O FIM DA VIDA: ASPECTOS JURÍDICOS, BIOÉTICOS E DA ÉTICA MÉDICA

- Artigo de Carolina Alves de Souza Lima e Oswaldo Peregrina Rodrigues ..... 157

## E

### ESTABELECIMENTO COMERCIAL

- Acórdão do STJ – Responsabilidade civil. Dano moral e material. Roubo perpetrado no estacionamento do estabelecimento comercial diverso de instituição financeira. Fato exclusivo de terceiro. Fortuito externo. Obrigação de reparar a lesão. Ausência ..... 188

### EXECUÇÃO

- Acórdão do STJ – Prescrição intercorrente. Decretação. Honorários advocatícios em favor do executado. Descabimento. Princípio da proibição da reforma para pior. Hipótese dos autos em que, contudo, mostra-se inviável a imputação das verbas de sucumbência à parte executada, ante o princípio da vedação da reforma para pior ..... 197

## G

### GABRIEL TEIXEIRA SANTOS E RAFAEL CASELLI PEREIRA

- Artigo: “A Multa Judicial (*Astreinte*) Transitada em Julgado como Parte Integrante da Base de Cálculo dos Honorários Advocatícios de Sucumbência Após a Vigência do CPC/2015”. 142

**H****HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

- Acórdão do STJ – Arbitramento. Art. 85, §§ 3º e 8º, do CPC/2015. Apreciação equitativa. Impossibilidade. .... 192
- Acórdão do STJ – Execução. Prescrição intercorrente. Decretação. Honorários advocatícios em favor do executado. Descabimento. Princípio da proibição da reforma para pior 197

**J****JOÃO HORA NETO**

- Artigo: “O Direito Animal e a Doutrina Sentimental” ..... 54

**JOÃO PAULO KULCZYNSKI FORSTER**

- Artigo: “O Direito Fundamental à Prova na Produção e (Re)Valoração de Meios de Prova em Segunda Instância” ..... 105

**L****LÉIA COMAR RIVA**

- Artigo: “A Autonomia da Vontade da Pessoa Idosa em Tempos de Coronavírus” ..... 28

**LINDB: ELEMENTOS DE CONEXÃO INTERNACIONAL E OS IMPACTOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

- Artigo de Maurício Ávila Prazak, Marcelo Negri Soares e Thaís Andressa Carabelli..... 39

**M****MAURÍCIO ÁVILA PRAZAK, MARCELO NEGRI SOARES E THAÍS ANDRESSA CARABELLI**

- Artigo: “LINDB: Elementos de Conexão Internacional e os Impactos nos Direitos da Personalidade” ..... 39

**O****O DIREITO ANIMAL E A DOUTRINA SENTIMENTAL**

- Artigo de João Hora Neto..... 54

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA NA PRODUÇÃO E (RE) VALORAÇÃO DE MEIOS DE PROVA EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

- Artigo de João Paulo Kulczynski Forster ..... 105

**O MINISTÉRIO PÚBLICO NA MEDIAÇÃO**

- Artigo de Allana Roberta Vianna Motta e Oswaldo Peregrina Rodrigues ..... 7

**OLAVO DE OLIVEIRA NETO E JANAINA MARTINS PONTES**

- Artigo: “Ordem Pública e o CPC/2015: Conceito, Preclusão e Reconhecimento em Recursos Parciais” ..... 88

**ORDEM PÚBLICA E O CPC/2015: CONCEITO, PRECLUSÃO E RECONHECIMENTO EM RECURSOS PARCIAIS**

- Artigo de Olavo de Oliveira Neto e Janaina Martins Pontes ..... 88

**P****PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE**

- Acórdão do STJ – Execução de título extrajudicial. Decretação. Honorários advocatícios em favor do executado. Descabimento. Princípio da proibição da reforma para pior. Hipótese dos autos em que, contudo, mostra-se inviável a imputação das verbas de sucumbência à parte executada, ante o princípio da vedação da reforma para pior ... 197

**R****REGISTRO CIVIL DE NATIMORTO (DECISÃO DA 12ª VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DE RECIFE/PE DETERMINA A RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DO NOME DE NATIMORTO – TJPE; PROCESSO 0081347-57.2019.8.17.2001)**

- Jurisprudência comentada por Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Bethânia Valentim Bohrer e Julietta Caroline Alves de Almeida 180

**RESPONSABILIDADE CIVIL**

- Acórdão do STJ – Dano moral e material. Roubo perpetrado no estacionamento do estabelecimento comercial diverso de instituição financeira. Fato exclusivo de terceiro. Fortuito externo. Obrigação de reparar a lesão. Ausência..... 188

**RODRIGO FRANTZ BECKER E MIRIAM ROCHA FREITAS**

- Artigo: “A Equiparação do Julgamento Antecipado do Mérito à Tutela da Evidência Concedida após o Contraditório e Fundamentada na Suficiência de Prova Documental” ..... 120

## EDITAL DE SUBMISSÃO DE ARTIGOS

A Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil faz público o seu edital de submissão de artigos científicos para publicação.

1. Os trabalhos podem ser redigidos em diferentes idiomas (inglês, português, espanhol, francês, italiano e alemão), mas devem observar as normas da revista, bem como a linha editorial de publicação.

2. Os artigos serão submetidos à apreciação do conselho editorial – e/ou a outros especialistas da área – pelo sistema de *blind peer review*, com aceite ou não, podendo ainda algum tipo de alteração ser recomendada pelos pareceristas. Tais eventuais sugestões de modificação serão acordadas com os autores. É garantido o anonimato dos autores, pareceristas e instituições de ensino envolvidas no processo de avaliação.

3. O artigo deve ser original, encaminhado via *site* (<http://www.lexmagister.com.br/EnviarArtigos.aspx>), em arquivo do Microsoft Word, com espaçamento entre linhas de 1,5, fonte *Times New Roman* tamanho 12 e formatação em papel A4 (com margem superior e esquerda em 3 cm e margem inferior e direita em 2 cm). Devem ser apresentadas em destaque as citações com mais de três linhas, em fonte tamanho 10 e espaçamento simples.

4. Os textos devem conter no mínimo 10 e no máximo 25 laudas, incluindo notas finais. As resenhas não devem ultrapassar 5 laudas.

5. Os artigos deverão ser acompanhados de resumo em português e inglês, com no máximo 15 linhas e indicação de palavras-chave em português e inglês. O sumário contendo os tópicos em que se divide o artigo deverá estar localizado abaixo do título e nome do autor.

6. Deverão estar indicadas, ainda, as seguintes informações sobre o autor: instituição a qual é ligado, cargo que ocupa, *e-mail* e titulação acadêmica.

7. As referências bibliográficas dos artigos deverão ser elaboradas de acordo com as especificações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (NBR 6023) e apresentadas no final do texto.