

# THEMISRevista

JURÍDICA

Volume 03 • Número 04 • Jan-Jun 2022



REVISTA DE  
PESQUISA  
CIENTÍFICA



# THEMIS REVISTA

Jurídica

Volume 02

Número 04

Janeiro - Junho 2022

Fadac

Sociedade Educacional Ltda.

**THEMIS REVISTA JURÍDICA - ISSN 2763-8243 | ISSN-e 2763-8243**

DOI: [doi.org/10.55386/themis](https://doi.org/10.55386/themis)

Volume 03 - Número 04

Janeiro - Junho 2022

### **CONSELHO EDITORIAL**

Editor chefe: Prof. Dr. Paulo Cesar Baria de Castilho

Editor adjunto: Prof. Dr. João Paulo Vani

Secretária adjunta: Larissa Rodrigues Serafim da Silva

Revisão de texto: Célia Regina Cavicchia Vasconcelos

Produção gráfica: Grupo Editorial HN

### **CONSELHO CIENTÍFICO - BRASIL**

Prof. Dr. Gentil de Faria

Prof. Dr. José Roberto Castro Neves

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida

Prof. Dr. José Affonso Dallegre Neto

### **CONSELHO CIENTÍFICO - EXTERIOR**

Prof. Dr. João Leal Amado (Portugal)

### **AUTOR CORPORATIVO**

Fadac Sociedade Educacional Ltda.

Rua Fuad Jorge Goraieb, nº 190, Sala C, Jd. Pinheiros

15091-340 – São José do Rio Preto – SP

CNPJ 30.921.021/0001-00

**THEMIS**Revista  
JURÍDICA

REVISTA DE  
PESQUISA  
CIENTÍFICA

## **PREFÁCIO**

Fomentar a produção de conhecimento científico nos move no desafiador processo de edição de nossa publicação. Assim, apresentamos aos nossos colegas professores e pesquisadores o quarto número da Themis Revista Jurídica.

Em volume com dez artigos, sendo oito em língua portuguesa, um em língua inglesa e um em língua espanhola, alcança diferentes áreas do estudo do Direito, desde as mais tradicionais, como Direito Constitucional, Tributário, Civil e Processual, até uma análise comparativa de Direito e Literatura, contrastando elementos contidos nas obras do escritor russo Dostoevsky e do brasileiro Machado de Assis.

Ainda nesta edição é possível refletir sobre o Metaverso, tema atualíssimo, sobre o quais dois artigos discorrem, seja à luz de princípios éticos, seja considerando os possíveis impactos desse conceito no Direito Trabalhista.

Esperamos que este volume tenha a mesma calorosa acolhida dos demais.

Boa leitura a todos!

**Paulo Cesar Baria de Castilho**  
**Editor-Chefe**



## Sumário

<b>Fato de Terceiro na Responsabilidade Civil</b>	<b>09</b>
Elisa Néri Ribeiro de Carvalho Romero Rodrigues	
<b>Responsabilidade Civil da Indústria Tabagista: uma análise crítica da Jurisprudência</b>	<b>31</b>
Paulo Sérgio Romero Vicente Rodrigues	
<b>Responsabilidade Patrimonial e Responsabilidade Civil à luz da ADPF 488/DF e ARE 1.160.361</b>	<b>61</b>
Jorge Pinheiro Castelo	
<b>Law And Literature In Dostoevsky And Machado de Assis</b>	<b>89</b>
Gentil de Faria	
<b>Metaverso: Espelho ou Extensão da Realidade?</b>	<b>105</b>
Renato Müller da Silva Opice Blum Bruno Henrique Cordeiro de Souza	
<b>Metaverso: Consecuencias Jurídicas para el Derecho del Trabajo</b>	<b>121</b>
Juan Raso Delgue	
<b>A (in)Dependência da homologação da partilha em relação à homologação do ITCMD no arrolamento</b>	<b>143</b>
Francielli Honorato Alves	
<b>O Histórico Precedente do Tribunal de Justiça do Paraná sobre a Capacidade Processual dos Animais</b>	<b>167</b>
Vicente de Paula Ataíde Junior	

<b>A Natureza Jurídica da Arbitragem à luz da legislação Portuguesa e Brasileira</b> Bruno Camargo Romanelli	<b>193</b>
<b>Autonomia da Vontade para doação de órgãos para Transplante: Leituras Jurídica E Bioética</b> Eudes Quintino de Oliveira Júnior	<b>213</b>
<b>Normas para publicação na Revista THEMIS</b>	<b>237</b>

# FATO DE TERCEIRO NA RESPONSABILIDADE CIVIL

## *Third's action in civil lliability*

Elisa Néri Ribeiro de Carvalho Romero Rodrigues<sup>1</sup>

**ÁREA:** Direito civil. Responsabilidade civil.

**RESUMO:** O artigo trata sobre a ação de terceiro e suas consequências no âmbito da responsabilidade civil. No primeiro momento, a abordagem será em relação à responsabilidade por fato de outrem, comparando o Código Civil de 1916 e a atual codificação civilista. Na sequência, o fato de terceiro será visto como hipótese de exclusão do nexo de causalidade. Questões relativas à definição do terceiro na relação jurídica, à distinção entre fato de terceiro e caso fortuito ou força maior, e à distinção entre fato e culpa de terceiro, além dos efeitos da atuação do terceiro na relação jurídica serão destaque neste estudo. Por fim, a última análise refere-se à culpa exclusiva de terceiro no Código de Defesa do Consumidor.

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilidade civil. fato de terceiro. exclusão do nexo causal.

**ABSTRACT:** The article is about the third's action and its consequences in the field of civil lliability. At first, the approach will be in relation to the responsibility for fact of another, comparing the Civil Code of 1916 and the current Code. Following, the third's fact will be seen as hypothesis of exclusion of the causal link. Questions relating to the definition of the third's fact in the legal relationship, to the distinction between third's fact and fortuitous event or force majeure, and to the distinction between the third's fact and fault of the third, besides the effects of the third fact's performance in the legal relationship will be highlighted in this study. Finally, the last analysis refers to the exclusive fault of a third person in the Consumer Defense Code.

**KEYWORDS:** civil liability. third fact. exclusion of the causal link.

---

<sup>1</sup> Advogada. Doutoranda e Mestra em Direito civil pela USP. Graduada em Direito pela UNESP.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Responsabilidade por fato de terceiro. 1.1 Código civil de 1916 e a presunção da culpa. 1.2 Código civil de 2002. 1.2.1 Responsabilidade solidária. 1.2.2 *Ação regressiva*. 2. Culpa de terceiro e exclusão do nexa causal. 2.1 Exclusão do nexa causal. 2.2 Definição de terceiro. 2.3 Fato de terceiro ou culpa de terceiro? 2.4 Distinção entre fato de terceiro e caso fortuito ou força maior. 2.5 Efeitos do fato de terceiro. 2.6 Código de defesa do consumidor. Conclusão. Referências bibliográficas.

## **INTRODUÇÃO**

Ao tratar-se da figura do terceiro na responsabilidade civil, é possível encontrar duas esferas distintas. A responsabilidade por fato de outrem e a exclusão do nexa causal por fato de terceiro. Na primeira, tem-se a adoção da teoria do risco pela responsabilidade objetiva, adotada pelo Código Civil de 2002. Na segunda, encontra-se uma hipótese de excludente de causalidade gerada pela ação de um terceiro estranho à relação estabelecida entre o agente e a vítima do dano.

No tocante ao fato de terceiro como excludente do nexa de causalidade, há de se destacar diversos pontos controvertidos pelos juristas e explicar a distinção das expressões, muitas vezes utilizadas de modo equivocado. Dessa forma, o artigo trará uma breve análise dos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, e o posicionamento de diversos autores que tratam com propriedade sobre o tema.

## **1. RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO**

### **1.1 Código Civil de 1916 e a presunção da culpa**

No tocante à responsabilidade por fato de outrem, o Código Civil de 1916<sup>2</sup> destoava de outras legislações. O Código Civil Francês, que estabelece a presunção *iuris tantum* de culpa dos indiretamente responsáveis pelos atos ilícitos de outrem, apenas admite escusa quando possam provar lhes tenha sido impossível evitar o dano, não podendo isentar-se da responsabilidade mediante prova de não culpa. Já no Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), há a possibilidade de o demandado eximir-se, alegando que empregou diligência para evitar o ocorrido.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916, [revogada pela Lei nº 10.406, de 2002](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)> Acesso em: 19 jun. 2018.

Enquanto isso, o Código Civil de 1916 optava por uma solução mais conservadora, prevendo que o sujeito passivo do delito, ou seja, a vítima do dano é quem deveria provar que o responsável indireto ou mediato concorreu com culpa ou negligência. Logo, pela aplicação do antigo Código Civil, no caso de relação de emprego, por exemplo, a vítima deveria provar que houve negligência ou imprudência também do patrão (culpa *in vigilando, in eligendo*), e assim, pela dificuldade dessa prova, a vítima só podia cobrar a indenização do empregado, cujo patrimônio nem sempre era suficiente para responder pela reparação.<sup>3</sup>

Para Bevilacqua, essa redação da lei estava equivocada devido a uma emenda do Senado ao projeto primitivo e que, portanto, a prova incumbia aos responsáveis, pela presunção legal de culpa, mas não impondo o ônus da prova ao prejudicado pelo evento danoso.

Pontes de Miranda defendia a exclusão da possibilidade de desoneração dos patrões, concluindo que a solução mais justa é a da presunção da culpa, ilidível pela prova de haver tomado todos os cuidados exigidos pelas circunstâncias. Ou seja, Pontes enxergava no Art. 1521 do Código Civil de 1916 que os atos previstos não induziam responsabilidade pela culpa de outrem, mas pela ação de outrem. Tratava-se de responsabilidade própria e não por culpa alheia, e esta culpa deve ser presumida, desde que as circunstâncias não afastem a presunção.

Assim, encontram-se no Código Civil de 1916 os referidos artigos:

Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

II. O tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.

III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522).

IV. Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educadores.

V. os que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime, até à concorrente quantia.

Art. 1.522. A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, nº III, abrange as pessoas jurídicas.

---

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 141-144.

Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.

Havia uma crítica sobre os arts. 1521 e 1523 do pretérito código, na qual explanava que os citados artigos não harmonizavam, mas Pontes discordava, defendendo a unanimidade de fundamento nos dois dispositivos. Assim, o lesado tem de provar que a pessoa encarregada do trabalho causou o dano, quando o executava e mais o laço de vigilância. Já o réu pode provar que o dano ocorreria da mesma forma se houvesse procedido com todo cuidado e vigilância, ou ainda que ele procedeu com a diligência necessária. Isto é, o laço de vigilância a que indevidamente o art. 1523 chamou de “culpa” é que dá origem ao entendimento de que não há presunção de culpa contra as pessoas do art. 1521, mas que em verdade ela existe.

Para Orlando Gomes, que seguia a ideia de Pontes sobre a uniformidade de entendimento entre os dois artigos mencionados, o art. 1521 encerra uma presunção relativa de culpa, que pode ser vencida pela prova em contrário produzida por aquele cuja culpa é presumida, ou seja, a vítima não precisa provar que houve culpa *in vigilando*. Basta apenas que o ofendido prove a relação de subordinação entre o agente direto e a pessoa que deveria exercer sobre ele a vigilância, e que prove ter ele agido de modo culposo, estabelecendo-se assim a presunção *juris tantum* de culpa *in vigilando*.

Contudo, e nos casos em que o dano ocorreria independente de todos os cuidados tomados, não seria injusto deixar o lesado sem nenhuma reparação? Pensando sobre isso, a jurisprudência entendeu que seria necessário estabelecer uma presunção *juris et de jure* de culpa do patrão pelos atos culposos praticados por seu preposto. Daí adveio a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”<sup>4</sup>. Essa presunção seria absoluta, porque, segundo Wilson Melo da Silva, provada a culpa do preposto, estaria *ipso facto* fixada a responsabilidade civil do preponente, não cabendo-lhe defesa capaz de afastar de si a responsabilidade que, para ele, defluiria do só fato delitual do preposto. Isto é, equivalente à própria responsabilidade objetiva. Para Afrânio Lyra, em crítica à Súmula 341, o que deve ser presumida é a responsabilidade e não a culpa do patrão ou comitente.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Súmula 341. Supremo Tribunal Federal. *Aprovação pela Sessão Plenária em 13 de dezembro de 1963*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2478>> Acesso em: 19 jun. 2018.

Em 1927, o Código de Menores<sup>5</sup> consignou a presunção de culpa dos genitores pelos atos ilícitos praticados por seus filhos, revertendo o ônus da prova de culpa. A lei permitia que o pai se exonerasse da responsabilidade se provasse não ter agido com culpa ou negligência. Ou seja, presumia-se a culpa e admitia prova em contrário.

Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor de 1990<sup>6</sup> adotou a responsabilidade objetiva, independente de culpa, em relação aos prestadores de serviços em geral. (que falarei mais adiante)

## 1.2 Código Civil de 2002

Mas foi somente com o Código Civil de 2002<sup>7</sup> que se estabeleceram os casos em que o agente deve suportar as consequências do fato de terceiro. Tem-se, assim, nos arts. 932 e 933, Código Civil de 2002:

Art. 932: São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933, CC: As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

---

<sup>5</sup> BRASIL. **Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927, revogado pela Lei nº 6.697 de 1979**, Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

<sup>6</sup> BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8078](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

<sup>7</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm)> Acesso em: 19 jun. 2018.

Sobreveio, assim, a responsabilidade independente de culpa no caso dos pais, tutores, curadores, empregadores, donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, afastando qualquer dúvida sobre o assunto e tornando prejudicada a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal. Resta ao empregador apenas comprovar de que o causador do dano não é seu empregado ou preposto, ou que o dano não foi causado no exercício de seu trabalho ou em razão dele. Havendo dolo ou culpa *scriptu sensu* do empregado na causação do dano, presume-se *ipso facto* e de forma irrefragável, a responsabilidade objetiva do empregador.

Para Mazeaud e Mazeaud<sup>8</sup> essa responsabilidade chamada<sup>9</sup> de indireta, por Carvalho de Mendonça, ou complexa para Ripert e Esmein Planiol, e Serpa Lopes tem caráter excepcional e exsurgiu como uma derrogação do disposto no art. 1.382 do Código Napoleônico, no qual as consequências de uma culpa devem recair sobre seu autor. Rui Stoco sustenta que no Brasil pode-se entender que essa responsabilidade é excepcional porque a regra é a responsabilidade por ato próprio. Mas que o nosso atual Código Civil ampliou seu espectro de abrangência e abandonou seu fundamento, que se baseava na culpa, para adotar a teoria do risco por meio da responsabilidade objetiva.

Logo, hodiernamente, para Sílvio Rodrigues e Afrânio Lyra, predomina o justo entendimento pela teoria do risco.<sup>10</sup> Assim, se os pais colocam filhos no mundo, se o patrão contrata o empregado, eles correm o risco de que, na atividade deles, surjam danos a terceiros.

Nessa situação, acrescenta Carlos Roberto Gonçalves, com a qual concorda Rui Stoco, não é exagerado incumbir ao ofendido provar a culpa do incapaz, do empregado, dos hóspedes e educandos. Ou seja, a exigência da prova de culpa dos causadores diretos do dano se colocaria como antecedente indeclinável à configuração do dever de indenizar.

No tocante, especificamente, ao caso da responsabilidade do empregador, critica Lindbergh Montenegro como ridícula a existência de um dever de fiscalização e de escolha que se exige do patrão no mundo de hoje das grandes organizações, em que o patrão muitas vezes nem sequer conhece seus empregados. Afirma, então, que seria melhor explicar a responsabilidade do empregador pela teoria objetiva, através do princípio do risco proveito ou mesmo do risco

---

<sup>8</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 907.

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. V.7 São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

da empresa. Nessa linha, sustentam Wilson Melo da Silva, Arnaldo Wald e Caio Mário. Este último inclusive afirma que a responsabilidade indireta do empregado percorreu uma curva de cento e oitenta graus, partindo da concorrência da culpa, caracterizada pela culpa *in elegendo* ou *in vigilando*, passando pela presunção de culpa do preponente e seguindo para a responsabilidade objetiva.

### 1.2.1 Responsabilidade solidária

Para Caio Mário, com o art. 942, o direito brasileiro instituiu um “nexo causal plúrimo”, em havendo mais de um agente causador do dano, não se perquire qual deles deve ser chamado como responsável direito ou principal. Beneficiando a vítima, ao lhe permitir eleger, dentre os corresponsáveis, aquele de maior resistência econômica para suportar a indenização.

Pelo parágrafo único do art. 942, Código Civil de 2002, há responsabilidade solidária das pessoas do art. 932 da mesma lei:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

Ocorre a solidariedade entre os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados que se acharem nas mesmas condições, o empregador ou comitente por seus empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; os donos de hotéis, hospedarias, casa ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo que para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Assim, a vítima pode mover ação contra qualquer um ou contra todos os devedores solidários.

Para Silvio Rodrigues, é razoável que, se tal dano advier, por ele respondam solidariamente com os seus causadores diretos aqueles sob cuja dependência este se achavam.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

## 1.2.2 Ação Regressiva

O art. 934 do Código Civil de 2002 estabelece que: “Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.”

Nos casos de responsabilidade por fato de terceiro, aquele que paga a indenização (o responsável indireto) tem direito regressivo (ação *in rem verso*) contra o causador do dano. Tal direito existe como caráter geral, com respaldo em legislações civis de outros países, como em França, Espanha, Argentina, Chile e Uruguai.<sup>12</sup>

Segundo Washington de Barros Monteiro, satisfeita a obrigação por um dos devedores solidários, ela divide-se automaticamente *ope legis*. Pode o *solvens* titulado pelo pagamento feito, voltar-se contra os demais coobrigados, para reclamar as respectivas quotas, ainda que a solidariedade seja oriunda de ato ilícito.

A **única ressalva** expressa em lei refere-se ao caso de o causador do dano ser descendente de quem pagou, não importando se absoluta ou relativamente incapaz. A razão de ser desse entendimento, segundo Caio Mário, reside “em considerações de ordem moral e da organização econômica da família”<sup>13</sup>. Moacyr Porto esclarece que os pais jamais poderão reaver do seu filho incapaz o que houver pago aparentemente por ele, pela simples razão de que o pai não paga pelo filho incapaz, mas sim por dívida própria. A doutrina entende que no que concerne ao tutor em relação ao seu pupilo e ao curador em relação ao seu representado, a conclusão é a mesma: **não** tem ação regressiva, pois pagam por dívida própria, e não alheia.

Já o art. 928 do Código Civil prevê a responsabilidade subsidiária do incapaz, pelo sistema de equidade:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser **equitativa**, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. (grifo não original).

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 280.

<sup>13</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 281.

Afirma Rui Stoco que o legislador erroneamente se utilizou da expressão genérica “incapaz”, não fazendo distinção entre os absolutamente (apenas menores de 16 anos) e relativamente incapazes (menores de 18 e maior de 16 e as pessoas, os ébrios habituais e viciados em tóxico, aqueles que não podem exprimir sua vontade e os pródigos).<sup>14</sup>

Pela leitura da lei, compreende-se que ficou estabelecida a responsabilidade primária dos pais e responsáveis, quando o filho, tutelado e curatelado estiverem sob sua autoridade e companhia, e a responsabilidade subsidiária ou secundária dos incapazes em geral, pois só responderão pelos danos que causar se os seus responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não disponha de meios suficientes para cumprir a obrigação. Ou seja, não basta que os responsáveis imediatos não disponham de meios para eximir-se da obrigação, é fundamental que o incapaz disponha desses meios e que eles não lhe façam falta, ou não prive do necessário tanto o incapaz quanto seus dependentes.<sup>15</sup>

Quanto ao direito de regresso do empregador ao empregado, de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, art. 462, § 1º, somente se admite em caso de ocorrência de dolo ou culpa grave do empregado, e não em caso de culpa leve ou levíssima. Podendo naquele caso, o patrão efetuar o desconto em seu salário.

Dessa forma,

Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

Portanto, a ação regressiva estende-se aos empregadores em caso de dolo do empregado ou se houver sido acordado; aos tutores contra os tutelados que possam pagar sem se privarem do necessário; aos curadores contra os curatelados que se encontrarem na mesma situação referida dos tutelados; aos educadores e donos de hospedarias em geral, contra os educandos naquela situação e hóspedes, respectivamente; e aos representantes das pessoas jurídicas de direito público, em caso de dolo ou culpa de seus agentes. Exclui-se, assim, a

---

<sup>14</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 909.

<sup>15</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 909.

possibilidade de haver ação regressiva dos pais contra os filhos menores e dos tutores, curadores e educadores contra os incapazes que não puderem privar-se do necessário.<sup>16</sup>

## 2. CULPA DE TERCEIRO E EXCLUSÃO DO NEXO CAUSAL

### 2.1 Exclusão do nexo causal

Para Sérgio Cavalieri Filho, na responsabilidade civil, causas de exclusão do nexo causal são casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente.<sup>17</sup> Consiste, então, no comportamento do terceiro a causa exclusiva do resultado lesivo, excluindo a relação de causalidade com a exoneração do aparente responsável<sup>18</sup>, que não exerce comportamento voluntário, mas é mero instrumento de atuação do terceiro.

Se o agente tinha condições de prever a ocorrência do fato de terceiro e se omitiu em adotar qualquer comportamento, já não lhe será facultada a excludente.

Assim, o problema, em suma, consiste em saber se o fato de terceiro é ou não causa exclusiva do dano. Cumpre-lhe fazer esta prova. Alguns autores, como Mazeaud e Mazeaud<sup>19</sup>, entendem que o fato de terceiro só pode ser causa de exoneração, quando apareça como determinante única do resultado prejudicial, ou seja, só quando se apresente com as características da força maior, como quando a situação escape ao seu poder de direção, é que o fato de terceiro pode constituir causa de isenção. Para outros, no entanto, não é necessário que o fato de terceiro se apresente com os atributos da força maior, para ter efeito exonerativo.

### 2.2 Definição de terceiro

O termo terceiro deve ser compreendido de forma restrita. É um estranho ao autor e à vítima – alguém que com eles não mantenha qualquer forma de vínculo ou sofra influência – mas que culmina por se interpor na relação existente

---

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 280-286.

<sup>17</sup> CAVALIERI, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 2006, p. 89.

<sup>18</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novo Tratado de responsabilidade civil**. Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto, Nelson Rosendal – São Paulo: Atlas, 2015, p. 482.

<sup>19</sup> DIAS, JOSÉ DE AGUIAR. **Da responsabilidade Civil**. 11<sup>a</sup> ed. rev., atual de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 930.

entre eles, sendo o seu fato a causa exclusiva do evento. Trata-se o terceiro de pessoa individualizada, mas admite-se um indivíduo meramente determinável – basta provar, por prova testemunhal, por exemplo, que um terceiro se interpôs entre o agente e a vítima e produziu o dano.

José de Aguiar Dias elenca cinco pressupostos<sup>20</sup> do fato de terceiro. São eles:

- a) Causalidade: o fato de terceiro deve causar o dano;
- b) Inimputabilidade: o fato não pode ser imputável ao agente;
- c) Qualidade: qualidade de terceiro, ou seja, qualquer pessoa além da vítima e do responsável;
- d) Identidade: o fato de terceiro há de poder ser atribuído a alguém. Se o dano não pode ser atribuído a alguém, no sentido de ação humana estranha ao sujeito da relação vítima-responsável, não há fato de terceiro, mas caso fortuito ou de força maior;
- e) Illiceidade: se o fato de terceiro é causa exclusiva do dano, não há que indagar se é ou não ilícito, para considerar-se como causa de isenção. Ou seja, se há culpa exclusiva de terceiro na causação do dano, não importa se o ato é ilícito para se excluir o nexo de causalidade.

### 2.3 Fato de terceiro ou culpa de terceiro?

Cláudio Godoy, ao tratar do assunto na área consumerista, afirma que se deve compreender a expressão ‘culpa de terceiro’ de modo elástico, devendo até falar-se em fato de terceiro.<sup>21</sup>

Chaves, Braga Netto e Rosenvald entendem imprópria a adoção da expressão *culpa de terceiro*. O comportamento do terceiro não precisa ser culposo para afastar o liame causal. Basta que a sua conduta seja a causa necessária para o dano, a fim de que se exclua a obrigação de indenizar do aparente responsável, independentemente da aferição da licitude ou ilicitude do agir do terceiro. A culpa do terceiro só será determinante para a sua própria condenação nas hipóteses de adoção da teoria subjetiva, resultando evidente quando a lei ou o

---

<sup>20</sup> DIAS, JOSÉ DE AGUIAR. **Da responsabilidade Civil**. 11<sup>a</sup> ed. Ver., atual de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 927.

<sup>21</sup> **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009. Vários autores. (p. 159-165).

risco inerente à atividade atraia a aplicação da teoria objetiva, será despciendo averiguar a culpa do terceiro para fins de imputação da obrigação de indenizar.

## 2.4 Distinção entre fato de terceiro e caso fortuito ou força maior

Inicialmente, vale destacar que não se diferenciará neste trabalho qualificações referentes aos institutos caso fortuito e força maior. Não só porque não é o intuito deste artigo, mas também por adotar o entendimento de que os esforços despendidos em diferenciar os institutos são irrelevantes. Afinal, na aplicação ao caso concreto, caso fortuito e força maior se equiparam.

Posto isso, quando um fato externo ao comportamento do agente e de natureza inevitável produz um dano, sem que se possa atribuir esse resultado a alguém, mesmo não identificado, já não mais se trata de fato de terceiro e sim de força maior ou fortuito externo, a exigir a demonstração da inevitabilidade dos efeitos. O fato de terceiro distancia da força maior tão somente pela possibilidade de se identificar e individualizar o causador do dano.

Para Maurício Bunazar, a distinção entre os dois institutos – fato de terceiro e caso fortuito ou força maior – serve essencialmente para se reconhecer o fato de terceiro. Assim, só responde quando a conduta do terceiro viola o escopo de proteção.<sup>22</sup>

José de Aguiar Dias explica que há uma corrente que reconhece sempre o fato de terceiro ao lado do caso fortuito e da força maior como excludente de responsabilidade.<sup>23</sup> Mas a corrente da qual Dias se filia a admite apenas em determinadas condições. Assim, o fato de terceiro só exonera a responsabilidade quando realmente constitui causa estranha ao devedor, ou seja, quando elimine por completo a relação de causalidade entre o dano e a conduta. A questão envolve essencialmente o problema do nexu causal.

O nosso atual Código, assim como as codificações ligadas ao sistema francês, não mencionam com destaque o fato de terceiro, limitando-se à clássica referência ao caso fortuito ou de força maior. Pelo art. 930 da referida lei, encontra-se um sinal adverso ao reconhecimento amplo dos efeitos do fato de terceiro sobre a responsabilidade, no qual se consagra tão somente a ação regressiva

---

<sup>22</sup> Aula ministrada pelo Prof. Dr. Maurício Baptistella Bunazar na disciplina Responsabilidade Civil Extracontratual no Programa de Pós Graduação da Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito em 06 jun. 2018.

<sup>23</sup> DIAS, JOSÉ DE AGUIAR. **Da responsabilidade Civil**. 11<sup>a</sup> ed. Ver., atual de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 926.

contra ele, supondo a obrigação por parte do sujeito desse direito regressivo de reparar o dano.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Contudo, segundo o entendimento de Dias, o fato de terceiro há de revestir as características de caso fortuito ou de força maior, para todos os efeitos, a fim de servir como defesa ao devedor.<sup>24</sup>

A partir desses dados expostos, é possível distinguir a diferença entre caso fortuito e fato de terceiro. Para Dias, a assimilação de uma figura à outra decorre dos efeitos que ambas exercem sobre a responsabilidade. Mas o caso fortuito atua de maneira absoluta e o fato de terceiro de maneira relativa, no sentido de que aquela influi para a nulificação total da responsabilidade e esta para a sujeição do caso à responsabilidade adequada às qualidades ou capacidade e aos deveres do agente. As duas noções são, portanto, independentes.<sup>25</sup> Mas pondera ainda Dias que, para haver a equiparação entre os dois institutos, é preciso que o fato de terceiro exclua a causalidade em relação àquele que o invoca. Nesse sentido, a culpa exclusiva de terceiro se equipararia ao caso fortuito.

## 2.5 Efeitos do fato de terceiro

Já no tocante aos efeitos do fato de terceiro, há de distinguir os casos em que há ou não, presunção de responsabilidade contra o agente.

Ainda, se o dano se deve a uma só causa ou tem mais de uma causa. Se o dano ocorreu por fato do agente e o terceiro apenas interviu – ainda que culposamente – essa ação de terceiro não isenta o agente de indenizar. Para ser considerado excludente de causalidade, o fato de terceiro deve se manifestar como causa única de explicação dos danos, além de refletir comportamento completamente estranho ao aparente responsável.

<sup>24</sup> DIAS, JOSÉ DE AGUIAR. **Da responsabilidade Civil**. 11<sup>a</sup> ed. Ver., atual de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 927.

<sup>25</sup> DIAS, JOSÉ DE AGUIAR. **Da responsabilidade Civil**. 11<sup>a</sup> ed. Ver., atual de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 933.

Se há mais de uma causa, e não se tratar de responsabilidade contratual, cada um é obrigado pelo todo, resultando em responsabilidade integral do agente. Ou seja, retomam-se os arts. 930 e 942 do Código Civil, em que se reconhece o direito de regresso. Quando da concretude do caso ressaí que o fato de terceiro é apenas parcial, concorrendo com o fato do agente, caberá apenas eventual repartição de dano com a mitigação do valor da reparação, dentro da participação de cada qual para o resultado.

Se for contratual, a solidariedade não se presume, e cada um responde pela sua quota viril e só por ela, o que quer dizer que a intervenção do terceiro exonera apenas em parte o agente, em face da vítima, que é obrigada a dirigir a ação contra ambos.

Quando há presunção de responsabilidade de terceiro, o fato exonera integralmente o agente. Já quando há presunção de responsabilidade tanto do agente como do terceiro, a vítima pode agir indiferentemente contra um ou outro. O fato de terceiro não influi na responsabilidade em relação ao prejudicado. Há ainda a conjugação das três atividades, da vítima, do responsável e do terceiro. A solução a esse caso decorre da proporção das respectivas culpas. Porém a vítima pode, pela parte que lhe cabe, exigir, à sua escolha, de qualquer dos dois outros intervenientes, a indenização correspondente a dois terços.

Por último, há a situação em que a pessoa age sem interesse próprio, mas em virtude de um dever público. Ou seja, a pessoa é obrigada a desenvolver certa atividade em proveito de outra, frente a situações inesperadas, criadas por acontecimentos imprevisíveis. Nesse caso cada um só responde na proporção das suas próprias ações. **É preciso que o esforço por ele empregado em repelir tal atividade satisfaça o dever que ele tem de afastá-la.** Isto é, a responsabilidade do agente não pode emergir senão da atitude que envolva uma censura moral.

## 2.6 Código de Defesa do Consumidor

No regime do Código de Defesa do Consumidor, é ainda mais rígida a linha que autonomiza o terceiro da pessoa do agente.<sup>26</sup>

Para José Fernando Simão, em se tratando de fato do produto ou do serviço, os Arts. 13 e 14 do Código de Defesa do Consumidor expressamente mencionam

---

<sup>26</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novo Tratado de responsabilidade civil**. Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto, Nelson Rosendal – São Paulo: Atlas, 2015, p. 484.

que a responsabilidade independe de culpa. Em relação ao fato do produto ou do serviço, a responsabilidade é claramente objetiva. Para Arruda Alvim, a responsabilidade objetiva decorre do risco-proveito, enquanto que, para Nelson Nery e Rosa Nery, a responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor é fundada no risco da atividade. Realmente, o Código de Defesa do Consumidor não adota a responsabilidade do fornecedor pelo risco integral. Isso porque, expressamente, indica as excludentes de responsabilidade civil que rompem o nexo de causalidade e fazem desaparecer o dever de indenizar.<sup>27</sup>

Logo, por meio das presunções de culpa, o direito valeu-se de uma técnica pela qual o agente causador do dano é, em princípio, culpado e cabe a ele provar a ausência de culpa, sob pena de responder pelos prejuízos causados. Dessa forma, Simão afirma que o Código de Defesa do Consumidor absorve a ideia de responsabilidade objetiva, em razão da clareza da regra esculpida em seus Arts. 12 e 14.<sup>28</sup>

Quanto às defesas do fornecedor, estas estão previstas nos Arts. 12, § 3º e 14, § 3º da referida lei. A enumeração não esgota as possibilidades de o fornecedor exonerar-se da obrigação de indenizar, visto que a força maior e o fortuito externo igualmente são excludentes da responsabilidade. Assim, o prestador de serviços de transporte coletivo não estará obrigado a indenizar danos sofridos pelos passageiros em decorrência de um roubo perpetrado por terceiro. Afinal, a causa do defeito é estranha ao negócio do fornecedor, e assim, inelutável, inafastável, rompendo o nexo causal.<sup>29</sup>

O Código de Defesa do Consumidor expressamente elenca algumas situações, que se previstas, excluirão o dever de indenizar do fornecedor. São os denominados excludentes de responsabilidade. Como demonstra o próprio artigo, os excludentes constituem-se em *numerus clausus*, não admitindo qualquer interpretação extensiva, a semelhança do dano causado ao meio ambiente (lei 6.838/81) onde não são admitidos o caso fortuito e a força maior, como excludentes do dever de indenizar. A ocorrência de uma dessas hipóteses previstas na lei consumerista não significa que será alterada a natureza da responsabilidade civil, de objetiva para subjetiva. Mas, tão somente, a exclusão do dever de indenizar.

---

<sup>27</sup> **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: Saraiva, 2009. Vários autores. (p. 111-112).

<sup>28</sup> **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: Saraiva, 2009. Vários autores. (p. 122).

<sup>29</sup> **RESPONSABILIDADE CIVIL, V.4 – Indenizabilidade e direito do consumidor.** Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 411).

Nelson Nery assevera que essas causas, descritas pelo Código de Defesa do Consumidor em *numerus clausus*, na verdade excluem o nexo de causalidade entre o fato e o dano, de sorte a não ensejar o dever de o fornecedor indenizar. No sistema do referido Código, destaque-se novamente, não há que falar em conduta do fornecedor como elemento discriminador de dever de indenizar. Logo, a conduta dolosa ou culposa do fornecedor é absolutamente irrelevante para a configuração da responsabilidade pelos danos causados ao consumidor. Convém esclarecer que o inciso III, se refere a culpa exclusiva do consumidor, que por sua vez, não se confunde como culpa concorrente. Somente enseja a exclusão da reparação do dano, a culpa exclusiva do consumidor, caso haja culpa concorrente, persiste a responsabilidade objetiva do fornecedor.<sup>30</sup>

Assim, encontra-se na referida lei:

**Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos** decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado

§ 3º **O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:**

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - **a culpa exclusiva** do consumidor ou **de terceiro**.

[...]

**Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.**

<sup>30</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL, V.4 – **Indenizabilidade e direito do consumidor**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 490-491).

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

**§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:**

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu;

II - **a culpa exclusiva** do consumidor ou **de terceiro**.

(grifos não originais).

Note-se que tais excludentes, então, referem-se ou à não violação de uma norma ou erro de conduta, ou à falta de dano, ou ainda, à falta de nexo de causalidade entre o alegado do dano e a conduta do fornecedor.<sup>31</sup> É justamente pela falta de um de tais requisitos que o Código de Defesa do Consumidor – arts.12, § 3º, incs. I, II, III e 14, § 3º, incs. I, II, III – estabelece taxativamente quais as hipóteses em que o fornecedor não responderá por um acidente de consumo ou pelo vício de um produto/serviço. São elas: (a) comprovação de que o fornecedor não colocou o produto/serviço no mercado ou, (b) se o colocou, o defeito inexistiu; ou (c) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Admitem-se no § 3º do art. 12, do Código de Defesa do Consumidor, três excludentes que podem ser alegadas pelo fabricante, pelo construtor, pelo produtor ou pelo importador. Daí dizer-se que a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto na sistemática do Código é objetiva, conquanto mitigada. Referidas excludentes colocam-se como uma verdadeira necessidade em face da distribuição do risco entre consumidor e fornecedor, de modo a que seja mantido o equilíbrio no que diz respeito à responsabilização do fornecedor. Nessa linha, o posicionamento de Calvão de Souza estabelece que num claro propósito de alcançar uma justa repartição de riscos, correspondente a um equilíbrio de interesses entre o lesado e o produtor, a lei, longe de imputar a este uma responsabilidade absoluta, sem limites, prevê causas de exclusão ou redução de sua responsabilidade.

---

<sup>31</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL, V.4 – **Indenizabilidade e direito do consumidor**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 419).

Se há culpa exclusiva de terceiro, é irrelevante que haja ou não defeito do produto. O defeito não causou o dano. O simples fato de existir culpa exclusiva é suficiente para quebrar o nexo de causalidade necessário à responsabilização do fornecedor. O dano terá sido, nessa hipótese, causado pela culpa exclusiva.<sup>32</sup>

A culpa exclusiva de terceiro possui as mesmas características da culpa exclusiva da vítima, com algumas ressalvas. Em primeiro lugar, o terceiro a que se refere a eximente é aquele estranho à relação jurídica em exame, seja ela de consumo ou não, ou seja, o terceiro é aquele que não é partícipe da relação jurídica negocial, mas sofre os efeitos ou altera os resultados de tal relação. Por outro lado, faz-se necessário que a intervenção do terceiro tenha sido a exclusiva causa do dano, sem qualquer outra participação.<sup>33</sup>

É preciso destacar a exata identificação de quem é terceiro no acidente de consumo. Particularmente se discute se o comerciante, para fins de responsabilização dos fornecedores indiretos (art. 12), pode ser considerado terceiro. À conclusão de Cláudia Lima Marques, inclusive conforme jurisprudência que cita: “não é o comerciante terceiro, ao efeito de excluir a responsabilidade do fornecedor”.<sup>34</sup>

Para Nelson Nery, justifica-se, assim, a culpa exclusiva, como excludente da responsabilidade do fornecedor, apenas no caso de culpa de terceiro. Com efeito, tratando-se de terceiro, não teria sentido a culpa concorrente dele excluir a responsabilidade do fornecedor, porque isso redundaria em irreparável prejuízo para o consumidor.<sup>35</sup> Como sustenta Ada Pellegrini Grinover, a culpa exclusiva é inconfundível com a culpa concorrente, pois a primeira rompe o nexo de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso, dissolvendo-se a própria relação de responsabilidade, já a segunda apenas atenua a responsabilidade em virtude da concorrência de culpa.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL, V.4 – **Indenizabilidade e direito do consumidor**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 695-698).

<sup>33</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL, V.4 – **Indenizabilidade e direito do consumidor**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 505).

<sup>34</sup> **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009. Vários autores. (p. 159-165).

<sup>35</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL, V.4 – **Indenizabilidade e direito do consumidor**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (p. 724).

<sup>36</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª ed – São Paulo: Atlas, 2009, p. 68.

Cláudio Godoy afirma tratar-se mesmo de um imperativo de equilíbrio e de boa-fé, não se concebendo, ainda que o sistema seja protetivo do consumidor, que se carregue ao fornecedor a responsabilidade por danos cuja causa não lhe possa ser atribuída. Ou seja, as circunstâncias excludentes referem-se, basicamente, à inexistência de causalidade entre o fornecimento do produto ou do serviço e o dano experimentado pela vítima. Exime-se o fornecedor de qualquer responsabilidade se houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Melhor, desde que haja fato da vítima ou fato de terceiro. Não importa se a conduta do terceiro é voluntária, porque não importa mesmo se o terceiro é capaz.<sup>37</sup>

Impende relembrar que todo o pressuposto subjacente às eximentes está no rompimento do nexos causal que elas não de induzir. Significa dizer que, mesmo atribuindo-se a causa do evento à conduta de um terceiro, pessoa identificada – no que, conforme Caio Mário, o fato de terceiro se diferencia da força maior – cabe perquirir se o evento pode ser considerado ligado, ou não, ao fornecedor ou ao risco próprio da sua atividade. Noutros termos, impende analisar se o evento pode ser reputado externo ou se é interno.<sup>38</sup>

Mesmo se considerando o fato de terceiro uma circunstância eximente na redação do preceito dos arts. 12 e 14, § 3º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, nem sempre assim será. Se a conduta de terceiro, malgrado a causa única da eclosão do evento, colocou-se dentro do risco normal da atividade do fornecedor, sua responsabilidade persiste. Exemplo do transportador rodoviário que queira eximir-se de sua obrigação de indenizar prejuízos provocados ao passageiro em um acidente dizendo que ele ocorreu em virtude de uma fechada sofrida, assim atribuível a um terceiro. Típico caso de risco de atividade, em que, ademais, a interpretação da legislação consumerista se coloca em perfeita sintonia com a previsão do art. 735 do Código Civil, quando na responsabilidade contratual.<sup>39</sup>

Aliás, o art. 735 do Código Civil e a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal tratam do caso da responsabilidade contratual do transportador, mesmo que o dano causado seja oriundo de culpa de terceiro, como assim, dispõem: “Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva” e “Súmula

---

<sup>37</sup> **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: Saraiva, 2009. Vários autores. (p. 159-165).

<sup>38</sup> **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: Saraiva, 2009. Vários autores. (p. 159-165).

<sup>39</sup> **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: Saraiva, 2009. Vários autores. (p. 159-165).

187. A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

## **CONCLUSÃO**

Portanto, em relação à responsabilidade por fato de outrem compreende-se, como Pontes de Miranda, de que os responsáveis indiretos não respondem por culpa de outrem, mas pela ação de outrem.

Pela teoria do risco adotada pela atual codificação civil, há de se questionar a ideia de que se os pais colocam filhos no mundo, eles assumem o risco de que na atividade deles, surjam danos. Em razão de que, em questão de filiação, são delicados e muito subjetivos os entendimentos por tratarem-se de direitos pessoais que se baseiam na afetividade, devendo-se, portanto, tomar cuidado ao justificar a responsabilidade exclusivamente com base na ideia do risco.

No tocante à exclusão do nexos causal por fato de outrem, adota-se o posicionamento pela expressão “fato de terceiro” em detrimento de “culpa de terceiro”, pelos entendimentos já expostos anteriormente. Destacam-se também, os pressupostos elencados por José de Aguiar Dias sobre o fato de terceiro.

Conclui-se, assim, que o terceiro, apesar de ser um estranho à relação estabelecida entre agente e vítima, é figura de grande relevância para o direito em matéria de responsabilidade civil extracontratual, por caracterizar-se de escusa ao agente pela excludente de causalidade. Afinal, sem nexos causal não há responsabilidade civil que se sustente.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Revogado pela Lei nº 6.697 de 1979. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Revogada pela Lei nº 10.406 de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)> Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8078](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078)> Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm)> Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Súmula 341. Supremo Tribunal Federal. Aprovada pela Sessão Plenária em 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2478>> Acesso em: 19 jun. 2018.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11ª ed. Ver., atual de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias - Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. V.7 São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novo Tratado de responsabilidade civil**. Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto, Nelson Rosendal - São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159-285.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 141-233.

RESPONSABILIDADE CIVIL, V.4 – **Indenizabilidade e direito do consumidor**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

**Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009. Vários autores.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2ª ed – São Paulo: Atlas, 2009, p. 66-78.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

# RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA TABAGISTA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA

*Liability of the tobacco industry:  
a critical analysis of jurisprudence*

Paulo Sérgio Romero Vicente Rodrigues<sup>1</sup>

**ÁREA:** Direito civil. Responsabilidade civil.

**RESUMO:** Este trabalho acadêmico aborda o tema: **Responsabilidade civil da indústria tabagista: uma análise crítica da jurisprudência.** O entendimento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça, e que influencia demais tribunais estaduais, é o de que a indústria tabagista não é civilmente responsável pelos danos sofridos pelos fumantes. Estará essa posição conforme a Constituição Federal, que estabelece o direito à saúde? Estará conforme a política de defesa do consumidor? Será mesmo que não há nexos causal entre a conduta da indústria tabagista, que conscientemente coloca no mercado um produto com drogas viciantes, e as consequências nefastas na saúde do usuário? Há julgados de tribunais estaduais que vislumbram a presença de todos os requisitos necessários para a indenização. Se, por um lado, há hierarquia entre os tribunais, no aspecto acadêmico não há, prevalece a ciência. Pretende-se confrontar os argumentos dos julgados a favor e contra e ver quais estão conforme a doutrina.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil. Indústria tabagista. Nexos causal. Jurisprudência. Crítica.

**ABSTRACT:** This academic work deals with the theme: **“Liability of the tobacco industry: a critical analysis of jurisprudence”**. The understand-

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito TJSP. Doutorando em Direito civil pela USP. Mestre em Direito civil pela UNESP. Graduado em Direito pela USP. Professor de Direito Civil e Processo Civil.

ding that prevails in “Superior Tribunal de Justiça”, and that influences the other courts, is that the tobacco industry is not civilly responsible for the damage suffered by smokers. This position will be in accordance with the Federal Constitution, establishing the right to health? Does it comply with the consumer protection policy? Is there really no causal link between the conduct of the tobacco industry, which consciously puts on the market a product with addictive drugs, and the harmful consequences on the user’s health? There are judgments of state courts that see the presence of all the necessary requirements for compensation. If, on the one hand, there is hierarchy between the courts, in the academic aspect there is not, science prevails. It is intended to confront the arguments of the judges for and against and see which are in accordance with the doctrine.

**KEYWORDS:** Civil responsibility. Tobacco industry. Causal link. Jurisprudence. Criticism.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Análise crítica da jurisprudência. 1.1 Os julgados. 1.2 Crítica ao primeiro julgado. 1.3 Crítica ao segundo julgado. 1.4 Crítica ao terceiro julgado. 1.5 Julgados dos tribunais de justiça. 1.6 Nexo causal. 1.7 Presunção de causalidade. 1.8 Contrapropaganda: outra vitória da indústria. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda relevante tema - responsabilidade civil - com a pretensão de questionar se a jurisprudência está conforme a doutrina. Naturalmente que a reponsabilidade civil é tema amplíssimo, daí o necessário recorte: da indústria tabagista.

Dois institutos: a responsabilidade civil e a jurisprudência que vivenciaram grandes mudanças nos últimos tempos.

No Código Civil de 1916, pouco se tratou do tema porque não era algo tão presente no mundo fático, todavia, durante o último século, a matéria ganhou muito relevo, principalmente com o reconhecimento do dano moral. Cada vez mais comum, demandas em que o pedido do provimento jurisdicional principal vem acrescido de pretensão de compensação por ofensa a direitos de personalidade. Ao lado da evolução doutrinária do tema, evoluiu a jurisprudência que

era um norte, respeitado o princípio do livre convencimento do juiz, agora é uma obrigação.

Aliás, a jurisprudência é o objeto da crítica deste trabalho. Rodrigues Junior (2012) relata que, nos meios jurídicos franceses, a tradição de crítica da jurisprudência na dogmática é antiga e respeitada. Informa que, nas revistas jurídicas tradicionais, há espaço para o desenvolvimento de posições contrárias de acórdãos e de tendências pretorianas. Acrescenta que os professores e pesquisadores universitários atacam com termos fortes a jurisprudência; usar expressões como “o tribunal errou” são comuns.

Oportuno lembrar a vinculação cada vez maior dos julgados, limitando a liberdade do julgador. Talamini (2016) lembra que isso começou nos anos 60, nos pronunciamentos do STF, em controle direto de constitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, e se sedimentou nos anos 90, com a multiplicação de instrumentos para tornar a decisão judicial obrigatória ou vinculativa. E, hoje, fala-se em precedente obrigatório, precedente vinculante.

Em se tratando da responsabilidade civil da indústria tabagista, já há julgados do Superior Tribunal de Justiça negando a indenização. Estará a jurisprudência seguindo rigorosamente os requisitos doutrinários? Prevalece no STJ o entendimento de não se responsabilizar a indústria do tabaco pelos danos causados pelos efeitos do fumo. É o que se constata dos julgamentos dos REsp 1.009.591-RS, REsp 1.113.804 e REsp 886.347-RS, todos negando indenização, por um argumento ou outro.

Lopez (2008, p.15) defende que a liberdade de fumar é um direito humano tanto quanto a liberdade de não fumar e cabe ao Estado tornar harmônicas estas duas liberdades e não praticar um higienismo estatal, de forma que não cabe ao Estado se intrometer na vida privada das pessoas, ocupando o lugar da família, formando uma sociedade de eternas crianças.

Apesar da respeitável opinião, a questão não é de individualidade, não é pessoal do fumante, é “questão de tamanha envergadura para a Saúde Pública e Defesa da Cidadania e do Consumidor” como entendeu o Des. Caetano Lagrasta Neto (Apelação Cível com Revisão, nº 349.261-4/5-00, Tribunal de Justiça-SP). Segundo Marshall Shapo (2004, p. 32), professor da Northwestern University, nos Estados Unidos a responsabilidade civil é questão de direito público disfarçada de direito privado.

Todavia, é preciso rever a jurisprudência. O custo desse entendimento é muito caro para a nação. Dados estatísticos do Instituto Nacional do Câncer, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, mostram que, enquanto recolheu-se R\$ 13

bilhões de impostos em 2015, com o cigarro, no mesmo ano gastou-se R\$ 56,8 bilhões; sendo R\$ 39,4 bilhões com o tratamento de câncer, mais R\$ 9,9 bilhões como custos indiretos decorrentes de morte prematura, e outros R\$ 7,5 bilhões de redução ou perda da capacidade laboral dos fumantes. Mesmo que o balançete fosse economicamente favorável, está se tratando de vidas humanas e não de números.

Enquanto prevalece o entendimento de que o cigarro é um produto de periculosidade inerente, não se pode ignorar, segundo Lagrasta Neto (2008), que “o cigarro é um problema de saúde pública, inclusive devendo-se responsabilizar o Estado pelos danos causados pelo fumo, haja vista o dano social que se verifica no hábito de fumar; [...]a imposição social do fumo no passado[...]”.

Não é inoportuno lembrar que o conceito de função social tem sido inserido e ampliado em muitos institutos jurídicos (propriedade, contrato, trabalho etc.). Também comete ato ilícito o titular de um direito que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes (art. 187 do Código Civil). O presente trabalho pretende demonstrar a existência do excesso da indústria, seja pelo *marketing*, pela atuação agressiva no mercado, direcionamento para jovens, propagandas enganosas, manipulação da quantidade de drogas no produto, para gerar vício e consequentemente consumo. Difícil sustentar fins sociais, boa-fé e bons costumes na indústria de cigarros. O melhor que se pode é lembrar da geração de empregos, mas as consequências para a saúde pública são tão nefastas, que é difícil crer que haja mesmo vantagens sociais. Dizer “sucesso” por causa do vício é ofender grosseiramente a boa-fé. Finalmente, o cigarro tem sido objeto de exclusão da vida social, por leis restritivas de locais de fumo. A Lei Federal nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, proibiu a publicidade de cigarros em meios eletrônicos, ficando limitada basicamente aos pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda. E a Lei Federal nº 9.294, de 15 de julho de 1996, impôs restrições aos comerciais de cigarro e ao uso em recinto coletivo fechado.

Até o ano de 2000, quando a proibição entrou em vigor, a empresa Souza Cruz já havia gasto R\$ 347.000.000,00 em propaganda, informa Ferreira (2010).

Mesmo respeitada a liberdade, a jurisprudência não está isenta de críticas do próprio Poder Judiciário. Pasqualotto (2019) vislumbra mais um capítulo dessa novela, um julgado recente do TJ-RS, que contraria a jurisprudência do STJ, num caso em que foi feita a produção de provas do nexos causal, que o Tribunal da Cidadania defendeu carecer. Diz o professor da PUC-RS que na certidão de óbito também constou como *causa mortis* o tabagismo. Ainda em vida, o finado

promoveu uma produção antecipada de prova, onde a perícia constatou que ele padecia de doença broncopulmonar obstrutiva crônica que, segundo pesquisas, 87,5% dos casos têm como causa o tabagismo. Este percentual ensejou “um juízo de séria probabilidade”, e com isso houve a condenação de 85% do dano. Outra inovação do julgado gaúcho, afirma, foi a aplicação da teoria da cota de mercado - *market share liability* - pela qual a sucumbente responderá pela participação que detinha no mercado durante o tempo em que a vítima fumou. Essa a maneira para contornar a dificuldade de provar a marca consumida pelo falecido. Outro confronto da jurisprudência foi admitir que quem se inicia no vício do cigarro aos 13 anos de idade não tem livre-arbítrio. Termina questionando se o julgado, solidamente fundamentado, terá o condão de alterar a posição da Corte Superior.

## **1. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA**

### **1.1 Os julgados**

O Superior Tribunal de Justiça analisou a questão da responsabilidade civil da indústria tabagista em três oportunidades: REsp 1.009.591-RS, REsp 1.113.804-RS e REsp 886.347-RS, e, nas três, negou direito à indenização.

No REsp 1.009.591-RS, conforme Acórdão do STJ, a Terceira Turma reconheceu a prescrição quinquenal do CDC.

No REsp 1.113.804-RS, conforme Informativo de Jurisprudência nº 0432 do STJ, o falecido era tabagista desde a adolescência, em meados de 1950, e foi diagnosticado em 1998 como portador de doença broncopulmonar obstrutiva crônica e enfisema pulmonar. Após anos de tratamento, faleceu em 2001, em decorrência de adenocarcinoma pulmonar. Os familiares, esposa, filho e netos, pediram compensação por danos morais. Prevaleceu o entendimento de que quando ele começou a fumar não havia obrigação legal de advertir dos possíveis riscos a que o fumante estava se expondo. Consta que o cigarro se classifica como produto de periculosidade inerente (art. 9º, do CDC) de ser fator de risco de diversas enfermidades, mas não se revela produto defeituoso (art. 12, §1º, do mesmo código) ou de alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança, esse último de comercialização proibida (art. 10 do mesmo diploma). O julgado diz que o artigo 220, §4ª da CF/88 chancela a comercialização do cigarro, apenas lhe restringe a propaganda. Afirma que, antes do CDC e da

Lei 9.294/96, não existia o dever jurídico da informação que determinasse à indústria do fumo conduta diversa daquela que praticara por décadas. Disse o julgador que isso já era o bastante para a improcedência da pretensão. Todavia, a se levar em conta a teoria do dano direto e imediato acolhida no direito civil brasileiro (art. 403 do CC/2002 e art. 1.060 do CC/1916), não havia prova científica da causalidade necessária, direta e exclusiva entre o tabaco e o câncer. Diz que há apenas fatores de risco entre eles, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool e o modo de vida sedentário ou estressante. Não sendo possível dimensionar o quanto o cigarro foi relevante para o falecimento, a proporção causal existente entre eles, não há nexos causal juridicamente satisfatório. Acrescenta o informativo que somente as estatísticas robustas não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de morte supostamente associada ao tabagismo.

No REsp 886.347-RS, segundo o Informativo 0436 do STJ, a Quarta Turma entendeu que, diante das advertências sobre os malefícios provocados pelo fumo, estampadas de forma explícita nos maços de cigarro, a partir de 1988, o autor da ação teve livre arbítrio para escolher o hábito de fumar. E mais, o laudo pericial era conclusivo de que não se pode comprovar a relação entre o tabagismo desenvolvido pelo recorrido e o surgimento de sua enfermidade (tromboangiíte obliterante – TAO ou doença de Buerger). Assim, entendeu estar ausente o nexo causal.

## **1.2 Crítica ao primeiro julgado**

No REsp 1.009.591-RS, foi vencedora, por 3 votos contra 2, a tese da prescrição quinquenal do CDC, seguindo a jurisprudência da 2ª Seção do STJ.

Houve ressalva do entendimento diverso da Relatora Min. Nancy Andrighi, que fez constar na própria ementa que deveria ser aplicada a prescrição vintenária do CC/16, mais favorável ao consumidor, em respeito ao mandamento constitucional de proteção do consumidor e ao diálogo das fontes.

O Tribunal de origem, TJ-RS (Apelação Cível, nº 70018322149, Quinta Câmara Cível, Relator Paulo Sérgio Sarparo, j. 11/04/2007), entendeu que podia ser aplicada a responsabilidade aquiliana regulada pelo Código Civil, com prazo vintenário do art. 177, do CC/16.

A Relatora do REsp 1.009.591-RS asseverou que, apesar do pedido inicial fazer algumas referências ao CDC, a lei consumerista não exclui a aplicação de ou-

tras leis ou normas compreendidas no sistema geral de defesa do consumidor. Tal sistema é composto pelo CDC, mas também pelo CC. A Relatora cita a doutrina (MARQUES, 2013, p. 185): “o CDC é um sistema permeável, não exaustivo, daí determinar o art. 7º que se utilize a norma mais favorável ao consumidor; encontre-se ela no CDC ou em outra lei geral, lei especial ou tratado do sistema de direito brasileiro”.

Prosseguindo neste raciocínio, a Ministra afirma que não é o CDC que limita o CC, mas o próprio CC que dá base e complementa o CDC, de modo que o mais favorável ao consumidor deve ser aplicado, não necessariamente a lei especial. Todas as normas devem dialogar em busca de cumprir o mandamento constitucional de fazer prevalecer a proteção do hipossuficiente na relação de consumo.

Este trabalho ousa divergir da tese vencedora do julgado. Irrelevante o fato de haver menção ao CDC no pedido inicial, já que ao julgador cabe aplicar a lei ao caso concreto: *jura novit curia; da mihi factum, dabo tibi jus*.

Tartuce (2011) lembra que as normas jurídicas não se excluem, apenas porque pertencentes a ramos jurídicos distintos, mas se complementam. Trata-se da teoria do diálogo das fontes, onde haveria um sentido de complementaridade ente o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, sobretudo nas matérias de direito contratual e de responsabilidade civil.

Ao dissertar sobre a responsabilidade pós-contratual, Donnini (2004, p. 85, 130 e 131) diz que a doutrina e jurisprudência alemãs criaram a *culpa post pactum finitum*, onde deveres de boa-fé permanecem após o cumprimento do contrato. Diz que o §144 do *BGB* obriga o vendedor a dar informação adequada sobre a coisa vendida e que pelo § 242 do mesmo *BGB* o contratante se responsabiliza pelos efeitos não determinados pelos contratantes, surgindo a responsabilidade pós-contratual. Reconhecer que há obrigações que se prolongam no tempo, após o exaurimento do contrato, é postergar o termo inicial da prescrição.

Fosse aplicada a Magna Carta no caso concreto, art. 5º, inciso XXXII, e art. 170, inciso V, com efetiva proteção do consumidor, sem esquecer da dignidade da pessoa humana, e o mérito poderia ser apreciado. O legislador, constitucional e do microsistema, pretende ampliar a proteção do consumidor, não restringir a lei especial. Mesmo que se busque na razoabilidade e proporcionalidade, não se pode permitir que prevaleça a especialidade da lei sobre a proteção do consumidor.

### 1.3 Crítica ao segundo julgado

Da mesma forma que o julgado anterior, este feito foi improcedente em primeiro grau, sendo provida a apelação pelo TJ-RS. Na ementa do Acórdão reformado consta:

Responsabilidade da requerida caracterizada. Situação em que pôs à venda produto reconhecidamente nocivo à saúde sem informar adequadamente o consumidor a respeito dos riscos inerentes à mercadoria, entre os quais se incluem a dependência química e a probabilidade de desenvolvimento de várias moléstias.

A decisão do STJ afirma que não é possível aplicar princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico a fatos imputados à indústria tabagista ocorridos em décadas pretéritas, antes das legislações restritivas, e do dever legal de informar. Também nega que a propaganda e o *marketing* retirem o livre-arbítrio. Diz também que não havia nenhuma norma jurídica que impusesse dever à indústria de informar, de sorte que não houve ofensa à boa-fé. Assevera que não é o caso de responsabilização por não estar presente o nexo causal, aplicada a “teoria do dano direto e imediato”, “teoria do nexo causal direto e imediato” ou “teoria da interrupção do nexo causal” vigente (art. 403, CC/02 e art. 1.060, do CC/16). E continua reconhecendo-se a possibilidade de que, se vários fatores contribuíram para o resultado, elege-se apenas aquele que se mostra a causa necessária do dano e a ciência médica apenas se limita a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, de sorte que, somente no caso concreto, se fosse possível determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio (morte), poder-se-ia estabelecer um nexo causal juridicamente satisfatório. São estas, resumidamente, as razões do provimento do Recurso Especial.

A decisão do STJ afirma que não é possível aplicar princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico a fatos imputados à indústria tabagista ocorridos em décadas pretéritas, ocorridos antes das legislações restritivas, e do dever legal de informar.

Se por um lado o governo desconhecia os malefícios do tabaco, e demorou algumas décadas para obrigar a divulgação de tais males, eles já eram conhecidos da indústria de longa data, como ficou demonstrado no processo que os Estados

Unidos promoveram contra onze indústria do tabaco<sup>2</sup>. A sentença estadunidense reconheceu que fumar cigarros causa doenças, sofrimentos e morte, o que é reconhecido internamente pela indústria (conforme documentos sigilosos internos) há décadas e negado publicamente. A indústria, consta da decisão, já em 1953 começou a acumular provas da relação fumo-câncer. A partir da década de 60 a comunidade científica internacional já havia chegado à conclusão que era apropriado advertir a população das fortes evidências do nexo causal entre fumo e câncer, embora ainda não houvesse certeza científica, e tais documentos estavam na posse da indústria. No processo, há cartas de diretores da indústria tabagista (prova documental) de que corriam riscos de descoberta e acusação de que estavam fazendo campanhas falsas e enganosas apenas para vender cigarros. Documentos internos arquivados pela indústria tabagista eram ocultados do público e a indústria fazia propaganda no sentido contrário. Texto de documento interno da BATCo<sup>3</sup>, de 1959, relatava que abaixar o teor de nicotina destruiria a dependência, portanto não era interessante para as indústrias. Em 1962, já havia dezenas de estudos científicos mostrando a relação fumo câncer, conhecidos da indústria. As campanhas das indústrias de tabaco começaram conjuntamente na década de 50 negando e deturpando a relação tabaco doenças, embora isso fosse contrário aos documentos internos que tinham. Diversos documentos internos demonstraram que a indústria tabagista empreendia pesquisas científicas sobre as consequências do fumo para a saúde, desde a década de 60, e tinha medo do impacto da divulgação dos resultados e consequências em litígios judiciais. Os pesquisadores financiados pela indústria eram proibidos de divulgar ou debater publicamente os resultados de seus estudos. Na década de 60, era mantido um laboratório conhecido por *Mouse House*, onde eram verificados os efeitos maléficos em ratos expostos à fumaça. Em 1970, uma divergência entre o presidente da Philip Morris e os cientistas encerrou o laboratório. Vinte e seis cientistas foram demitidos. Documentos de 1980 afirmam que verbas estavam sendo cortadas do fundo de pesquisas, porque “estava chegando perto demais de certas coisas”. Provas testemunhais do processo em tela demonstraram que os pesquisadores temiam pela segurança física pessoal e da família, por isso se mantiveram “fiéis e firmes” quando testemunharam na década de 90. Na sentença, a juíza estadunidense diz que testemunhas foram silenciadas no passado. No processo, foram confrontadas entrevistas antigas de TV, dos presidentes das indústrias, em face de documentos internos que eles ocultavam na época, que tinham resultados desfavoráveis de pesquisas científicas. Numa dela, o presidente da Philip Morris Joseph negava que

<sup>2</sup> Caso: Estados Unidos *versus* Philip Morris.

<sup>3</sup> A mesma BAT que controla a “brasileira” Souza Cruz.

o cigarro fizesse mal para gestantes, quando já havia provas de que os bebês de gestantes fumantes nasciam menores. Quando o governo americano, na década de 70, apresentava algum questionamento sobre danos causados pelo cigarro, os fabricantes tinham muitos argumentos científicos, causando dúvidas e desautorizando qualquer pesquisa oficial. Quando o Congresso americano, nos anos de 1982 e 1983, quis rotular os produtos de tabaco, apareceram 39 testemunhas, cientistas contrários às propostas da lei. Eram consultores científicos da indústria do tabaco. Uma carta do Gerente de Relação Pública de uma indústria, de 1990, para diretor de escola e aluno, negava prova científica de doença crônica associada ao fumo. Até 2005, os réus (indústria tabagista) não admitiam publicamente as sérias consequências do fumo para a saúde, que há décadas eles já conheciam. A sentença concluiu que de 1953 à 2000 todas as indústrias, sem exceção, negaram, de má-fé, a existência de qualquer efeito nocivo do fumo para a saúde.

O julgado supra, do TJ-RS, não é o único a reconhecer como válida a investigação produzida no caso Estados Unidos *versus* Philip Morris e outros. O Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação com Revisão nº 379.261-4/5-00, Relator Joaquim Garcia) considerou válida a prova ali produzida, e divulgada pela mídia de que os estudos revelaram ocultação dolosa de informações desde a década de 1950.

Omitir informações e dados relevantes significa que o fornecedor age com intenção de enganar, não sendo possível dizer que ele não sabia, pois o ato de falsear não comporta excludente de responsabilidade, até porque, ao inserir bem no mercado, o fornecedor deve ter o prévio conhecimento técnico e/ou científico do que está sendo comercializado, sustenta Bolwerk (2009, p. 119).

Portanto, patente que a indústria é responsável pela epidemia tabagista e atua em conjunto e coordenadamente para enganar a opinião pública, comunidade de saúde, consumidores e Poder Público.

Os princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico são conhecidos há longa data pela indústria tabagista, muito antes das legislações restritivas, e do dever legal de informar. Tanto conhecido que a realidade foi ocultada dolosamente.

A Juíza Kessler também analisou o *marketing* desde os anos 50, voltado para jovens, que garantisse o futuro econômico da produção, por longos anos de consumo. O *marketing* também não foi aleatório, foi baseado em pesquisas. A sentença afirma que restou provado que as preferências dos jovens eram monitoradas, e foram gastos enormes recursos com isso. Tudo para incentivar o jovem a começar a fumar e continuar fumando. Os investimentos incluíam seminários para representantes de vendas, patrocínios de times de esportes, bolsas de es-

tudos para jovens, concurso de beleza: “Miss Adolescente Negra”, tudo voltado para fazer o jovem fumar. Documentos com detalhes estavam no processo. Memorando propunha “incorporar imagens típicas de vídeo games ao *design* dos maços (apelo jovem)”. Buscavam temas relevantes para a juventude, como independência, vigor, rebeldia, amor à vida, aventura, confiança, autor-afirmação e atitude. O cigarro era apresentado aos jovens como uma forma de entrar no mundo adulto. O cigarro era associado como algo relacionado com crescimento e maturidade. Dentre a técnica estava anunciar o cigarro junto com outros produtos para jovens, com o vídeo game, bicicleta, revistas para jovens, competições de jovens, concursos de esportes em escolas secundárias, brinquedos em parques de diversões, quiosques com produtos para jovens, shows artísticos, eventos automotivos, etc. Tudo provado, segundo a decisão. Está em relatórios e memorandos das indústrias tabagistas. E, mais, documentos indicam que até 28.000 amostras grátis de cigarros foram distribuídas para eventos de jovens. Certas marcas de cigarro voltadas para o público jovem eram mais baratas. Foram remetidos para milhões de jovens, por mala direta, cupons, camisetas, produtos esportivos, canecas e revistas, todos promovendo o cigarro. Também foram enviados cigarros pelo correio, sem se saber qual a idade do destinatário, apenas que era jovem. Documentos internos sugerem, diz o julgado americano, que supostos programas de prevenção do tabagismo entre jovens, da indústria do tabaco, eram mais de publicidade, relação pública, do que eficiência ou efetividade. A sentença estadunidense afirma que a maioria dos novos fumantes tem menos de 18 anos e um quarto deles menos de 10 anos de idade. Apesar da prova robusta da direção do *marketing* para o jovem, as declarações públicas da indústria tabagista sempre foram em sentido contrário, consoante entrevistas de representantes dos fabricantes. A sentença concluiu que as provas eram claras e convincentes que os réus, fabricantes de cigarro, esforçaram-se para vender seus produtos para menores de 21 anos, embora, constante e desonestamente, negassem em público tais práticas, com pose de moralistas.

A Lei Federal 9.294, de 15 de julho de 1996, que impôs restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, diz textualmente que a propaganda não pode ser associada à prática de atividades esportivas, ao êxito na sensualidade e não pode incluir participação de crianças ou adolescentes. Também proíbe a venda por via postal, a distribuição de qualquer tipo de amostra ou brinde, a visita promocional em estabelecimento de ensino, a comercialização em estabelecimento de ensino e a venda a menores de 18 anos. Dentre as mensagens sobre os malefícios do fumo, estão: “fumar na gravidez prejudica o bebê”, “em gestantes, o cigarro provoca partos prematuros, o nascimento de crianças com pessoa

abaixo do peso normal e facilidade de contrair asma”, dentre outras. De onde terá tirado legislador brasileiro tais ideias? Com certeza baseado em alguma informação do que era feito pela indústria tabagista, senão a lei não teria razão de ser. A lei foi feita para combater algo de concreto. De qualquer forma, esta lei veio ratificar diretrizes gerais trazidas pela CF/88 e pelo ECA/1990 quanto à proteção integral da criança e do adolescente.

A indústria brasileira ré no processo em testilha é a Souza Cruz S/A. Consta no seu sítio virtual que foi fundada em 1903. Em 1914, foi transformada em uma Sociedade Anônima e passou a ser controlada pelo Grupo BAT. Em 1916, lança a Revista Souza Cruz, publicação mensal com cronistas e escritores conceituados, veiculada até 1935. E, em 1927, já havia inaugurado várias fábricas em vários Estados e estava em plena expansão. Em 1931, lançava a marca Hollywood. Em 1974, criava seu primeiro centro de pesquisas e desenvolvimento da companhia no Rio de Janeiro. Em 2000, cria a OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, sem fins lucrativos, para desenvolver, em nível nacional, um modelo sustentável de agricultura familiar, estimulando o empreendedorismo rural nos jovens no campo. Em 2007, cria Centros de Pesquisa em Cachoeirinha, um dos maiores e mais avançados do mundo. É o que a Souza Cruz S.A. divulga no seu endereço virtual.

O Grupo BAT, que controla 97,7% da empresa de tabaco brasileira, é a *British American Tobacco*, também segundo seu sítio oficial. Não haverá nenhuma relação da indústria brasileira de tabaco com o histórico das indústrias americanas de tabaco? Não houve propaganda e *marketing* direcionado para anular o livre-arbítrio do consumidor brasileiro, mas só o consumidor norte-americano? A indústria brasileira desconhecia pesquisas? As ocorrências e doenças dos fumantes brasileiros são diferentes dos fumantes norte-americanos? Os cigarros são diferentes?

O julgado do STJ foi extremamente formalista, já que os fatos públicos e notórios independem de prova. O Acórdão diz que não havia nenhuma norma jurídica que impusesse dever à indústria de informar, de sorte que não houve ofensa à boa-fé. Conhecendo melhor a postura da indústria tabagista no incidente, não se pode sustentar boa-fé, muito pelo contrário, a má-fé era patente.

A indústria brasileira é controlada pela *British American Tobacco* desde 1914. Publicou revista com escritores conceituados, cresceu como nenhuma outra, e crescimento exige estratégia, pesquisa, investimento. A indústria brasileira, em 1931, lançou a marca Hollywood, demonstrando seu vínculo com a indústria americana. Criou centro de pesquisas e organização voltada aos jovens. Difícil

sustentar a boa-fé, a inocência da indústria brasileira, o desconhecimento dos fatos conhecidos pela indústria norte americana e ignorar a manipulação do consumidor. *O modus operandi* é o mesmo.

Finalmente o Acórdão diz que, aplicada a teoria dos danos diretos e imediatos, vigente na lei atual e na anterior, época dos fatos, não estava presente o nexos causal, portanto não era o caso de responsabilização civil. Neste Recurso Especial, e no seguinte, também não foi admitido o nexos causal, de forma que, a ausência do nexos causal será criticada conjuntamente.

#### **1.4 Crítica ao terceiro julgado**

No REsp 886.347-RS, a Quarta Turma entendeu que, diante das advertências sobre os malefícios provocados pelo fumo, estampadas de forma explícita nos maços de cigarro, a partir de 1988, o autor da ação teve livre arbítrio para escolher o hábito de fumar. E mais, o laudo pericial era conclusivo de que não se pode comprovar a relação entre o tabagismo desenvolvido pelo recorrido e o surgimento de sua enfermidade (tromboangeíte obliterante – TAO ou doença de Buerger). Assim, entendeu estar ausente o nexos causal.

O requerente começou a fumar nos idos de 1988. A requerida no processo em testilha é a mesma do feito anterior, Souza Cruz S.A. O processo foi julgado procedente em primeiro e segundo graus, sendo provido o Recurso Especial. A sentença menciona dados revelados com a abertura de arquivos secretos da indústria fumageira Norte-Americana, tendo o TJ-RS entendido não haver irregularidades, pois são tidos como fatos notórios. No Acórdão do TJ-RS, consta que o livre arbítrio não serve para afastar o dever de indenizar, pelas mesmas razões que não se presta para justificar a descriminalização das drogas. E mais, que o homem precisa ser protegido de si mesmo, mormente porque os produtos da ré podem minar a capacidade de autodeterminação. Quanto a invocação do exercício regular de um direito, mesmo sendo uma atividade lícita, o julgado do sul diz que, para que haja responsabilização civil, a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, apenas deve causar danos. O tribunal de origem reconhece a existência do nexos causal, amparado na literatura médica unânime, que afirma que a doença Tromboangeíte Obliterante se manifesta apenas em fumantes. Finalmente, o TJ-RS reconhece a culpa concorrente, a parcela de responsabilidade do autor, em continuar fumando apesar de doente, o que reflete no valor da indenização.

A questão do livre arbítrio já estava bem equacionada em primeiro e segundo graus, com amparo nos dados hoje públicos revelados com a abertura de arquivos secretos da indústria tabagista Norte-Americana, aqui referidos no tópico anterior. O autor fora advertido pelos médicos e não conseguira parar de fumar, depois sofrera amputações, o que demonstra que ele não tinha o controle da situação e precisava ser ajudado. O vício era maior que suas forças.

O julgado comportaria aprofundamento na questão do exercício regular do direito e da licitude da indústria, na aplicação do parágrafo único do artigo 927, todavia, diante dos limites deste trabalho, neste tópico irá se trabalhar a questão do nexa causal.

O Tribunal gaúcho reconheceu o nexa causal porque a Doença de Buerger ou Tromboangeíte Obliterante, segundo literatura médica praticamente unânime, só se manifesta em fumantes. O laudo pericial, todavia, não era conclusivo neste sentido, levantando dúvidas sobre o diagnóstico, o que fundamentou a reforma do julgado pelo STJ. Aplicou-se o princípio da causalidade adequada também chamado princípio do dano direito e imediato. Tudo isso consta no julgado.

É muito difícil produzir prova pericial nos feitos judiciais. É preciso antecipar os custos do trabalho pericial, encontrar um profissional especializado e não raras vezes as buscas do perito são superficiais, limitadas pelo orçamento (custo do trabalho), pelas limitações do perito que é alguém do local que conhece o assunto. Muitas vezes o trabalho pericial é serviço eventual e individual, não se trata de um grupo de pesquisadores com dedicação exclusiva. A perícia também é altamente limitada pelo tempo, quando se estabelece um prazo de 30 dias para a prova pericial.

Quando há pesquisas, que já consumiram altos investimentos e muito tempo, é evidente que tais trabalhos são muito mais profundos e realistas. É o caso da pesquisa que fez Boeira (2000, p. 54-60) que coletou dados da OMS, que registra mais de 60 mil pesquisas. Relata que o tabagismo tem sido apontado em pesquisas médicas como o fato mais relevante em certas doenças. Fala de pesquisas nas substâncias químicas específicas contidas na fumaça do cigarro; faz referências a pesquisas de investigações patológicas, clínicas e epidemiológicas, alude a estatísticas, grande número de casos de doentes estudados por médicos.

As pesquisas, diz Boeira, demonstram haver no alcatrão substâncias comprovadamente carcinogênicas, outras supostamente cancerígenas, como com arsênio, níquel, benzopireno e cádmio, resíduos de agrotóxicos e substâncias radioativas como polônio 210 e carbono 14. A fumaça do cigarro tem 70% de monóxido de carbono do escapamento de um carro.

Já a nicotina está relacionada com o infarto do miocárdio e ao câncer, mas sua função no cigarro é reforçar e potencializar a vontade de fumar, atuando como a cocaína, o álcool, e a morfina, causando dependência. Em altas doses, a nicotina é venenosa. A cotinina, subproduto da decomposição da nicotina, é encontrada no sangue e na urina dos fumantes e fumantes passivos.

A falta de oxigênio no cérebro reduz a capacidade de seu funcionamento, ou seja, capacidade de raciocinar e coordenar movimentos, em consequência da vasoconstrição das artérias. Este processo está relacionado a acidentes vasculares cerebrais, diz a pesquisa.

Do trabalho se extrai que há 4.720 substâncias tóxicas na fumaça do cigarro e cerca de 70 delas são cancerígenas; de cada 10 fumantes, um morre de câncer; no caso de câncer de pulmão de 80 a 90% são fumantes.

Mas não é tudo, a pesquisa ainda traz outros números, no “Quadro 4: Tabagismo e câncer”, relatando os percentuais de fumantes por cada um dos tipos de câncer: nos lábios 90%, na bochecha 87%, na língua 95%, no estômago 80, nos rins 90%, no tubo digestivo (da boca ao ânus) 80%.

Pergunta-se: será que esta informação - 80 a 90% das vítimas de câncer de pulmão são fumantes – já não comprova nexos causal? Será que todas as demandas devem ser improcedentes, porque de 10 a 20% dos casos de câncer no pulmão a vítima não era fumante? Será que este elevado percentual não autorizaria reconhecer o nexos causal, ainda que com redução da indenização? No conflito de interesses, entre *qui certat de damno vitando* e *qui certat de lucro captando*, não se permitiria um raciocínio jurídico que imputasse 80 a 90% da responsabilidade daquele que coloca essas drogas todas no cigarro e 10 a 20% daquele que fuma? São perguntas que este trabalho crítico faz à jurisprudência, provocando a reflexão, se não seria o caso de uma revisão do entendimento. Sugere-se a adoção de provas científicas idôneas, isentas, não patrocinadas pela indústria, para comprovar o nexos causal, ao invés de uma prova pericial específica, de um caso, produzida com as reconhecidas limitações já referidas.

## **1.5 Julgados dos Tribunais de Justiça**

Em que pese prevalecer a improcedência das ações, por falta de nexos causal, há julgados dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul que a reconhecem.

O julgado mineiro (Ap. Cível n. 1.0024.05.799917-9/0011) afirma que a empresa que fabrica e comercializa produtos fumígenos assume riscos que lhe dão lucros, devendo responder pela colocação dos consumidores em situação de perigo de vida. Trata-se da teoria do risco-proveito. O julgado não está desamparado de base doutrinária.

Para França (2009, p. 64), foi Louis Josserand, na França, quem sugeriu que se abandonasse o ponto de vista subjetivo, da noção da culpa e se buscasse o ponto de vista objetivo, o risco. Não se deveria buscar culpados, mas criadores de riscos. Aquele que cria um risco deve ter a noção de que suas atividades, mesmo que lícitas, são aptas a causar prejuízos indenizáveis. A teoria foi sintetizada pelos irmãos Mazeaud (FRANÇA, 2009, p. 65) no brocardo: *ubi emolumentum ubi onus*.

Godoy (2014, p. 32) escreveu sobre a responsabilidade civil pelo risco da atividade nexa de imputação da obrigação de indenizar. Tratou do artigo 927, parágrafo único do Código Civil. Afirmou que no Direito brasileiro a responsabilidade decorre do risco da atividade normalmente desenvolvida pelo agente. E, se é normalmente desenvolvida, é atividade lícita. Não se trata de culpa, de perigo, mas uma opção distinta: o risco da atividade. Referido professor sugere que o risco esteja na própria natureza da atividade, como ocorre no direito português, art. 193º/2 do Código Civil.

O julgado paulista (Ap. Cível nº 379.261.4/5-00) também enfrentou um laudo pericial que afirmou que não poderia diagnosticar com certeza a ocorrência da doença, mas também não afastou sua possibilidade, já que todos os sintomas constantes do prontuário médico o indicavam. Para o relator (Apelação com revisão n. 379.261.4/5), foi o suficiente, já que, para a praticamente unanimidade da literatura médica, a doença de Buerger só se manifesta em fumantes, “ou seja, o tabagismo é condição *sine qua non* para o desenvolvimento da moléstia contraída” (2008, p. 6). O Acórdão também afirma (2008, p. 3) que a responsabilidade do fabricante de tabaco resulta do próprio risco da atividade que desempenha, colocando no mercado produto potencialmente lesivo à saúde do usuário, daí o dever de indenizar.

Acompanhando o relator designado, outro componente da Turma, Des. Caetano Lagrasta fez questão (2008, p. 1) de declarar por escrito seu voto, afirmando, dentre outras coisas importantes, que a tromboangeite abliterante (TAO) é doença exclusiva de usuários de tabaco; que não há fator causal claramente elucidado, mas o uso de tabaco é condição básica para o diagnóstico, não se sabendo se é causador ou desencadeador da doença; que o fumo deve interagir

com algum outro componente para causar a doença (LAGRASTA, 2008, p. 3). E mais, tratando da alegada inexistência denexo causal, por conta da publicidade dos efeitos nefastos do cigarro, diz que o que causa as doenças é a manipulação, no momento da industrialização, ao agregar substâncias químicas no tabaco (LAGRASTA, 2008, p. 8).

Portanto, para o julgado paulista, hánexo causal, bem como nos julgados gaúchos.

No julgado gaúcho (Ap. Cível, nº 70015107600), o Relator fez constar que o nexocausal estava presente, que restou certa a relação de causa e efeito entre o defeito do produto e a doença do consumidor (cardiopatia isquêmica - infarto). Afirmou que a autora adquiriu o vício de fumar a partir de poderoso condutor do comportamento humano consistente em milionária e iterativa propaganda da indústria tabagista que, ocultando do público os componentes maléficosa saúde humana existentes no cigarro, por décadas, associava o sucesso pessoal ao tabagismo. A usuária fumava porque era viciada, e viciada porque manipulada pela indústria. Reconheceu comprovado o poder viciante da nicotina, a ausência de informações precisas quanto aos componentes da fórmula do cigarro e qual a quantidade supostamente segura para o seu consumo. Reconheceu ter havido dano moral e, para arbitramento do *quantum*, levou em conta a culpa concorrente.

Outro julgado, também do Tribunal de Justiça-RS (Ap. Cível, nº 70000144626), analisou caso em que a vítima faleceu após fumar durante 40 anos, cerca de 40 cigarros por dia, tendo adquirido enfisema e câncer pulmonar que lhe acarretaram a morte. A decisão afirma ser fato notório, cientificamente demonstrado, reconhecido de forma oficial pelo Governo Federal, que o fumo traz inúmeros malefícios à saúde. Diz ser inegável que a nicotina vicia, por isso que gera dependência química e psíquica, e causa câncer de pulmão, enfisema pulmonar, infarto do coração entre outras doenças igualmente graves e fatais. Reconheceu presente o nexode causalidade, porquanto fato notório que a nicotina causa dependência química e psicológica e que o vício de fumar provoca câncer e o enfisema pulmonar, males de que foi acometido o falecido. Sentencia que o art. 159 do Código Civil de 1916 já previa o ressarcimento dos prejuízos causados a outrem, decorrentes de omissão e negligência, aqui por conta de ocultação de informações sobre os malefícios que beiraram as fronteiras do dolo. Diz ainda que o criador de um risco tem o dever de evitar o resultado, já que, não o fazendo, comete a omissão caracterizadora da culpa. Invoca a doutrina de Cunha Gonçalves, Sergio Cavalieri Filho e Pontes de Miranda. Enfatiza que a conduta da

indústria tabagista viola os deveres consubstanciados nos brocardos latinos do *neminem laeder, suum cuique tribuere*. Assevera que viola também o princípio da boa-fé objetiva existente desde sempre no Direito Brasileiro. Diz que a conduta anterior criadora do risco gera a obrigação de evitar o dano, consoante princípios gerais de direito. E, se o dano não for evitado, caracterizada está a culpa por omissão e o dever de reparação. Sustenta o Relator que “simplesmente o ordenamento jurídico não convive com a iniquidade e não permite que alguém cause doença ou mate seu semelhante sem que por isso tenha responsabilidade”.

## 1.6 Nexo causal

Importante enfatizar que as consequências nefastas do uso do tabaco não decorrem só da fabricação. Guimarães (2001, p. 143) lembra que a publicidade ilícita também gera a responsabilidade civil. Referido autor defende inclusive a responsabilização da celebridade que coloca sua imagem para divulgar um produto (2001, p. 155) e, no caso do tabaco, inafastável a lembrança do jogador de futebol Gerson que, em propaganda de televisão de 1976, era apresentado como “o cérebro do time campeão do mundo de 70.”

Azevedo (2011, p. 249), tratando da culpa como fundamento da responsabilidade, enfatiza a necessidade de coexistência de ambos institutos, culpa e risco, para que se possa tutelar todos os prejuízos que se causam na sociedade. Cianci (2007, p. 42) também lembra que o fabricante responde pelo risco da atividade mercantil, e não por culpa.

Para resolver a questão do nexo causal – fabricação de cigarros e males à saúde – cabe a aplicação da teoria do risco concorrente. O risco é uma probabilidade concreta de perigo. O ordenamento jurídico permite tanto o risco, quanto a concausa. A afirmação é de Tartuce (2010). Para aqueles que começaram a fumar antes da contrapropaganda, da existência de advertências sobre os malefícios do tabaco, a responsabilidade é dos fabricantes, porque enganaram e viciaram os usuários de fumo. Isso porque sabiam ou deveriam saber dos problemas de saúde que estavam causando ao fumante. É o caso das demandas analisadas. Levando-se em conta eventual instrução do fumante, ele poderia ter algum grau de culpa se tivesse meios para saber dos riscos. Mesmo assim, a responsabilidade da indústria seria quase integral, conclui o autor. Fala em divisão de 80% (90%) para o fabricante e 20% (10%) para o usuário que nos anos 80 fosse altamente esclarecido.

Já para os devidamente informados, aqueles que se iniciaram no vício mais recentemente, sabendo dos malefícios do tabaco, o autor propõe uma inversão, de 80% (90%) para o usuário e de 20% (10%) para o fabricante, a ser aferida no caso concreto. Tartuce (2010) nega a culpa exclusiva da vítima e sustenta haver um risco concorrente. Finaliza lembrando a tendência atual de dividir os custos do dever de indenizar entre todos os participantes, na medida dos riscos assumidos por cada um, buscando um sistema indenizatório justo, equânime e ponderado.

A responsabilidade pelo risco tem previsão legal e doutrinária, segundo Tartuce (2010, p. 336). O risco administrativo das pessoas políticas está no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. O risco criado, no caso do *effusis et dejectis* tem previsão no art. 938 do Código Civil. O risco profissional é aquele do empregador pelos danos causados por seu empregado (art. 932, III e 933 do Código Civil). O risco dependência no caso da responsabilidade objetiva dos pais, tutores, curadores e educadores pelos seus pupilos (art. 932, I, II e IV e 933, do Código Civil). Há ainda a teoria do risco integral, sustentado por parte da doutrina, que não admite nenhuma excludente de responsabilidade, nos casos de danos ao meio ambiente. E finalmente a cláusula geral de responsabilidade objetiva do artigo 927, parágrafo único do Código Civil.

A questão da concausa também é legal, como supra afirmado. Se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação (art. 942, última parte, e parágrafo único, do Código Civil). Nunca se negou que a vítima pudesse ser a autora de seu infortúnio, logo pode ser uma das autoras. Se a culpa exclusiva da vítima exclui a responsabilidade, a concorrente irá atenuá-la, sem excluir o nexo causal.

Stoco (2004, p. 149) cita caso interessante da relatoria de Teori Albino Zavascki, quando no TRF (4ª R.-3ª T, Apelação nº. 2000.04.01.004115-1, j. 27.04.2000), afirma que, tratando-se de responsabilidade civil, havendo “causalidade múltipla”, não é certo eleger arbitrariamente o fato gerador da responsabilidade, também não sendo adequado optar, de modo absoluto, pela chamada equivalência das condições, sendo o meio termo em cada caso concreto é a melhor solução.

Tratando do nexo causal, Braga Netto, Farias e Rosenvald (2017, p. 471) afirmam que a concausalidade é tema extremamente rico e amplo, e se alonga nas diversas formas da causalidade plural: causalidade plural comum; causalidade plural concorrente; e, causalidade complexa, esta última, tripartida em causalidade colateral, causalidade concorrente propriamente dita, e causalidade

cumulativa. Interessa a teoria da causalidade concorrente propriamente dita, pela qual, as práticas sozinhas não seriam suficientes para resultar o dano, que ocorre quando somadas. Ou seja, um fabrica o cigarro e o enche de drogas e o outro fuma. Só fabricar não causa o dano, é preciso fumar o cigarro.

Rizzatto Nunes e Caldeira (1999, p. 1023) citam julgado relatado por Munhoz Soares, da 6ª Câmara do TJ-SP, de 1994, onde consta que a “obrigação de reparar o dano surge do simples exercício de atividade que o agente desenvolve em seu interesse e sob seu controle, em função do perigo que dela decorre para terceiros. Tem-se o risco como fundamento de responsabilidade.”

Almeida (2007, p. 61), tratando dos fundamentos modernos da recente evolução do instituto da reponsabilidade civil, diz que, se antes existia alguma resignação com certas situações de lesão sem reparação, este sentimento de acomodação se transformou em insatisfação, e não mais se admite que o lesado fique sem reparação.

A proposta parece estar de acordo com a equidade, prevista nos artigos 944 e 945 do Código Civil, e com a razoabilidade. Distribui-se o ônus do resultado danoso, conforme a contribuição de cada um. A participação da vítima no evento danoso deve ser levada em conta no caso da responsabilidade objetiva ou sem culpa, todavia não pode ser de maneira exclusiva, mas concorrente. A concausalidade não é novidade no estudo da responsabilidade civil. A aplicação da teoria do risco concorrente, não só no caso da indústria do tabaco, mas na prática de esportes e diversões radicais, responsabilidade médica, responsabilidade civil do Estado, pode trazer uma solução mais justa ao caso concreto.

Segundo Bittar (2005, p. 41), a teoria do risco busca facilitar a percepção de indenização pela vítima, diante da dificuldade de produção de provas.

## **1.7 Presunção de causalidade**

Josserand já lembrava o pesado ônus imposto pelo *actori incumbit probatio*, que acaba obrigando o prejudicado a demonstrar fatos que lhe são impossíveis provar, dada a circunstância que o cercam ou a própria natureza (AGUIAR DIAS, 2006, p. 101). O fumante pode até provar que fuma e que ficou doente, mas não conseguirá demonstrar que isso decorre da manipulação das drogas na fabricação.

No mundo moderno caracterizado pela evolução tecnológica, globalização, consumismo, os clássicos modelos jurídicos já não se revelam suficiente para a

realização da justiça, impondo-se à ciência do direito a construção de novas formas estruturais para responder os anseios sociais, capazes de dar a necessária segurança jurídica e realizar a justiça desejada. Então surge a ideia da presunção de causalidade, como uma inversão do ônus da prova, admite-se que haja o liame conduta resultado, mas faculta-se ao demandado comprovar o contrário.

Almeida Neto (2011, p. 124) relata que, tratando-se de danos à pessoa humana, à sua integridade, a presunção de causalidade é mais aceita. Exemplifica citando contaminação com vírus da AIDS em transfusão de sangue, inexistindo outro evento passível de transmissão de doença; em acidentes nucleares, o surgimento de doenças, em que a exposição à radiação induz significativa probabilidade do surgimento de doenças; indenização por erro médico, em virtude da perda de uma chance de recuperação ou sobrevivência da vítima. Também cita alguns casos patrimoniais como a não interposição de recurso em caso que seria possível a reversão da decisão; o conhecido caso de programa de televisão do show do milhão. Nestes exemplos poderia ser sustentada a presunção de causalidade.

O instituto da responsabilidade civil vem sofrendo profundo progresso desde a antiguidade (responsabilidade aquiliana, presunção de culpa, responsabilidade objetiva). A presunção do nexa causal é mais um passo nesta trilha evolutiva, baseado em presunções legais e comuns.

## **1.8 Contrapropaganda: outra vitória da indústria**

O pesquisador Sérgio Luís Boeira (2000, p. 226-235) aprofundou-se no tema, principalmente no capítulo “4.3. Fragmento 3: saúde pública”, onde mostra os trabalhos do Instituto Nacional do Câncer (INCa); do Centro de Cancerologia do Hospital Estácio de Sá, desde 1930; do Serviço Nacional de Câncer a partir de 1941; do Instituto do Câncer, inaugurado em 1957; da Campanha Nacional de Combate ao Câncer (CNCC) realizada pelo Ministério da Saúde em 1967. A tese fala da mudança de política a partir dos anos 80, quando os trabalhos são voltados para a prevenção das doenças e então surge o combate ao tabagismo. As advertências dos malefícios do uso do tabaco são uma contrapropaganda. E mais, a proposta das advertências era mais ousada, mas a força da indústria tabagista fez com que o Governo entrasse num acordo com elas e só fizesse advertências com as quais a indústria concordasse. Foi preciso um trabalho hercúleo de três Ministérios e cinco ONGs para vencer a resistência e a força da indústria tabagista, e as Portarias Ministeriais eram editadas com a concordância escrita

da Abifumo – Associações da Indústria do Fumo e outras associações do ramo. Vale dizer: só se advertiu o que elas concordaram.

E aqui acrescenta-se à pesquisa histórica, se a primeira advertência era “fumar é prejudicial à saúde”, de 1988; “fumar pode causar câncer de pulmão, bronquite crônica e enfisema pulmonar”; “fumar causa câncer de pulmão”, de 1999, significa que a indústria tabagista concordava com tais malefícios.

Prosseguindo na pesquisa referida, Boeira (2000, p. 226-235) diz que os acordos, para terem a anuência das associações, foram vantajosos para elas e oneraram o Governo. É que precisaram anuir com as Portarias Ministeriais, não apenas Abifumo, mas outras associações (ABAP, ABERT, ABA ANJ e ANER) ligadas a propaganda, emissoras de rádio e televisão, de anunciantes, de jornais de revistas.

Esta crítica acrescenta que os encargos das advertências ficaram por conta do dinheiro público. Mais uma vez sobrou para o cidadão pagar a conta que deveria ser da indústria, não com o que fosse arrecado com tributos. Some-se à contabilidade altamente desvantajosa do custo do fumo (tributos menos custos com saúde), as despesas com a contrapropaganda. Aumentando ainda mais o déficit do Estado e o lucro dos fabricantes.

A pesquisa informa ter buscado 1500 matérias jornalísticas sobre o fumo e nenhuma delas mencionava o art. 278 do Código Penal, que criminaliza a fabricação de produto nocivo à saúde, demonstrando que o acordo do governo envolvendo a indústria tabagista, interessava, e muito, as associações de propaganda que passaram a ter outra fonte de renda muito atrativa: a contrapropaganda. Assim, além da propaganda de suas parceiras comerciais (indústria tabagista), passaram a ter também a contrapropaganda paga pelo Estado. Ganhavam dos dois lados, de forma que a indústria tabagista, que lhe proporcionava tais vantagens, era mesmo uma grande parceira comercial.”

## CONCLUSÃO

O estudo da evolução da responsabilidade civil depois do fenômeno da industrialização mostra profundas alterações no instituto. O Direito como um todo passou e passa por mudanças de relevo. Hoje fala-se em interdisciplinaridade (o uso do tabaco envolve o direito e a saúde; e dentro do direito e da saúde, vários ramos distintos), em constitucionalização do direito civil (com aplicação de princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana), em pon-

deração de princípios e valores (saúde e liberdade econômica), em diálogo das fontes (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Constituição Federal) e em despatrimonialização com personificação do Direito Privado (maior importância do ser do que do ter).

A concausalidade está inserida neste contexto de mudanças e evolução do pensamento. Paralelamente, os direitos de personalidade passaram a ser mais tutelados, e aqui se destaca o direito à informação. Fatos relevam que a indústria tabagista desrespeitou direitos de personalidade, como vida e saúde, e não só não informou, como deturpou a verdade, insinuando que o uso do cigarro faria o fumante ficar bonito, atlético, sexualmente atraente, rico e bem-sucedido, quando na verdade, o cigarro faz muito mal à saúde.

Isto gerou sérios problemas para a saúde pública e para a sociedade. Hoje há ainda inúmeros fumantes, embora não exista mais a propaganda enganosa do passado. Gerações se sucedem no vício, por efeito cascata. Os jovens se iniciam no fumo porque veem os adultos o fazerem. Depois não conseguem se libertar do vício, por conta do “trabalho” muito bem pensado, pela indústria, dos componentes químicos inseridos no tabaco.

O fumo continua gerando muitos problemas de saúde, de várias ordens. A indústria ainda continua manipulando a inserção de drogas viciantes no cigarro e este quadro vai se perpetuar enquanto prevalecer o entendimento de que o fumante é o responsável pelos males que sofre, porque é livre para fumar.

Além da pessoa do fumante, existem os fumantes passivos e, assim, a sociedade padece grandes prejuízos. A contabilidade – receita de tributos e despesas médicas – é altamente desfavorável. Isso sem levar em conta o custo da contrapropaganda e das perdas decorrentes das aposentadorias precoces e outros benefícios previdenciários.

A vítima tem sim sua participação que deve ser levada em conta, mas não se pode ignorar que a indústria tabagista levou a vítima a fumar, porque convenceu seus pais e avós que deveriam fazê-lo, e o fez através de propaganda enganosa, além de dolosamente omitir, por décadas, conhecimentos obtidos em pesquisas sobre os malefícios do cigarro.

A mera licitude da conduta da industrialização não a isenta de suas responsabilidades civis, que decorrem dos danos e não de eventual ilícito.

É preciso dar instrumentos jurídicos para reparar estes danos, mesmo respeitando a liberdade de fumar ou não fumar. A teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva é uma ferramenta.

Para finalizar, cabe lembrar a tendência atual do direito, de dividir os custos de infortúnios, de indenizações entre todos os participantes, diluindo o prejuízo individual, na medida da participação ou dos riscos assumidos por cada um, buscando um sistema indenizatório justo e equânime.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José. de. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALMEIDA, José Luís Gavião de. **Novos rumos da responsabilidade civil por ato lícito**. ALMEIDA, José Luís Gavião de (org.). **Temas atuais de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

ALMEIDA NETO, Osvaldo. **A presunção de causalidade na responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011. Disponível em <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10736>. Acesso em 30 abr. 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil: teoria e prática**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOEIRA, Sérgio Luís. **Atrás da cortina de fumaça, Tabaco, tabagismo e meio ambiente**. Estratégias da indústria e dilemas da crítica. TESE (Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. Disponível em <http://www.repositorio.ufsca.br>. Acesso em 27 abr. 2020.

BOLWERK, Aloísio Alencar. **Celebridades e publicidade: efeitos legais da responsabilidade civil**. São Paulo: SRS Editora, 2009.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. [Revogada pela Lei nº 10.406 de 2002](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)> Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. [Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Revogado pela Lei nº 6.697 de 1979](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm). Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Súmula 341. Supremo Tribunal Federal. *Aprovada pela Sessão Plenária em 13 de dezembro de 1963*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2478>> Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. 05 out. 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8078](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078)> Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm)> Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 886.347-RS. Disponível em <http://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.009.591-RS. Disponível em <http://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.113.804-RS. Disponível em <http://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. REsp 1.113.804-RS. Disponível em <http://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. Custos Atribuíveis ao tabagismo. Disponível em: <http://www.inca.gov.br>. Acesso em 21 abr. 2020.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo, Atlas, 2006.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, JOSÉ DE AGUIAR. **Da responsabilidade Civil**. 11ª ed. Ver., atual de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias - Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** V.7 São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD Nelson. **Novo Tratado de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva. 2004.

ESTADO UNIDOS DA AMÉRICA. O veredito final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris, publicação preparada por Mike Freibert, J.D., em edição de Kerry Cork, J.D. e Meggie Mahoney, J.D. Tradução de Renata Galhanone, edição Aliança de Controle do Tabagismo, 2008. São Paulo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

FERREIRA, Rodrigo Emiliano; PETRIBÚ, Mariana Reis Cavalcanti de. Responsabilidade civil das empresas tabagistas. Revista Jus Navegandi. Teresina, ano 15, n. 2662, 15 out. 2010.

FRANÇA, Rodrigo Dumans. **A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>. Acesso em 29 abr. 2020.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexó de imputação da obrigação de indenizar: reflexões para um colóquio Brasil-Portugal. **Revista Jurídica luso-brasileira**, São Paulo/Lisboa ano 1, n. 1 2015. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/2015/1/2015\\_01\\_0021\\_0043.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/2015/1/2015_01_0021_0043.pdf). Acesso em 28 abr. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 3**: contrato e atos unilaterais. 15ª edição. São Paulo: Saraiva educação. 2018. Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em 27 abr. 2020.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

KECKLER, C.; SILVA, J. C. da; SHAPO, M.; FICHTNER, R. **Responsabilidade civil**: seminário internacional. Rio de Janeiro: Editora Justiça & Cidadania, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto; CALDEIRA, Mirella D'Ângelo. **O dano moral e sua interpretação jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1999.

PASQUALOTTO, Adalberto. Um novo capítulo na responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros. Mar./2019. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 21 abr. 2020.

RESPONSABILIDADE CIVIL, V.4 – **Indenizabilidade e direito do consumidor**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. As relações entre a doutrina e a jurisprudência. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 21 abr. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Regina Tavares da. (Coord.) **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA CRUZ S.A. Sítio oficial. Disponível em: [www.souzacruz.com.br](http://www.souzacruz.com.br). Acesso em 22 abr. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 886.247-RS. Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado), j. 25 mai. 2010. *Apud* LOPEZ, T. A. Nexo Causal e produtos potencialmente nocivos: e experiência brasileira do tabaco, p. 15/17. *In*: LOPEZ, T. A. (org.). **Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produtos de risco inerente**. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.009.591-RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13 abr. 2010. *Apud* MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEN, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003.

TALAMINI, Eduardo. O que são os precedentes vinculantes no CPC/15. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em 21 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. Em que consiste a teoria do diálogo das fontes? Disponível em: <http://www.flaviotartuce.com.br>. Acesso em 21 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA-MG, Apelação Cível n. 1.0024.05.799917-9/0011, Belo Horizonte, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, j. 03/09/2009, DJEMG 22 Set. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA- RS, Acórdão n. 70000144626, Santa Cruz do Sul, 9ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, j. 29 Out. 2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA- RS, Acórdão n. 70015107600, Passo Fundo, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 27 Agos. 2008, DOERS 26/01/2009, p. 41. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 30/04/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA-SP. Ap. Cível nº 379.261.4/5-00. Rel. Joaquim Garcia, Revisor Lagrasta Neto, j. 08 out. 2008.

UOL ESPORTE. **O que era a lei do Gérson?** Ele mesmo explica. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FMGG-EQuGw4>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

# RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA ADPF 488/DF e ARE 1.160.361

*Property liability and civil liability  
under ADPF<sup>1</sup> 488/DF and ARE<sup>2</sup> 1,160,361*

**Jorge Pinheiro Castelo<sup>3</sup>**

**ÁREA:** Processo Civil. Direito do Trabalho.

**Subárea:** Responsabilidade Civil. Responsabilidade do Grupo Econômico.

**RESUMO:** O presente trabalho procura demonstrar a diferença dos institutos da responsabilidade civil e patrimonial, atribuindo a cada um a responsabilidade nos casos em que especifica. A partir da análise do § 5º do art. 513 do CPC/2015, estabelece que, em sede de responsabilidade civil, é de rigor a integração do fiador, do coobrigado ou do corresponsável ao processo já na fase de conhecimento, de modo a possibilitar que o cumprimento de sentença alcance aquele que figura como corresponsável civil (coobrigado e fiador). Contudo, no âmbito do direito processual civil e das lides que tramitam na Justiça Comum, os responsáveis patrimoniais (figura distinta da responsabilidade civil) que tem responsabilidade executória secundária, independentemente de ter participado na relação processual da fase de conhecimento, suportam as consequências

---

<sup>1</sup> Allegation of Violation of a Fundamental Precept

<sup>2</sup> Extraordinary appeal

<sup>3</sup> Advogado, especialista (pós-graduação), mestre, doutor e livre docente pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. Conselheiro e Presidente da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/SP na gestão de 2019-2021, e, sócio do Escritório Palermo e Castelo Advogados. É o autor dos livros: “O Direito Processual do Trabalho na Moderna Teoria Geral do Processo”; “Tutela Antecipada na Teoria Geral do Processo”, “Tutela Antecipada no Processo do Trabalho”; “O Direito Material e Processual do Trabalho e a Pós Modernidade: A CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil”; “Tratado de Direito Processual do Trabalho na Teoria Geral do Processo”, “O Direito do Trabalho Líquido – O negociado sobre o legislado, a terceirização e o contrato de curto prazo na sociedade da modernidade líquida”; “Panorama Geral da Reforma Trabalhista: aspectos de direito material, vol. I”; “Panorama Geral da Reforma Trabalhista: aspectos de Direito Processual, vol. II”; “O Novo Recurso de Revista”, todos publicados pela Editora LTr.

da execução promovida contra o executado primário. No direito do trabalho, a matéria relativa à responsabilidade patrimonial do grupo econômico se encontra positivada no conceito de empregador único, que é o próprio grupo econômico ao qual integra a empresa obrigada ordinária e primária (§ 2º do art. 2º CLT), diferenciando seu conceito daquele adotado nas lides de natureza estritamente civil. No mesmo sentido, a desconsideração da personalidade jurídica é direito potestativo sujeito a prazo decadencial que a lei não previu (art. 134 do CPC e art. 855-A da CLT), prevalecendo a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, de forma que presentes os requisitos da responsabilização definido por cada ramo específico do direito (AResp. 1.226.675), poderá a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive, em face do grupo econômico, ser realizada a qualquer tempo e fase do processo, seja de conhecimento, seja no cumprimento de sentença (Resp. 1.312.591).

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Patrimonial. Responsabilidade Civil. Grupo Econômico. IDPJ, ADPF 488/DF e ARE 1.160.361.

**ABSTRACT:** The present work seeks to demonstrate the difference between the civil and patrimonial liability institutes, attributing to each one the responsibility in the cases in which it specifies. From the analysis of § 5 of art. 513 of the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC)/2015, establishes that, in terms of civil liability, it is strictly necessary to integrate the guarantor, the co-obligor, or the co-responsible person in the process already in the knowledge phase, to allow compliance with the judgment to reach the person who appears as civil co-responsible (co-obligor and guarantor). However, within the scope of civil procedural law and the disputes that are being processed in the Common Justice, those responsible for the property (a distinct figure from civil liability) who have secondary enforceable liability, regardless of having participated in the procedural relationship of the acknowledgment phase, bear the consequences of the execution promoted against the primary executioner. In labor law, the matter relating to the liability of the economic group is included in the concept of a single employer, which is the economic group of which the ordinary and primary obligated company is part (§ 2 of article 2 of the Brazilian Consolidation of Labor Laws – CLT), differentiating its concept of that adopted in cases of a strictly civil nature. In the same sense, the disregard of the legal personality is an enforceable right subject to a sta-

tute of limitations that the law did not provide (article 134 of the CPC and article 855-A of the CLT), prevailing the general rule of inexhaustibility or perpetuity, so that If the liability requirements defined by each specific branch of law are present (Specific Appeal. 1,226,675), the disregard of the legal personality, including, in the face of the economic group, may be carried out at any time and stage of the process, whether of knowledge or in compliance with the sentence (Special appeal. 1,312,591).

**KEYWORDS:** Equity Liability. Civil responsibility. Economic group. IDPJ, ADPF 488/DF and ARE 1,160,361.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 1.1. Da distinção entre obrigação e responsabilidade. 2. Responsabilidade patrimonial/executiva secundária. 2.1. A responsabilidade processual patrimonial ou executiva (secundária) automática decorrente da lei por sucessão processual ao executado original. 3. Da pura responsabilidade civil. 3.1. A pura responsabilidade material (civil) de terceiros à sociedade por responsabilidade solidária que exige apuração em ação autônoma com amplo direito de defesa e contraditório (devido processo legal). 4. Da figura da responsabilidade civil prevista no 5º do art. 513 Do CPC/2015. 4.1. Dos coobrigados//fiador responsáveis civis no plano material do §5º do art. 513 Do CPC. 5. Dos responsáveis patrimoniais ou da execução secundária. 5.1. Da figura do sócio e do administrador = pessoas físicas que (re)presentam a sociedade. 5.1.1. Do sócio – art. 997 Do código civil. 5. 1.2 Do administrador – prática atos de gestão da sociedade (art. 1010/1015 Do código civil). 5.2. Da responsabilidade (processual - automática) patrimonial e executiva secundária do sócio, acionista e/ou do administrador localizada em dispositivos legais fora do sistema da consolidação das leis trabalhistas. 5.2.1 Da responsabilidade patrimonial fixada pelo código civil. 5.2.2. Da responsabilidade patrimonial fixada pela lei das S.A. 5.2.3. Da responsabilidade patrimonial fixada pelo CPC/2015. 6. Ainda dos responsáveis patrimoniais ou da execução secundária. 6.1. Da responsabilidade patrimonial (execução secundária) do das empresas do grupo econômico trabalhista fixada pelo §2º do art. 2º da clt. 7. Da inexistência de prazo prescricional para instauração do incidente de desconideração da personalidade jurídica. 8. Questão específica. 8.1. ADPF 488/df e ARE 1.160.361. 9. Conclusão. Referências.

# 1. INTRODUÇÃO

## 1.1. Da distinção entre Obrigação e Responsabilidade

A obrigação é o contraposto negativo do direito subjetivo, assim, direito e obrigação são dois lados de uma relação jurídica de direito material.

“Débito, ou obrigação, é uma situação de desvantagem, consistente na mera expectativa, alimentada pelo direito, que o patrimônio do sujeito sai de algum bem para a satisfação de outro sujeito: é o contraposto negativo do direito subjetivo, o qual se define como situação jurídica de vantagem em relação a um bem.”<sup>4</sup>

O obrigado é o devedor de uma relação jurídica de direito material. O devedor de uma obrigação decorrente de uma relação jurídica responde com seus bens pelo cumprimento e adimplemento dessa obrigação (art. 391 do Código Civil (“pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”) e art. 789 do CPC/2015).

Contudo, pode existir responsabilidade sem obrigação.<sup>5</sup>

Isto ocorre, sempre, que os bens de uma pessoa possam ser apanhados em uma execução por obrigação da qual ele não é o próprio devedor.<sup>6</sup>

A responsabilidade patrimonial ou executiva de bens de terceiros por obrigação de outra pessoa física ou jurídica (o devedor) tem que ter previsão legal expressa.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> DINAMARCO, Instituições de Direito Processual Civil, IV Vol.; MALHEIROS, 2004, p. 325.

<sup>5</sup> “Ocorre o primeiro desses fenômenos sempre que os bens de uma pessoa estejam expostos a serem apanhados em uma execução por obrigação que não é de seu proprietário ou possuidor; tome-se, por exemplo, a hipoteca oferecida por um sujeito em garantia de débito alheio, sem ser ele próprio devedor nem fiador, porque ali o ofertante da garantia não figura como sujeito da relação jurídica de direito material, não passando de mero responsável.” (DINAMARCO, op. cit., p. 327).

<sup>6</sup> “São variadas e dispersas as normas que estabelecem casos de responsabilidade sem obrigação, fazendo exceções à regra de que somente o patrimônio do próprio devedor responder por suas obrigações; no artigo 592 do Código de Processo Civil estão algumas dessas hipóteses, mas há mais. O estudo dos casos de responsabilidade sem obrigação principia pelos cinco incisos desse dispositivo e depois passa por outros setores do próprio Código de Processo Civil e vai além chegando ao Código Civil...” (DINAMARCO, op. cit., p. 361).

<sup>7</sup> “A obrigação, como categoria de direito material, é portanto uma situação jurídica visivelmente estática... Enquanto a obrigação é estática e por si própria não autoriza movimentos em favor da efetivação, a responsabilidade é eminentemente dinâmica.” (DINAMARCO, op. cit., p. 324/325).

## 2. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL/EXECUTIVA SECUNDÁRIA

### 2.1. A responsabilidade processual patrimonial ou executiva (secundária) automática decorrente da lei por sucessão processual ao executado original

Como veremos a seguir, em diversas situações disciplinadas, a lei determina a automática responsabilidade patrimonial ou executiva secundária sobre pessoas físicas ou jurídicas que passam a ser legitimadas passiva, a despeito de que não eram os legitimados ordinários e primários. Ou seja, que não é o devedor que tenha participado do processo de conhecimento, como ocorre, por exemplo, com o sócio, o administrador, o acionista majoritário que são diretamente alcançados – na fase executiva - no seu patrimônio pessoal para garantir o resultado da prestação jurisdicional.

Noutras palavras, a lei estabelece para situações expressamente mencionadas a automática responsabilidade patrimonial (“*ope legis*”) daquele que, embora não seja o devedor, seja automaticamente (sem necessidade de dilação probatória e contraditórios próprios de uma ação autônoma) trazido ao processo na qualidade de responsável patrimonial pela dívida como forma de garantir o cumprimento da obrigação da pessoa jurídica executada.<sup>8</sup>

Trata-se de mera substituição ou sucessão processual ao executado originário.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> “Acima de todas essas regras e com caráter de generalidade total em relação às diversas espécies de sociedade, o art. 50 desse Código conduz à desconsideração da personalidade jurídica, com responsabilidade plena dos sócios ‘em caso de abuso dessa personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.’ (DINAMARCO, op. cit., p. 364).

<sup>9</sup> “Sucessão, como conceito geral em direito, é o fenômeno jurídico pelo qual uma pessoa substitui a outra na titularidade de uma situação jurídica ativa ou passiva. Essa palavra indica a alteração subjetiva ocorrida na relação jurídica, de modo que o direito ou obrigação que tinha um titular passa a ter outro... Sucessor, portanto, é todo sujeito que passa a figurar em uma relação jurídica, por reconhecer que, pelo aspecto objetivo a relação jurídica permanece tal e qual, idêntica a si mesma e sendo, portanto, a mesma de antes, cria uma ficção legal para considerar que o sucessor é mero continuador do sucedido, figurando na relação como se fosse ele próprio. Daí para atribuir ao sucessor na relação jurídica material as mesmas situações processuais do sucedido... a ordem jurídica abona, a sucessão no plano material tem por consequência imediata a sucessão nas titulares referentes ao processo. O sucessor sujeita-se aos efeitos da sentença, à autoridade da coisa julgada e, estando o processo em andamento ou ainda não havendo sido instaurado, ele recebe a legitimidade ativa ou passiva para nele figurar como parte, em nome próprio... em suma, também, perante a ordem processual prevalece aquela ficção, sendo o sucessor tratado como continuador do sucedido no processo e nas legitimidades para propor a demanda ou suportar a condição de demandado ad causam ativa ou passiva.” (DINAMARCO, op. cit., p. 123).

### 3. DA PURA RESPONSABILIDADE CIVIL

#### 3.1. A pura responsabilidade material (Civil) de terceiros à sociedade por responsabilidade solidária que exige apuração em ação autônoma com amplo direito de defesa e contraditório (Devido Processo Legal)

É importante destacar a distinção da responsabilidade patrimonial ou executiva (responder - forma verbal) de outra coisa que é a pura responsabilidade civil (responsáveis - locução substantiva) consequente da prática de atos ilícitos, abuso, fraude e/ou danos causados por quem não (re)presenta a sociedade e que gera prejuízos a terceiros.<sup>10</sup>

Na pura responsabilidade civil ou material o que se busca é a responsabilidade solidária daquele com a sociedade por conta de ato ilícito, fraudulento que tenha causado danos a terceiros e não daquele que é indicado pela lei como responsável patrimonial ou executivo.

No caso da pura responsabilidade civil, o terceiro deverá ser chamado como parte legítima passiva de um processo de conhecimento, de forma que a final venha suportar a execução sobre seus bens como legitimado ordinário e primário, com seu nome constando do título executivo condenatório, sob pena de não se admitir a execução sobre seu patrimônio, uma vez que não se trata de hipótese de responsabilidade patrimonial ou executiva secundária.

Noutros termos, a responsabilidade patrimonial ou executiva se dá de forma automática por determinação legal, com apuração no plano meramente processual, com a sucessão processual e não para fixar a pura responsabilidade civil solidária ou própria de terceiros, que não fazem parte do liame jurídico (ainda que no plano teórico ou atrás da personalidade jurídica) que une credor e obrigado.

Assim, como já se viu acima, pode existir responsabilidade sem obrigação. Isto ocorre, sempre, que os bens de uma pessoa possam ser apanhados em uma execução por obrigação da qual ele não é o próprio devedor.

Todavia, a responsabilidade patrimonial de bens de ordinária/aparentemente terceiros (sócios, acionista majoritário, administradores, sucessores, grupo econômico, etc.) por obrigação de outra pessoa física ou jurídica (o devedor)

---

<sup>10</sup> “Responsabilidade executiva ou responsabilidade patrimonial não se confunde com responsabilidade civil, que é categoria de direito privado e se situa no campo específico das obrigações, usa-se essa expressão para designar a obrigação de reparar os danos ao patrimônio alheio, causados por ato ilícito (CC, arts. 186 e 927), sendo o causador do dano um devedor e a vítima, um credor (situações jurídicas de direito material, não processual.” (DINAMARCO, op. cit., p. 327/328).

tem que ter previsão legal expressa (inciso II do art. 5º da C.F c/c art. 2, §2º, 10 e 448 da CLT c/c arts. 789/790 do CPC, etc.).

Ocorre que a pura responsabilidade solidária e civil/material do terceiro à sociedade por dívida da pessoa jurídica que não é uma responsabilidade patrimonial ou executiva que decorre automaticamente de lei - como acontece no caso do sócio, acionista majoritário, administrador, sucessor, grupo econômico, etc. - por conta de eventual ato ilícito, abuso ou fraude que passe a vincular o mesmo perante a sociedade e ao credor desta, deverá ser apurada em ação própria e em processo de conhecimento.

Noutras palavras, a pura responsabilidade civil solidária de terceiro com a sociedade por conta de ato próprio (e não como sócio, acionista ou administrador) é responsabilidade civil que é categoria que se situa no campo (das obrigações) do direito material e não se confunde com responsabilidade processual executiva (ou patrimonial/secundária).

Dessa forma, não decorrendo de lei e sendo excepcional, a pura responsabilidade civil (material) de terceiro à sociedade exige apuração específica, em processo de conhecimento, com contraditório e ampla defesa. Exige demonstração de que aquele (que não era o sócio, administrador ou acionista) agiu ilícitamente e mais que a pretensão contra a ele não esteja prescrita, posto que não se tratará de sucessão processual, mas, responsabilidade civil e material solidária com a sociedade.

De outra forma, quando se discutir a pura responsabilidade civil/material de um terceiro estranho à relação jurídica original que não se confunde e nem (re)presenta "*ope legis*" a pessoa jurídica, tal qual a diferença entre a situação de fraude à execução e fraude contra credores onde se faz necessária a apuração dessa responsabilidade por conta de ato ilícito propriamente dito, não será possível se fixar tal responsabilidade por sucessão no plano do processo de execução.

A apuração dessa responsabilidade civil/material solidária por ato próprio exigirá a verificação da situação anterior no plano material. Ou seja, exigirá a apuração no plano material dessa responsabilidade extravagante por meio de ação própria autônoma, com amplo direito de defesa e contraditórios.

Não se poderá, assim, atribuir responsabilidade civil solidária sem que o terceiro estranho (ou sem vinculação direta e responsabilidade patrimonial executiva reconhecida por lei) à sociedade seja, desde o início incluído no processo de conhecimento, sem que se tenha um título executivo judicial contra ele, oriundo de ação autônoma ou condenação no processo de conhecimento,

alcançá-lo na fase de execução sem que haja violação ao direito de propriedade, ao devido processo legal, ao amplo direito de defesa e ao contraditório garantidos pelos incisos II, XXII, XXXVI, LIV e LV do art. 5º da C.F.

Também, não se poderá apurar a responsabilidade puramente civil solidária de terceiro, simplesmente, em sede embargos à execução ou mesmo de embargos de terceiro ou de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, no qual não há amplo direito de defesa e contraditório pleno adequados a fixação da pura responsabilidade civil e atingir seu patrimônio. Já que tal determinação não encontraria amparo em texto de lei e ao contrário afrontaria, claramente, o disposto nos incisos II, XXII, XXXVI, LIV e LV do artigo 5º da C.F.

Destaque-se a violação ao direito de propriedade (inciso XXII do art. 5º da C.F), do devido processo legal (incisos LIV e LV do art. 5º da C.F) e até ao princípio da legalidade do inciso II do artigo 5º da C.F face a exclusão expressa da responsabilidade patrimonial de terceiros à empresa executada, sem que seja garantido o direito à ampla produção da prova (violação ao devido processo legal, a ampla defesa e ao contraditório e aos incisos LIV e LV do art. 5º da C.F).

Não se poderá declarar, em sede de execução e/ou de embargos de terceiro ou incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, a responsabilidade civil de terceiro que seja puramente responsabilidade solidária de direito civil (e não responsabilidade patrimonial executiva ou processual) – que não além de não constar no título executivo judicial, não tem responsabilidade patrimonial (violação ao princípio constitucional da legalidade – inc. II do art. 5 da C.F), sob pena de violação do direito de propriedade e de não ser privado de seus bens sem a observância do devido processo legal, do amplo direito de defesa e regular contraditório.

Em síntese, a atribuição de pura responsabilidade solidária civil a terceiro, que não tem processualmente responsabilidade patrimonial executiva (decorrência automática de norma de mero direito processual) por dívida de alheia, **é determinação relacionada à situação de direito material específica ou pretensão material.** Ou seja, que exige ação autônoma e processo de conhecimento no qual se apure a pura responsabilidade civil solidária e se declare a existência de um vínculo jurídico (decorrente de um ato ilícito ou abusivo) e, portanto, obrigação ou pura responsabilidade civil diante de uma situação na qual a priori não existiria tal liame jurídico.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> “A legitimidade do credor e do devedor é legitimidade ordinária (e não extraordinária) pelo fato de serem eles próprios os titulares da relação material em busca de realização. E, pelo fato de esses sujeitos haverem participado do título executivo, quer judicial ou extrajudicial, ali figurando como titulares da relação jurídica, sua legitimidade não será ordinária, mas ordinária e primária.

Portanto, tal qual a situação de direito material de fraude contra credores<sup>12</sup> distinta da situação de direito processual como é a fraude à execução, exige-se que a pretensão material à pura responsabilidade solidária civil seja veiculada e discutida em processo de conhecimento por meio de ação própria e autônoma para a atribuição de tal responsabilidade civil.

Noutras palavras, a atribuição de pura responsabilidade civil solidária decorrente de pretensão material ou de situação de direito material - e não de responsabilidade patrimonial ou executiva/processual fixada "*ope legis*" - exige a propositura de ação própria, com respeito ao amplo direito de defesa e contraditório para que não se desrespeite o direito de propriedade alheio e se atribua responsabilidade patrimonial ou executiva/processual sem lei que a imponha.

#### **4. DA FIGURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVISTA NO 5º DO ART. 513 DO CPC/2015**

##### **4.1. Dos coobrigados//fiador responsáveis civis no plano material do §5º do art. 513 do CPC**

Dispõe o §5º do art. 513 do CPC/2015: "§ 5º O cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento."

O §5º do art. 513 do CPC/2015 estabelece que, em sede de responsabilidade civil, é de rigor a integração do fiador, do coobrigado ou do corresponsável ao processo já na fase de conhecimento, de modo a possibilitar que o cumprimento

---

Legitimados ordinários primários são, portanto, exclusivamente, credor e devedor que, como tais figurem no título executivo, conforme indicação explícita dos arts. 566, inc.I e 568, inc.I, do Código de Processo Civil. Das regras presentes nos diversos incisos dos arts. 566 e 568 resulta ainda (a) ( que o credor e o próprio devedor são também às vezes legitimados apesar de não figurem no título executivo e (b) que não só credor e devedor são partes legítimas à execução, mas às vezes também outros sujeitos, tratar-se-á sempre de alguém que tenha alguma relação com o legitimado ordinário primário (credor ou devedor figurante no título executivo), seja como cessionário de direitos ou obrigações, seja como sub-rogado no direito exequendo, seja como substituto processual assim qualificado. Ter-se-ão nessas hipóteses muito variadas, (a) a legitimidade ordinária independente e (b) a legitimidade extraordinária. São legitimados ordinários independentes as pessoas diretamente vinculadas por obrigações próprias e que portanto estão qualificadas para serem partes no processo executivo." (DINAMARCO, op. cit., p. 119/120).

<sup>12</sup> "O Código de Processo Civil, não incluindo os bens alienados em fraude contra credores entre os bens penhoráveis (art. 592, incs. I-V), não permite que eles sejam desde logo penhorados, como faz de modo explícito no tocante à fraude de execução (art. 592, inc. V)...essa medida é a sentença que julgar procedente a ação pauliana expressamente prevista no art. 161 do Código Civil." (DINAMARCO, op. cit., p. 387).

de sentença alcance aquele que figura como corresponsável civil (coobrigado e fiador).

Assim, se foi movida ação regulada pelo processo de conhecimento apenas contra o devedor, o credor não poderá executar a respectiva sentença também contra o fiador, que coobrigado convencional, pois, ele não foi condenado. Se, executado o devedor e não havendo bens para satisfazer a execução, o credor terá que ingressar com nova ação de conhecimento contra o fiador, para então executá-lo. Se, porém, a ação já foi proposta contra ambos, o devedor e o fiador/coobrigado convencional ou por ato ilícito, nesse caso, a execução poderá ser feita também contra o fiador/coobrigado. (LIMA, 1985)

Desse modo, se o fiador/coobrigado convencional (ou por ato ilícito ou culpa, etc.) é citado juntamente com o devedor principal desde o início da ação de conhecimento, ele poderá ser executado por força da sentença condenatória. Se, porém, isso não ocorreu, o fiador/coobrigado não poderá ser executado, embora haja título judicial contra o devedor principal, isto é, os bens do fiador/cooresponsável (civil) convencional não respondem. (LIMA, 1985)

Contudo, e, diferentemente do fiador e dos demais coobrigados (civis) convencionais indicados na regra do §5º do art. 513 do CPC/2015, no âmbito do direito processual civil e das lides que tramitam na Justiça Comum, os responsáveis patrimoniais (figura distinta da responsabilidade civil, e, portanto, distinta dos coobrigados convencionais ou por ato ilícito) indicados por lei têm responsabilidade executória secundária, independentemente de terem participado na relação processual da fase de conhecimento, e, suportam com seus bens as consequências da execução promovida contra o executado primário. (LIEBMAN, 1963)

Portanto, a regra do §5º do art. 513 do CPC/2015 – que disciplina a responsabilidade civil - não abrange o instituto da responsabilidade patrimonial ou responsabilidade executiva secundária, ou seja, os legitimados passivos supervenientes enumerados pela lei, inclusive quando atingidos pela desconsideração da personalidade jurídica. (CRUZ E TRUCCI. 2016)

## **5. DOS RESPONSÁVEIS PATRIMONIAIS OU DA EXECUÇÃO SECUNDÁRIA**

### **5.1. Da figura do sócio e do administrador: Pessoas Físicas que (re)presentam a sociedade**

### 5.1.1. Do Sócio – art. 997 do Código Civil

O sócio é aquele que é titular do capital social ou das quotas de uma sociedade empresária (art. 997 do Código Civil: “A sociedade constitui-se [...] III – capital da sociedade [...] IV – a quota de cada social no capital social..”).

### 5.1.2 Do Administrador – Prática atos de gestão da sociedade (art. 1010/1015 do Código Civil)

A administração da sociedade compete aos sócios (art. 1010 e art. 1013 do Código Civil: “A administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios.”)

A administração da sociedade pode ser confiada a um sócio administrador ou a um administrador profissional (arts. 1010/1022 do Código Civil)

“A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente por meio de administradores com poderes especiais, ou, não havendo, por intermédio de qualquer administrador.” (art. 1022 do Código Civil)

Só os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade (arts. 1015 e 1022 do Código Civil)

## **5.2. Da responsabilidade (processual - automática) patrimonial e executiva secundária do sócio, acionista e/ou do administrador localizada em dispositivos legais fora do sistema da Consolidação das Leis Trabalhistas**

### 5.2.1 Da responsabilidade patrimonial fixada pelo Código Civil

“A desconsideração da personalidade jurídica conduz à responsabilidade dos **sócios nos casos em que a sociedade é manipulada como instrumento de fraude.**”<sup>13 14</sup> (grifo nosso)

<sup>13</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 366. “

<sup>14</sup> “Indo além dessas disposições bem particularizadas em setores específicos, os tribunais praticam a desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar sócios também em situações não previstas nas leis societárias e tributárias...Isso é feito exclusivamente diante de situa-

Nos dispositivos abaixo fica clara a responsabilidade patrimonial ou executiva. Observe-se:

Impõe o art. 50 do Código Civil:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

Fixa o art. 1024 do Código Civil: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.”

Determina o art. 1016 do Código Civil: “Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e terceiros prejudicados por culpa no desempenho de suas funções.”

#### 5.2.2. Da responsabilidade patrimonial fixada pela Lei das S.A.

O acionista controlador e o administrador da sociedade anônima respondem pelos atos ilícitos que praticam (arts. 115, 117 e 158 da lei 6.604/76).

Estabelece o art. 158 da lei das S.A:

“O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade (...) porém, responde civilmente (...) quando proceder: II – com violação da lei ou estatuto (...) 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos que causados, em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia (...)”

O art. 165 do mesmo diploma legal fixa que: “Os membros do conselho fiscal têm os mesmos deveres dos administradores e respondem pelos danos resul-

---

ções de fraude – porque o combate a esta é o objetivo único da disregard doctrine.” DINAMARCO, op. cit., p. 366. “

tantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo ou com violação da lei ou estatuto.”

E, mais, o art. 117 da lei das sociedades anônimas reza que: “O acionista controlador **responde** pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder (...) § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também deveres e responsabilidades próprios do cargo.”

### 5.2.3. Da responsabilidade patrimonial fixada pelo CPC/2015

Dispõe o artigo 789 do CPC: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

Assim, a referência que se faz a bens presentes e futuros se diz com relação ao momento que a obrigação é constituída.

“Portanto, são bens presentes aqueles que naquele momento mais remoto (constituição da obrigação) já estivessem no patrimônio do devedor...”<sup>15</sup>

E o art. 790 do CPC ao tratar da responsabilidade patrimonial, fixa que:

Ficam **sujeitos à execução** os bens:

I – do sucessor..

II – do **sócio, nos termos da lei...**

III – do devedor, quando em poder de terceiros

IV – do **cônjuge** ou **companheiro...**

V – alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução.

VI - cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores;

VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.”

“Ao estabelecer a responsabilidade dos bens do sócio nos termos da lei (...) assume aspecto puramente organizatório...no qual se incluirão todos os casos em que outras normas de direito instituíam essa responsabilidade. Tais normas serão de três possíveis origens: a) norma contidas em leis

---

<sup>15</sup> DINAMARCO, Candido Rangel, Instituições de D. Processual Civil, Vol, IV, 2004, SP, RT, p. 128

societárias, b) normas vindas da legislação tributária, c) normas escritas ou não pertinentes à desconsideração da personalidade jurídica.”<sup>16</sup>

## **6. AINDA DOS RESPONSÁVEIS PATRIMONIAIS OU DA EXECUÇÃO SECUNDÁRIA**

### **6.1. Da responsabilidade patrimonial (execução secundária) do das empresas do grupo econômico trabalhista fixada pelo §2º do art. 2º da CLT**

No direito do trabalho, a matéria relativa à responsabilidade patrimonial do grupo econômico se encontra positivada no conceito de empregador único que é o próprio grupo econômico ao qual integra a empresa obrigada ordinária e primária (§2º do art. 2º CLT).

A alteração da responsabilidade patrimonial (responsabilidade executiva secundária) de qualquer empresa do grupo econômico para a figura de uma (co)responsabilidade civil/material, a ser apurada na fase de conhecimento do processo, tratando as empresas do grupo como se terceiros fossem entre si, é incompatível com a própria noção e conceito do grupo econômico como empregador único, além de engessar e burocratizar a atividade econômica e a prestação de serviços.

Portanto, inexacta a compreensão que a nova redação do §2º do art. 2º da CLT fixada pela reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) ao trazer a mesma redação da lei do trabalho rural (§2º do art. 3º da Lei 5.889/73) teria afastado o conceito de empregador único, posto que só traria desvantagem aos empregadores. Uma vez que estaria mantida a responsabilidade patrimonial das empresas integrantes do grupo econômico, como responsáveis secundárias, sem o benefício da múltipla utilização do contrato de trabalho entre as empresas do grupo.

De fato, ao se afastar a noção do grupo econômico como empregador único, condição da qual deriva automaticamente a responsabilidade patrimonial solidária das empregadas integrantes do grupo, para estabelecer entre elas o tratamento de (co)responsabilidade civil, *mutatis mutandis*, tal raciocínio impediria que o trabalhador prestasse serviços a mais de uma empresa do grupo econômico ou a transferência do trabalhador entre as empresas do grupo econômico, posto que estaria afastada a unicidade do vínculo empregatício com o empregador único/grupo econômico

---

<sup>16</sup> DINAMARCO, Candido Rangel, *idem*, p. 365

Em diversas situações disciplinadas pelo ordenamento jurídico, a lei (art. 790 do CPC/2015, §2º do art. 2º da CLT, etc) determina a automática responsabilidade patrimonial ou executiva (secundária) sobre pessoas física ou jurídica que passa a ser legitimada passiva, a despeito de que não eram os legitimados ordinários e primários. Ou seja, que não são o devedor que tenha participado do processo de conhecimento, como ocorre, por exemplo, com o sócio, o administrador, o acionista majoritário, as empresas do grupo econômico, que são diretamente alcançados, na fase executiva, no seu patrimônio para garantir o resultado da prestação jurisdicional.

E a lei trabalhista (§2º do art. 2º da CLT), ao estabelecer a responsabilidade patrimonial das empresas do grupo econômico, considera que no conceito do empregador único apresenta-se a figura de uma empresa que tem naturalmente uma relação íntima com o legitimado ordinário primário, posto que a noção da solidariedade passiva e da responsabilidade executiva secundária integra como elemento indissociável a própria figura do grupo econômico.

No caso das empresas do grupo econômico, elas são naturalmente solidárias, trata-se de responsabilidade patrimonial executiva secundária, na forma do §2º do art. 2º da CLT, cuja atuação é direta e ocorre sem necessidade de condenação do grupo ou de outra empresa integrante deste como responsável na própria sentença do processo de conhecimento. Bastando, no cumprimento de sentença, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 134 do CPC/2015 e no art. 855-A da CLT.

A própria entabulação dos contratos e os direitos advindos da prestação de serviços estão relacionados à confiança negocial subjacente que envolve a força patrimonial do grupo econômico

## **7. DA INEXISTÊNCIA DE PRAZO PRESCRICIONAL PARA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica opera como um método de forma a organizar o estabelecimento da responsabilidade patrimonial de quem ainda não integra a relação processual, ou seja, sobre quem não é ainda parte do processo, embora possa legitimamente ser o responsável patrimonial.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica tem aspecto puramente de organização processual, porque não esclarece quando haverá a desconsideração da personalidade jurídica. Apenas, organiza um incidente para

estabelecer um quadro de responsabilidade além do patrimônio da sociedade (ou de forma reversa), no qual se examinarão todas as hipóteses e casos em que outras normas (naturalmente de direito material, ou, processual) instituíam essa responsabilidade.

A desconsideração da personalidade jurídica é técnica que estabelece a ineficácia relativa da própria pessoa jurídica frente a credores cujos direitos não foram satisfeitos mercê da autonomia patrimonial criada pelo contrato social.

A desconsideração da personalidade jurídica autoriza e expõe, à execução por obrigações da sociedade, todo o patrimônio desse responsável secundário ou patrimonial, a despeito dele não ser um obrigado (não estar vinculado diretamente ao credor por relação de direito material) e, também, não estar incluído no título executivo. (DINAMARCO. 2019)

Não há obstáculo para a execução trabalhista por conta das regras e princípios extraídos e fixados a partir do microsistema processual e material laboral (com aplicação subsidiária e supletiva dos demais ramos do direito) em se redirecionar a execução trabalhista a partir da desconsideração da personalidade jurídica contra sócio atual. Nem contra o sócio retirante que era sócio ou administrador de empresa ao tempo do contrato de trabalho, particularmente se era sócio ao tempo da propositura da reclamação trabalhista, ou em face das empresas do grupo econômico, não sendo tal conclusão afetada pelo incidente de natureza puramente processual como é o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Destaque-se que o incidente da desconsideração da personalidade jurídica poderá ser evitado, se os sócios ou as empresas do grupo econômico forem chamados já na fase de conhecimento a responder patrimonialmente pela obrigação da empresa empregadora e devedora (inadimplente).

Até porque, a hipótese legal é garantia da celeridade processual, e, mais, da eficiência e efetividade da tutela jurisdicional, bem como do próprio acesso à Justiça. Particularmente, no caso da tutela antecipada a ser deferida no processo de conhecimento em face dos sócios e administradores – pura celeridade e simplicidade processual – o que seria impossível, .v.g., em face da massa falida, impedindo e interditando de forma irreparável a celeridade derivada da tutela provisória de urgência e evidência.

O que, destaque-se, mais uma vez, particularmente se dá, no caso de indeferimento da inclusão dos sócios antes de se operar a citação deles e a comunicação ao distribuidor, posto que, nesse caso (ou seja, quando “*ab initio*” indeferida a citação dos sócios) terá o demandante gravemente violado seu direito

material e processual a estabilidade da segurança patrimonial advinda da responsabilidade patrimonial dos sócios a partir da citação. Visto que a fraude à execução nessa hipótese poderá ficar prejudicada sem a mesma, nos termos do que estabelece o §3º do art. 792 do CPC/2015 (“*nos casos de desconsideração da personalidade jurídica a fraude à execução verificar-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar*”), além de evitar discussões protelatórias, na fase de execução, a respeito da responsabilidade patrimonial do sócio retirante cujos bens garantiam o direito dos empregados ao tempo do contrato de trabalho ou da obrigação, independentemente da responsabilidade a posteriori dos sócios futuros e, ainda, de tornar desnecessário o próprio incidente de desconsideração nas fase executiva com a suspensão do processo.

O estudo das situações que constituem fatos que geram a desconsideração da personalidade jurídica é um exame feito no plano do direito material e não processual.

Assim, cada ramo do processo irá operar as estruturas de natureza puramente processual (como é o incidente de desconsideração da personalidade jurídica) de acordo com sua própria doutrina, convicção, método, princípio e concepção para determinar o conceito indeterminado extraído do direito material.

Repita-se, pois, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica tem aspecto puramente de organização processual, porque não esclarece quando haverá a desconsideração da personalidade jurídica. Apenas, organiza um incidente para estabelecer um quadro de responsabilidade além do patrimônio da sociedade (ou de forma reversa), no qual se examinarão todas as hipóteses e casos em que outras normas (naturalmente de direito material, ou, processual) instituem essa responsabilidade.

Na realidade, a grande diferença se dá no entendimento que o sistema trabalhista firma na concepção da configuração do ato ilícito, de abuso, de desvio, da infração à lei ou de fraude necessários a se chegar a desconsideração da personalidade jurídica e atingir sócios atuais e retirantes à concepção adotada pelas Cortes que apreciam tais conceitos pelo viés do direito comum. E isso, insista-se, não muda.

Ademais, justamente, pelo fato de que a concepção de abuso de direito, ato ilícito e/ou infração à lei para o direito material do trabalho se dá pela mera ocorrência do inadimplemento ou da falta de pagamento de direitos trabalhistas, concepção absolutamente diferenciada e oposta ao adotado pelo direito civil, é que o incidente de desconsideração mais se justifica como uma forma de equilibrar exigências contrapostas como a celeridade e a justiça/segurança.

Realmente, a distinção ou diferenciação da concepção da configuração dos elementos de direito material necessários à decretação da desconsideração da personalidade jurídica para cada ramo do direito de cada instituto deve se dar em consonância com os valores, especificamente, considerados por cada ordenamento material e processual. Ou seja, inafianço às influências do modo de ser do direito material posto à base da pretensão processual e os valores específicos da realidade fática, axiológica, lógica da relação jurídica material e processual que tem por objeto.

Assim, por tratarem com valores distintos, o próprio caráter instrumental da atividade processual impõe uma permeabilidade às influências do modo de ser do direito substancial posto à base da pretensão processual, induzindo cada processo a ter uma visão associada aos parâmetros jurídicos substanciais do seu objeto, sem perder de vista que, em ordem de generalidade máxima, todos os sistemas processuais em conjunto e individualmente cumprem os escopos (de natureza social, político e jurídico) relacionados aos valores fundamentais da sociedade. E sem perder de vista a unidade metodológica e de raciocínio dos grandes princípios, conceitos e esquemas lógicos que permeiam a atividade jurisdicional indicados pela teoria geral do processo

No entanto, a teoria geral do processo não busca a unidade de soluções, mas de raciocínio e de estrutura e princípios teóricos gerais, abstratos e universais, fundados na perspectiva instrumental que coordena a perspectiva interna e externa do sistema processual.

Portanto, é bom que se diga que é necessária a apreciação diferenciada que é feita pelos dois sistemas. Até porque o direito do trabalho encontrou uma solução e um conceito singular de empresa/empregador próprio aos valores do sistema laboral ao fazer uma simbiose particular da figura (e do patrimônio presente e futuro) da pessoa física do empresário com a pessoa jurídica ao tratar do empregador, ou, a empresa como empregador, o que não existe no âmbito do direito comum, salvo ao que parece para o direito do consumidor.

No direito do trabalho, por conta do conceito de empregador que é a empresa (em conformidade com o art. 2º da CLT), somado aos princípios da continuidade do contrato de trabalho, da permanência da empresa e da garantia do crédito trabalhista (arts. 10º e 448 da CLT), ocorre uma despersonalização da personalidade da pessoa jurídica e, simultaneamente, a personalização reversa (do patrimônio e) da pessoa natural dos sócios e do grupo econômico (**§2º do art. 2 da CLT**).

Portanto, os bens presentes que garantem o contrato de trabalho são todos os bens do empregador, esse considerado (como empresa) na sua dupla dimensão que envolve o complexo de bens da pessoa jurídica e das pessoas físicas que sejam seus sócios ao tempo da obrigação, ou seja, ao tempo do contrato de trabalho.

Logo, o princípio da continuidade do contrato de trabalho e da permanência da empresa e da garantia dos créditos e direitos trabalhistas, fixados nos artigos 10º e 448 da CLT c/c o art. 2º (§2) da CLT e os arts. 789 e 790 do CPC e do *caput* e o §5º do art. 28 do CDC, deixa claro que a alteração dos sócios - e por consequência da estrutura jurídica e propriedade da empresa - não afetará a garantia que o contrato de trabalho tem em face dos bens presentes da empresa. Certamente, incluindo aqueles bens dos sócios atuais e daqueles presentes (garantidores da obrigação) ao tempo que se desenvolveu a relação empregatícia.

Em síntese, não há obstáculo para a execução trabalhista por conta das regras e princípios extraídos e fixados a partir do microsistema processual e material laboral (com aplicação subsidiária e supletiva dos demais ramos do direito) em se redirecionar a execução trabalhista a partir da desconconsideração da personalidade jurídica contra sócio atual, nem contra o sócio retirante que era sócio ou administrador de empresa ao tempo do contrato de trabalho. Particularmente se era sócio ao tempo da propositura da reclamação trabalhista, não sendo tal conclusão afetada pelo incidente de natureza puramente processual como é o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Na própria esfera da Justiça Comum, a aplicação do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica orienta-se pelas disposições do art. 50 do Código Civil (Teoria Maior) ou do art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor (Teoria Menor), a depender da natureza jurídica da relação estabelecida entre os litigantes. Resp. 1.862.557-DF).

Na esfera da Justiça Comum, em particular no campo do direito do consumidor, ao qual está mais associado o direito do trabalho, prevalece a aplicação da teoria menor, indicada no §5º do art. 28 do CDC, bastando que o consumidor demonstre que a personalidade jurídica representa algum tipo de obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados. Ou seja, não se exige prova de abuso ou fraude para fins de aplicação da confusão patrimonial para estabelecer a responsabilidade secundária para aqueles que a lei aponta como responsáveis patrimoniais (Resp. 1.862.557-DF).

A Teoria Menor da desconconsideração da personalidade jurídica é mais ampla e mais benéfica ao consumidor, não se exigindo prova da fraude ou do abuso

de direito. Tampouco é necessária a prova da confusão patrimonial, bastando que a personalidade jurídica seja um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos. (Resp. 1.312.591).

A desconsideração da personalidade jurídica é direito potestativo sujeito a prazo decadencial que a lei não previu (art. 134 do CPC e art. 855-A da CLT), prevalecendo a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, de forma que presentes os requisitos da responsabilização definido por cada ramo específico do direito (AResp. 1.226.675), poderá a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive, em face do grupo econômico, ser realizada a qualquer tempo e fase do processo, seja de conhecimento, seja no cumprimento de sentença (Resp. 1.312.591).

A desconsideração da personalidade jurídica é técnica consistente na ineficácia relativa da própria pessoa jurídica frente a credores cujos direitos não foram satisfeitos.

Ao se pleitear a superação da personalidade jurídica diante dos requisitos legais definidos por cada espécie de relação jurídica é exercido verdadeiro direito potestativo sujeito prazo decadencial que a lei não previu prazo especial, prevalecendo a regra da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não uso. Assim, à míngua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica poderá ser realizado a qualquer tempo. (Resp. 1.312.591).

Descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconsideração da personalidade jurídica os prazos prescricionais previstos para os casos de retirada de sócio da sociedade (arts. 1003, 1032 e 1057 do Código Civil) e art. 10-A da CLT, uma vez que institutos diversos. (Resp. 1.312.591).

De fato, tais dispositivos legais dizem respeito às obrigações dos sócios para com a sociedade e não à obstáculo ao ressarcimento dos credores seja pela Teoria Menor (infração ou obstáculo de qualquer natureza) ou pela Teoria Maior (conduta abusiva), seja no que diz respeito aos sócios ou de empresas coligadas desde que presentes os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica. (Resp. 1.312.591).

Noutros termos, os arts. 1003, 1032 e 1057 do Código Civil (dos quais foi extraído art. 10-A da CLT) estão diretamente ligados às obrigações dos sócios para com a sociedade. (Resp. 1.312.591).

Desse modo, o prazo de 02 (dois) anos, previsto nos referidos artigos (arts. 1003, 1032 e 1057 do Código Civil e art. 10-A da CLT), é referente às obrigações

dos sócios para com a sociedade, não se aplica ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. (Resp. 1.312.591).

O pedido de desconsideração da personalidade jurídica postula uma tutela que estenda aos sócios ou as empresas do grupo econômico a responsabilidade perante a empresa devedora e seus credores, mercê do reconhecimento da ineficácia relativa da própria pessoa jurídica. (Resp. 1.312.591).

Com efeito, presentes as hipóteses legais para a desconsideração da personalidade jurídica, nasce o direito de o credor atingir diretamente a pessoa natural subjante ou as empresas coligadas. (Resp. 1.312.591).

Vale dizer que, presentes os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica, o credor exerce um direito potestativo de ingerência na esfera jurídica da sociedade e dos sócios e das empresas coligadas, que não tem prazo para ser exercido. (Resp. 1.312.591).

Ao contrário, tanto é que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título extrajudicial. (Resp. 1.312.591).

Impende, ainda, observar que a formação de grupo de empresas é ambiente propício para o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, facilitada a transferência de capital de uma para outra sociedade do grupo. (Resp. 1.312.591).

## **8. QUESTÃO ESPECÍFICA**

### **8.1. ADPF 488/DF e ARE 1.160.361**

Conforme o disposto no Tema 660 do ementário de repercussão geral do STF, consagrado no ARE 748.371, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, não existe repercussão geral a autorizar o seguimento de recurso extraordinário na alegação de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, cujo julgamento da causa é dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

Entretanto, no julgamento do ARE 1.160.361, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, restou suplantado o óbice do Tema 660, com espeque na afronta à Súmula vinculante nº 10 do STF, deliberando-se o encaminhamento do processo ao Plenário do TST, para apreciação de possível negativa

da aplicação do §5º do art. 513 do CPC/2015, por conta do redirecionamento do cumprimento de sentença ter se dado em face de empresa pertencente ao grupo econômico da empresa condenada (“*do empregador condenado*”).

O §5º do art. 513 do CPC/2015 estabelece que, em sede de responsabilidade civil, é de rigor a integração do fiador, do coobrigado ou do corresponsável ao processo já na fase de conhecimento, de modo a possibilitar que o cumprimento de sentença alcance aquele que figura como corresponsável civil (coobrigado e fiador).

Contudo, no âmbito do direito processual civil e das lides que tramitam na Justiça Comum, os responsáveis patrimoniais (figura distinta da responsabilidade civil) que têm responsabilidade executória secundária, independentemente de ter participado na relação processual da fase de conhecimento, suportam as consequências da execução promovida contra o executado primário.(LIEBMAN. 1963)

Portanto, a regra do §5º do art. 513 do CPC/2015 – que disciplina a responsabilidade civil - não abrange o instituto da responsabilidade patrimonial ou responsabilidade executiva secundária, ou seja, os legitimados passivos supervenientes enumerados pela lei, inclusive quando atingidos pela desconsideração da personalidade jurídica. (CRUZ;TRUCCI. 2016 )

A desconsideração da personalidade jurídica autoriza e expõe à execução por obrigações da sociedade todo o patrimônio desse responsável secundário ou patrimonial, a despeito dele não ser um obrigado (não estar vinculado diretamente ao credor por relação de direito material) e, também, não estar incluído no título executivo. (DINAMARCO. 2019)

Registre-se, ainda, que, para além do *obiter dictum* contido no julgamento do ARE 1.160.361, foi aforada a ADPF 488/DF, pela Confederação Nacional do Transporte, contra a possibilidade de se estabelecer o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na fase de execução (cumprimento de sentença), para se alcançar as empresas do grupo econômico, sob o fundamento da inobservância da exigência imposta pelo §5º do art. 513 do CPC/2015.

A despeito do voto da Ministra Rosa Weber, no que foi acompanhada pelo Ministro Alexandre de Moraes, pelo não conhecimento da ADPF, por inexistir dissenso pretoriano ou o requisito da subsidiariedade a amparar a pretensão, o julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

Retornando a decisão monocrática proferida no ARE 1.160.361, extrai-se da mesma um certo estranhamento com um conceito específico do direito do trabalho de que o empregador (único) é o grupo econômico, na alusão

quanto à possibilidade de empresa pertencente a grupo econômico responder por débitos de empregador condenado”, ou, “da viabilidade de promover-se execução em face de executado que não integrou a relação processual na fase de conhecimento, apenas, pelo fato de integrar o mesmo grupo econômico para fins laborais

No direito do trabalho, a matéria relativa à responsabilidade patrimonial do grupo econômico se encontra positivada no conceito de empregador único que é o próprio grupo econômico ao qual integra a empresa obrigada ordinária e primária (§2º do art. 2º CLT).

A alteração da responsabilidade patrimonial (responsabilidade executiva secundária) de qualquer empresa do grupo econômico para a figura de uma (co)responsabilidade civil/material, a ser apurada na fase de conhecimento do processo, tratando as empresas do grupo como se terceiros fossem entre si, é incompatível com a própria noção e conceito do grupo econômico como empregador único, além de engessar e burocratizar a atividade econômica e a prestação de serviços.

De fato, ao se afastar a noção do grupo econômico como empregador único, condição da qual deriva automaticamente a responsabilidade patrimonial solidária das empregadas integrantes do grupo, para estabelecer entre elas o tratamento de (co)responsabilidade civil, *mutatis mutandis*, tal raciocínio impediria que o trabalhador prestasse serviços a mais de uma empresa do grupo econômico ou a transferência do trabalhador entre as empresas do grupo econômico, posto que estaria afastada a unicidade do vínculo empregatício com o empregador único/grupo econômico.

No caso em exame, é de fundamental importância a distinção de institutos e técnicas jurídicas: i) obrigação, ii) responsabilidade, iii) responsabilidade civil (material), iv) responsabilidade patrimonial, e, v) descon sideração da personalidade jurídica.

A obrigação é o contraposto negativo do direito subjetivo, assim, direito e obrigação são dois lados de uma relação jurídica de direito material.

Obrigação é uma situação de desvantagem, alimentada pelo direito, é o contraposto negativo do direito subjetivo, o qual se define como situação jurídica de vantagem em relação a um bem. (DINAMARCO. 2019)

O obrigado é o devedor de uma relação jurídica de direito material. O devedor de uma obrigação decorrente de uma relação jurídica responde com seus bens pelo cumprimento e adimplemento dessa obrigação (art. 391 do Código Civil e art. 789 do CPC/2015).

Contudo, pode existir responsabilidade sem obrigação. Isto ocorre, sempre, que os bens de uma pessoa possam ser apanhados em uma execução por obrigação da qual ele não é o próprio devedor.

A responsabilidade patrimonial ou executiva de bens de terceiros por obrigação de outra pessoa física ou jurídica, o devedor, tem que ter previsão legal expressa.

Noutras palavras, a lei estabelece para situações expressamente mencionadas a automática responsabilidade (“*ope legis*”) daquele que, embora, não seja o devedor, seja automaticamente trazido ao processo na qualidade de responsável patrimonial pela dívida como forma de garantir o cumprimento da obrigação da pessoa jurídica executada. Trata-se de obrigação ou responsabilidade puramente processual (*H.Theodoro Júnior*) ou bifronte. (THEODORO JÚNIOR, 2017)

Trata-se de mera substituição ou sucessão processual ao executado originário, tanto é que não é possível àquele que ingressa na ação, como sucessor face a desconsideração da personalidade jurídica, arguir a prescrição que poderia existir se fosse contado do ingresso da sua pessoa, por se tratar de mera sucessão a prescrição já foi interrompida com a citação da pessoa jurídica obrigada.

É importante, pois, destacar a distinção da responsabilidade patrimonial ou executiva de outra coisa que é a pura responsabilidade civil consequente da prática de atos ilícitos, abuso, fraude e/ou danos causados ou pela assunção contratual de (co)responsabilidade civil por quem não (re)presenta a sociedade e que gera prejuízos a terceiros. (DINAMARCO. 2019)

Na pura responsabilidade civil ou material o que se busca é a responsabilidade solidária daquele com a sociedade por conta obrigação contratual ou de ato ilícito, fraudulento que tenha causado danos a terceiros e não daquele que é indicado pela lei como responsável patrimonial ou executivo.

No caso da pura responsabilidade civil, o terceiro deverá ser chamado como parte legítima passiva de um processo de conhecimento, de forma que a final

venha suportar a execução sobre seus bens como legitimado ordinário e primário, com seu nome constando do título executivo condenatório, sob pena de não se admitir a execução sobre seu patrimônio, uma vez que não se trata de hipótese de responsabilidade patrimonial ou executiva, mas sim, de responsabilidade civil, tal qual ocorre na figura do fiador, do coobrigado ou do corresponsável prevista no §5º do art. 513 do CPC/2015.

Quando se discutir a pura responsabilidade civil/material de um terceiro estranho à relação jurídica original que não se confunde e nem (re)presenta “*ope legis*” a pessoa jurídica, tal qual a diferença entre a situação de fraude à execução e fraude contra credores onde se faz necessária a apuração dessa responsabilidade por conta de obrigação civil própria ou ato ilícito propriamente dito, não será possível se fixar tal responsabilidade por sucessão no plano do processo de execução.

A apuração dessa responsabilidade civil/material solidária por ato próprio (seja de fiador, coobrigado ou corresponsável civil ou por ato ilícito próprio) exigirá a verificação da situação anterior no plano material, ou seja, exigirá a apuração no plano material dessa responsabilidade extravagante por meio de ação própria autônoma, com amplo direito de defesa e contraditórios.

Não se poderá, assim, atribuir responsabilidade civil solidária sem que o terceiro estranho (ou sem vinculação direta e responsabilidade patrimonial executiva reconhecida por lei) à sociedade seja, desde o início, incluído no processo de conhecimento, sem que se tenha um título executivo judicial contra ele, oriundo de ação autônoma ou condenação no processo de conhecimento, ou, alcançá-lo na fase de execução sem que haja violação ao direito de propriedade, ao devido processo legal, ao amplo direito de defesa e ao contraditório garantidos pelos incisos II, XXII, XXXVI, LIV e LV do art. 5º da C.F.

## 9. CONCLUSÃO

Em síntese, a atribuição de pura responsabilidade solidária civil a terceiro que não tem processualmente responsabilidade patrimonial executiva (decorrência automática de norma de mero direito processual) por dívida de alheia é determinação relacionada à situação de direito material específica ou pretensão material. Ou seja, que exige ação autônoma e processo de conhecimento no qual se apure a pura responsabilidade civil solidária e se declare a existência de um vínculo jurídico (decorrente de uma coobrigação contratual ou de um ato

ilícito ou abusivo) e, portanto, obrigação ou pura responsabilidade civil diante de uma situação na qual *a priori* **não existiria tal liame jurídico**.

Já a responsabilidade patrimonial ou executiva secundária se dá de forma automática por determinação legal, com apuração no plano meramente processual, com a sucessão processual e não para fixar a pura responsabilidade civil solidária ou própria de terceiros que não fazem parte do liame jurídico (ainda que no plano teórico ou atrás da personalidade jurídica) que une credor e obrigado.

Continuando, outra importante distinção é i) da desconsideração da personalidade jurídica e ii) da responsabilidade patrimonial.

A desconsideração da personalidade jurídica é técnica que estabelece a ineficácia relativa da própria pessoa jurídica frente a credores cujos direitos não foram satisfeitos mercê da autonomia patrimonial criada pelo contrato social.

A desconsideração da personalidade jurídica é direito potestativo sujeito a prazo decadencial que a lei não previu (art. 134 do CPC e art. 855-A da CLT), prevalecendo a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, de forma que, presentes os requisitos da responsabilização definido por cada ramo específico do direito (AResp. 1.226.675), poderá a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive, em face do grupo econômico, ser realizada a qualquer tempo e fase do processo, seja de conhecimento, seja no cumprimento de sentença (Resp. 1.312.591).

A lei trabalhista (§2º do art. 2º da CLT), ao estabelecer a responsabilidade patrimonial das empresas do grupo econômico, considera que no conceito do empregador único apresenta-se a figura de uma empresa que tem naturalmente uma relação íntima com o legitimado ordinário primário, posto que a noção da solidariedade passiva e da responsabilidade executiva secundária integra como elemento indissociável a própria figura do grupo econômico.

No caso das empresas do grupo econômico, elas são naturalmente solidárias. Trata-se de responsabilidade patrimonial executiva secundária, na forma do §2º do art. 2º da CLT, cuja atuação é direta e ocorre sem necessidade de condenação do grupo ou de outra empresa integrante deste como responsável na própria sentença do processo de conhecimento, bastando, no cumprimento de sentença, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 134 do CPC/2015 e no art. 855-A da CLT.

A própria entabulação dos contratos e os direitos advindos da prestação de serviços estão relacionados à confiança negocial subjacente que envolve a força patrimonial do grupo econômico.

O tema da responsabilidade patrimonial liga-se à garantia constitucional do acesso à justiça, posto que, sem bens para penhorar, aqueles que têm direito ficariam numa situação de perpétua insatisfação do título judicial. (DINAMARCO, 2019)

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Lex**: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015

CASTELO, Jorge Pinheiro. **O Direito Processual do Trabalho na Moderna Teoria Geral do Processo**. São Paulo: LTr, 1993.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **O Direito Material e Processual do Trabalho e a Pós Modernidade**. São Paulo: LTr, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários ao CPC**, SP. Vol. VIII, RT, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. IV Vol., São Paulo: Malheiros, 2019.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1963.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao CPC**, VI Vol, RJ, Forense, 1985.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. rio de Janeiro: Forense, 2017.



# LAW AND LITERATURE IN DOSTOEVSKY AND MACHADO DE ASSIS<sup>1</sup>

*Direito e Literatura em Dostoevsky e Machado de Assis*

Gentil de Faria<sup>2</sup>

**ÁREA:** Direito e Literatura

**ABSTRACT:** The interdisciplinary study between law and literature provides a broad view of these two areas of knowledge not only distinctly considered but also in their multiple relationships. Dostoevsky (1821-1881) and Machado de Assis (1839-1908) were endowed with extraordinary talent for entering the depths of the human soul. Both were acutely aware of the injustice of the laws of their time. The Russian author was an assiduous reader of Criminal Law and knew well the intricacies of the Trial by jury to write his masterpiece, the novel *The Brothers Karamazov*, while Machado de Assis leaned over the Civil Code to write his most famous novel - *Dom Casmurro*.

**KEYWORDS:** interdisciplinary studies, *The Brothers Karamazov*. *Dom Casmurro*

**RESUMO:** O estudo interdisciplinar entre direito e literatura proporciona uma ampla visão dessas duas áreas do saber não somente distintamente consideradas mas também em suas múltiplas relações. Dostoiévski (1821-

---

<sup>1</sup> This essay is an expanded version of the paper I read at the XV Symposium of the International Dostoevsky Society, held in July 2013 in Moscow, Russia.

<sup>2</sup> Gentil de Faria é formado em Letras e Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Possui Mestrado e Doutorado em Literatura Comparada pela USP e título de livre-docência em Literatura Inglesa pela Unesp. É professor titular de Direito Constitucional Comparado e Literatura Comparada pela Unesp. Orienta dissertações de mestrado, teses de doutorado e supervisão de pós-doutoramento na área de Direito e Literatura Comparada em cursos de pós-graduação da Unesp. Fez pós-doutorado nas universidades de Konstanz (Alemanha), Stanford e Harvard. Lecionou nas universidades de Indiana (EUA) e Konstanz. É membro de várias instituições acadêmicas nacionais e estrangeiras. Escreveu cerca de 200 trabalhos científicos publicados no Brasil e no exterior. Suas atividades profissionais de advogado, professor e pesquisador concentram-se na área das Humanidades: direito, educação, linguagens e tradução.

1881) e Machado de Assis (1839-1908) eram dotados de extraordinário talento na entrar nas profundezas da alma humana. Ambos eram possuíam agudo senso para conhecer a injustiça das leis do seu tempo. O autor russo era leitor assíduo do Direito Penal e conhecia bem os meandros do tribunal do júri para escrever seu romance mais lido, enquanto que Machado de Assis se debruçava sobre o Código Civil para escrever seu romance mais famoso - Dom Casmurro.

**PALAVRAS-CHAVE:** estudos interdisciplinares, *Os irmãos Karamázov*, *Dom Casmurro*

Although there is a wide range of approaches to literary investigations, some scholars still prefer to study literature as an entity in itself, as a self-contained art, ignoring the numerous possibilities of interdisciplinary studies, not only between literature and the other arts, but also between literature and other areas of human knowledge and experience. Within the broad spectrum of interdisciplinarity, the interrelations of law and literature still remain little explored, though it can provide a rich soil for fruitful comparative approaches.

Human beings are gregarious by nature, and only exceptionally do not live in contact with their neighbors in society in which they must obey the rules of good behavior, which restrict individual freedom in favor of an ideal of general welfare. Institutionalized by the State and coercively imposed, law has the main purpose to discipline the social harmony. In doing so, one consequence is that law does not always protect the righteous people. On the contrary, it is not rare the injustice of legal rules frequently born of illegitimate and arbitrary Public Power.

On the other hand, and fortunately, not all human conduct is regulated by legal rules. In many occasions the human beings act as legislators of themselves through their personal conduct and moral values. In this respect, moral is wider and more demanding than law itself because it can reach the most secret thoughts and the breaking of its precepts does not cause legal sanctions, but remorse, a more violent psychological self-reproach.

Dostoevsky (1821-1881) and Machado de Assis (1839-1908) were endowed with extraordinary talent to enter into the depths of the human soul. Both were deeply concerned to know the injustice of the law of their time. The Russian was a diligent reader of the Criminal laws and intricacies of the trial by jury, superbly depicted in *The Brothers Karamazov*, whereas the Brazilian leaned over the Civil Code to write most of his novels and short stories. One used the Criminal Code

and the other, the Civil Code to report the flaws of their respective national legal systems.

Dostoyevsky had a deep knowledge of the criminal proceedings of the tsarist regime of his time. Attended numerous judgments and criticized firmly the decisions of the courts. Acting as a journalist, he took full advantage of the researches he undertook to portray an impressive social panel of his time. By the 1870s, his popularity reaches its peak and he becomes a famous writer, widely acclaimed as the Russian Shakespeare. He held weekly column called “Diary of a Writer,” which received letters from all over Russia. Readers constantly asked his opinion on various issues, regarding him as a true spokesman of the nation.

His intense activity as journalist produced several texts that were later collected in a book form with the same title. In these writings, he demonstrates to be a writer deeply concerned with issues relating to education, especially to child care and the relationship between parents and children. In this sense, it is remarkable the aesthetic effect he produces in one of his reports on the Kroneberg case (in which a father is acquitted after brutally torturing a seven-year old daughter), which is in the diary, and transports it to the novel in the horrific reports that Ivan talks about the abuse of children by their parents (Book V, 4, p. 247-249).

The implementation of the trial by jury system in Russia took place on November 20, 1864, when Alexander II promulgated the judicial reform, inspired by Western models. In 1917, juries were abolished by the Bolsheviks, who, ironically, always proposed this type of procedure when they were arrested and brought to trial. Only with the entry into force of the new Constitution on December 12, 1993, the jury was reinstated and it appears in three articles: 1. Article 20<sup>3</sup>, which states that there is death penalty<sup>4</sup> for only serious crimes against life, applied after a trial by jury; 2. Article 47<sup>5</sup>, which provides in the case of revision of criminal punishments; and 3. Article 123<sup>6</sup>, which guarantees the right to adversary and public trial.

Although one could argue that the legal issue is present throughout the novel, it becomes the central axis of the plot in about 300 pages (of over the

---

<sup>3</sup> Article 20: Capital punishment until its complete elimination may be envisaged by a federal law as an exclusive penalty for especially grave crimes against life, and the accused shall be granted the right to have his case examined by jury trial;

<sup>4</sup> Although the Penal Code still permits death penalty, Russia has not executed anyone since 1996.

<sup>5</sup> Article 47: The accused of committing a crime shall have the right to the examination of his case by a court of jury in cases envisaged by the federal law;

<sup>6</sup> Article 123: In cases fixed by the federal law justice shall be administered by a court of jury.

700 pages that make up the complete text). Thus, almost half of the narrative focuses on the investigation of the crime and its subsequent judgment (Book XII). The actual legal part of the novel begins in Book IX, entitled *The Preliminary Investigations*, when the young public official Pyotr Ilyich Perhotin goes to see the wealthy widow Madame Hohlakov one evening, and asks her, on his own, about the origin of the “two or three thousand rubles” he had seen with Dmitri, since he had given him ten rubles on loan two hours before. “His hands and face were all covered with blood, and he looked like a madman,” (p. 414) he added.

After obtaining a statement signed by the widow, in which she asserted that had never lent that amount to Dmitri, Pierhotin takes the matter to Mihail Makarovitch Makarov, a retired lieutenant colonel and court advisor. Upon arrival, the young bureaucrat finds him playing cards with the prosecutor Ippolit Kirillovich, who was really a deputy prosecutor, but regarded by all as if he were the prosecutor. Kirillovich soon became fascinated by the unexpected criminal case: “It was a case that might well be talked about all over Russia” (p. 418).

The interrogation begins with and the judge and prosecutor, using a speech full with legal jargon incomprehensible to Mitya, seeking to establish an alleged incriminating fact against Dmitri. Neither the judge nor the prosecutors, at any time, recall the right of the accused to have the assistance of a lawyer. The accused is left alone to present his defense. Only the right to remain silent is mentioned by the prosecutor:

Allow me to caution you, sir, and to remind you once more, if you are unaware of it.” The prosecutor began, with a peculiar and stern impressiveness, “that you have a perfect right not to answer the questions put to you, and we, on our side, have no right to extort an answer from you, if you decline to give it for one reason or another. That is entirely a matter for your personal decision. But it is our duty, on the other hand, in such cases as the present, to explain and set before you the degree of injury you will be doing yourself by refusing to give this or that piece of evidence. After which I will beg you to continue (p. 432).

Under pressure, isolated and without legal assistance, the unfortunate Mitya is taken to admit a crime he did not commit. He tries to tell the truth, but both judge and prosecutor were eager to extort his confession. After the interrogation of the accused and the examination of the witnesses, the investigation is closed and the final report was written. Here, again, we see the accuracy of knowledge by Dostoevsky about the bureaucratic Justice and the forensic jargon.

When the protocol had been signed, Nicolay Parfenovich turned solemnly to the prisoner and read him the “Committal,” setting forth, that in such year, on such a day, in such place, the investigating lawyer of such-and-such a district court, having examined so-and-so (to wit, Mitya) accused of this and of that (all charges were carefully written out) and having considered that the accused, not pleading guilty to the charges against him, had brought forward nothing in his defense, while witnesses so-and-so and so-and-so, and the circumstances such-and-such testify against him, acting in accordance with such-and-such articles of the Statute Book, and so on, has ruled that, in order to preclude such-and-such (Mitya) from all means of evading pursuit and judgment, he be detained in such-and-such prison which he hereby notifies to the accused all communicates a copy of this same “Committal” to deputy prosecutor, and son, and so on.

In brief, Mitya was informed that he was, from that moment, a prisoner, and that he would be driven at once to the town, and there shut up in a very unpleasant place. Mitya listened attentively, and only shrugged his shoulders (p. 470).

The fragility of the preliminary investigation is blatant. Nobody was really convinced of Mitya’s guilt, nor the judge who regarded him “more unfortunate than guilty.” Kept in a pre-trial detention, he will face the next stage of the process and the worst: the trial by jury.

The lengthy Book XII carries the significant title of “A Judicial Error” and consists of 14 chapters (the longest in the novel), is devoted to scenes of court. Here Dostoevsky demonstrates profound knowledge and extraordinary experience of forensic rituals. The narrator is at the center of events and thoroughly describes what he sees and feels, from various angles, from the opening of the court session, through the trial itself, until the protests of desperate Mitya claiming to be innocent of his father’s death.

A fatal day is the title of the first chapter of this Book. Given the importance and grandeur of the events, the narrator appears to be very modest and hesitant about his ability to report the facts as they actually happened. The reader, however, realizes that he has full control of the situation and makes an impressive report about the trial:

I hasten to emphasize the fact that I am far from esteeming myself capable of reporting all that took place at the trial in full detail, or even in the actual order of events. I imagine that to mention everything with full explanation would fill a volume, even a very large one. And so I trust I may not be reproached for confining myself to what struck me. I may have selected as of most interest what was of secondary importance, and may have omitted

the most prominent and essential details. But I see I shall do better not to apologize. I will do my best and the reader will see for himself that I have done all I can (p. 610).

Before entering the courtroom, the narrator, being sure of his mission, stimulates the reader's curiosity by telling the repercussions achieved by the case and its resonance throughout the country. Many famous people came from other provinces and even from Moscow and Petersburg to compete for seats in the courtroom, which soon were busy long before the date set for the trial.

The male audience was generally hostile to Mitya, while the women longed for the acquittal of the accused because he had the reputation of conqueror of female hearts. Making this observation, the narrator found the division of the sexes in the audience, reflected by the discussions between husbands and wives.

The expectation of an exciting verbal battle between the prosecutor and defense counsel also created an atmosphere of hysteria, produced by a noisy crowd eager for sensational revelations. The trial begins at 10 am, with the arrival of the president, prosecutor and defense counsel. Each receives significant and ironic description by the narrator: "The president was a short, stout, thickset man of fifty, with a dyspeptic complexion, dark hair turning grey and cut short, and a red ribbon, of what order I don't remember. The prosecutor struck me and the others, too, as looking particularly pale, almost green (p. 613).

The jury, after a few refusals by the defense and prosecution, was composed of twelve people<sup>7</sup>: four petty officials, two merchants, six peasants and artisans. Dostoevsky was opposed to the system of trial by jury and this distrust is passed through conversations heard by the narrator even long before the trial, especially by ladies: "Can such a delicate, complex and psychological case be submitted for decision to petty officials and even peasants?" or "What can an official, still more a peasant, understand in such an affair?" (p. 613).

In the description of the three groups of jurors, one realizes that the narrator seeks to demonstrate that those laypersons had no technical expertise to evaluate the case put on trial:

---

<sup>7</sup> The composition of the jury follows the western model and was implemented in Russia after the Judiciary Reform that took place about 15 years before the publication of the novel. They were twelve men, all parents, judging a case of parricide. This fact in itself can already give reasons for questioning the fairness and impartiality of the jurors.

#### • **Four petty officials**

All four officials in the jury were, in fact, men of no consequence and of low rank. Except one who was rather younger, they were grey-headed men, little known in society, who had vegetated on a pitiful salary, and who probably had elderly, unpresentable wives and crowds of children, perhaps even without shoes and stockings. At most, they spent their leisure over cards and, of course, had never read a single book (p.613).

#### • **Two merchants**

The two merchants looked respectable, but were strangely silent and stolid. One of them was close-shaven, and was dressed in European style; the other had a small, grey beard, and wore a red ribbon with some sort of a medal upon it on his neck (p.614).

#### • **Artisans and peasants**

There is no need to speak of the artisans and the peasants. Two of them wore European dress, and, perhaps for that reason, were dirtier and more uninviting-looking than others. So that one might well wonder, as I did as soon as I had looked at them, “what men like that could possibly make of such a case?” Yet their faces made a strangely imposing, almost menacing, impression; they were stern and frowning” (p.614).

The President opened the session and ordered to bring in the prisoner. There was a deep silence: “One could have heard a fly” (p. 614). Mitya entered dressed in a new frock coat, gloves, and exquisite linen, looking an “awful dandy”.

The counsel for defense, Fetyukovich coming from Petersburg, is ironically depicted<sup>8</sup> as it follows

He was tall, spare man, with long thin legs, with extremely long, thin, pale fingers, clean-shaven face, demurely brushed, rather short hair, and thin lips that were at times curved into something between a sneer and a smile. He looked about forty. His face would have been pleasant, if it had not been for his eyes, which, in themselves small and inexpressive, were set remarkably close together, with only the thin, long nose as a dividing line between them. In fact, there was something strikingly birdlike about his face. He was in evening dress and white tie (p. 614).

---

<sup>8</sup> In general, the figure of a lawyer does not enjoy good reputation in the novel: “The Russian people have long called a barrister ‘a conscience for hire’ (p.218), says Ivan Karamazov to report cases of tortures of children by parents. Lawyers could easily get their acquittal in court.

One can predict the resistance of the jury members, feeling inferior by the exaggerated elegance of the accused and the defense lawyer. Strictly following the legal formalities, the trial began by reading the accusatory criminal libel. “The whole tragedy was suddenly unfolded before us, concentrated, in bold relief, in a fatal and pitiless light”, reports the narrator. At the end of the reading, the president formulated the classic question:

“Prisoner, do you plead guilty?”

Mitya suddenly rose from his seat.

“I am not guilty of the death of that old man, my enemy and my father. No, no, I am not guilty of robbing him! I could not be. Dmitri Karamazov is a scoundrel, but not a thief” (p. 615).

The next step was the hearing of witnesses, which followed the appropriate rules of procedure. The prosecution witnesses were heard first and then followed the examination of the documentary proofs, starting by reading the medical reports prepared by three experts; all unfavorable to the accused. The analysis of the observations made by these three doctors provides more elements that reinforce Dostoyevsky’s disbelief in the trial by jury. Even the so-called scientific methods have not helped clarify the case.

The first expert was doctor Herzenstube, “a grey and bald old man of seventy, of middle height and sturdy build.” (p. 623). Obstinate as a mule, he “roundly declared that the abnormality of the prisoner’s mental faculties was self-evident” (p. 624). Being German, he confusedly expressed in Russian and that amused the audience. He noted that the accused,

“marched in like a soldier, looking straight before him, though it would have been more natural for him to look to the left where, among the public, the ladies were sitting, seeing that he was a great admirer of the fair sex and must be thinking much of what the ladies are saying of him now” (p. 624).

The second expert was a famous Moscow doctor, opponent to Herzenstube. For him, the accused was abnormal “in the highest degree,” obsessive and maniac. At the end of his rhetoric speech, he added ironically about the observation made earlier by Herzenstube. The accused should not look to the left, but, on the contrary, “to the right to find his legal adviser, on whose help all his hopes rest on whose defense all his future depends” (p.625).

The disagreement between the experts increases with the opinion of the young doctor Varvinski, the third expert. The prisoner, according to his “modest” opinion,” would naturally look straight before him on entering the court, as he had in fact done, as that was where the judges, on whom his fate depended, were sitting (p. 626).

Besides the laughable disparity of the expert reports, the young doctor and doctor Herzenstube also acted as prosecution witnesses, enrolled by the prosecutor. This dual role as experts and witnesses is contrary to the legal principles of Criminal Law. The occurrence of this fact would be sufficient to entail the nullity of the trial process of the helpless Mitya.

After the hearing of the prosecution witnesses, the next step was the hearing of the witnesses called by the defense. In the sequence it was heard: Alyosha, younger brother of Mitya; Katerina Ivanovna, former fiancée of the accused, who had lent him the money; Grushenka, who had had an affair with Mitya and the old Karamazov: “It was all my fault. I was laughing at them both – at the old man and at him, too - and I brought both of them to this. It was all on account of me it happened (p.634).

Ivan, another brother of Mitya, was called to testify. Like his brother Aliocha, he was not on oath. But he revealed the true identity of the killer: It was Smerdyakov, his bastard brother who had killed his father: “I was with him just before he hanged himself. It was he, not my brother, killed our father. He murdered him and I incited him to do it... Who doesn’t desire his father’s death?” (p. 637).

Soon after, another scene came to disrupt the trial. Katerina Ivanovna, in hysterics, breaks the session saying she had something to declare and shows the letter she had received from Mitya that explained how he would kill the father. Treacherously, his ex-girlfriend suggested that the crime was premeditated, affirmation that aggravated the situation of the accused. The reading of the letter, whose content was known to the reader, caused more excitement in the audience (Book XI, 7, p. 574).

This letter read aloud by the clerk made an overwhelming impression. It reveals a thirsty for revenge by a rejected woman. Dostoyevsky, who was ironically against the use of psychology in trials, used it to write about the bitterness in the heart of a woman who was replaced by another. The document, which revealed sole intention of the author to kill his father if he does not give him the 3000 rubles which he was entitled, became part of the material evidence of the crime and was decisive in convincing the jury.

Completed the hearing of witnesses and after Katerina's hysterical incident, brandishing the fatal letter, the president opened the floor for prosecution. The prosecutor said that from the beginning believed in the prisoner's guilt. He was accusing him not as an official duty, but 'for the security of society' (p. 644). His long speech, written in a forensic hollow rhetoric, full of figures of speech well known by Dostoevsky and already widely criticized by him in other texts he wrote on the subject of trials by jury, ends with a peroration "in fever" for jurors to condemn the accused. For him, the jury at that moment represented the whole Russia: "All Russia will hear you, as her champions and her judges, and she will be encouraged or disheartened by your verdict. Do not disappoint Russia and her expectations." (p. 670). The prosecutor's final rhetorical appeal produced great effect.

The defense lawyer also did not understand the case of Mitya. At heart, he was not convinced of the innocence of his client. In this sense, he disqualifies the crime of parricide, and justifies it as just an ordinary case of murder because the tyrannical old Karamazov was not a "true father." The most suitable defense argument should be the denial of authorship, a thesis never considered by the defender, who from the beginning was not interested in knowing who the killer was.

The defense impassioned appeal aroused great enthusiasm in the audience. Amid the general euphoria, rose the prosecutor to make the rejoinder which caused some murmurs of protests Kirillovich, feeling downcast by the commotion caused by the defendant's speech insists on the seriousness of the crime of parricide, which "is not a novel or a poem."

Concluded the speeches of the prosecution, defense and after the reply and the rejoinder, the president gave the word to the prisoner. Exhausted, both physically and mentally, Mitya, with a trembling voice, makes a beautiful humble and sensitive speech much more convincing than the pleadings by the prosecutor and defender. This scene is a striking example of the use of "plurality of voices", a notable feature of Dostoevsky's polyphonic novel, in the famous analysis of Bakhtin.

The jury retired for consultation and to formulate their conclusions. The president made a formal admonition to them: "Be impartial, don't be influenced by the eloquence of the defense, but yet weigh the arguments. Remember that there is a great responsibility laid upon you" (p. 697).

This last recommendation of the President shows a hint of his partiality. He advises the members of the jury not to get carried away by the eloquent words

of defense. This would mean that they could also get carried away by no less eloquent words of accusation? As it turns out, not even the president of the jury behaved with neutrality and impartiality.

It was almost one o'clock in the night, when the session was adjourned for deliberation of the jury. The expected verdict at the end was an inevitable acquittal of the accused. An hour later, the doorbell rang and the jury returned to the plenary. At this point, the narrator does not hide his difficulty in understanding what was happening:

I won't repeat the questions in order, and, indeed, I have forgotten them. I remember only the answer to the president's first and chief question: "Did the prisoner commit the murder for the sake of robbery and with premeditation?" (I don't remember the exact words.) There was a complete hush. The Foreman of the jury, the youngest of the clerks, pronounced, in a clear, loud voice, amidst the deathlike stillness of the court:

"Yes, guilty!"

The jury did not recognize any mitigating circumstance of the crime. The narrator remains impassive in the face of the incredible judicial error. He prefers to reproduce the statements he heard on the steps as he went out:

"He'll have twenty years' trip to the mines!"

"Not less."

"Well, our peasants have stood firm."

"And have done for our Mitya" (p.699).

The Russian Criminal Code then in effect provided that the punishment for the premeditated murder of a father was the death penalty. Dostoevsky attenuated it, opting for the 20-year sentence with hard labor in Siberia. In so doing, the writer reminds his own biography: his death sentence was transformed into exile. Mitya will be able to recover, as evidenced by the end of the novel. This same optimistic end about human nature bringing hope also occurred in *Crime and Punishment*. It remains a compensation for the unfortunate Mitya and Raskolnikov: the divine justice will absolve them in the Final Judgment.

## **Machado de Assis**

The possible presence of Dostoevsky in the greatest Brazilian writer Machado de Assis (1839-1908) has been noted by critics and scholars. But so far there is

no in-depth study that takes into account this challenging matter. One can find references about him in Brazil after his death and the start of the Russian novel vogue in the 1880s in Paris with the first French translations.

The first studies on the relationship between the two writers were very unfavorable to Machado. The literary critic Sílvio Romero (1851-1914), who used to belittle the novelist, wrote: “Machado de Assis lacks a certain grand and epic tone that resonates in some pages of Dostoevsky’s *The House of the Dead*” (p. 1515).

Octavio Brandão (1896-1980) was still more aggressive and unjust in making the comparison. He concluded his bitter analysis with a preposterous statement: “Machado de Assis has something of Dostoyevsky, though he is much inferior to him” (p.83).

In the area of academic studies, Boris Schnaiderman, founder of Slavic studies at the University of São Paulo in the 1960s, wrote a short essay called “Alienista, um conto dostoiievskiano?”, in which hesitates to say whether Machado was influenced by Dostoyevsky: “Certainly, he knew the Russian novelist, whom he quotes in a chronicle concerning the ‘mysteries of the Slavic world’ and other minor references.” “But would he know enough to be marked?”, he questions. “It seems unlikely” (p. 270), he answers.

Schnaidermann, though unsure about a probable influence, hypothesizes that the Brazilian author could know the Russian writer through German translations, since the French translations only began after the publication of the short story “The Alienist” (1882) in which might contain marks of the readings of Dostoyevsky’s work. He also reminded that Inna Terterian, who wrote a preface for the translation of *Dom Casmurro*, made by T. Ivanova, and published in Moscow in 1961, said it would be important to investigate the influence of Dostoevsky on Machado de Assis.

In a chronicle of December, 16, 1894, published in *A Semana*, a weekly magazine, Machado de Assis wrote about what he had read: “A telegram from St Petersburg announced yesterday that the dancer Labushka committed suicide. It does not bring the cause, but says she was the mistress of the Emperor<sup>9</sup>, it is understood that she killed herself longing for him” p. 638.

The author sympathizes with the fateful gesture of the dancer and puts in doubt whether the news is true or he had read in some page of Dostoevsky, arguing: “Your suicide is a mystery. Great mystery that only the Slavic world is

---

<sup>9</sup> The emperor was Alexander III who died on October 20, 1894.

able to give. Was it a telegram that I read? Was it some page of Dostoevsky”? (Obra completa, p. 638).

Dostoyevsky and Machado de Assis are two literary giants within their national literatures. There is no doubt that the Brazilian writer knew the work of the Russian author. Both were able to penetrate into the deep recesses of the human soul, and use the norms of positive law to bare the failures of the legal system of their countries.

Machado de Assis has always shown an abiding interest in the hypocritical attitudes of middle-class men and women, especially which concerned to the exploitation of one another. The Machadian characters, on the whole, shrewdly deceive or are cruelly deceived by their peers. They search for social ascension at any cost no matter if through illicit means. In this respect marriage and inheritance, frequently depicted as a hidden lucky strike, become necessary tricks to ascend in life.

There are numerous lawyers in Machado de Assis’s fiction. In this aspect he is aware of Brazilian social reality because Law graduates were predominant in the bourgeois society of his time. Politicians are next in quantity, and clergy comes afterwards. The predominance of lawyers and politicians indicates that the interrelation of literature and law bears an extraordinary relevance in his writings.

To prove that it is sufficient to remember that the most famous Machadian motto - “To the victor, the potatoes!”, constantly shouted by Rubião in *Quincas Borba’s* novel, enables a rich discussion about Law. Should the winner receive the prize no matter the means employed to obtain it? Is it socially acceptable to reward someone who uses coercion, fraud, and simulation to gain victory?

## **Dom Casmurro**

The protagonist of this novel is a Bachelor of Laws, but he feels no enthusiasm for the profession. When he sees the diploma out of its case, while unpacking his trunk, he has the sensation of hearing an invisible fairy saying, “You will be happy, Bentinho; you are going to be happy.” This scene reminds him of the witches in *Macbeth*: “Thou shalt be king, Macbeth!”- “Thou shalt be happy, Bentinho!” By associating his fate with that of the Shakespearean character, Bentinho anticipates his own misfortune. He will not be happy. He will be deceived as it was *Macbeth* by the predictions.

He will be not a good lawyer either, but will make money because of familiar friendship: "I was an attorney for several wealthy houses, and the cases were coming in. Escobar had contributed greatly to my beginnings in the law courts. He had intervened with a celebrated lawyer to have me taken into his office, and had arranged some retainers for me, all of his own accord" (p. 195).

Having a lawyer as the omniscient narrator Machado de Assis is able to make full use of admirable interdisciplinarity of literature and law, noticeable in the abundance of legal terminology interwoven with the plot. Many chapters of the book have legal terms for titles, like "Law is beautiful", "The private audience", "Oath at the well", "The treaty", "Third party claim proceeding", "Legal papers".

Besides the protagonist, there is another lawyer in the novel, the widower Cosme, Bentinho's uncle: "Formed for the serene functions of capitalism, uncle Cosme did not get rich in law courts: he made a living" (Ch.6, p.13). He was in criminal law. Having no children, and considered a failure with bitter spirit and pessimistic view of the world. His portrait is depicted as it follows:

He no longer went in for love affairs. They say that, as a young man, he was a devil with the women, besides being a hotheaded partyman. But the years had taken from him most of his ardor, both political and sexual, and his fat put an end to the rest of his ideas, public and specific. Now he merely performed the duties of his job, and without love. In his hours of leisure he looked on, or played backgammon. Now and again he made a witty remark (p. 14).

The recurrent theme of inheritance appears in the novel with an subtle but very ironical aspect. Escobar, the narrator's best friend since the years of seminary, whom Bentinho suspects to be his son's father, named him substitute executor in the will: "He did not leave me anything, but the words that he wrote me in a separate letter were sublime in their expression of friendship and esteem" (Ch. 128, p. 235).

There had been heated debates whether Capitu, the narrator's wife, committed adultery. The novel is more than a century old and even today we can read articles, especially on daily newspapers defending opposite theses. The ones who accuse Capitu believe in the narrator's final report: "one thing remains and it is the sum of sums, the rest of the residuum, to wit, that my first love and my greatest friend, both so loving me, both so loved, were destined to join together and deceive me..." (Ch. 148, p. 263)

The ones who defend Capitu say the narrator is self-centered and mystifies. So, he is totally unreliable. Everything he says comes from his fertile and witty imagination. Modern Feminism criticism shares the same idea, and says that Bentinho embodies the model of macho behavior, and Capitu is not guilty of anything.

### **Works cited**

Assis, Machado de. *Dom Casmurro*. Trans. Helen Caldwell. New York: The Noonday Press, 1991.

Brandão, Octavio. *O niilista Machado de Assis*. Rio: Organização Simões, 1958.

Dostoyevsky, Fyodor. *The Brothers Karamazov*. Trans. Constance Garnett. New York: Dover editions, 2005.

Romero, Sílvio. *História da literatura brasileira*. 6. ed. Rio: José Olympio, 1960, v.5.

Schnaidermann, Boris. "O alienista", um conto dostoiévskiano? In: *Teresa: revista de literatura brasileira*. São Paulo: USP / Editora 34 / Imprensa oficial, 2006. Nº 6/7 (2004/2005), p. 268-273.



# METAVERSO: ESPELHO OU EXTENSÃO DA REALIDADE?

*Metaverse: mirror or extension of reality?*

**Renato Müller da Silva Opice Blum<sup>1</sup>**

**Bruno Henrique Cordeiro de Souza<sup>2</sup>**

**ÁREA:** Direito do Trabalho. Tecnologia. Metaverso.

**RESUMO:** É inegável que os avanços das tecnologias relacionadas às novas realidades e dimensões da internet têm adentrado forte e ostensivamente no cotidiano não só do brasileiro, mas de todo cidadão universal. Uma espécie de realidade paralela, trazida no passado e ressignificada no futuro, aquece uma nova discussão para o chamado “Metaverso”. Logo, em razão da relevância da questão, incluindo os avanços sociais em potencial, bem como os riscos a que os usuários estão sujeitos, devido à inovação constante e fragilidade dos sistemas digitais, impõe-se sua análise jurídica, principalmente no que concerne aos aspectos de compreensão da necessidade de difundir os efeitos trazidos pelas plataformas e instrumentos do Metaverso, além de aplicabilidade e extensão legislativa, econômica e social. Nesta linha, o estudo proposto apresenta singela reflexão sobre a matéria, seguida de orientações a respeito das necessárias medidas de ordem prática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Metaverso. Internet moderna. Realidade virtual. Realidade aumentada.

---

<sup>1</sup> Advogado e Economista; Mestre pela Florida Christian University; Coordenador da EBRADI, LCA, FAAP, INSPER e EPD; Professor da PUC/RS; Membro do Conselho da EuroPrivacy, da Associação Europeia de Privacidade; Juiz do Inclusive Innovation Challenge do MIT; Presidente da ABPDados; Diretor da ITECHLAW. Árbitro em diversas instituições. Escreveu e participou de mais de 20 (vinte) obras relacionadas aos temas de Direito, Tecnologia e Privacidade de Dados tais como: Direito Eletrônico: A Internet e os Tribunais, Manual de Direito Eletrônico, Lei geral de Proteção de Dados e Internet, Data Protection Officer (Encarregado), entre outros. [renato@opiceblum.com.br](mailto:renato@opiceblum.com.br)

<sup>2</sup> Advogado no Opice Blum, Bruno e Vainzof Advogados. Pós-graduado em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito - EPD.

**ABSTRACT:** It is undeniable that the advances in technologies related to the new realities and dimensions of the internet have entered strongly and ostensibly in the daily life of Brazilians and universal citizen. A kind of parallel reality brought in the past and signified again in the future, heats up a new discussion for the so-called “Metaverse”. Therefore, due to the relevance of the issue, including potential social advances, as well as the risks to which users are issue due to the constant innovation and fragility of digital systems, this legal analysis is necessary, especially about aspects of understanding of the need to disseminate the effects brought by the platforms and instruments of the Metaverse, in addition to legislative, economic, and social applicability and extension. In this way, the proposed study presents a simple reflection on the matter, followed by guidelines regarding the necessary practical measures.

**KEYWORDS:** Metaverse. Modern Internet. Virtual Reality. Augmented Reality.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O início “metavérsico” e seus marcos históricos; 2. Qual impacto e como o Metaverso pode ajudar no crescimento das relações sociais, políticas e econômicas; 3. A relação do Metaverso com os atos e fatos jurídicos: desafios e potenciais soluções; 4. Conclusão; 5. Referências.

## INTRODUÇÃO

Desde 28 de outubro de 2021, quando Mark Zuckerberg, o então fundador do Facebook, anunciou a nova nomenclatura da empresa, alterando o conglomerado para Meta, um dos maiores assuntos mundiais - sobretudo para quem acompanha as novas tecnologias -, voltou-se ao conceito contemporâneo de “Metaverso”, o antigo conhecido, mas que estava congelado na memória de muitos.

A partir de então, começaram a surgir rumores, tentativas de entendimento, especialistas, novos estudos, muitos outros pontos reflexivos e filosóficos e até mesmo falsas notícias para embasar a compreensão do que é, de fato, o Metaverso.

Para muitos, o primeiro ponto complexo se apresentou: é extremamente complicado prever ou definir o que é ou qual é o futuro do Metaverso, já que, com enorme probabilidade é a primeira vez que este conceito aparece no *timing* adequado, com tecnologias aptas a suportá-lo, com *internet* banda larga,

possibilidades de dispensa de moedas estatais e convencionais ou outras intervenções conhecidas e uma possibilidade de adequação e acessibilidade deste espelho ou extensão social.

O que se pretende aqui é, finalmente, colocar os “*pontos nos is*”, destrinchar e desmistificar tudo aquilo que remete ao Metaverso, compreendendo, sobretudo, a sua natureza disruptiva e, por que não, sua natureza necessária em dias tão complicados.

Entender o que é, de onde veio e as funcionalidades do Metaverso pode nos ajudar, enquanto sociedade, a melhorarmos, progredirmos e facilitar e intensificar os nossos laços afetivos e econômicos em busca da real progressão em massa.

## **1. O INÍCIO *METAVÉRSICO* E SEUS MARCOS HISTÓRICOS**

Há registros de que os primeiros conceitos de Metaverso surgiram pelo romance *Snow Crash (Nevasca)*, escrito pelo americano Neal Stephenson em 1992. Na época, conforme declarado pelo próprio escritor, a ideia surgiu com intuito de replicar um projeto que havia participado e que relacionava computação gráfica com a arte. A intenção de compreensão do autor era para questionar a possibilidade de junção desta mistura de computação gráfica e arte com a tecnologia 3D, a fim de proporcionar melhor experiência aos leitores.

Porém, contextualizando, como estamos falando de 1992, não se imaginava ainda a expansão tecnológica que hoje, três décadas após, obtivemos. Mais uma vez, é necessário entender que a história se repete, porém não como era antes, mas com novos conceitos, métodos e expectativas.

O conceito de “Metaverso”, tal como está se desenvolvendo, trata de um efetivo social. Apesar de sua construção diária, muitas de suas camadas encontram respaldo na realidade tal como já conhecemos, com produtos e experiências que temos a devida ideia.

Primeiro, é importante separar as noções de “Realidade Virtual” e “Realidade Aumentada”. Em simples definição: enquanto a Realidade Virtual (VR) cria um ambiente totalmente novo e independente do mundo real, a Realidade Aumentada (AR) busca fornecer a inclusão de componentes digitais no nosso próprio mundo real.

E antes de, uma vez por todas, refletirmos a sociedade atual e prospectarmos o futuro do Metaverso, faz-se necessária a análise de um último ponto de referência: o ambiente virtual “Metavérsico” em 2D.

Nesta história de Metaverso, como citado, entre 1992 – primeiro registro deste conceito até 2021 – o “boom” e alerta social após divulgação da atividade empresarial “Meta”, dois grandes ambientes virtuais da *internet* ganharam força de âmbito mundial – e ambos reforçam a ideia de que o Metaverso, enquanto universo paralelo online, é plausível e justificável enquanto fenômeno.

O primeiro deles foi o *second life*, em tradução livre, “segunda vida”. Ele foi criado em 1999, mas lançado apenas em 2003 e é mantido até pela hoje pela empresa estadunidense *Linden Lab*. Em suma, o *second life* nasceu com a proposta de ser um mundo virtual com alguns recursos do mundo real, por exemplo, lojas e empresas, e com interação entre as pessoas, como hoje ocorre em *videogames*, analogicamente jogos como o *Fortnite* e o *Roblox*. Apesar do investimento, o *Second Life* caiu em desuso devido à necessidade de Internet banda larga - o que não existia na época - e da falta de adesão das pessoas ao mundo virtual de forma mais assídua.

À época, o *second life* chegou ao Brasil por meio da empresa *Kaizen Games* e foi um verdadeiro sucesso, dentro das limitações que a *internet* proporcionava. Além de celebração de casamentos, festas, compras de objetos, roupas etc., foram criadas empresas e escritórios que existiam no mundo real e, como novo capítulo, se estenderam para a realidade virtual.

Um destes escritórios foi o Opice Blum Advogados que, conforme extração de matéria da reportagem abaixo, o *Chairman* Renato Opice Blum chamava-se “Opice Blum *Chevalier*”, que era uma alcunha dentre as permitidas/sugeridas no ambiente virtual:



**MONTANDO BANCA**  
**Blum, ou melhor: Opiceblum Chevalier: escritório no Second Life para tratar dos futuros casos de injúria, calúnia, difamação e o que mais houver**

vogada Juliana Sette. O *Second Life* não faz restrição alguma ao casamento gay, mas cobra pela, por assim dizer, papelada. “Pagamos uma taxa de cartório de 30 lindens”, conta Roberta, ou Marina Raul, que já planeja filhos virtuais. Diante do custo, o advogado paulistano Patrick Zabrockis, 25 anos, aliás Natan Leckrone, preferiu deixar as formalidades de lado ao juntar os trapinhos virtuais com a loira avatar CJ Kasei, que nunca viu no mundo real: “Nós nos co-

crível sofri de estampa selvagem (meio onça, meio zebra). O terreno da casa virtual custou 512 lindens. O grosso do faturamento em dólares de verdade do Linden Lab, empresa que Philip Rosedale criou para controlar o ambiente virtual, vem justamente da venda de terrenos virtuais, além da cobrança de uma espécie de imposto mensal por eles, de uma pequena “taxa” sobre as operações de “câmbio” e da mensalidade paga pelos usuários (residentes, no idioma *SL*)

A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, com postura diversa da que adota hoje, inseria limitações para a manutenção de escritórios de advocacia no *Second life*, praticamente inexistindo a possibilidade de iniciar e finalizar uma relação jurídico-consultiva ou contenciosa, com base nos termos do então Provimento n.º 94/2000, hoje revogado pelo Provimento n.º 205/2021, não permitindo, sequer, consulta jurídica. A atuação do escritório Opice Blum, então, era limitada à presença e à produção de conteúdo meramente informativo para o mundo jurídico, à luz do quanto estabeleciam os artigos 1.º e 2.º do referido Provimento.

Por este motivo, bem como muitas outras razões pertinentes à época – como a ausência de internet banda larga -, os escritórios (e demais empresas) deixaram de atuar efetivamente no *Second life*. O cenário atual é que, apesar de ser um ambiente virtual difundido, não é sucesso de utilização entre os usuários de *internet*, que tendem a dar preferência a outras plataformas.

Em similar conceito, o finlandês Sampo Karjalainen criou, em agosto de 2000, o “Habbo Hotel”, definindo o seguinte *slogan*: “*A strange place with awesome people*” que em português significa “Um lugar estranho com pessoas incríveis”.

A concepção do Habbo Hotel, contudo, é votada ao público mais jovem, com média entre 13 e 17 anos, não possuindo um gráfico em *pixel* invejável, mas com funções extremamente relevantes e parecidas com a nossa vida real.

No ambiente virtual do Habbo Hotel, há possibilidade de criar um avatar ao seu gosto e, a partir de então, criar relações sociais, jogar dentro do ambiente virtual jogos comuns da vida real e diversas outras possibilidades permitidas pela segunda dimensão.

Talvez o grande empecilho de progressão e escala do Habbo seja o público-alvo a que se destina o ambiente virtual, não havendo assim, por ora, possibilidades de progressão para os ambientes de Metaverso de nossa atual compreensão.

Na definição de Eliane Schlemmer (2008), em *Metaversos: novos espaços para construção do conhecimento*, Metaverso é “Uma tecnologia que se constitui no ciberespaço e se “materializa” por meio da criação de Mundos Digitais Virtuais em 3D – MDV3D, no qual diferentes espaços para o viver e conviver são representados em 3D, propiciando o surgimento dos “mundos paralelos” contemporâneos.”

O cenário de Metaverso hoje, em Realidade Virtual integrada, são os ambientes da Meta, sobretudo com a utilização do *headset* da empresa, o “*Meta Quest 2*”, que é o possibilitador desta integração entre realidade física e a virtual.

Os aplicativos existentes no *Quest 2* permitem que o usuário reproduza socialmente as experiências que o mundo real proporciona, como por exemplo: marcar e fazer reuniões, escrever, desenhar, ir a um encontro, assistir a um filme, ouvir música, trocar de roupa, andar e correr, socar, lutar e muito mais.

Essa individualização do contexto e a breve história dos conceitos e entendimentos do Metaverso se fazem necessários para que possamos olhar para o futuro com olhos de quem soube entender as possibilidades reais que o ambiente virtual pode (ou deve) propor.

## **2. QUAL IMPACTO E COMO O METAVERSO PODE AJUDAR NO CRESCIMENTO DAS RELAÇÕES SOCIAIS, POLÍTICAS E ECONÔMICAS**

Em um interessante texto denominado *Será o metaverso a nova internet?*, a jornalista Cristina De Luca, escritora do *The Shift* traz interessante estudo de análise macro sobre Metaverso, com alguns palpites e conclusões sobre o tema.

No estudo, De Luca divulga que apenas 30% das pessoas sabem realmente do que se trata o Metaverso, mas que, embora seja um número baixo, as disrupções normalmente tendem a começar desta forma. Além do mais, Cristina aponta que somente 38% dos consumidores globais estão familiarizados com este conceito, que as *criptomoedas* e as NFTs<sup>3</sup> tendem a ser fatores determinantes para ascensão do Metaverso, bem como, além disso, o 5G contribuirá para consolidar, de vez, o Metaverso.

O que se pode notar até aqui é que, muito embora todos os conceitos e formas do Metaverso são, de certa forma, embrionárias, há uma ampla evidência de que tudo está conectado nas tecnologias atuais, dentro do ambiente que a internet proporciona.

Falar de Metaverso e do seu impacto nas relações sociais, políticas e econômicas se torna tão necessário quanto entender o próprio conceito do Metaverso tal como conhecemos hoje. Ora, se é um universo virtual em dimensão 3D, cujo objetivo é expandir e replicar absolutamente todas as relações e interações do

---

<sup>3</sup> “NFT é a sigla em inglês para *non-fungible token* (token não fungível, na tradução para o português). Para entender bem o que é essa tecnologia, primeiro é importante saber o que significam os termos “**token**” e “fungível”:  
<https://www.infomoney.com.br/guias/nft-token-nao-fungivel/>

mundo real para o mundo virtual, sem a necessidade de qualquer entrosamento físico, os aspectos e fenômenos que regem uma sociedade, precisam, igualmente, de toda atenção do Metaverso.

As relações sociais do Metaverso se traduzem em sua própria razão de ser, vez que, se não houvesse interação social digital, não haveria justificativa de se criar ambientes realísticos em uma dimensão “paralela”, com formatos e características comuns à sociedade.

Sebastien Borget, o fundador do *The Sandbox*, uma das principais plataformas de *blockchain* do mundo (ou plataforma “metavérsica”), define que “o Metaverso nos permite explorar a imaginação”. Borget diz isto e salienta que o Metaverso é uma porta de entrada para novas experiências limitadas apenas pelo que os usuários podem pensar.

Neste sentido, há também todo cenário Político presente no conceito atual de Metaverso. Em integração com a questão social, a vida Política, seja ela partidária ou não, faz parte das relações sociais e, claro, do Metaverso. Em comparação simples, se numa rede social, com interações totalmente restritas já se constata inúmeras pautas políticas, imaginemos quando o uso do Metaverso for intensificado em grandes proporções.

Hoje, as 5 (cinco) principais plataformas de integração “Metavérsica” ou que mais se aproximam do conceito amplo de Metaverso aqui descrito, quais sejam: Meta, Roblox, Epic Games, Microsoft Mesh e NVIDIA Omniverse, trazem interações sociais quase irrestritas e consideráveis números que comprovam a alta aceitação desta adesão ao que esperamos de relação estrita e íntima, mesmo num ambiente totalmente virtual.

As plataformas contribuem, desde já, economicamente. Isto porque, após a disseminação da máxima que: o Metaverso é uma realidade – mesmo que seja isto uma mera invenção social, fato é que o mercado de investimento se fomentou. Mais a fundo, o mercado de investimentos em *Games*, Realidade Virtual e Realidade Aumentada, *Blockchains*, *Criptomoedas*, *NFTs* e todas as demais áreas socialmente demandadas.

Segundo matéria do jornal *O Estado de S. Paulo*, as Criptomoedas do Metaverso são as que mais valorizaram em 2021. E isto não é à toa, vez que após decisão do antigo Facebook Inc. em investir no Metaverso, o mercado mundial passou a se questionar e colocar em prática as requisições em tecnologias de múltiplos universos virtuais existentes, passando a explorar as ofertas disponíveis.

Ainda intensificando a relação do Metaverso com a economia, é importante destacar o principal projeto no mundo virtual: a *Decentraland*, que funciona no *blockchain* de *Ethereum* (ETH) e tem como objetivo a criação de um mundo virtual aberto no qual seus usuários possam operar como o fazem no mundo físico. Isso significa que os usuários podem socializar, explorar e comercializar no mundo virtual, graças à tecnologia *blockchain* (a chamada nova era da internet, a Web3), além de possibilitar a criação de avatares únicos, fazer compras e pagamentos entre pares.

Este destaque se torna relevante, porque sua essência une o “útil ao agradável”, as moedas virtuais começam a existir, reexistir e valorizar também no mundo virtual – com maiores probabilidades de encaixe, devido à facilidade encontrada pelas perspectivas tecnológicas.

As notícias midiáticas diárias voltam os olhares de economistas e investidores às tecnologias o tempo todo. Não é de hoje que a relação economia e tecnologia rege o mundo dos negócios, porém esta nova fase certamente é um divisor de águas entre tudo aquilo que a humanidade compreendeu sobre valor e moeda.

Um fato social iniciado com escambo, passando por negociações, trocas, especulações, moeda física e hoje novos patamares de moedas digitais criptografadas, as “criptomoedas”, em que o Estado não possui intervenção, não poderia prospectar “casamento” melhor do que numa realidade alternativa, também criada e administrada por agentes privados, detentores de termos de uso próprios em que o usuário, sem mover um só passo, pode ou não aceitar e permanecer.

Assim, as moedas digitais como *Bitcoin* e *Ethereum* não são apenas “novas modalidades de dinheiro”, mas sim, talvez, o novo dinheiro que traz imensa força dentro do conceito de Metaverso.

Parafraseando o Professor Mark Lemley, da Universidade da Pennsylvania, um dos principais autores do direito digital e realidade virtual no Mundo traz em seu artigo “*Law, Virtual Reality, and Augmented Reality*” que a Realidade Virtual não se aplica somente para jogos, mas também para o trabalho, a vida social e a avaliação de compras de produtos no mundo real.

Lemley traz também uma forte reflexão, comparando o uso de nossos celulares com os monitores de implementação de realidades virtuais. Enquanto utilizamos, muitas vezes, nossos celulares como instrumentos de Realidade Aumentada, com projeção de extensão da realidade física, percebemos a facilidade com que nos distraímos do mundo físico após uma simples notificação. Por outro lado, numa Realidade Virtual, se nos permitirmos uma notificação em um

universo que se sobrepõe ao real, ficaria quase impossível retornar à realidade física em poucos segundos.

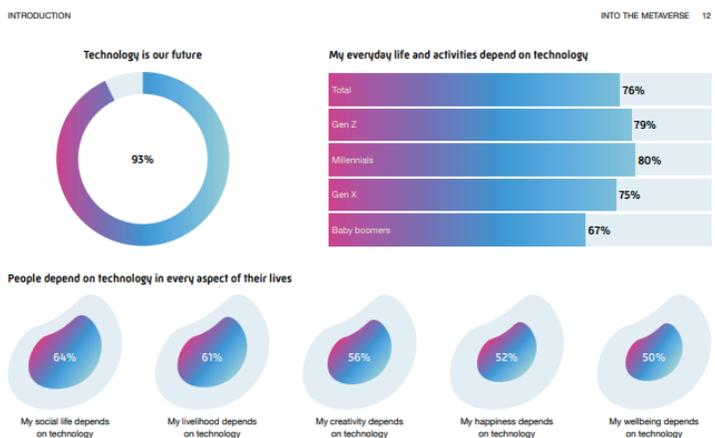
E o que isso significa? Embora possa haver inúmeras compreensões acerca do tema, revela-se que uma vez que a cultura de adentrarmos em uma realidade distinta da vida física, a diferenciação entre os mundos não será automática o tempo todo, mas, sim, um condicionamento diário daquilo que traz benefícios no mundo virtual e daquilo que traz benefícios no mundo físico. Será oportunizada a extração dos melhores de cada “mundo” e, assim, o direcionamento para o equilíbrio deles.

Um estudo complexo, com análise de dados e opiniões de especialistas ao redor do mundo feito por uma agência global de comunicações de marketing de Nova York, a “Wunderman Thompson”, traz estudos de padrões e realidades sociais esclarecedoras para entendermos o sucesso, os benefícios e relevância do Metaverso.

Hoje, sabemos – ou temos noção – de que o mundo é regido pela tecnologia, pelas facilidades cotidianas, pela globalização e democratização dos estudos. A exemplo disso, conforme será abaixo demonstrado, o estudo revela que a confiança dos consumidores na tecnologia está crescendo. Mais de três quartos (76%) dos consumidores globais dizem que suas vidas e atividades cotidianas dependem da tecnologia, aumentando para 79% da geração Z (16 a 26 anos) e 80% dos *millennials* (27 a 41 anos).

E essa dependência traduz que 64% da consumidores dizem que sua vida social depende da tecnologia, 61% dizem que seu sustento depende da tecnologia, 56% dizem que sua criatividade depende da tecnologia, 52% dizem que sua felicidade depende da tecnologia e 50% dizem que seu bem-estar depende da tecnologia:

3.011 participantes nos Estados Unidos da América, Reino Unido e China, entre 09 e 27 de julho de 2021. Pesquisa realizada por Wunderman Thompson Data.



Além de dados sobre tecnologia, referido estudo traz definições e conceitos sobre Metaverso, tendências de consumos e posses em ambientes virtuais, conexões, relacionamentos, jogos, concertos, economia, negócios, propagandas, marcas, força de trabalho operacional e executivo, sociedades reais e utópicas, além de informações em todos os nichos do Metaverso: ou seja, a partir do que se expõe, tudo o que é real vem sendo espelhado no virtual e tudo que é virtual sendo estendido e replicado no mundo real.

Além de replicar a realidade e permitir a interação entre pessoas dentro do mundo digital, sem que, para que isso aconteça, haja necessidade de interação fora dele, é uma circunstância de melhoria social. Isto porque, há olhos para possibilidade de se encurtar, por exemplo, uma desigualdade social.

A título exemplificativo, imaginemos um simples cenário: uma pessoa com limitadíssimos recursos financeiros tem a intenção de ter uma maquiagem e, para isso, no mundo real, não teria alternativa senão comprá-la e depois experimentá-la, para então julgar se o resultado foi positivo ou não. Mas, digamos que a maquiagem após sua compra não lhe agradou e, para reparar tal fato e comprar nova maquiagem, precisaria aguardar um tempo ou depreender maiores esforços econômicos e então fazer novo teste. No mundo do Metaverso, não. Lá, a pessoa teria a opção de, por meio de tecnologias em terceira dimensão, experimentar uma série de maquiagens em seu rosto reproduzido fielmente à realidade no ambiente virtual e, com base nisto, definir se gostou ou não, para então avaliar seu gasto.

Esse é só um dos muitos cenários positivos de equilíbrio econômico que o Metaverso pode proporcionar. Isso se aplicaria a roupas, cabelos, tatuagens e praticamente todas as possibilidades do mundo físico.

### **3. A RELAÇÃO DO METAVERSO COM OS FATOS E ATOS JURÍDICOS: DESAFIOS E POTENCIAIS SOLUÇÕES**

Em sua obra *Regras e Método Sociológico*, expressa Emile Durkheim que:

Eis portanto uma ordem de fatos que apresentam características muito especiais: consistem em maneiras de agir, de pensar e de sentir, exteriores ao indivíduo, e que são dotadas de um poder de coerção em virtude do qual esses fatos se impõem a ele. Por conseguinte, eles não poderiam se confundir com os fenômenos orgânicos, já que consistem em representações e em ações; nem com fenômenos psíquicos, os quais só têm existência

na consciência individual e através dela. Esses fatos constituem portanto uma espécie nova, e é a eles que deve ser dada a qualificação de sociais.

Com base nesta citação, aproveitando o conceito de fato social por Durkheim e aqui estendendo para sua maneira ampla, os fatos sociais ocorridos que corroboram com a vivência do Metaverso, enquanto fato social, integram também matéria humana a ser tratada pela Justiça.

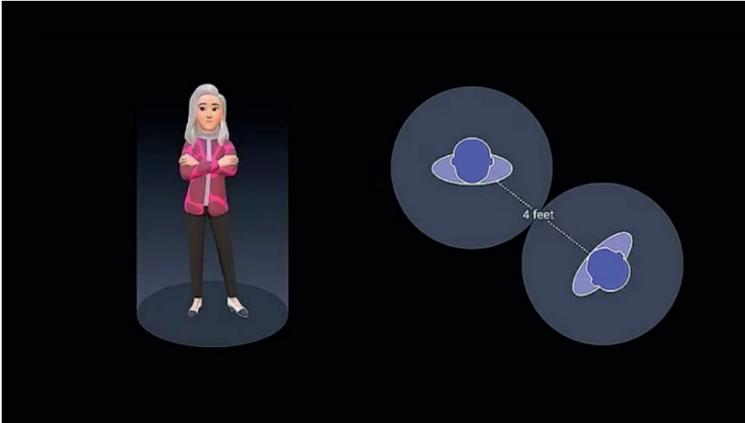
Assim como no mundo físico, praticamente todos os atos e possibilidades que o Metaverso permite, desencadeiam soluções jurídicas a fim de que o bem comum, a paz, o equilíbrio e a ordem social sejam respeitados.

Muito se fala em compra e venda de objetos, prestação de serviços, aulas e diversos outros assuntos que são plausíveis, mas que se fazem necessários – de forma prévia – atentando-se ao modelo de como o mundo físico passou a evoluir, para que se criem espécies de legislações e medidas que impeçam o ferimento de liberdade individual e manutenção da paz nos ambientes virtuais.

Tão logo a empresa Meta, em sua nova fase, foi divulgada, junto a ela veio a plataforma *Horizon Venues*, que é um dos muitos ambientes proporcionados pela plataforma. Nela, diversos usuários, por meio de representação com avatares passaram a lidar com os benefícios e malefícios ali existentes.

Talvez o mais impactante, que inclusive gerou mudanças ágeis na plataforma, foi o caso da psicoterapeuta canadense Nina Jane Patel, que divulgou ter sido vítima de assédio enquanto estava no Metaverso. Nina alegou que foi perturbada com toques inapropriados e discurso ofensivo por 4 (quatro) representações, em avatares, de participantes do sexo masculino.

Após a denúncia da usuária à plataforma, a empresa Meta rapidamente adotou medidas para restringir a possibilidade de aproximação sem consentimento. Há uma espécie de zona permanente de segurança, com 1,2 metro virtual definido, como o espaço pessoal de cada um:



Meta usa recurso de limites pessoais no metaverso por casos de assédio

Imagem: Divulgação/ Meta

Além disso, claro, faz-se totalmente pertinente a apuração dos fatos pelas autoridades policiais, vez que a reprodução digital se estende à física, a exemplo de discursos de ódio, notícias falsas e crimes no ambiente da internet convencional.

Nesta toada, muito se questiona a respeito da realização de contratos e negócios jurídicos no ambiente do Metaverso. Disseminando aqui a legislação brasileira, o Código Civil deixa alguns claros requisitos para a validade de um negócio jurídico: seja ele físico ou não.

O Código Civil, em seu artigo 104, disciplina que, para que o negócio jurídico seja válido, deve haver (i) agente capaz, (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei. A delimitação de licitude, possibilidade e determinação do objeto, decerto não cria maiores dúvidas e, de tal modo, é amplamente possível concluir que não há justo empecilho para o uso do metaverso entre as partes celebrantes de um contrato.

Por outro lado, a dificuldade em auferir um agente capaz, dentro do ambiente do Metaverso, faz-se dificultosa, já que nem sempre é possível garantir a autenticidade do usuário em interação – o que pode ser minimizado, talvez, por meio de provas robustas como assinatura digital certificada - ICP, reconhecimento facial ou documentos de identidade em sistemas criptografados.

E, se não puder ser identificado por meio das provas acima exemplificadas, uma outra hipótese seria a integração de uma rede social à plataforma do Metaverso, com termos de uso e políticas de privacidade pré-estabelecidas e que

determinem a necessidade de utilização e confirmação de identidade por um agente capaz.

Levanta-se ainda a dificuldade pertinente que deverá ser alvo de discussões sérias em âmbito mundial, com relação ao respeito legislativo e individualização da soberania dos Estados: ou seja, um ótimo assunto nas próximas convenções e delimitações do Direito Internacional. Por exemplo, neste caso, a legislação brasileira trataria, como de praxe, as questões processuais a partir do art. 21 do Código de Processo Civil, sendo de suma relevância observar como os termos de uso e condições de determinada plataforma de Metaverso disciplinariam a questão da territorialidade em seu ambiente. A partir deste ponto, avaliar-se-ia como seguiria um eventual processo judicial.

Nestas reflexões, apesar do Metaverso ser encarado como uma problemática futurística, sobretudo nas questões que demandam análise jurídica, faz-se inteiramente necessário advertir que a tecnologia criada na década de 1990 tem alcançado patamares sociais e tecnológicos que precisam, necessariamente, de um detalhamento técnico, jurídico e de elevado investimento por todos os Poderes Públicos.

#### 4. CONCLUSÃO

A tecnologia é dinâmica, evolutiva, admirável e surpreendente. Tudo isso com uma missão árdua: numa velocidade que é difícil de acompanhar. Porém, exatamente por estas características, ela se torna fascinante e necessária.

Alguns pontos do Metaverso foram trazidos, a fim de que as pessoas possam, por novas óticas, entender que a Realidade Virtual chegou há muito tempo e não pretende ir embora. Apesar de termos “presenciado de perto” toda essa mudança ofertada pelo crescimento da *internet*, os ambientes evolutivos em segunda e terceira dimensão, nosso ritmo, a disciplina e a análise, muitas vezes não conseguem acompanhar de maneira satisfatória os fenômenos sociais que não param de existir.

Há quem diga que o Metaverso não é um sistema tridimensional, mas sim quadridimensional (4D), sob plausível justificativa de que nele é possível tocar, sentir, cheirar e realizar experiências sensoriais superiores à terceira dimensão convencional.

Um sistema totalmente virtual não pode e nem deve ser fácil de manejar – assim como a vida física. Quem diria, em pleno 2022 estamos vendo um Po-

der Judiciário tendo a missão de implementar e fundamentar uma discussão judicial sobre propriedade imóvel no Metaverso. Na realidade, não uma simples propriedade imóvel, mas sim uma propriedade imóvel virtual, sem relação alguma com a física, mas que mesmo assim é tratada como um espelho social.

Já temos alguns fatos: as pessoas visitam, frequentam e vivenciam o Metaverso, mas agora temos, além de fatos existentes, necessidades que ainda não existem: a criação de regras, desafios de implementação de Leis, adequação das empresas que exploram o ambiente 3D, linhas e adversidades que traçam o mundo físico e invadem o mundo virtual, sem que um se desvencilhe do outro.

Para facilitar, é ideal que o desenvolvimento dos aspectos técnicos, sociais, econômicos e jurídicos deve ser providenciado em sistema de parceria entre os Estados - detentores do Poder Jurisdicional, e as plataformas do Metaverso, que criam regras e termos de uso para um bem comum. Mas a atenção redobrada é o que deve permanecer para um bem maior: o desenvolvimento trivial e a adequação de todos os fatores que compõem uma sociedade.

## 5. REFERÊNCIAS

<https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/10/facebook-muda-de-nome-e-passa-a-se-chamar-meta-entenda.ghhtml>. Acesso em 18 de março de 2022.

<https://olhardigital.com.br/2021/10/30/ciencia-e-espaco/o-que-pensa-o-criador-do-termo-metaverso-sobre-o-novo-nome-do-facebook/>. Acesso em 17 de março de 2022.

CHLEMMER, Eliane; BACKES, Luciana. Metaversos: novos espaços para construção do conhecimento. **Revista Diálogo Educacional**, Curitiba, v. 8, n. 24, p. 519-532, mai/ago, 2008.

<https://theshift.info/hot/sera-o-metaverso-a-nova-internet/>. Acesso em 20 de março de 2022.

<https://theshift.info/autor/cristina-deluca/>. Acesso em 20 de março de 2022.

<https://exame.com/future-of-money/metaverso-nos-permite-explorar-a-imaginacao-diz-fundador-do-the-sandbox/>. Acesso em 20 de março de 2022.

<https://www.showmetech.com.br/os-metaversos-mais-interessantes/>. Acesso em 20 de março de 2022.

<https://investidor.estadao.com.br/criptomoedas/criptomoedas-mais-valorizaram-2021>

<https://decentraland.org/>. Acesso em 21 de março de 2022.

<https://academy.bit2me.com/pt/o-que-%C3%A9-descentraliza%C3%A7%C3%A3o-e-mana/>. Acesso em 21 de março de 2022.

LEMLEY, Mark; VOLOKH, Eugene. Law, Virtual Reality, and Augmented Reality. University of Pennsylvania Law Review, Pennsylvania – Estados Unidos da América, Vol. 166, n.º 5, abril de 2018,

<https://www.wundermanthompson.com/insight/new-trend-report-into-the-metaverse>. Acesso em 20 de março de 2022.

Wunderman Thompson. A report by Wunderman Thompson Intelligence: Into the metaverse. Nova Yorque - Estados Unidos da América, setembro de 2021. <https://www.wundermanthompson.com/insight/new-trend-report-into-the-metaverse>. Acesso em 20 de março de 2022.

DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.03.

[https://www.clarin.com/sociedad/avatares-reclaman-derechos-dirime-conflictos-metaverso\\_0\\_fgCq3caWSH.html](https://www.clarin.com/sociedad/avatares-reclaman-derechos-dirime-conflictos-metaverso_0_fgCq3caWSH.html). Acesso em 21 de março de 2022.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm).  
Acesso em 21 de março de 2022.

<https://www.gov.br/iti/pt-br/assuntos/icp-brasil>. Acesso em 21 de março de 2022.

[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 28 de março de 2022.

# METAVERSO: CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

## Metaverso: consequências jurídicas para o Direito do Trabalho

Juan Raso Delgue<sup>1</sup>

**ÁREA:** Direito do Trabalho. Tecnologia. Metaverso.

**RESUMEN:** El metaverso será la nueva dimensión digital que se instalará en el futuro del trabajo, planteando temas diversos relativos a la contratación, la legislación aplicable a los conflictos laborales originados en vínculos internacionales, el dominio y control del “espacio” digital, las reglas sobre las condiciones mínimas de trabajo, el “dumping” entre trabajadores de distintos países, la construcción de solidaridades sindicales y la tutela de los derechos a la salud de los trabajadores. Las nuevas tutelas para aquellos trabajadores que presten su actividad en el metaverso deberán construirse a partir de la reafirmación de los principios del derecho del trabajo y de la protección de la persona, así como del estudio de soluciones del derecho comparado más avanzado.

**PALABRAS CLAVE:** Metaverso. Avatar. Espacio digital. Derecho internacional. Principios. Derecho comparado.

**INDICE:** I. ¿QUE ES EL METAVERSO?. I.1. Metaverso: una nueva dimensión en las comunicaciones digitales.- I.2. Las características del metaverso.- I.3. Trabajar en el metaverso.- I.4. La contratación del trabajo.- II. EL METAVERSO Y EL DERECHO DEL TRABAJO. II.1. El dominio y control so-

---

<sup>1</sup> Miembro de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y Miembro Correspondiente de la Academia Brasileira de Direito do Trabalho, ha sido Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Facultad de Derecho – Universidad de la República. El presente trabajo es una reconstrucción de la conferencia ofrecida a los integrantes de la Escuela de Magistrados del Trabajo de la 15ª Región de Brasil (ESMAT-15) el 18 de febrero de 2022.

bre el “espacio” de las relaciones laborales. II.2. Metaverso y Derecho internacional del trabajo. II.3. Dimensión individual de los problemas. II.4. Dimensión colectiva de los problemas. II.5. El derecho a la salud de los trabajadores. III. TUTELAS LABORALES EN EL METAVERSO. III.1. Problemas jurídicos y éticos. III.2 Desconfianza hacia el legislador y el regreso a los principios.- III.3. La valorización del derecho comparado.- IV. CONCLUSIONES.

## 1. ¿QUE ES EL METAVERSO?

### 1.1. Metaverso: una nueva dimensión en las comunicaciones digitales

Hace tan solo unos meses, pocas personas conocían la expresión “metaverso”, realidad digital que, como muchas nuevas expresiones de las nuevas tecnologías, comienza a expandirse rápidamente a nivel global. De habernos alguien preguntado nuestra opinión sobre el trabajo en el metaverso, no habiéramos sabido contestar, imaginando además que la pregunta tenía más relación con un taller de literatura y con la métrica poética de los versos, que con las relaciones laborales.

Hoy aprendemos que el metaverso será la nueva dimensión, que se instalará en el futuro del trabajo. Pero, ¿qué significa la palabra “metaverso”? Como muchas palabras de la modernidad, la nueva expresión busca legitimar su significado en la antigüedad. La preposición “meta” (*μετά*) significaba para los griegos lo que está “más allá” o “lo que se ha transformado”: de esta preposición, nacieron palabras como metafísica, metástasis, metamorfosis, etc. La palabra “metaverso” une el prefijo *meta* con “verso”, entendiendo por tal la contracción de “uni-verso”: por lo tanto “meta-verso” pretende significar algo que está más allá del universo, tal como lo hemos conocido hasta el presente.

El 28 de octubre 2021 Mark Zuckerberg - CEO (Facebook) – anunció durante el evento Facebook Connect 2021, que la próxima “meta” (empleó esa palabra, aunque jugado con su ambiguo significado) de Facebook sería el mundo virtual y que el gigante tecnológico pasaría a llamarse *Metaforms*. “El metaverso – agregó - será un espacio virtual 3D donde se podrá compartir experiencias envolventes con otras personas, y realizar actividades juntos, que no serían posibles en el mundo real”.

Pero no fue Zuckerberg quien “inventó” la palabra. La visión de un mundo virtual – cuyo cyberspacio se denomina “metaverso” – fue concebida hace ya tres décadas por el escritor Neal Stephenson en su novela de ciencia ficción “Snow Crash” (1992): en el ambiente virtual imaginado por el autor, viviría el “avatar” (otra palabra originaria del libro) del protagonista. Stephenson seguramente no imaginaba que su construcción literaria – ese mundo donde un repartidor de pizza (un *ryder* “ante-tempus”) se convertía en príncipe guerrero en el “Metaverso” - se transformaría en el gran desafío de Internet.

Hoy, la ciencia ficción expresada en la novela de Stephenson, se está volviendo ciencia, con una rapidez tal que desorienta ante el especial impacto que la nueva virtualidad planteará para el fenómeno siempre complejo de las relaciones laborales.

## 1.2. Las características de la dimensión metaverso

Para comenzar a entender las características del metaverso alcanzará con tomar contacto con un adolescente (o aun un pre-adolescente), acostumbrado a construir en su *tablet* su mundo virtual de aventuras con programas como *Roblox* o similares. Esos juegos – hoy bidimensionales – se convertirán en un entorno creíble en 3D, al que ingresaremos con un visor especial y dos controles (uno en cada mano), pudiendo actuar con una amplitud de opciones desconocidas en el pasado. Pero el metaverso es algo más que la simple visión de imágenes tridimensionales: es un espacio tridimensional al que ingresamos para compartir actividades con otras personas, que también decidan actuar en esa dimensión.

Para interactuar en el nuevo dominio tecnológico, deberemos construir un “avatar” propio, algo así como un personaje digital armado a nuestra semejanza que será el inter-face de los avatares contruidos por las otras personas. A vía de ejemplo, una clase docente en el metaverso se concretará a través del avatar del profesor, que se intercomunicará con los avatares de los estudiantes. En el mundo laboral, el avatar de un trabajador actuará frente al avatar de su empleador. Cada uno de nosotros (como personas físicas) veremos en el metaverso el avatar del “otro”, mientras que nuestro interlocutor nos verá como un avatar digital.

A diferencia de lo que sucede en una conexión por *zoom* o *skipe*, no nos veremos con nuestra imagen auténtica, sino con la imagen de un avatar parecido a nuestra imagen física. Ello determinará que la selección de la imagen del avatar,

así como su forma de actuar y vestir será importantes para crear la necesaria empatía entre los participantes en la nueva dimensión. Cuanto mayor sea la similitud entre nosotros y nuestro avatar, más fácil será dar credibilidad a nuestra interacción. Ello no excluye que evoluciones posteriores del metaverso permitan construir avatares con formas que pueden confundirse con nuestras características físicas, aunque – por ahora – el “muñeco” digital parece ser la forma predecible de intervención en el metaverso.

### 1.3. Trabajar en el metaverso

Como indicado, en el metaverso podremos jugar, viajar, visitar museos, ir de compras y – por supuesto – trabajar. En una primera aproximación, es fácil imaginar el trabajo en el metaverso como una forma avanzada de teletrabajo: una vuelta de tuerca más, para volver cada vez más real la interacción remota en el espacio digital.

En una realidad cada vez más próxima el metaverso será un “lugar de trabajo”<sup>2</sup> para muchos trabajadores. En esa dimensión podremos reunirnos en espacios colaborativos, realizar actividades que practicábamos por teletrabajo como compra-venta, finanzas, telemedicina, etc. En el caso de personas formadas en las ciencias jurídicas o en las relaciones laborales, éstas podrán – a través de su identidad digital - enseñar, participar en una audiencia judicial o interactuar desde la gerencia de recursos humanos con los trabajadores de una empresa.

El gran desafío será construir competencias y habilidades laborales que permitan crear una experiencia de trabajo más interactiva y colaborativa para los trabajadores remotos<sup>3</sup>. Los conocimientos necesarios propios de la actividad que el trabajador desarrolle deberán complementarse necesariamente con conocimientos avanzados en el manejo de las tecnologías y las habilidades para actuar a distancia. Para ello es necesario pronosticar e individualizar a breve y mediano plazo cuáles serán las habilidades y competencias necesarias para conservar o mejorar la empleabilidad en el metaverso, ajustando la formación a esos requerimientos. Ello constituye un especial desafío para nuestros sistemas universitario, donde los planes de enseñanza terciarios se diseñan para formar

---

<sup>2</sup> ver De Stefano V, Aloisi A. y Countouris N., *The Metaverse is a labour issue*, 1º febrero de 2022, en <https://socialeurope.eu/the-metaverse-is-a-labour-issue#:~:text=The%20Metaverse%20has%20been%20talked,raises%20very%20serious%20labour%20concerns.&text=In%20mid%2DJanuary%2C%20the%20news,series%20of%20such%20massive%20investments>. recuperado el 15/03/2022

<sup>3</sup> *Idem*.

en profesiones, tareas y competencias tradicionales, con alto componente académico y para desarrollar actividades en el mundo real. Las currículas universitarias de las diversas carreras terciarias deberán incluir formación en el uso de tecnología, así como en la nueva organización del trabajo, donde cada vez más el individuo interactuará con los robots o con avatares.

Entre las competencias que serán muy requeridas en los profesionales del metaverso se destacarán la empatía y la disposición al trabajo grupal. El trabajador del metaverso deberá a través de su avatar construir confianza con su interlocutor, mientras que la empatía profesional deberá complementarse con una empatía grupal, que permita a todos los agentes del espacio virtual obrar en sintonía y con la mayor disponibilidad posible. Finalmente los trabajadores deberán ser más rápidos, desarrollar una mayor responsabilidad en la resolución de problemas e intervenir con creatividad e iniciativa individual cuando sea necesario.

Ante la nueva dimensión virtual los jóvenes tendrán mayor facilidad que los ancianos para abordar los nuevos desafíos. Como expresa Bodewig en conceptos trasladables al tema en estudio, “la edad es importante: en el mercado laboral del siglo XXI que cambia rápidamente, los trabajadores necesitan sólidas habilidades cognitivas y sociales para realizar trabajos cada vez más creativos y convertirse en aprendices exitosos de por vida. Sin embargo, los trabajadores de mediana edad y mayores en las economías emergentes y avanzadas suelen estar mal preparados: según datos de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), estos tienden a ser menos hábiles para resolver problemas y a tener menos experiencia en el uso de la computadora, que los trabajadores jóvenes”<sup>4</sup>.

Por lo tanto, tan importante como la formación de las nuevas generaciones en el desarrollo de competencias que permitan ser eficiente en la interacción digital, habrá que imaginar planes de reconversión profesional para recalificar a trabajadores con una edad superior a los 45 años, para los cuales el pasaje al trabajo en el metaverso podrá ser un obstáculo en el desarrollo de sus carreras o - directamente - marcar la pérdida de su trabajo y la expulsión del sistema laboral.

---

<sup>4</sup> BODEWIG, CHRISTIAN, “Reemplazar un trabajo por otro trabajo: ¿la automatización eliminará las nuevas oportunidades para los trabajadores?” en *VOCES*, 3 9 2017, Worldbank.org, quien cita a OCDE (2016), *Skills Matter: Further Results from the Survey of Adult Skills*, (<https://blogs.worldbank.org/voices/es/la-automatizacion-eliminar-las-nuevas-opportunidades-para-los-trabajadores>), recuperado el 18 de noviembre de 2021.

Trabajar en esta nueva realidad virtual acentuará los males del teletrabajo, en la medida que la nueva modalidad no solo acentuará nuestro aislamiento y todas las dificultades vinculadas a la conexión digital, sino que además exigirá una mayor concentración y especiales habilidades para dar credibilidad al avatar que nos representará.

Pero además el trabajo en el metaverso incrementará los costos del trabajador, que no siempre podrán trasladarse al empleador. Más allá del costo de las propias tecnologías (visores especiales, ropa *wearable*, chips, etc.), deberemos construir el avatar y... ¡vestirlo! Para que un avatar participe en una reunión de Directorio con corbata, probablemente deberá adquirir esa prenda en la propia dimensión virtual, donde ya es posible adquirir alhajamiento y vestimenta. La revista de moda *Cosmopolitan* anuncia que “la moda y el metaverso van a cambiar con la ropa digital de nuestro armario”: podremos comprar para nuestro avatar vestidos, carteras, camisas y cualquier otro complemento con los llamados **NFT** (Tokens No Fungibles). La imagen de una persona que se presente a una entrevista de trabajo dependerá también de la ropa virtual que haya adquirido para su avatar.

Finalmente el nuevo avance tecnológico acentuará la desigualdad entre trabajadores altamente formados, con recursos y competencias para acceder a los nuevos conocimientos, y aquellos que quedarán al margen por nivel de instrucción o motivos económicos o por la locaciones geográficas que no les permita acceder a las necesarias infraestructura tecnológicas<sup>5</sup>.

#### **1.4. La contratación del trabajo**

Si bien el fenómeno ya era evidente en el teletrabajo, el metaverso profundiza la idea de la globalización del vínculo laboral. Si la globalización de la economía significa que las empresas pueden producir y comercializar con un mercado global, la globalización de la contratación laboral implica que cualquier empresa podrá contratar a cualquier trabajador del mundo para que obre en la dimensión digital del metaverso.

Ya operan a nivel mundial plataformas como Deel, que prometen a las empresas contratar a trabajadores en cualquier lugar del mundo, asumiendo la plataforma la responsabilidad de cumplir con la legislación local aplicable al

---

<sup>5</sup> Ver nuestras consideraciones sobre el tema de “La exclusión digital”, en <https://elblogdejuanra-so.blogspot.com/2022/03/la-exclusion-digital.html> , Montevideo, 28/03/2022.

trabajador<sup>6</sup>. La nueva modalidad de contratación llevará inevitablemente a una competencia a nivel global, con un efecto “dumping” que destruirá las tutelas del Derecho del Trabajo y/o que favorecerá la vinculación con trabajadores de países con reducidas tutelas laborales y fiscales.

Ello llevará a una dolorosa consecuencia. Mientras por un lado nos preocupa el “dumping” laboral, por el otro deberemos formar a nuestros trabajadores en habilidades digitales y laborales para operar en el metaverso, en competencia con otros trabajadores del mundo, bajo el riesgo que (los “nuestros”) queden excluidos de acceder y trabajar en la nueva dimensión virtual.

Con relación a la naturaleza del vínculo laboral, es probable que la economía de plataformas será el modelo de la contratación en el metaverso, a través de vínculos de semidependencia o independencia. Como expresan De Stefano & al., en ese modelo las empresas ya han combinado de manera lucrativa una mayor vigilancia, falso trabajo por cuenta propia y la “contratación masiva” de trabajo hacia el sur global, aprovechando las tasas salariales abismales y la protección cero. Las experiencias actuales demuestran que los trabajadores colaborativos no son detenidos por las zonas horarias y se acostumbran a trabajar durante mucho tiempo en horas “no sociables” para clientes en todo el mundo.<sup>7</sup>

Las actuales tendencias laborales – agregan los autores – promoverán aun más el actual trabajo a distancia: ¿para qué salir de casa para ir a una tienda y pedir consejo sobre un artículo, si uno puede hablar satisfactoriamente con un dependiente, representado por su avatar, y comprar el artículo en línea?<sup>8</sup>

La posibilidad de contratar en línea a los trabajadores a través de agencias globales no solo planteará cuestiones relativas al *dumping* laboral y la búsqueda de trabajadores en locaciones geográficas con bajas tutelas, sino que planteará también la cuestión del derecho y la jurisdicción aplicable a los vínculos laborales. ¿Que juez entenderá en un conflicto laboral entre un trabajador uruguayo contratado en el metaverso por una empresa norteamericana, cuyo servidor está instalado en China? Y de entender la doctrina y la jurisprudencia que se aplicará la ley nacional del trabajador, ¿ante que jurisdicción se ejecutará una sentencia de condena de una empresa, que no tenga sede en el país?

Si bien estos problemas eran ya relevantes en la modalidad del teletrabajo, el metaverso y en general el futuro de las tecnologías abren un panorama comple-

<sup>6</sup> <https://www.letsdeel.com/es/>, recuperado el 16/03/2022

<sup>7</sup> De Stefano & al., ob. cit.

<sup>8</sup> *Idem*.

jo que expone la creciente debilidad del trabajador en el nuevo modelo, como veremos a continuación.

## **2. EL METAVERSO Y EL DERECHO DEL TRABAJO**

Las consideraciones expresadas muestran la amplitud de los problemas y desafíos que se plantearán para el Derecho del trabajo y la mismo tiempo las dificultades de respuesta de una disciplina que – en nuestra opinión – siempre “llega tarde” ante el impacto de las transformaciones tecnológicas. A continuación, dividiremos en una clasificación primaria los “temas/problemas” que deberán considerarse a la hora de establecer reglas y/o aplicar criterios y principios de evaluación para sistematizar las nuevas relaciones laborales.

### **2.1. El dominio y control sobre el “espacio” de las relaciones laborales**

El control de la dimensión metaverso otorgará un poderoso dominio sobre las relaciones laborales del futuro. Por lo tanto objetivo de los Gobiernos será el de evitar un sistema de metaverso gestionado monopólicamente por Facebook (hoy *Meta*) o por Apple o por otra megaempresa de comunicaciones, que podrían limitar el ingreso al metaverso a una o más personas, a los integrantes de una organización, a un país. Hoy comprobamos que aplicaciones como Whatsapp tienen una potestad casi total sobre las comunicaciones telefónicas via celular: tal situación deberá evitarse en el desarrollo de las tecnologías del metaverso<sup>9</sup>.

En esta línea, la Unión Europea está trabajando en el *Digital Service Act* para favorecer la interoperabilidad entre diversas plataformas y no permitir un “ambiente cerrado de trabajo”. La Ley de Servicios Digitales (*Digital Services Act*) es una iniciativa legislativa propuesta por la Comisión Europea, aprobada por el Parlamento Europeo en enero de 2022, focalizada en la creación de un “espacio digital seguro” para los usuarios digitales y las empresas, con la finalidad de proteger *on-line* los derechos fundamentales. El conjunto de sus normas – lo reiteraremos más adelante - establece obligaciones para las plataformas y la rendición de cuentas en todo el mercado único abrirá nuevas oportunidades para prestar servicios digitales a través de las fronteras, garantizando al mismo

---

<sup>9</sup> *Idem.*

tiempo un elevado nivel de protección a todos los usuarios, con independencia del lugar donde residan en la UE.<sup>10</sup>

Las nuevas disposiciones pretenden limitar el poder que actualmente tienen las denominadas grandes tecnológicas, Google, Amazon, Meta (antes Facebook) y Apple, y además, afectará a cualquier servicio digital, por pequeño que sea, que opere en la UE. En definitiva, como expresa la nueva Ley de Servicios Digitales de la UE se basa en una idea fundamental (y muy sencilla); que lo que es ilegal en el mundo físico, también sea ilegal en el mundo digital<sup>11</sup>.

El trámite legal de la Ley, luego de la aprobación por el Parlamento Europeo, sigue en la actualidad con las conversaciones en el Consejo de Europa y en la Comisión Europea, donde los gobiernos de los Estados miembros negociarían el contenido específico de las normas. Cuando finalice esta fase de negociación, el texto, con los cambios que hayan podido acordar, volverá al Parlamento Europeo para votar una versión definitiva y aprobar la ley. Aunque se espera que la ley se apruebe a lo largo de 2022, es muy probable que no entre en vigor hasta 2023 o 2024<sup>12</sup>.

## 2.2. Metaverso y Derecho internacional del trabajo

Una de las principales preocupaciones que plantea el trabajo en el metaverso (preocupación ya originada en el teletrabajo) es la de determinar la legislación aplicable a los conflictos laborales originados en vínculos internacionales, que se susciten en el mundo digital.

Las opciones pueden ser diversas; desde la aplicación de la legislación del país sede de la empresa que se beneficie de los servicios del trabajador, a las normas del país donde operen los servidores de la empresa o de la aplicación tercerizada. También se podrá invocar la legislación del lugar del domicilio del trabajador, cuando así lo permitan las normas nacionales.

---

<sup>10</sup> Comisión Europea, *Ley de Servicios Digitales: para un entorno online responsable y seguro*, en [https://ec.europa.eu/info/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment\\_es](https://ec.europa.eu/info/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es), relevado el 20/03/2022.

<sup>11</sup> Grupo Atico34, *La nueva Ley de Servicios Digitales (DSA) de la Unión Europea*, s.f. en <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/ley-de-servicios-digitales-dsa/#:~:text=Como%20hemos%20dicho%20m%C3%A1s%20arriba,el%20contenido%20de%20la%20ley.>, relevado el 20/03/2022. Nota: Grupo Atico34 es una de las principales consultoras tecnológicas españolas, especializada en el tratamiento de la información a nivel corporativo, con presencia en más de 26 ciudades de ese país.

<sup>12</sup> *Idem*.

Imaginemos la siguiente situación: un trabajador uruguayo o brasileño es contratado a través de la empresa XX (intermediaria de mano de obra a distancia) con sede en Amsterdam, para trabajar en el metaverso de una empresa australiana. ¿Que juez y que legislación se aplicará en caso de incumplimientos laborales? ¿La legislación y el tribunal serán los mismos o el juez podrá corresponder al domicilio del trabajador y la legislación al País de residencia habitual o establecimiento del sujeto de donde partió la oferta de trabajo finalmente aceptada, que en la hipótesis parecería ser Holanda, o la legislación del país donde se produjeron los efectos de la prestación laboral, es decir Australia?

Otro problema vinculado a las tutelas del derecho laboral internacional refiere a la posibilidad de ejecutar un crédito, lo cual implicará nuevas dificultades para aquellos trabajadores que quieran recuperar créditos impagos de sus empleadores.

En definitiva, las normas nacionales pueden plantear una verdadera situación de indefensión jurídica para aquellos trabajadores que presten actividades a distancia a través de aplicaciones u otras plataformas digitales, como es el caso que nos ocupa.

### **2.3. Dimensión individual de los problemas**

Problemas diversos plantearán los contratos a distancia para definir la esfera de derechos laborales del trabajador. El primero de ellos refiere al propio salario y plantea la cuestión de la licitud de los pactos en moneda extranjera y aún en monedas digitales como las criptomonedas. La definición de la moneda de pago planteará el segundo problema referido a las eventuales previsiones de la legislación sobre mínimos salariales y también aquí recurrirá el problema de definir la legislación aplicable en la materia.

En igual sentido deberán definirse las reglas que establezcan las condiciones básicas del trabajo, como ser los horarios de labor, las vacaciones pagas, indemnizaciones por finalización de contrato, etc.

También en la dimensión individual del vínculo laboral habrá que establecer la legislación aplicable en materia de seguridad social para proteger a los trabajadores del metaverso. En algunos casos podrá existir convenios con nuestro País, pero no debemos descartar que las ofertas de trabajo provengan de plataformas instaladas en países con los que no existan acuerdos y que podrán además presentar sistemas muy frágiles de seguridad social.

Finalmente se plantea la cuestión de quien estará habilitado a realizar las inspecciones de trabajo. Entendemos que – por las propias características de los objetivos de las Inspecciones de Trabajo -, serán competentes aquellas que estén instaladas en los países en los que se efectúa la prestación de trabajo. En tales casos, también nos preguntamos si podrán “avatares” de una Inspección del trabajo ingresar en el metaverso para cumplir con sus tareas y responsabilidades.

## 2.4. Dimensión colectiva de los problemas

Como ya indicáramos, es probable que el modelo laboral del Metaverso será el de las plataformas y aplicaciones, por lo cual los trabajadores serán contratados mayoritariamente como trabajadores autónomos, con el debate propio de la condición de independencia real o ficticia de los mismos.

Se planteará así la dificultad de construir solidaridad entre trabajadores supeuestamente autónomos, pero además separado físicamente entre sí. La pregunta natural plantea por lo tanto como generar y organizar la solidaridad y promover la acción colectiva entre una fuerza de trabajo dispersa por todo el mundo que solo puede “reunirse” a través de plataformas propiedad de empresas<sup>13</sup>.

La fragmentación del trabajo dificultará la acción de las organizaciones sindicales para construir estructuras internacionales: la dimensión digital y el espacio del metaverso exigirán acciones sindicales globales, aunque la realidad muestra que los sindicatos tienen dificultades para unirse fuera de los territorios de sus países, porque siguen anclados a ideologías y regulaciones nacionales muy marcadas. Ya Ermida hace dos décadas alertaba sobre el hecho “la globalización contribuye a que el poder político sea cada vez menos autónomo y que, en general, los contrapesos nacionales pierdan parte de su eficacia; entre ellos, el Derecho del trabajo y la acción sindical”<sup>14</sup>. Agregaba el autor uruguayo que

la necesidad de una acción sindical internacional está impuesta hoy por una razón estructural, que es la globalización. Si el sistema económico se globaliza, tarde o temprano se van a globalizar las relaciones laborales, y más vale para los sindicatos hacerlo más temprano que tarde, dándose ya las estructuras internacionales necesarias y desarrollando relaciones la-

---

<sup>13</sup> De Stefano & *al.*, ob. cit.

<sup>14</sup> Ermida Uriarte O., “Globalización y Relaciones Laborales”, ponencia presentada en el III Congreso Regional de las Américas de AIRT, p. 3, publicada en *Las relaciones de trabajo en el Siglo XXI*, III Congreso Regional de las Américas, Lima 1999.

borales extranacionales incluidas formas internacionales de negociación colectiva y de conflicto<sup>15</sup>.

Pese a la evolución de las tecnologías y la generalización de la globalización en las primeras dos décadas de este siglo, entendemos que las organizaciones sindicales aun no han sabido construir eficaces estructuras globales y ello tendrá inevitables repercusiones negativas en la nueva realidad del metaverso.

## 2.5. El derecho a la salud de los trabajadores

Como ha señalado la doctrina más destacada con relación al teletrabajo, el metaverso producirá efectos dañosos en la salud del trabajador. Así Sanguinetti Raymond recuerda las patologías que produce una exposición ininterrumpida a las pantallas informáticas, entre las que destaca:

el llamado “tecnoestrés” en sus diversas manifestaciones, como la “tecno-fatiga”, la “tecnoansiedad”, la “tecnofobia” o incluso la “tecnoadicción”; así como sus potenciales consecuencias diversas para la salud, tanto a nivel físico (trastornos musculoesqueléticos, enfermedades coronarias, infartos del miocardio), como a nivel psicológico (cuadro de depresión, ansiedad o angustia) e incluso conductual (desarrollo de adicciones, propensión a la violencia)<sup>16</sup>.

Coincide en los múltiples riesgos asociados al trabajo “en pantalla” Vallecillo Gámez (tecnofobia, tecnoadicción, tecnofatiga, tecnoansiedad, tecnoestrés), quien agrega: “A estos riesgos psicosociales tenemos que sumar los riesgos físicos, trastornos musculoesqueléticos, lesiones oculares, riesgos asociados al sedentarismo, riesgos de sobre exposición a las ondas electromagnéticas, etc.”<sup>17</sup>.

Seguramente para muchos trabajadores del metaverso podrá resultar difícil desconectarse, porque – como indica la experta de la Universidad de Jaen - se sienten forzados por las circunstancias laborales, por ejemplo tener que cumplir con una meta o haberse comprometido a terminar determinada tarea. En

---

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> Sanguinetti Raymond W., “¿Derecho a la desconexión o deber de reconexión digital?”, en *Columna de opinión en Trabajo y Derecho, nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 78, 2021, pp. 2 y 3.

<sup>17</sup> Vallecillo Gámez M. R., “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados” en ADAPT, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N° 1, Enero-Marzo 2020, p. 231.

esta línea se señala que puede existir dificultades de desconexión por parte del trabajador, porque se genera “el sentimiento de culpabilidad por desatender el trabajo” y también por cierta “cultura del presentismo” en muchas organizaciones, en las que el trabajador percibe como algo positivo “marcar presencia”, porque “es más valioso el trabajador que manifiesta más disponibilidad sin atender al impacto sobre el derecho al descanso”<sup>18</sup>.

Entre los daños y patologías específicas del Metaverso seguramente existirán problemas de vista para personas que deberá trabajar durante horas con un “visor” concentrado en imágenes. No se excluirán además daños físicos, porque las personas que utilizan tecnologías inmersivas —como son precisamente los visores de realidad virtual - pueden desorientarse en el entorno del mundo real y provocarse lesiones. Incluso – añaden los expertos - podrían acostumbrarse a realizar acciones que no tienen consecuencias en el metaverso, como saltar desde un segundo piso o caminar hacia el tráfico, con lo que podrían volverse insensibles a los riesgos del mundo real<sup>19</sup>

### 3. TUTELAS LABORALES EN EL METAVERSO

#### 3.1. Problemas jurídicos y éticos

El metaverso, así como otras formas tecnológicas avanzadas de trabajo, plantean cuestiones legales y éticas, ante las cuales deben elaborarse respuestas adecuadas por parte del Derecho del trabajo. Ya vimos algunos de los problemas que se plantean en materia de contrato de trabajo, legislación aplicable, tribunales competentes, protección de la salud, etc. A los temas propios del vínculo laboral, se suman los que derivan de la propia tecnología, que siempre es invasiva de la privacidad del trabajador, alcanzando en muchos casos la intimidad de su núcleo familiar. Precisamente en esta dimensión se mezclan derechos laborales y derechos propios de la persona en cuanto tal.

La dimensión digital no solo deberá asegurar derechos básicos como la duración de la jornada y mínimos retributivos, sino que deberá promover soluciones que garanticen la inclusión y la equidad, evitando toda discriminación. Las normas deberán facilitar el respeto de los Derechos Humanos, las libertades

---

<sup>18</sup> *ibidem*, p. 233.

<sup>19</sup> Orellana R., “¿Es seguro el metaverso? Los 5 riesgos asociados a esta tecnología”, Santiago de Chile, 02/03/2022, en <https://es.digitaltrends.com/sociales/es-seguro-el-metaverso-cinco-riesgos/>, recuperado el 22/03/22.

individuales y la diversidad, mientras deberá determinar la existencia de empleadores responsables y claramente identificable en el espacio virtual de trabajo. También deberá asegurarse que cuando la gestión laboral en el metaverso plantee dilemas éticos, estos serán abordados y resueltos por seres humanos, y no por máquinas y/o algoritmos.

Pese a la necesidad de soluciones, debe consignarse que el Derecho del trabajo avanza con menor rapidez que las transformaciones digitales, y muchas veces las tutelas derivan más de las reglas de protección de datos, que de la normativa laboral.

### **3.2. Desconfianza hacia el legislador y el regreso a los principios**

La importancia del tema en estudio y la rapidez de su próxima implementación obliga a pensar en nuevas tutelas laborales para amparar las futuras categorías de trabajadores, tan alejadas del clásico modelo industrialista. Lo ideal sería una rápida acción de los parlamentos para regular los aspectos más preocupantes en la materia, como los mínimos laborales, el tiempo de trabajo, la competencia de los tribunales, etc. Pero la experiencia de diversos países – especialmente aquellos del continente latinoamericano – demuestra que las intervenciones del legislador no siempre persiguen la efectiva tutela de los trabajadores. En muchos casos – pensemos en las nuevas normas relativas al teletrabajo, a los ryders, al trabajo via plataformas – la regulación legal ha permitido introducir criterios de flexibilidad, que implican en muchos casos el “desmontaje” del derecho del trabajo. Es decir que bajo pretexto de regular nuevas formas de trabajo, se aprueban leyes que se apartan muchas veces de los criterios tradicionales de la disciplina. Así, por ejemplo, la Ley uruguaya N° 19.978 sobre teletrabajo aprovechó la oportunidad de regular esta modalidad de labor para incluir normas sobre la flexibilización de la jornada.

Mientras que no madure la conciencia jurídica sobre estos temas y la misma no se plasme en reglas de real protección, consideramos que adquiere especial importancia el derecho “principista”: cuando en el orden jurídico no aparecen normas que den respuesta a los problemas laborales o éstas son insuficientes, vuelven a tomar relevancia los principios del derecho del trabajo. Una vez más recurrimos a ellos - y en especial a la formulación tan brillantemente desarrollada por Plá Rodríguez<sup>20</sup> – para comprobar que son instrumentos que per-

---

<sup>20</sup> Plá Rodríguez A., *Los Principios del Derecho del trabajo*, 3a edición actualizada, Buenos Aires 1998.

duración en el tiempo y adquieren nueva actualidad al proporcionarnos criterios para examinar y resolver problemas tan novedosos como los que plantean las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo.

En el examen de estas nuevas realidades adquiere especial importancia el principio protector que se expande a todas las zonas del derecho laboral. En virtud de este principio, deberá buscarse la protección preferente del trabajador en su relación asimétrica con el empleador, en esa dimensión virtual que potencia esa asimetría, porque es precisamente el empleador quien posee y domina los instrumentos tecnológicos.

También importa señalar que adquieren especial relevancia una serie de principios enunciados a los efectos de proteger los datos del trabajador. Con relación a las normas escritas, la mayoría de los países ha adoptado reglas internas para regular la protección de datos, aprobando leyes identificadas con el nombre de “*habeas data*”. Entre estas normas, señalamos en especial la *Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD* - N° 13.709/18 de Brasil, la Ley N° 25.326 de Protección de datos personales de Argentina y Ley N° 18.331 sobre Protección de datos personales y acción de “*habeas data*” de Uruguay. Estas normas señalan principios concebidos para la protección general de los datos personales, pero que perfectamente pueden aplicarse a las relaciones de trabajo. En Uruguay, desde donde escribe el autor de este trabajo, la 18.331 de protección de datos personales de 11/08/2008 indica los que considera “principios generales” en la materia. Estos principios – elaborados en función de los problemas que plantea el registro de datos de las personas – permiten resolver cuestiones que se plantearán con la propia “construcción” del metaverso. Su art. 5 así los define:

- a) **Legalidad:** La formación de bases de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptas, observando en su operación los principios que establecen la presente ley.
- b) **Veracidad:** Los datos personales que se recogieren a los efectos de su tratamiento deberán ser veraces, adecuados, ecuanímenes y no excesivos en relación con la finalidad para la cual se hubieren obtenido. La recolección de datos no podrá hacerse por medios desleales, fraudulentos, abusivos, extorsivos o en forma contraria a las disposiciones de la presente ley.
- c) **Finalidad:** Los datos objeto de tratamiento no podrán ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención. Los datos deberán ser eliminados

cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubieren sido recolectados.

- d) **Previos consentimiento informado:** El tratamiento de datos personales es lícito cuando el titular hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso e informado, el que deberá documentarse.
- e) **Seguridad de datos:** El responsable o usuario de la base de datos debe adoptar las medidas que resultaren necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales. Dichas medidas tendrán por objeto evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, así como detectar desviaciones de información, intencionales o no, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.
- f) **Reserva:** Aquellas personas físicas o jurídicas que obtuvieren legítimamente información proveniente de una base de datos que les brinde tratamiento, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros.
- g) **Responsabilidad:** El responsable de la base de datos es responsable de la violación de las disposiciones de la ley.

Otras reglas surgen de los principios generales de derecho también aplicables a la esfera que nos ocupa. Así consideramos que adquieren especial importancia en la definición de los límites y de las reglas de conducta que marcan las situaciones anteriormente apuntadas, principios y criterios como: a) la licitud de los motivos y los objetivos de los instrumentos y medidas empleadas; b) la ecuanimidad de las mismas; c) la actitud no discriminatoria; d) el respeto de las condiciones de seguridad, salud y protección psicofísica de la persona; e) el respeto del honor de las personas; f) la protección de su conciencia moral y cívica.

### 3.3. La valorización del derecho comparado

Nunca como en esta época de rápidas transformaciones ha sido tan necesario recurrir al derecho comparado.

Como enseña Plá Rodríguez, el derecho comparado es extremadamente útil para facilitar el conocimiento de las distintas soluciones posibles a problemas que se plantean con características similares en los diferentes países. Para cualquier decisión legislativa, negociada o jurisprudencial el derecho comparado lo conduce a disponer de un repertorio más amplio de soluciones posibles<sup>21</sup>.

El derecho comparado permite aprovechar la experiencia ajena para encontrar rápidas soluciones ante la emergencia de las nuevas realidades. Una solución es la de extraer del ejemplo de otros países. criterios para trasladar a nuestras normas y prácticas laborales, pero entendemos que también es posible ante ejemplos relevante de derecho comparado, aplicar directamente el mismo en virtud de los establecido – por ejemplo, en Brasil - por el art. 8 de la *Consolidação das Leis do Trabalho*<sup>22</sup>.

En nuestra opinión habrá que prestar especial atención a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos y de regulación de los servicios digitales. Con relación a la protección de datos (los datos son de los principales insumos para la construcción del espacio metaverso) señalamos el Reglamento General de Protección de Datos, conocido con la sigla RGPD o GDPR (*General Data Protection Regulation*) aprobado por el Parlamento Europeo de 24 de mayo de 2016 con vigencia desde el 25 de mayo de 2018, que – por ejemplo - ha sido reconocido como fuente directa de la Ley N° 13.709/18 de Brasil.

El Reglamento establece los siguientes principios generales en su art. 5:

- Los datos personales deben ser tratados de forma lícita, leal y transparente.
- Los datos personales deben ser recogidos con fines determinados explícitos y legítimos.
- Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con el tratamiento.
- Los datos personales deben ser exactos y estar siempre actualizados.

---

<sup>21</sup> Pla Rodríguez A., *Reflexiones sobre el estudio comparativo del Derecho del trabajo*, en rev. Derecho Laboral, T. XXIV, N° 124, Montevideo 1981, p 691 y 692.

<sup>22</sup> “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

- Los datos personales deben mantenerse de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento.
- Los datos personales deben ser tratados de tal manera que se garantice su seguridad.

El segundo documento de especial importancia es la ya señalada Ley de Servicios Digitales (*Digital Services Act*), iniciativa legislativa propuesta por la Comisión Europea y aprobada por el Parlamento Europeo en sesión plenaria en Estrasburgo el 20 de enero de 2022<sup>23</sup>. El documento está focalizado en la creación de un “espacio digital seguro” para los usuarios digitales y las empresas, con la finalidad de proteger *on-line* los derechos fundamentales. Sus normas establecen una serie de nuevas reglas para las compañías tecnológicas, que afectará redes sociales, servicios de comunicación y plataformas aplicativos.

Como ha expresado el comisario europeo del Mercado Interior, Thierry Breton al aprobarse la esperada regulación del ecosistema digital, “es momento de poner orden en el salvaje oeste digital”. El texto impone importantes restricciones a la recopilación de datos privados de los ciudadanos y prohíbe el uso específico de datos sensibles como el origen racial o étnico, la orientación sexual o las creencias religiosas y de datos de menores.

Entendemos que el documento europeo, cuyas soluciones deberán ser recibidas en nuestra región por su alta calidad jurídica, contribuirá a ordenar ese espacio digital, que será – como ya expresáramos – el “lugar de trabajo” del Metaverso.

#### 4 – CONCLUSIONES

Los anuncios sobre la realidad tridimensional del metaverso permitirán a los seres humanos actuar en una modalidad a distancia desconocida hasta hace poco tiempo. El nuevo “avance” tecnológico promoverá nuevas formas de trabajo y de organización de la producción, en la que la propia estructura de las empresas perderá su dimensión real y “física” para pasar a un formato virtual. La rapidez de los cambios obliga a entender un fenómeno de muy difícil aprehensión desde la perspectiva de una realidad, que ya no es tangible y que

<sup>23</sup> Texto de la ley con sus enmiendas: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_ES.pdf), recuperado el 30/03/2022.

por la rapidez en los cambios, no logra ser regulada suficientemente y a tiempo por el legislador.

Los problemas que se plantearán a nivel del derecho del trabajo .- en su dimensión individual y colectiva – serán difíciles de prever en su complejidad, aunque es evidente que no solo pondrán en riesgo las propias tutelas laborales, sino que podrán afectar derechos de los trabajadores vinculados a su privacidad, a la intimidad de su vida familiar, su salud, su libertad etc.

La legislación, que debería proveer de amortiguadores y protecciones a los futuros trabajadores, avanza con lentitud y en muchos casos el legislador aprovecha la novedad de los cambios, para introducir reglas de flexibilidad al contrato de trabajo.

Abogamos por un derecho principista, que no solo tenga en cuenta los principios propios de la disciplina, sino también aquellos vinculados a los criterios más modernos de la protección de datos y a los principios generales de tutela de los derechos humanos.

También consideramos oportuno intensificar la mirada hacia el derecho comparado de aquellos países o regiones (entre las que se destaca la Union Europea), en la medida que las soluciones aprobadas ante problemas similares pueden ser de auxilio a nuestros jueces a la hora de aplicar a los conflictos normas que se deriven de pactos internacionales y reglas o directiva de alto consenso, que ingresarán a nuestro derecho como doctrina más recibida.

En definitiva, entedeos que el impacto de las tecnologías – en el caso el metaverso – reclama reglas principistas y normas elaboradas en el más alto consenso internacional, para generar criterios prácticos de aplicación en nuestro tribunales, que deberán juzgar conflictos laborales cada vez más novedosos y de una naturaleza no siempre fácil de definir.

## REFERÊNCIAS

BODEWIG, CHRISTIAN. *Reemplazar un trabajo por otro trabajo: ¿la automatización eliminará las nuevas oportunidades para los trabajadores?. In VOCES*, 3 9 2017, Worldbank.org, quien cita a OCDE (2016), *Skills Matter: Further Results from the Survey of Adult Skills*. Disponível em: < <https://blogs.worldbank.org/voices/es/la-automatizacion-eliminar-las-nuevas-oportunidades-para-los-trabajadores> >. Acesso em 18 nov 2021.

COMISIÓN EUROPEA. *Ley de Servicios Digitales: para un entorno online responsable y seguro*. Disponible em: < [https://ec.europa.eu/info/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment\\_es](https://ec.europa.eu/info/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es) >. Acceso em 20 mar 2022.

DE STEFANO V., Aloisi A. y Countouris N. *The Metaverse is a labour issue*. Disponible em: < <https://socialeurope.eu/the-metaverse-is-a-labour-issue#:~:text=The%20Metaverse%20has%20been%20talked,raises%20very%20serious%20labour%20concerns.&text=In%20mid%2DJanuary%2C%20the%20news,series%20of%20such%20massive%20investments> >. Acceso em: 1º fev 2022.

ERMIDA Uriarte O. *Globalización y Relaciones Laborales*. Ponencia presentada en el III Congreso Regional de las Américas de AIRT, p. 3, publicada en *Las relaciones de trabajo en el Siglo XXI*, III Congreso Regional de las Américas, Lima 1999.

GRUPO ATICO34. *La nueva Ley de Servicios Digitales (DSA) de la Unión Europea*. Acceso em: < <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/ley-de-servicios-digitales-dsa/#:~:text=Como%20hemos%20dicho%20m%C3%A1s%20arriba,el%20contenido%20de%20la%20ley> >. Acceso em: 20 mar 2022.

ORELLANA R., *¿Es seguro el metaverso? Los 5 riesgos asociados a esta tecnología*. Santiago de Chile. Disponible em: < <https://es.digitaltrends.com/sociales/es-seguro-el-metaverso-cinco-riesgos/> >. Acceso em: 22 mar 2022.

PLÁ RODRÍGUEZ A. *Los Principios del Derecho del trabajo*. 3a ed. Buenos Aires: 1998.

PLÁ RODRÍGUEZ A. *Reflexiones sobre el estudio comparativo del Derecho del trabajo*. In *Revista Derecho Laboral*, T. XXIV, n. 124, Montevideo 1981.

RASO Delgue, Juan. *La exclusión digital*. Disponible em: < <https://elblog-dejuanraso.blogspot.com/2022/03/la-exclusion-digital.html> >. Acceso em 28 mar 2022.

SANGUINETI Raymond W., *¿Derecho a la desconexión o deber de reconexión digital?* In *Columna de opinión en Trabajo y Derecho, nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. 78, 2021.

VALLECILLO Gámez M. R. *El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados*. In *ADAPT, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, Enero-Marzo 2020.



# A (IN)DEPENDÊNCIA DA HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA EM RELAÇÃO À HOMOLOGAÇÃO DO ITCMD NO ARROLAMENTO

*The (In)dependence of Distribution Ratification  
in Relation to ITCMD Ratification in  
Small-Estates Probate Process*

**Francielli Honorato Alves<sup>1</sup>**

**ÁREA:** Direito Tributário. Direito Civil. Direito Processual Civil.

**RESUMO:** A sucessão *causa mortis* é um dos fatos jurídicos tributáveis pelos Estados e pelo Distrito Federal por meio do ITCMD. Para que essa sucessão gere os efeitos da transmissão do patrimônio da pessoa falecida para seus herdeiros, é necessário que se realize o procedimento de inventário e partilha, na forma prevista na lei civil, entre as quais está o chamado “Arrolamento”, disciplinado entre os artigos 659 e 667 do Código de Processo Civil. Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é analisar se o ato a ser emitido pelo juiz para homologar a partilha proposta pelos herdeiros no arrolamento está condicionada ao ato a ser emitido pela autoridade fiscal estadual de homologação do ITCMD quando os herdeiros já tiverem pago esse imposto durante o arrolamento. Para tanto, será utilizado método de análise doutrinária sobre os institutos de direito tributário e de direito civil envolvidos nessa questão, além da jurisprudência existente sobre o assunto, com a distinção entre essa hipótese e a que está sob análise do Superior Tribunal de Justiça no REsp n.º 1.896.526/DF e no REsp n.º 1.895.486/DF, pretendendo-se como resultado a conclusão

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP), Licenciada em Letras pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP/IBILCE) e Bacharel em Ciências Contábeis pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (FIPECAFI). É advogada e professora. E-mail para contato: francielli@honoratoalves.com.br.

pela independência desses dois atos e a possibilidade de homologação da partilha independentemente da homologação do ITCMD.

**PALAVRAS-CHAVE:** ITCMD. Homologação. Sucessão. Arrolamento. Partilha.

**ABSTRACT:** The transmission of assets by inheritance is taxable by the states and the Federal District through ITCMD. For the transmission from the deceased to the heirs to be legally completed, it is necessary to set in motion the asset inventory and distribution procedures, as predicted in civil law, including “small-estates probate process”, as identified between the articles 659 and 667 of the Civil Procedure Code. In this context, this paper aims at analyzing if the act emitted by the judge to ratify the distribution proposed by the heirs in “small-estates probate process” is conditioned to the act to be released by the state fiscal authority in ICTMD when the heirs have already paid this tax during “small-estates probate process”. To reach this aim, the method of analyses includes civil and tax law, besides jurisprudence, with distinction between this hypothesis and the one under analyses by the Superior Court of Justice in REsp n. 1.896.526/DF and REsp n. 1.895.486/DF, pointing as a result the conclusion for the independence of these two acts and the possibility of ratifying the distribution independently from ratifying the ITCMD.

**KEYWORDS:** ITCMD. Ratification. Inheritance. Small-Estates Probate Process. Distribution.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A sucessão causa mortis como fato jurídico tributável por meio do ITCMD; 3. O ITCMD como tributo sujeito ao lançamento por homologação; 4. O arrolamento como procedimento de inventário e partilha; 5. A (in)dependência da homologação da partilha em relação à homologação do ITCMD no arrolamento; 6. Conclusão

## 1. INTRODUÇÃO

A sucessão patrimonial decorrente da morte do titular do patrimônio é um dos fatos jurídicos que foram escolhidos pelo Constituinte de 1988 como indicadores de riqueza do particular que podem ser tributados pelos Estados e pelo Distrito Federal por meio da cobrança do Imposto sobre a Transmissão

*Causa Mortis* e Doações, o chamado ITCMD. A competência para a instituição e cobrança do ITCMD está expressamente prevista no art. 155, inciso I do texto constitucional.

No contexto do exercício da competência tributária relacionada a esse imposto estadual, este trabalho dedica-se ao estudo da forma como é realizado o lançamento tributário do ITCMD e da sua relação com o procedimento regulado pela legislação processual civil para formalizar a transmissão da propriedade do patrimônio da pessoa falecida para os seus sucessores. De modo mais específico, o objetivo principal deste trabalho é analisar a forma como essa sucessão é efetivada no processo simplificado denominado de “arrolamento”, e verificar, na hipótese de os herdeiros já terem recolhido, no curso do processo de arrolamento, o valor do ITCMD incidente sobre a transmissão dos bens que compõem o espólio, se o ato a ser proferido pelo juiz de primeira instância para homologar a partilha desses bens da forma como proposta pelos herdeiros está condicionado ou não à realização, pela autoridade fiscal estadual, do ato de homologação do cálculo desse ITCMD.

Para tanto, será analisado o fato jurídico da sucessão *causa mortis* nos termos previstos pela legislação civil e o momento em que se considera ocorrido esse fato jurídico para fins de incidência do ITCMD. Em seguida, considerando-se que esse é um tributo que está sujeito ao lançamento tributário da espécie “lançamento por homologação”, serão analisadas as especificidades desse tipo de lançamento, na forma prevista pelo Código Tributário Nacional, para se investigar as diferenças entre as chamadas “homologação expressa” e “homologação tácita” e, principalmente, o objeto dessa homologação, se é apenas a apuração do crédito tributário devido pelo herdeiro ou se é também o efetivo pagamento da quantia apurada.

Em seguida, será feita uma breve análise das regras previstas pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil para a realização do procedimento de inventário dos bens deixados pela pessoa falecida e da partilha desses bens entre os seus herdeiros. Entres essas regras, serão destacadas aquelas que regulamentam a realização do arrolamento como uma espécie mais simplificada de inventário e partilha, aplicável na hipótese prevista no *caput* do art. 659 do Código de Processo Civil, em que todos os herdeiros sejam capazes e estejam em comum acordo para a realização de uma partilha amigável, proposta pelos herdeiros desde o início para o juiz competente.

Terá destaque nessa análise o ato de homologação da partilha a ser realizado pelo juiz de primeira instância no processo de arrolamento e, a partir disso, será

possível verificar se o ato de homologação do ITCMD incidente sobre a transmissão dos bens que é objeto desse processo de arrolamento é ou não condição necessária para que aquele ato de homologação da partilha seja válido e possa produzir seus efeitos jurídicos de forma plena.

Para complementar essa análise, serão consideradas as normas gerais a respeito do crédito tributário que estão prescritas pelo Código Tributário Nacional, especialmente as causas de sua extinção e as garantias e privilégios atribuídos a ele. Nesse contexto, procurar-se-á diferenciar a hipótese considerada neste trabalho e aquela que está sob análise do Superior Tribunal de Justiça no REsp n.º 1.896.526/DF e no REsp n.º 1.895.486/DF, cujo julgamento será realizado por meio do rito dos recursos repetitivos, demonstrando que os efeitos decorrentes das decisões proferidas por aquele Egrégio Tribunal nesses dois recursos especiais não devem ser consideradas automaticamente como precedentes para aplicação nos casos que se enquadrem na hipótese que é objeto deste estudo.

## **2. A SUCESSÃO CAUSA MORTIS COMO FATO JURÍDICO TRIBUTÁVEL POR MEIO DO ITCMD**

O falecimento de uma pessoa que é titular de um patrimônio é um fato jurídico que, de acordo com o art. 1.784 do Código Civil, provoca a abertura da sucessão hereditária<sup>2</sup>. Trata-se do fato jurídico em razão do qual aquele patrimônio é transferido para as pessoas que são consideradas sucessoras da pessoa falecida, seja em razão das regras de vocação hereditária prescritas pela legislação civil, seja por conta de uma escolha feita ainda em vida pelo *de cuius*, com a elaboração de um testamento.

*A morte natural é o cerne de todo o direito sucessório, pois só ela determina a abertura da sucessão, uma vez que não se compreende sucessão hereditária sem o óbito do de cuius, dado que não há herança de pessoa viva (viventis nulla est hereditas). No momento do falecimento do de cuius abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do defunto aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, inde-*

---

<sup>2</sup> De acordo com as lições da Professora Maria Helena Diniz, “juridicamente o termo *sucessão* indica o fato de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de uma outra pessoa”. Sendo assim, a sucessão *causa mortis* é o “meio de aquisição pelo herdeiro, a título universal ou particular, do patrimônio do *de cuius*, passando aquele a ocupar a situação jurídica deste último, na relação de direito”. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro direito das sucessões*. 6 vol. 35ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 25-26).

pendentemente de qualquer ato. Essa transmissão é, portanto, automática, operando-se *ipso iure*.<sup>3</sup>

Em outras palavras, a sucessão hereditária corresponde à transferência dos bens cuja propriedade ou posse pertenciam à pessoa falecida, que naturalmente não poderá mais exercer os direitos decorrentes dessa titularidade, para outra pessoa que poderá exercer esses direitos. Há, portanto, uma transferência da propriedade ou da posse de bens móveis, de bens imóveis e de demais direitos de uma pessoa falecida para uma ou mais pessoas<sup>4</sup>. Transferência essa que se dá de forma involuntária, uma vez que decorre de um evento natural que é a morte do titular do patrimônio que será transferido<sup>5</sup>. Em razão disso, não há que se falar na existência de negociação entre as pessoas envolvidas nessa transferência patrimonial.

É importante observar que essas são as principais características que identificam o fato jurídico da “sucessão *causa mortis*” como fato jurídico indicativo de riqueza que foi eleito pelo Constituinte de 1988 para ser tributado pelos Estados e pelo Distrito Federal por meio da cobrança do Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doações, o chamado ITCMD. A possibilidade de exercício dessa competência tributária por esses entes federados está expressamente prevista no inciso I do art. 155 da Constituição Federal de 1988 e diferencia-se da competência tributária que o mesmo Constituinte atribuiu aos Municípios e também ao Distrito Federal para tributarem a transmissão *inter vivos* e onerosa de bens imóveis e de direitos reais sobre bens imóveis por meio do chamado ITBI, conforme previsto no inciso II do art. 156 e também na parte final do art. 147 do texto constitucional. Note-se que o fato jurídico que está sujeito à incidência do ITBI é a transmissão da propriedade imobiliária ou de outro direito real sobre um bem imóvel que se dá de forma voluntária e entre pessoas vivas, capazes de negociar a forma como se dará essa transferência, completamente diferente da transferência da titularidade não só de bens imóveis, mas também

---

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>4</sup> “(...) na transmissão da propriedade e da posse, o que se transfere é aquilo de que o *de cujus* era titular, bem como as dívidas do falecido, as pretensões e ações contra ele, porque a herança compreende o ativo e o passivo; logo, não é só a propriedade, no sentido estrito, que é transmitida aos herdeiros, mas também todos os direitos, pretensões, ações, exceções, de que era titular o defunto, se transmissíveis. Consequentemente, não integrarão o acervo hereditário os direitos personalíssimos nem as obrigações *intuitu personae* do falecido” (DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 36).

<sup>5</sup> “(...) a sucessão gira em torno da morte. A morte do titular de um patrimônio determina a sucessão” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 7<sup>ª</sup> vol., 3<sup>ª</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25).

de bens móveis e de outros direitos sujeitos à sucessão, que se dá de forma involuntária em razão da morte do detentor daquela titularidade.

Chamar a atenção para essas diferenças que caracterizam esses dois fatos jurídicos tributários é importante para separar e bem delimitar essas duas competências tributárias distintas que foram previstas pelo Constituinte de 1988 e atribuídas a entes federados diferentes, a fim de evitar tanto que haja conflito de competências entre eles, quanto que os sujeitos passivos de cada um desses tributos não tenham dúvidas sobre qual tributo devem recolher em razão do tipo de sucessão em que estão envolvidos.

Assim, para que se possa analisar a incidência do ITCMD sobre a sucessão *causa mortis* com o objetivo pretendido neste estudo, é importante identificar o momento em que se considera ocorrido esse fato jurídico. Entre as normas gerais prescritas entre os artigos 35 e 42 do Código Tributário Nacional para o exercício dessa competência tributária pelos Estados e pelo Distrito Federal, não há nenhuma norma específica que preveja essa informação necessária para preencher o critério temporal da regra-matriz de incidência do ITCMD. Em razão disso e seguindo as prescrições do art. 110 do mesmo Código, é necessário buscar na legislação civil a definição do momento em que se considera ocorrida a sucessão *causa mortis*.

E essa resposta está no enunciado do já mencionado art. 1.784 do Código Civil, que prescreve que a sucessão é aberta com o falecimento do autor da herança. Ou seja, de acordo com a legislação civil, é no exato momento do falecimento do titular do patrimônio que esse patrimônio já é transmitido aos sucessores<sup>6</sup>. Sendo assim, o processo de inventário para o levantamento de todos os bens e direitos que compõem esse patrimônio e da sua partilha entre os sucessores da pessoa falecida é necessário apenas para formalizar e dar efetividade à transmissão que já terá ocorrido no momento do falecimento.

Como consequência, é possível afirmar que o fato jurídico tributável por meio do ITCMD ocorre no momento do falecimento do titular do patrimônio que é objeto da sucessão *causa mortis*. Ou seja, a partir do falecimento, o Estado ou o Distrito Federal competente para cobrar esse imposto sobre essa transmissão já pode, em tese, apurar o valor do tributo devido, constituindo o crédito tri-

---

<sup>6</sup> “A morte do *de cuius* deve ser rigorosamente provada, a fim de que não haja quaisquer dúvidas quanto à sua ocorrência, dada a sua relevância, uma vez que determina o exato momento da abertura da sucessão dos bens que constituem a herança, pois o sucessor vivo é chamado a tomar o lugar do defunto em todas as suas relações jurídicas transmissíveis. E, além disso, é a data da abertura da sucessão que define a lei aplicável ao direito de herança” (DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 38).

butário em nome do contribuinte devedor. Essa é uma premissa essencial para os fins pretendidos por este estudo, pois já indica que o fato jurídico tributável por meio do ITCMD não ocorre apenas ao final do processo de inventário e partilha do patrimônio deixado pela pessoa falecida, e sim no próprio momento do seu falecimento. E é exatamente essa a conclusão a que chega a Professora Maria Helena Diniz (2021):

O domínio dos bens da herança transfere-se, portanto, ao herdeiro do *de cuius* automaticamente no momento do passamento, e não no instante da transcrição da partilha feita no inventário, de modo que o fisco só poderá cobrar o imposto *causa mortis* baseado nos valores do instante do óbito<sup>7</sup>.

Considerando então essa premissa, é necessário analisar a forma como deve ser apurado o valor do ITCMD incidente sobre a transmissão *causa mortis* para que seja possível entender em qual momento essa apuração pode ser realizada e como isso pode ou não interferir no processo de inventário e partilha dos bens deixados pela pessoa falecida.

### **3. O ITCMD COMO TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO**

Embora o art. 142 do Código Tributário Nacional prescreva que o ato do lançamento tributário é um ato privativo da autoridade administrativa, o mesmo Código prevê, no *caput* do seu art. 150, a possibilidade de a lei tributária atribuir ao sujeito passivo do tributo o dever de apurar o valor devido e antecipar o pagamento, independentemente de qualquer ato daquela autoridade, que posteriormente deverá analisar essa atividade do sujeito passivo e, se com ela concordar, expressamente homologá-la. É o chamado “lançamento por homologação”, sobre o qual tratam os ensinamentos do Professor Estevão Horvath (2010):

Consiste este tipo de lançamento, em suma, e segundo o Código Tributário Nacional, numa forma de pagamento antecipado de tributo, que tem o condão de extinguir o crédito tributário sob condição resolutória de ulterior homologação do lançamento (art. 150, *caput*, c/c §1º, do C.T.N.). Em outras palavras, o sujeito passivo de um tributo ao qual a legislação tenha esco-

---

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 44.

lhido esse tipo de 'lançamento' tem o dever jurídico de, apurando débito tributário, recolhê-lo – ou, como quer a lei, antecipar o pagamento – sem prévio exame da autoridade administrativa a qual, 'tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' (art. 150, *caput* do C.T.N.)<sup>8</sup>.

Importante mencionar aqui as observações do Professor Paulo de Barros Carvalho (2014) no sentido de que o lançamento por homologação é uma forma de o sujeito passivo do tributo produzir norma jurídica individual e concreta em matéria tributária:

A experiência da realidade jurídica brasileira é farta em exemplos de normas jurídicas, individuais e concretas, produzidas pelo administrado, no campo dos tributos. (...) Cabem-lhe individualizar o evento tributário, constituindo-o como fato jurídico, e estruturar, denotativamente, todos os elementos integrantes da relação jurídica do tributo. Em outras palavras, a lei dá competência ao contribuinte para constituir o fato jurídico e a obrigação tributária que dele decorre, pelo fenômeno da *causalidade jurídica* (Lourival Vilanova).

É graças a esse procedimento do administrado que se torna possível o recolhimento do tributo devido, sem qualquer interferência do Estado-Administração<sup>9</sup> (2014. p. 403).

E é esse o tipo de lançamento que os Estados e o Distrito Federal têm adotado na apuração do ITCMD incidente sobre a transmissão *causa mortis*, prevendo expressamente a obrigação dos sucessores, na qualidade de sujeitos passivos desse imposto, de apurar e pagar o valor devido no curso do processo de inventário e partilha, independentemente de prévia atuação da autoridade fiscal estadual. É o que se verifica, por exemplo, na legislação paulista em vigor<sup>10</sup>, que

<sup>8</sup> HORVATH, Estevão. *Lançamento Tributário e "Autolançamento"*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 159.

<sup>9</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 403.

<sup>10</sup> Decreto Estadual Paulista n.º 46.655/2002. Artigo 21 - Para fins de apuração e informação do valor de transmissão judicial "causa mortis", o contribuinte deverá apresentar à repartição fiscal competente, declaração, que deverá reproduzir todos os dados constantes das primeiras declarações prestadas em juízo, instruída com os elementos necessários à apuração do imposto, conforme disciplina a ser estabelecida pela Secretaria da Fazenda, nos seguintes prazos: I - no caso de arrolamento, em 30 dias, a contar do despacho que determinar o pagamento do imposto, instruída também com as respectivas guias comprobatórias do seu recolhimento; II - no caso de inventário, em 15 (quinze) dias, contados da apresentação das primeiras declarações em juízo. §1º - Após a apresentação da declaração prevista no «caput», se houver qualquer variação patrimonial decorrente de emenda, aditamento, ou inclusão de novos bens nas últimas declarações, deverá o contribuinte cientificar o Fisco acerca dos dados que ensejaram tal variação, no prazo

assim prescreve a obrigação do sucessor de, após a abertura do processo judicial de inventário e partilha, preencher uma declaração para informar os dados dos bens que compõem o patrimônio transmitido e dos herdeiros para que, a partir desses dados, seja calculado o valor do ITCMD devido e sejam geradas as guias correspondentes em nome de cada herdeiro para que possa quitar o valor do imposto incidente sobre a parte que lhe cabe da herança, tendo em vista que, de acordo com a norma geral prescrita pelo parágrafo único do art. 35 do Código Tributário Nacional, cada herdeiro pratica um fato jurídico tributável por meio do ITCMD ao receber uma parte do patrimônio da pessoa falecida.

Portanto, para realizar o lançamento do ITCMD, os sucessores da pessoa falecida devem, após o início do processo judicial de inventário e partilha, detalhar para a Fazenda Estadual as informações do patrimônio deixado por ela, identificar os bens que foram transmitidos em razão do seu falecimento, o valor de cada bem, as pessoas a quem a lei ou a própria pessoa falecida atribuiu a qualidade de sucessor desse patrimônio e a parte de cada um desses bens que foi recebida por cada um desses sucessores. Com isso, será possível identificar qual é a base de cálculo do ITCMD incidente sobre a parte de cada um desses bens que foi transmitida da pessoa falecida para cada sucessor e assim, com a aplicação do percentual de alíquota previsto na legislação do Estado competente para a cobrança desse imposto, calcular o seu valor e gerar a guia correspondente para que cada sucessor possa pagar o imposto devido.

Posteriormente, caberá à autoridade administrativa fiscal do Estado ou do Distrito Federal competente para tributar aquela sucessão *causa mortis* específica analisar se os sucessores declararam corretamente as informações referentes ao patrimônio transmitido, se calcularam corretamente o valor do ITCMD devido e se pagaram esse imposto no prazo legal. O §4º do já citado art. 150 do CTN prescreve que, se a lei não fixar outro prazo, essa autoridade fiscal terá cinco anos, contados da ocorrência do fato jurídico da abertura da sucessão *causa mortis*, para analisar essa atividade do sujeito passivo e, se concordar com os valores calculados e recolhidos, homologar expressamente esse lançamento.

Quando a autoridade administrativa fiscal faz efetivamente esse trabalho de conferência do cálculo e do pagamento do valor devido feito pelo sujeito passivo do tributo, têm-se a chamada “homologação expressa”. Trata-se de um ato administrativo por meio do qual aquela autoridade emite linguagem competente para expressamente finalizar o procedimento do lançamento tributário, que foi

---

de 15 dias a contar da comunicação ao juízo. §2º - O imposto a recolher decorrente da declaração prevista neste artigo é exigível independentemente da lavratura de Auto de Infração e Imposição de Multa ou de notificação.

iniciado pelo sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário com fundamento no inciso VII do art. 156 do Código Tributário Nacional. Sobre esse ponto, é muito importante considerar aqui as lições do Professor José Souto Maior Borges (1999):

(...) para os efeitos do Código Tributário Nacional o ato de homologação é sempre ‘repressivo’. Como visto, a homologação processa-se após o exercício da atividade do obrigado. Não antes dela. Mas a homologação da atividade exercida previamente pelo obrigado não lhe condiciona os efeitos todos. O pagamento antecipado pelo obrigado extingue o crédito (efeito liberatório com relação à obrigação), sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento (art. 150, *caput* e §1º, combinados). Pode-se, entretanto, afirmar que a homologação, embora não condicione todos os efeitos da atividade homologada, é um requisito de eficácia jurídica, porque condiciona alguns desses efeitos. Assim, o implemento da *conditio juris* – a homologação – extingue em definitivo o crédito tributário. É, nesses termos, um requisito de eficácia complementar da atividade homologada<sup>11</sup>.

Uma das questões que se coloca a respeito da homologação desse tipo de lançamento é sobre qual é o objeto dessa homologação a ser feita pela autoridade administrativa fiscal: se apenas o cálculo do valor do tributo devido, se apenas o pagamento desse valor ou se ambos esses atos praticados pelo sujeito passivo tributário. Com todo respeito às opiniões divergentes, entendemos que o objeto da homologação sempre será apenas o cálculo do crédito tributário devido pelo sujeito passivo, pois é essa a atividade privativa da autoridade fiscal que a lei atribui àquele sujeito no lançamento por homologação. E é nesse sentido que também estão as conclusões da Professora Silvia Regina Zomer (2019) sobre o assunto:

(...) esta certificação emitida pela autoridade administrativa se refere aos atos praticados pelo contribuinte, ou seja, a autoridade administrativa certifica que houve a constituição do crédito pelo particular (resultando ou não em pagamento antecipado do crédito constituído em norma individual e concreta). O objeto da homologação seria portanto, para nós, a atividade de apuração e constituição do crédito pelo sujeito passivo, não o pagamento<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 387.

<sup>12</sup> ZOMER, Silvia Regina. *O tempo jurídico e a homologação tácita*. São Paulo: Noeses, 2019, p. 101.

Sendo assim, se o sujeito passivo apenas apresentar ao fisco as informações necessárias para o cálculo do tributo devido e efetivamente apurar o valor desse crédito tributário, ainda que não faça o pagamento desse valor, haverá conteúdo a ser homologado pela autoridade administrativa fiscal. Nesse caso, a falta do pagamento impedirá o cumprimento de uma das condições previstas no inciso VII do art. 156 do CTN para a extinção do crédito tributário, que é o pagamento antecipado do seu valor, mas haverá a homologação do lançamento necessária para a constituição do crédito tributário, cabendo ao órgão fazendário a adoção das medidas cabíveis para sua inscrição em dívida ativa e posterior cobrança<sup>13</sup>.

Para os fins deste trabalho, ainda é necessário mencionar a possibilidade da chamada “homologação tácita” do lançamento tributário, prevista na parte final do §4º do art. 150 do CTN, que ocorre quando a autoridade administrativa fiscal não analisa, dentro do prazo de cinco anos, a atividade de apuração do tributo devido feita pelo sujeito passivo. Significa dizer que, nesse caso, o silêncio do fisco tem o efeito jurídico de validar o cálculo do ITCMD feito pelo particular e, caso esse tenha realizado o pagamento do imposto devido, extinguir definitivamente o crédito tributário constituído em decorrência da sucessão *causa mortis*<sup>14</sup>.

Observe-se que essas são premissas importantes a serem consideradas na análise do objeto principal deste estudo, dada a sua relação com o momento a partir do qual os sucessores já podem apurar e recolher o ITCMD devido sobre a

<sup>13</sup> Essa mesma conclusão pode ser verificada no seguinte exemplo adotado pelo Professor Paulo de Barros Carvalho (2014) para explicar os efeitos dessa homologação da atividade realizada pelo sujeito passivo:

“A Fazenda do Estado de São Paulo tem encaminhado para inscrição da dívida, no livro de registro da Dívida Pública, para efeito de cobrança executiva, as declarações do contribuinte do ICMS, em que o tributo correspondente não foi recolhido. É fácil perceber que o chamado ‘imposto declarado e não pago’ consubstancia-se num documento veiculador de uma norma individual e concreta, constituindo o fato jurídico e a respectiva obrigação tributária. Tão carregado de suficiência é o documento, a juízo da própria Administração, que o texto ‘declarado’ é sumariamente dirigido para as providências instauradoras da execução judicial. Ora, de ver está que, se alguma coisa faltasse, a indigitada declaração experimentalista outros trâmites, o que não acontece” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 405-406).

<sup>14</sup> Extremamente relevante é a análise sobre a verdadeira natureza da chamada “homologação tácita” desenvolvida pela Professora Silvia Regina Zomer, da qual se destacam as seguintes afirmações: “(...) o Fisco, não dispondo de meios para homologar expressamente a quantidade de tributos sujeitos à homologação, lança mão da chamada ‘homologação tácita’, que se traduz na mera ‘aceitação’ do crédito constituído pelo sujeito passivo, bem como dos valores por ele recolhidos, mesmo que evitados de irregularidades, pela inércia da Administração Fazendária. Dessa forma, considera ‘homologada tacitamente’ tanto a atividade de apuração realizada pelo contribuinte, quanto os valores por ele recolhidos, mesmo que tenham sido irregularmente constituídos e pagos. Percebe-se, assim, evidentes contradições relativas à homologação tácita, não somente no que concerne à inadequação linguística suportada pela expressão, mas também pela atecnia jurídica que se evidencia no enunciado normativo que dispõe sobre a matéria” (ZOMER, Silvia Regina. *Op. cit.*, p. 134).

transmissão *causa mortis* e com a atividade a ser exercida pela autoridade administrativa fiscal para conferir a validade desses atos. E para auxiliar nessa análise, ainda é necessário verificar algumas questões gerais sobre as regras prescritas pela legislação civil e processual civil para a realização do inventário dos bens deixados pela pessoa falecida e da sua partilha entre os seus sucessores.

#### **4. O ARROLAMENTO COMO PROCEDIMENTO DE INVENTÁRIO E PARTILHA**

Como já mencionado anteriormente, as legislações civil e processual civil prescrevem as regras que os sucessores da pessoa falecida devem seguir para, logo após o seu falecimento, realizar o inventário do patrimônio do qual ela era titular, com a apuração de todos os bens e direitos, assim como de todas as dívidas que essa pessoa possuía<sup>15</sup>, para que, a partir disso, seja possível realizar a partilha desse patrimônio entre esses sucessores, considerando as regras previstas para a apuração do quinhão de cada herdeiro ou os valores previamente estabelecidos em testamento<sup>16</sup>. Sobre a importância desse processo, consideremos as observações da Professora Maria Helena Diniz (2021):

Claro está que o inventário tem por objetivo não só verificar o patrimônio do autor da herança, mediante a descrição, a avaliação dos bens da massa partível e a apuração das dívidas passivas, mas também liquidar o acervo com a realização do ativo e o pagamento dos débitos. Assim, o inventário, ao fazer um levantamento de todos os bens do finado, revela o acervo líquido, possibilitando, então, a distribuição, entre os herdeiros, da herança, que será objeto da partilha. Inere-se daí que o inventário e a partilha individualizam o direito de propriedade dos sucessores do *de cuius*<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> “A palavra *inventário* decorre do verbo *invenire*, do latim: encontrar, achar, descobrir, inventar e do verbo *inventum*: invento, invenção, descoberta. A finalidade do inventário é, pois, achar, descobrir, descrever os bens da herança, seu ativo e passivo, herdeiros, cônjuge, credores etc. Trata-se, enfim, de fazer um levantamento, que juridicamente se denomina inventário da herança. Tanto mais complexo será o inventário quanto complexas eram as relações negociais do *de cuius*” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 46).

<sup>16</sup> “O processo de inventário tem por escopo descrever e apurar os bens deixados pelo falecido, a fim de que se proceda oportunamente à sua partilha entre os herdeiros. O processo de inventário cessa, portanto, com a partilha. Com a inscrição do formal de partilha no Registro de Imóveis, dar-se-á a mudança do nome do falecido para os dos herdeiros, embora estes já tivessem o domínio desde o momento do óbito do *de cuius*” (DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 44).

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 420.

Além do procedimento ordinário de abertura do inventário e da partilha dos bens previsto entre os artigos 610 e 658 do Código de Processo Civil, essa legislação também prevê a possibilidade de um rito mais simplificado para dar efetividade à transmissão da titularidade do patrimônio da pessoa falecida ocorrida no momento da sua morte: o chamado “arrolamento”<sup>18</sup>. Esse procedimento, que deve ser realizado de acordo com as regras prescritas entre os artigos 659 e 667 do mesmo CPC, pode ser adotado se cumpridas duas condições: (i) que todos os herdeiros sejam capazes e (ii) que todos estejam de acordo com a forma de realização da partilha dos bens deixados pela pessoa falecida, conforme previsto no *caput* do mencionado art. 659<sup>19</sup>. Ou seja, trata-se de um procedimento aplicável à hipótese em que os herdeiros apresentam ao juiz uma partilha amigável e buscam o cumprimento dos trâmites necessários para efetivar a transmissão do patrimônio do *de cuius* para esses herdeiros da forma mais célere possível.

Para tanto, desde o início do processo judicial de arrolamento, os herdeiros já devem nomear uma pessoa como inventariante, também denominada “Arrolante”, que prestará o compromisso de administrar os bens do espólio enquanto não for realizada a partilha e de prestar todas as informações necessárias ao juízo para o andamento do processo. E é também desde esse início que o Arrolante apresentará a lista de bens, direitos e deveres que compõem o espólio da pessoa falecida, os documentos referentes à titularidade e à situação fiscal desses bens, bem como a partilha desse patrimônio na forma acordada pelos herdeiros. Caberá então ao juiz a análise dessas informações e, caso não haja dúvida sobre as informações prestadas ou algo a ser questionado em relação à forma de partilha proposta, poderá homologá-la.

Observe-se que mais uma vez estamos diante de um ato jurídico com característica de “homologação”. Homologação que, de acordo com o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, tem o significado geral de “ato, processo ou efeito de homologar” e, de forma mais específica, tem o significado jurídico de “aprovação, ratificação ou confirmação, por autoridade judicial ou administrativa, de certos atos particulares, a fim de que possam se investir de força executória ou se apresentar com validade jurídica (*h. de desquite*) (*h. de concordata entre*

---

<sup>18</sup> “Arrolamento é um ‘processo de inventário simplificado’ e célere, caracterizado pela redução de atos formais ou de solenidades” (DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 442).

<sup>19</sup> Para os fins deste trabalho, não será considerada a hipótese de arrolamento prevista no art. 664 do CPC, aplicável quando o valor dos bens do espólio for inferior ou igual a 1.000 (um mil) salários mínimos.

empresas)<sup>20</sup>. Interessante ainda observar os significados mais específicos que o Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva atribui a esse termo:

HOMOLOGAÇÃO. Do grego *homos*, o mesmo, *logos*, discurso, *lego*, falar, pelo latim *homologo*, *homologatum*, na terminologia jurídica exprime especialmente o ato pelo qual a autoridade, judicial ou administrativa, *ratifica, confirma* ou *aprova um outro ato*, a fim de que possa investir-se de *força executória* ou apresentar-se com validade jurídica, para ter a eficácia legal. (...)

Em regra, pois, a *homologação* é, em matéria judicial, o *crisma* (conformação dado pelo juiz a vários acordos ou deliberações tomados entre pessoas, os quais passam a surtir os efeitos, depois que assim merecem a ratificação do juiz. (...)

Na técnica administrativa, não é diverso o sentido da palavra.

Revela sempre a aprovação ou ratificação por autoridade hierarquicamente superior a ato de funcionário que lhe é subordinado, ou a ratificação ou aprovação, pelo Poder Público, de ato executado por particular<sup>21</sup>.

Sendo assim, o ato previsto no *caput* do art. 659 do Código de Processo Civil que deve ser praticado pelo juiz responsável pelo processo de arrolamento tem como finalidade a validação das informações prestadas pelo Arrolante sobre o patrimônio da pessoa falecida e a confirmação da partilha proposta pelos sucessores, de tal forma que essa partilha possa ser registrada nos órgãos competentes e, assim, cada sucessor passe a efetivamente ter a titularidade da parte que lhe coube em cada um dos bens que compunham aquele patrimônio. Trata-se, portanto, do ato final de concordância com a forma como o patrimônio da pessoa falecida foi transmitido para cada um dos sucessores em razão da sua morte, ato esse que garante a produção dos efeitos jurídicos decorrentes dessa transmissão, que é a possibilidade de exercício da titularidade recebida por cada um desses sucessores.

Compreendido então o contexto em que o juiz de primeira instância deve realizar o ato de homologação da partilha e a sua finalidade no processo de arrolamento, tem-se mais uma premissa necessária para a análise do tema principal do presente trabalho, que é verificar se a emissão desse ato de homologação da partilha está ou não condicionada ao ato de homologação da autoridade

---

<sup>20</sup> HOUAISS, Antonio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1032-1033.

<sup>21</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho (atual.). Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009, p. 687-688.

administrativa fiscal do cálculo do valor do ITCMD devido pelos sucessores, nos moldes já explorados anteriormente no tópico 3 deste trabalho, quando esses sucessores já tiverem efetuado, no curso do arrolamento, o pagamento do valor apurado.

## 5. A (IN)DEPENDÊNCIA DA HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA EM RELAÇÃO À HOMOLOGAÇÃO DO ITCMD NO ARROLAMENTO

O problema que motivou o desenvolvimento deste estudo foi a verificação da ocorrência de casos práticos em que os juízes responsáveis por processos de arrolamento, mesmo diante da prova de quitação das guias de ITCMD calculadas e pagas pelos sucessores, têm determinado ao arrolante que apresente a comprovação da homologação do cálculo daquele ITCMD pelo fisco como condição para dar prosseguimento ao processo de arrolamento, com a homologação da partilha proposta. Determinação essa que é flagrantemente contrária aos enunciados do **§2º do art. 659 e do caput do art. 662**, ambos do Código de Processo Civil, que expressamente prescrevem que as questões relativas ao lançamento ou ao pagamento do ITCMD não devem ser discutidas no processo de arrolamento, nem devem prejudicar o seu prosseguimento e a sua finalização.

Observe-se que o que o Código de Processo Civil prescreve é que, diante do objetivo de simplificar o procedimento de inventário e partilha dos bens deixados pela pessoa falecida quando os sucessores forem capazes e apresentarem ao juiz competente uma proposta de partilha amigável, a celeridade do processo de arrolamento não pode ser prejudicada por discussões relacionadas ao cálculo e ao pagamento do ITCMD incidente sobre a transmissão desse patrimônio. E para evitar que o ente federado competente para a cobrança desse imposto no caso concreto seja prejudicado por eventual falta de conhecimento sobre a ocorrência desse fato jurídico tributário, a parte final do mencionado §2º do art. 659 do CPC prevê a obrigação do juiz responsável pelo processo de arrolamento, após o trânsito em julgado da sentença de homologação da partilha dos bens, intimar o fisco estadual sobre a ocorrência dessa sucessão *causa mortis*, a fim de que ele possa realizar o lançamento do ITCMD devido.

Sendo assim, é possível afirmar que a própria realização do lançamento do crédito tributário do ITCMD devido sobre a sucessão *causa mortis* **não é condição necessária para que a sentença de homologação da partilha no processo de arrolamento tenha validade jurídica, uma vez que o CPC prevê expressamente que esse ato de constituição do crédito tributário pelo**

**fisco pode ser realizado posteriormente ao trânsito em julgado daquela sentença. E essa independência do ato de homologação da partilha em relação à apuração e ao pagamento do ITCMD devido é reforçada quando se relembra a informação explorada no tópico 3** deste trabalho, onde se verificou que o ITCMD é um imposto cujo valor é calculado pelo seu próprio sujeito passivo, que tem o dever de efetuar o seu pagamento no curso do processo de inventário e antes de qualquer ato de fiscalização praticado pela autoridade administrativa fiscal competente para tanto.

Isso significa que, uma vez iniciado o processo de arrolamento junto ao Poder Judiciário, o Arrolante, como responsável pelo espólio, poderá apresentar ao fisco as informações sobre o patrimônio deixado pela pessoa falecida e sobre os sujeitos que têm o direito à sucessão desse patrimônio e, com base nos valores de cada bem transmitido, calcular o valor do ITCMD incidente sobre essa transmissão *causa mortis*, gerando tantas guias quantos forem os sucessores para que cada um faça o pagamento antecipado do imposto devido, independentemente, repita-se, de qualquer atuação **do fisco estadual competente para a cobrança desse imposto no caso concreto**. Quando isso ocorre no curso do processo de arrolamento, fica ainda mais claro que a finalização desse processo judicial, com a prolação da sentença de homologação da partilha proposta pelos sucessores, não depende de qualquer ato da autoridade fiscal relacionada a esse imposto.

Assim **é possível afirmar**, tendo em vista a premissa fixada anteriormente no tópico 3 deste trabalho, no sentido de que o objeto do ato de homologação produzido pela autoridade fiscal é o procedimento feito pelo sujeito passivo para calcular o valor do crédito tributário devido por ele. Sendo assim, se os sucessores não só informaram ao fisco as informações necessárias para conhecimento da ocorrência do fato jurídico tributário da sucessão *causa mortis* e calcularam o valor do ITCMD incidente sobre esse fato, como também já efetuaram o pagamento do valor devido e apresentam ao juiz do processo de arrolamento o comprovante dessa quitação, mais difícil ainda é encontrar alguma justificativa que possa validar a necessidade de se condicionar a prolação da sentença de homologação da partilha no processo de arrolamento ao ato de homologação expressa do ITCMD pela autoridade fiscal.

Considere-se, ainda, que, como também mencionado no mesmo tópico 3, a parte final do §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional prevê a possibilidade de a homologação do cálculo do tributo devido ocorrer de forma tácita, quando transcorrido o prazo legal sem que a autoridade fiscal tenha efetiva-

mente analisado o procedimento feito pelo sujeito passivo e com ele concordar expressamente. Nesse caso, a legislação prescreve a presunção de que o silêncio da autoridade fiscal implica na concordância com o cálculo realizado, tendo os mesmos efeitos que seriam produzidos por uma homologação expressa desse lançamento.

Diante dessa hipótese, é possível questionar o que ocorreria com o processo de arrolamento caso o ato de homologação do ITCMD a ser proferido pela autoridade fiscal fosse uma condição de validade necessária para o ato de homologação da partilha a ser proferido pelo juiz daquele processo, considerando-se a possibilidade de esse ato nunca ocorrer efetivamente e os efeitos da homologação decorrerem do silêncio da autoridade administrativa após o decurso do prazo estipulado em lei para tanto. Seria razoável, nesse caso, exigir que os sucessores capazes tivessem que esperar o decurso do prazo de cinco anos contados da data do falecimento do titular do patrimônio sucedido para que a partilha, com a qual estão de pleno acordo desde o início do processo de arrolamento, fosse efetivamente homologada e pudesse gerar seus efeitos jurídicos? Certamente que não!

Reforça ainda esse entendimento o fato de o inciso VII do art. 156 do Código Tributário Nacional prever como causa de extinção do crédito tributário o “pagamento antecipado e a homologação do lançamento”. Observe-se que, como também já dito anteriormente neste trabalho, essa hipótese conjuga duas condições para que o crédito tributário seja extinto: (i) que o valor do crédito tributário seja calculado e pago pelo sujeito passivo antes de qualquer manifestação da autoridade fiscal e (ii) que a autoridade fiscal homologue esse cálculo do valor do tributo devido. No caso aqui analisado, ao calcularem o valor do ITCMD e já recolherem o valor devido, os sucessores já terão cumprido com uma dessas condições que levariam à extinção do crédito tributário, não sendo razoável exigir também a efetiva homologação desse cálculo para que o processo de arrolamento possa ser encerrado em período de tempo mais célere, como pretendido pelo legislador processual civil.

Além disso, essa previsão do inciso VII do art. 156 do CTN demonstra que o pagamento antecipado do ITCMD pelos sucessores no curso do processo de arrolamento já é uma forma de satisfazer o crédito tributário do ente competente para a sua cobrança, seja algum Estado, seja o Distrito Federal. Sendo assim, o fato de o juiz do processo de arrolamento proferir a sentença que homologa a partilha proposta pelos sucessores não traz nenhum prejuízo ao crédito tributário ao qual o sujeito ativo tem direito, pois, em primeiro lugar, repita-se, o

valor desse crédito já estará pago. Além disso, esse ato judicial de homologação da partilha não retira da autoridade fiscal a competência para analisar as informações já prestadas pelos sucessores para calcular o valor do ITCMD devido no curso do processo de arrolamento; após a finalização desse processo, o fisco continuará tendo a competência para analisar essas informações e para refazer o cálculo desse imposto, caso não concorde com os valores apurados pelos sucessores, lançando de ofício a diferença e notificando-os para que paguem essa diferença no prazo legal.

Em outras palavras, a homologação da partilha no processo de arrolamento quando o valor do ITCMD já foi apurado e pago pelos sucessores não implica em qualquer violação à garantia e ao privilégio do crédito tributário da Fazenda Estadual, haja vista que o valor desse crédito já terá sido apurado e pago pelos sucessores, faltando apenas a formalidade da expressa homologação desse cálculo pela autoridade administrativa fiscal.

É importante considerar esse ponto tendo em vista que esse é um dos argumentos que tem sido levantados pelos Estados e pelo Distrito Federal para questionar judicialmente a legalidade do enunciado do §2º do art. 659 do Código de Processo Civil, que, como já dito, prescreve a possibilidade de a sentença de homologação da partilha ser proferida no processo de arrolamento independentemente de qualquer análise relativa ao cálculo e ao recolhimento do ITCMD. De acordo com esses entes federados, tal previsão afrontaria a norma geral prevista no art. 192 do Código Tributário Nacional, de acordo com a qual nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação poderá ser proferida sem que haja a prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio ou às suas rendas.

Contudo, é imprescindível observar que, na hipótese que é objeto de análise deste trabalho, foi adotada a premissa de que os sucessores já terão calculado e recolhido o ITCMD devido no curso do processo de arrolamento e que a única formalidade que ainda não terá sido cumprida em matéria tributária será a análise e a consequente homologação desse lançamento pelo fisco estadual competente para tanto. Sendo assim, nesse caso, os sucessores já teriam condições de apresentar ao juiz do processo de arrolamento a prova da quitação do imposto incidente sobre a transmissão dos bens que compõem o espólio da pessoa falecida, o que atende plenamente à condição imposta pelo citado art. 192 do CTN para que a sentença de julgamento da partilha seja proferida.

E nesse ponto, ainda é necessário destacar que a situação hipotética analisada neste trabalho não se confunde com a hipótese que está sob análise do Supe-

rior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n.º 1.896.526/DF e do REsp n.º 1.895.486/DF, que se dará pela sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia. Isso pode ser facilmente constatado a partir da leitura do seguinte trecho do voto proferido pela Ministra Regina Helena Costa ao propor a afetação do REsp 1.896.526/DF e do REsp 1.895.486/DF como representativos de controvérsia:

**A questão de direito controvertida consiste na necessidade de se comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do Imposto de transmissão causa mortis – ITCMD como condição para a homologação da partilha** ou expedição da carta de adjudicação, à luz dos arts. 192 do CTN e 659, §2º do CPC/2015 (*p.7-8 do voto, destacou-se*)

Ou seja, a questão de direito que está sob análise do Superior Tribunal de Justiça nos recursos especiais acima mencionados não interessa aos sucessores que já realizaram o cálculo e o pagamento do ITCMD devido no curso do processo de arrolamento. E, como consequência, os processos de arrolamento que atualmente se enquadrem na situação hipotética analisada neste estudo não podem ser suspensos pelos juízes responsáveis por eles sob o fundamento de que estão respeitando a decisão da Relatora daqueles recursos especiais, a Ministra Regina Helena Costa, que determinou a suspensão da tramitação, em todo o território nacional, dos processos que versem sobre a necessidade de se comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do ITCMD como condição para a homologação da partilha ou expedição da carta de adjudicação. Essa afirmação tem como fundamento os exatos termos da decisão proferida pela Ministra Relatora ao propor a afetação dos mencionados recursos especiais como representativos de controvérsia, a seguir transcritos:

i) **suspender o processamento de todos os processos pendentes**, individuais ou coletivos, **que versem sobre a questão** e tramitem no território nacional, nos termos do art. 1.037, II, do CPC/2015; (*destacou-se*)

Ou seja, os processos de arrolamento que devem ser suspensos em obediência a essa decisão são aqueles (e apenas aqueles) onde os sucessores estão discutindo se a homologação da partilha pode ser feita independentemente do pagamento do ITCMD. E, repita-se, tal decisão não se aplica aos casos em que os sucessores buscam a homologação da partilha proposta com o ITCMD já

quitado, mesmo que sem a emissão de certidão de homologação expressa pela Fazenda Estadual competente.

É importante mencionar ainda que o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 489, §1º, inciso VI, prevê a possibilidade de o juiz de primeira instância deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente se demonstrar a “existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Trata-se da chamada “distinção” (ou *distinguishing*) do caso em análise com o caso anterior, que permite que o precedente formado no caso anterior não seja aplicado ao caso concreto quando as peculiaridades do caso concreto demonstrarem a sua diferença em relação ao caso anterior<sup>22</sup>.

E a possibilidade de se estabelecer essa distinção entre a hipótese que é objeto de análise neste estudo e a questão que está sendo discutida nos Recursos Especiais n.º 1.896.526/DF e 1.895.486/DF, a fim de que não se aplique aos processos de arrolamento em que o ITCMD já tiver sido pago pelos sucessores os efeitos que devem ser aplicados somente sobre aqueles processos onde as partes discutem a possibilidade de recolhimento posterior do ITCMD pode ser constatado na jurisprudência que está começando a ser formada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. É o que se observa na ementa do acórdão proferido no Agravo de Instrumento n.º 2156884-91.2021.8.26.0000 pela 8ª Câmara de Direito Privado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ARROLAMENTO – PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA – Decisão que condicionou a homologação da partilha ao efetivo recolhimento do ITCMD e à prévia manifestação da Fazenda Pública nos autos fundamentando-se na suspensão determinada em recurso repetitivo por tratar-se do Tema 1074 do STJ – Inconformismo – Acolhimento – **Distinguishing – Imposto “causa mortis” já recolhido** – No arrolamento, não cabe discussão acerca do imposto de transmissão, a qual deve ser solucionada no âmbito administrativo - Artigo 662, §2º, do CPC – **Decisão reformada para admitir a homologação da partilha sem a necessidade da manifestação da Fazenda Pública, mormente porque o imposto já foi recolhido** – Decisão reformada - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

*(TJSP; Agravo de Instrumento 2156884-91.2021.8.26.0000; Relator Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarul-*

<sup>22</sup> “Em um modelo de precedentes jamais haverá uma identidade subsuntiva de casos, mas sempre uma comparação analógico-problemática a justificar a convocação da ratio decidendi do caso precedente ou a sua distinção (*distinguishing*)”. (RIBEIRO, Diego Diniz. É possível falar em precedente em matéria tributária com um STF volátil? *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. 16 janeiro 2022. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2022-jan-16/processo-tributario-possivel-falar-precedente-materia-tributaria-stf-volatil#\\_ftn11](https://www.conjur.com.br/2022-jan-16/processo-tributario-possivel-falar-precedente-materia-tributaria-stf-volatil#_ftn11)>. Acesso em 31 março 2022).

*lhos - 3ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 29/09/2021; Data de Registro: 29/09/2021, destacou-se)*

Em seu voto, o Relator do mencionado acórdão, Desembargador Alexandre Coelho, deixa clara a distinção entre o tema que levaria à suspensão do processo de arrolamento até a decisão final do STJ e o problema que estava sendo discutido no caso em análise:

**Pretende a inventariante a homologação do plano de partilha com a expedição dos respectivos alvarás, independentemente da manifestação da Fazenda Pública.**

Respeitado o entendimento do douto Juízo a quo, o recurso comporta provimento.

Com efeito, há determinação do Superior Tribunal de Justiça para suspender os processos que versem sobre o Tema 1074: *Necessidade de se comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação - ITCMD como condição para a homologação da partilha ou expedição da carta de adjudicação, à luz dos arts. 192 do CTN e 659, § 2º, do CPC/2015.*

Contudo, **o presente caso é distinto do tema invocado, pois, já houve o recolhimento do ITCMD** – Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doações. Dessa forma, **o feito não comporta suspensão. (...)**

Deste modo, como a homologação da partilha não pressupõe a ratificação do valor recolhido pelo Fisco Estadual, **de rigor se mostra a reforma da r. decisão para admitir a homologação da partilha com seus respectivos alvarás.** (destaques originais do voto)

Nesse mesmo sentido está o acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob a Relatoria do Desembargador Carlos Alberto de Salles, cuja ementa transcreve-se a seguir:

ARROLAMENTO SUMÁRIO. Insurgência contra decisão que condicionou a expedição do formal de partilha à homologação da Fazenda Pública. Reforma. Não se discutem, nesta sede, lançamento e pagamento do ITCMD. Art. 662, CPC. No mais, **a suspensão determinada pelo C. STJ, em razão do Tema 1074, não tem cabimento no caso. Distinguishing. Imposto já recolhido. Expedição do formal de partilha deve ser deferido.** Recurso provido.

*(TJSP; Agravo de Instrumento 2241654-17.2021.8.26.0000; Relator Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Re-*

E é exatamente essa a conclusão a que se chega neste estudo: quando os sucessores já calcularam e pagaram o valor do ITCMD no processo de arrolamento, fica demonstrado o interesse na célere finalização desse processo, e não na sua suspensão para aguardar o julgamento a ser proferido pelo STJ nos Recursos Especiais n.º 1.896.526/DF e 1.895.486/DF, uma vez que a questão de direito a ser julgada nesses recursos é distinta.

Tal entendimento vem colaborar para a conclusão a que também se chega ao final deste estudo em relação ao seu tema principal, no sentido de que o ato a ser proferido pelo juiz de primeira instância com a prolação da sentença que homologa a partilha dos bens deixados pela pessoa falecida da forma como proposta de forma consensual pelos sucessores no processo de arrolamento não está condicionado à realização, pela autoridade fiscal estadual, do ato de homologação do cálculo do ITCMD incidente sobre a transmissão *causa mortis* desses bens quando esse imposto já tiver sido calculado e pago pelos sucessores no curso desse processo de arrolamento.

## 6. CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, que o ato a ser emitido pelo juiz para homologar a partilha amigável proposta pelos herdeiros no processo de arrolamento não está condicionado ao ato de homologação expressa do cálculo do ITCMD efetuado por esses herdeiros a ser emitido pela autoridade fiscal estadual ou distrital quando o valor desse imposto já tiver sido pago no curso do processo de arrolamento. Fundamenta essa conclusão o fato de o ITCMD ser um imposto sujeito ao lançamento por homologação, que consiste na obrigatoriedade de os herdeiros, na qualidade de sujeitos passivos desse imposto **e após a abertura do processo de inventário e partilha**, declararem ao fisco as informações sobre a ocorrência do fato jurídico da sucessão *causa mortis*, calcularem o valor do imposto devido e efetuarem o seu pagamento antes de qualquer manifestação da autoridade fiscal, que terá um prazo de cinco anos para conferir a correição das informações prestadas e do **cálculo realizado pelos particulares**.

Portanto, considerando que o objeto desse ato de homologação do fisco é o cálculo do imposto devido e que essa autoridade fiscal perderá o direito de

fazer essa análise após o prazo de cinco anos, quando se considerará que esse cálculo foi homologado de forma tácita, é possível concluir que o interesse público em relação a esse crédito tributário está devidamente resguardado quando os herdeiros já pagaram o seu valor no curso do processo de arrolamento, não havendo justificativa razoável para prejudicar o interesse dos herdeiros na homologação da partilha consensual proposta por eles em razão da demora do fisco para emitir o ato administrativo da homologação daquele lançamento. Em resumo, a emissão, pelo juiz, do ato de homologação da partilha em um processo de arrolamento não pode ser condicionada à emissão, pela autoridade fiscal, do ato de homologação do ITCMD já recolhido pelos herdeiros.

## **REFERÊNCIAS:**

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro direito das sucessões*. 6 vol. 35ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

HORVATH, Estêvão. *Lançamento Tributário e "Autolançamento"*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

RIBEIRO, Diego Diniz. É possível falar em precedente em matéria tributária com um STF volátil? *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. 16 janeiro 2022. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2022-jan-16/processo-tributario-possivel-falar-precedente-materia-tributaria-stf-volatil#\\_ftn11](https://www.conjur.com.br/2022-jan-16/processo-tributario-possivel-falar-precedente-materia-tributaria-stf-volatil#_ftn11)>. Acesso em 31 março 2022.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 7<sup>o</sup> vol., 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ZOMER, Silvia Regina. *O tempo jurídico e a homologação tácita*. São Paulo: Noeses, 2019.

# O HISTÓRICO PRECEDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ SOBRE A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS

*The Historic Precedent of the Paraná's State Court of Justice on the Standing for Animals*

Vicente de Paula Ataíde Junior<sup>1</sup>

**ÁREA:** Direito Animal; Direito Processual Civil.

**RESUMO:** Trata-se do histórico precedente do Tribunal de Justiça do Estado Paraná (2021), o qual reconheceu que animais podem ser autores de demandas judiciais, porquanto possuem capacidade processual. Para essa exposição, introduzem-se notas propedêuticas sobre o Direito Animal e responde-se à questão lógica anterior sobre se os animais têm direitos a serem defendidos por meio do processo. A partir disso, comentam-se os principais fundamentos da decisão, compreendendo que, se animais têm direitos, torna-se inafastável a sua capacidade de ser parte, dada a garantia constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, Constituição Federal). Apresenta-se o art. 2º, § 3º do Decreto 24.645/1934, ainda em vigor, como a base normativa que estabelece, no Brasil, a capacidade de estar em juízo dos animais, mediante representação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Animal. Animais como sujeitos de direitos. Capacidade processual dos animais. Decreto 24.645/1934. Representação dos animais em juízo.

**ABSTRACT:** It deals with the historic precedent of the Paraná's State Court of Justice (2021), which recognized that animals can be plaintiffs of

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Processual Civil pela UFPR. Estágio Pós-doutoral em Direito Animal na UFBA. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFPR. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UFPR. Coordenador do ZOOPOLIS (Núcleo de Pesquisas em Direito Animal do PPGD-UFPR). Juiz Federal em Curitiba. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4995-9928>. E-mail: vicente.junior@ufpr.br

lawsuits, as they have standing. For this exposition, it introduces propaedeutic notes on Brazilian Animal Law and answers the previous logical question about whether animals have rights to be defended through the lawsuit. Based on this, it comments on the main grounds of the decision, understanding that, if animals have rights, their ability to be a party becomes unavoidable, given the constitutional guarantee of access to justice (art. 5, XXXV, Brazilian Federal Constitution). Presents the art. 2, § 3 of Decree 24.645/1934, still in force, as the normative basis that establishes, in Brazil, the ability to be in judgment of animals, through representation.

**KEYWORDS:** Animal rights. Animals as subjects of rights. Standing for animals. Brazilian Federal Decree 24.645/1934. Representation of animals in court.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Notas sobre o Direito Animal brasileiro; 2. A capacidade processual dos animais; 3. O histórico precedente do Tribunal de Justiça do Paraná; Conclusão; Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

Em 2022, comemora-se o aniversário de dez anos da *Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos*, um dos manifestos científicos mais importantes para a desconstrução das visões antropocêntricas do mundo, ao dizer que “o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos.”<sup>2</sup>

Afirmar que outros animais também são dotados de consciência é afirmar que também eles *aparecem no mundo e para si mesmos*, que também *são do mundo* e não apenas *estão no mundo* (ARENDRT, 2017, p. 35-39). A Declaração consolida as descobertas científicas no sentido de que muitas espécies animais são igualmente capazes de comportamentos intencionais e afetivos, além de

---

<sup>2</sup> Essa Declaração foi elaborada e assinada por neurocientistas, neurofarmacologistas, neurofisiologistas, neuroanatomistas e neurocientistas computacionais cognitivos, reunidos na Universidade de Cambridge (Inglaterra), em 7/7/2021. O texto completo da Declaração está disponível em: <https://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2022. Versões em português podem ser facilmente encontradas em buscas pela internet.

sensibilidade consciente para a dor e o sofrimento (ATAIDE JUNIOR, 2020, p. 27-30; ATAIDE JUNIOR; SILVA, 2020, p. 185-186).

Ora, parece mais do que evidente que as construções éticas e as instituições jurídicas não poderiam restar indiferentes aos dados científicos, reunidos sinteticamente na enunciação da Declaração de Cambridge sobre a consciência em animais. Continuar a dizer que animais são coisas ou negar a eles algum tipo de subjetividade é ignorar os fatos e os avanços da Ciência e produzir normas jurídicas descoladas ou dissonantes da realidade natural.

Foi exatamente esse conhecimento sobre a consciência animal – inicialmente intuitivo, posteriormente científico – que possibilitou a grande revolução ética na relação humano/animal, especialmente a partir dos anos 70 do século passado, sobretudo com a obra precursora de Peter Singer (LOURENÇO, 2008, p. 359 *et seq.*).

Em termos gerais, a partir da constatação empírica que animais *também sofrem* e que, logicamente, *também têm interesse em não sofrer*, passou-se a elaborar teorias éticas, baseadas no princípio da igualdade, segundo as quais não haveria razões para se sustentar que o interesse animal em não sofrer pudesse ser menos relevante que o interesse humano no mesmo sentido (SINGER, 2004, p. 8-11).

Da obra seminal de Peter Singer até os dias atuais muito se produziu, especialmente nos países ocidentais, sobre a consideração moral dos animais, desde a perspectiva inicial de proteção dos seres sencientes contra a crueldade (sobretudo na pecuária, na pesca e nos experimentos científicos), até a mais moderna perspectiva dos animais como sujeitos de determinados direitos básicos (REGAN, 2006; FRANCIONE, 2013; WISE, 2000), sem descartar a inclusão desse seres vivos como titulares de certos direitos políticos de cidadania e de soberania (DONALDSON; KYMLICKA, 2011).

O campo jurídico, por sua vez, muito em função das resistências da política, a qual sofre decisivas influências da economia, demorou mais a se deixar permear pelos avanços da ética. Animais ainda são produtos de alta relevância econômica. A exploração dos animais, nos diversos setores da economia, é legitimada por instituições jurídicas, inclusive de natureza constitucional.<sup>3</sup> Não obstante esses freios econômicos (políticos e jurídicos, por derivação) às mudanças éticas, a luta encabeçada pelos movimentos sociais de ética animal, no contexto da globalização da comunicação, tem conseguido furar os bloqueios tradicionais e,

---

<sup>3</sup> Veja-se, por exemplo, o art. 23, VIII, da Constituição brasileira, segundo o qual, “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VIII – fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar”.

ao menos em alguns textos jurídicos, estabelecer novos parâmetros de *descoisificação animal* (INGO; FENSTERSEIFER, 2017, p. 90-91).

No Brasil, o processo de requalificação jurídica dos animais começou com a Constituição Federal de 1988, a qual, de forma inédita e singular, introduziu, por influência organizada dos movimentos sociais na Assembleia Nacional Constituinte (DIAS, 2018, p. 85-86), a *regra da proibição da crueldade contra animais* (cf. art. 225, § 1º, VII, Constituição).

Com isso, ficou clara a decisão política fundamental dos brasileiros em considerar que os animais são importantes por si mesmos, uma vez que a referida regra proibitiva deriva de características internas desses seres vivos (sobretudo a consciência) e não de funcionalidades estabelecidas em razão de interesses humanos. Em outras palavras, no Brasil, os avanços da ética animal – demonstrando o *valor intrínseco dos animais* e exigindo consideração e respeito por eles – foram traduzidos em termos jurídico-constitucionais, abrindo espaço para uma densificação normativa da sua *subjetividade jurídica* e consequente *requalificação jurídica* (de coisas para sujeitos).

Como se verá, sumariamente, no primeiro capítulo deste trabalho, foi a partir do dispositivo constitucional da proibição da crueldade que se constituiu uma nova disciplina jurídica no Brasil – o *Direito Animal* –, separada do Direito Ambiental, pela qual se reúnem e se estudam as normas jurídicas que atribuem aos animais o *status* de sujeitos de direitos. E o Direito Animal brasileiro não se limitou à referida regra constitucional, já se espraiando por diversos níveis hierárquicos do ordenamento jurídico nacional, inclusive em precedentes da Suprema Corte brasileira.

A circunstância de se poder afirmar a existência de um Direito Animal positivado no Brasil – animais como sujeitos de direitos nas leis, nos precedentes e em outras fontes normativas –, fez surgir um verdadeiro *fenômeno sociológico* contemporâneo: os próprios animais passaram a ir a júízo, representados por seres humanos, na reivindicação de seus direitos atribuídos pelo ordenamento jurídico.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> No dia 30 de maio de 2021, domingo, foi ao ar, durante o programa Fantástico, da Rede Globo de Televisão, uma reportagem exclusiva sobre o tema, abordando os casos *Chaplin* (em João Pessoa) e *Boss* (em Porto Alegre), nos quais cães apresentam-se como demandantes em disputas judiciais. A reportagem está disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/05/30/bichos-nos-tribunais-cachorro-e-autor-de-acao-na-justica-contrapredio-em-joao-pessoa-pb.ghtml>. Acesso em: 24 fev. 2022. Também vale a pena ler a reportagem feita pelo jornalista Marcus Gomes, da Revista Bonijuris, de Curitiba, com chamada de capa composta com os seguintes dizeres: “A HORA E A VEZ DO ANIMAL: tramitam, no Brasil, dezenas de ações que pedem o reconhecimento do não humano – o bicho, o pet – como sujeito de direito, apto a ser parte em processo. TJ

Esse fenômeno vem sendo conhecido como *judicialização terciária do Direito Animal* (ATAIDE JUNIOR, 2021, p. 119-124) e conta com um pressuposto teórico-normativo fundamental: no Brasil, os animais têm capacidade processual expressamente reconhecida pelo art. 2º, § 3º do Decreto 24.645/1934, norma jurídica de natureza legal, ainda vigente (ATAIDE JUNIOR; MENDES, 2020, p. 61-63), a qual será tratada no segundo capítulo deste artigo.

O coroamento desse fenômeno – com o reconhecimento social do Direito Animal – se deu com a decisão, emanada da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a qual, pela primeira vez na história, admitiu que os animais (no caso, os cães *Spike* e *Rambo*, vítimas de maus-tratos decorrentes de abandono) pudessem demandar em juízo em seu próprio nome, desde que representados na forma do Decreto 24.645/1934.

Esse é o tema que ocupa o terceiro e último capítulo desde ensaio introdutório.

Pode-se visualizar que um caminho vem sendo percorrido: da ética ao direito legislado, das fontes normativas ao direito realizado pelo processo. As pegadas deixadas nesse trajeto nos permitem antever a chegada num horizonte mais *solidário*, para uma comunidade moralmente mais ampla, na qual o humano, antes *solitário* e prepotente, convive harmoniosamente com outros seres vivos, tratando-os segundo critérios de respeito e de justiça (NUSSBAUM, 2013, p. 26-28).

Os leitores não devem se surpreender com esse caminho, afinal, “Quantas ideias já houve na Terra, na história humana, que ainda uma década antes eram inconcebíveis, mas, de repente, chegou sua hora misteriosa e elas se manifestaram e se espalharam por toda a Terra?” (DOSTOIÉVSKI, 2021, p. 430).

## 1. NOTAS SOBRE O DIREITO ANIMAL BRASILEIRO

Falar em capacidade processual<sup>5</sup> dos animais – e na sua capacidade de ser parte em processos judiciais – somente tem sentido caso se admita que esses seres vivos podem ser considerados sujeitos de direitos materiais, passíveis de tutela jurisdicional individual (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 488-490).

No Brasil, a resposta a essa questão é afirmativa.

---

do Paraná criou precedente ao admitir que dois cães podiam se apresentar em juízo” (GOMES, 2021/2022).

<sup>5</sup> Adota-se, para este artigo, o conceito tripartite, segundo o qual, “O conceito de capacidade processual é um gênero que comporta três espécies: *capacidade de ser parte*, *capacidade para estar em juízo* e *capacidade postulatória*.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 88).

Basta passar os olhos pelas fontes legislativas do Direito Animal brasileiro para se tomar em conta os fundamentos dessa conclusão positiva.<sup>6</sup>

Em primeiro lugar, o art. 225, § 1º, VII da Constituição brasileira de 1988 estabeleceu o dever do Poder Público em “proteger a fauna e a flora, *vedadas*, na forma da lei, *as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade*” (grifos nossos).

A Constituição proíbe a crueldade porque pressupõe que os animais são seres dotados de consciência e de capacidade de sofrer (são *sencientes*). Não haveria sentido em se proibir a crueldade contra coisas inanimadas, destituídas da capacidade de sentir dor ou de serem impactadas pela crueldade.<sup>7</sup>

Ao valorar positivamente a consciência animal, proibindo as práticas cruéis, a Constituição brasileira considerou os animais não-humanos como seres importantes por si próprios, como *fins em si mesmos*, ou seja, reconheceu-lhes, implicitamente, o *valor intrínseco* e a *dignidade própria*,<sup>8</sup> mesmo que em outros dispositivos atribua a esses seres vivos outras valorações, de natureza instrumental (ATAIDE JUNIOR, 2020, p. 22-25).<sup>9</sup>

Nesse sentido, é lapidar a observação de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, no sentido que “Assim, especialmente em relação aos animais não humanos, deve-se reformular o conceito de dignidade, objetivando o reconhecimento de um *fim em si mesmo*, ou seja, de um valor intrínseco conferido aos seres sensitivos não humanos, que passam a ter reconhecido o seu status moral e dividir com o ser humanos a mesma comunidade moral.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 62).

Ora, é quase intuitivo afirmar que o estatuto da dignidade dos animais, do qual deriva o *princípio da dignidade animal*,<sup>10</sup> repele a sua consideração, moral

<sup>6</sup> Pode-se conceber o Direito Animal, do ponto de vista dogmático, como o conjunto de regras e princípios que estabelece os direitos dos animais não-humanos, considerados em si mesmos, independentemente da sua função ecológica, econômica ou científica (ATAIDE JUNIOR, 2018, p. 50; ATAIDE JUNIOR; LUZ, 2020, p. 5-18).

<sup>7</sup> Sobre o conceito de *crueldade contra animais* consultar: ATAIDE JUNIOR, 2020, p. 39-44; KRELL, 2017, p. 277-286.

<sup>8</sup> Segundo a Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, “A Constituição, no seu artigo 225, § 1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada.” (STF, Pleno, ADI 4983, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 6/10/2016, publicado em 27/4/2017).

<sup>9</sup> Falando em um “um amplo número de tipos de dignidade animal”, consultar NUSSBAUM, 2013, p. 401.

<sup>10</sup> Como todo princípio é teleológico e visa a estabelecer um *estado de coisas* que deve ser promovido, sem descrever diretamente, qual o comportamento devido (ÁVILA, 2018, p. 70), o princípio

e jurídica, como coisas ou bens. *Coisas não têm dignidade*. A dignidade é um atributo dos sujeitos de direitos. Os animais, portanto, são sujeitos de direitos fundamentais (talvez uma *quarta dimensão* desses direitos), os quais são estabelecidos para a proteção da sua dignidade própria e individual (ATAIDE JUNIOR, 2020b, p. 113-114; 122-124), não ficando de fora desse estatuto nem mesmo os animais explorados na pecuária e na pesca, os quais, ainda que não ostentem, juridicamente, o direito à vida, têm o direito à existência digna, posta a salvo de práticas cruéis (ATAIDE JUNIOR, 2020, p. 30-32).

Como uma das principais consequências do reconhecimento constitucional da dignidade animal *universal* (porque para todos os animais), o Código Civil brasileiro, enquanto lei ordinária, precisa ser relido, conforme a Constituição, para afastar a interpretação que resulte em atribuir aos animais o *status* jurídico de *coisa, bem móvel* ou *bem semovente* (ATAIDE JUNIOR, 2020b, p. 123; LÔBO, 2018, p. 17-18; COELHO, 2020, p. 165).<sup>11</sup>

Do próprio dispositivo constitucional que proíbe da crueldade, e do qual deriva o princípio da dignidade animal, exsurge, desde logo, o *direito fundamental animal à existência digna* (ATAIDE JUNIOR, 2018, p. 50-52), o qual é explicitado pelo direito infraconstitucional, que contém uma catalogação *mínima* de direitos animais.

Assim, em termos de fontes normativas infraconstitucionais, além da legislação federal, o Direito Animal também é composto pela *legislação estadual e distrital*, dado que a Constituição, ao estabelecer a *forma federativa de Estado*, distribuiu *competência legislativa concorrente* entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre *fauna* (art. 24, VI, Constituição) e *competência administrativa comum* entre União, Estados e Municípios para *preservar a fauna* (art. 23, VII, Constituição).

Além disso, os Municípios detêm *competência legislativa suplementar* à legislação federal e estadual (art. 30, II, Constituição), além de *competência legislativa privativa* para assuntos de interesse local (art. 30, I, Constituição).

---

da dignidade animal tem, *como conteúdo*, a promoção do redimensionamento do *status* jurídico dos animais não-humanos, de *coisas* para *sujeitos*, impondo, ao Poder Público e à coletividade, *comportamentos* que respeitem esse novo *status*, seja agindo para proteger, seja abstendo-se de maltratar ou praticar, contra eles, atos de crueldade ou que sejam incompatíveis com a sua dignidade peculiar (ATAIDE JUNIOR, 2020b, p. 122-123).

<sup>11</sup> No final do voto do Ministro Luís Roberto Barroso (STF), na ADI 4983 (ADI da a), afirmou-se, categoricamente, que “o próprio tratamento dado aos animais pelo Código Civil brasileiro – ‘bens suscetíveis de movimento próprio’ (art. 82, *caput*, CC) – revela uma visão mais antiga, marcada pelo especismo, e comporta revisão.” (STF, Pleno, ADI 4983, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 6/10/2016, publicado em 27/4/2017).

Devem ser destacadas, em primeiro lugar, as fontes legislativas estaduais.

O Código Estadual de Proteção aos Animais de Santa Catarina (Lei 12.854/2003), alterado pelas Leis 17.485/2018 e 17.526/2018, reconhece que *cães e gatos são sujeitos de direito*, conforme seu art. 34-A:

Art. 34-A Para os fins desta Lei, cães e gatos ficam reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito, que sentem dor e angústia, o que constitui o reconhecimento da sua especificidade e das suas características em face de outros seres vivos. (Redação dada pela Lei 17.526/2018).<sup>12</sup>

De forma subjetivamente mais ampla, o Código Estadual do Meio Ambiente do Rio Grande do Sul (Lei 15.434/2020) instituiu o *regime jurídico especial para animais domésticos de estimação* e os qualificou *como sujeitos de direitos* (não apenas os cães e gatos, como fez o Código catarinense), conforme seu art. 216:

Art. 216. É instituído regime jurídico especial para os animais domésticos de estimação e reconhecida a sua natureza biológica e emocional como seres sencientes, capazes de sentir sensações e sentimentos de forma consciente.

Parágrafo único. Os animais domésticos de estimação, que não sejam utilizados em atividades agropecuárias e de manifestações culturais reconhecidas em lei como patrimônio cultural do Estado, possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, devendo gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

Mais recentemente, e mais universal do que as leis catarinense e gaúcha, é a Lei mineira 22.231/2016, atualizada pela Lei 23.724, de 18 de dezembro de 2020, que dispõe sobre a definição de maus-tratos contra animais no Estado de Minas Gerais, a qual, em seu art. 1º, parágrafo único, passou a estabelecer que,

Art. 1º. São considerados maus-tratos contra animais quaisquer ações ou omissões que atentem contra a saúde ou a integridade física ou mental de animal, notadamente: [...]

---

<sup>12</sup> A redação original do artigo, introduzido pela Lei 17.485/2018, incluía também os *cavalos* como sujeitos de direitos. No entanto, com a aprovação da Lei 17.526/2018, os cavalos simplesmente foram suprimidos do texto legal. Essa supressão é inconstitucional pois viola o princípio constitucional da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Parágrafo único – Para os fins desta lei, os animais são reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito despersonalizados, fazendo jus a tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos, ressalvadas as exceções previstas na legislação específica.

Apesar dessas leis estaduais não realizarem a catalogação dos direitos animais, a simples requalificação jurídica dos cães e gatos (Santa Catarina), dos animais domésticos de estimação (Rio Grande do Sul) ou de todos os animais (Minas Gerais), de *coisas* para *sujeitos de direitos* (como impõe a Constituição Federal), já opera efeitos jurídicos expressivos, condizentes exatamente com o conteúdo do *princípio da dignidade animal*, enunciado *supra*.

A lei estadual inequivocamente mais avançada e abrangente do Brasil (e sem precedentes no Direito Comparado), em termos de especificação de direitos animais, é o *Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado da Paraíba* (Lei Estadual 11.140/2018, vigente desde 07/10/2018), com a explícita adoção da linguagem dos direitos, conforme atesta o seu art. 5º:

Art. 5º. Todo animal tem o direito:

- I – de ter as suas existências física e psíquica respeitadas;
- II – de receber tratamento digno e essencial à sadia qualidade de vida;
- III – a um abrigo capaz de protegê-lo da chuva, do frio, do vento e do sol, com espaço suficiente para se deitar e se virar;
- IV – de receber cuidados veterinários em caso de doença, ferimento ou danos psíquicos experimentados;
- V – a um limite razoável de tempo e intensidade de trabalho, a uma alimentação adequada e a um repouso reparador.

O Código de Direito e Bem-Estar Animal da Paraíba, incluindo até mesmo os animais invertebrados (art. 1º, *caput*), revela-se pioneiro na positivação dos direitos animais, constituindo-se em modelo de inspiração para as demais legislações no âmbito federativo.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Para um estudo mais abrangente e multidisciplinar do Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado na Paraíba, consultar ATAIDE JUNIOR, 2019.

Mas, também no âmbito municipal, seja no exercício da competência suplementar, seja no da competência residual (assuntos de interesse local), também são extraordinários os casos de leis tipicamente animalistas.

O município gaúcho de Eldorado do Sul editou a Lei 4.328, de 23 de dezembro de 2015, dispondo sobre a criação e funcionamento do abrigo municipal de animais e de controle de vetores e zoonoses e, surpreendentemente, em seu art. 8º, passou a *catalogar*, expressamente, *direitos animais*, em destaque:

Art. 8º. São direitos dos animais:

I – todos os animais têm o mesmo direito à vida;

II – todos os animais têm direito ao respeito e à proteção do homem;

III – nenhum animal deve ser maltratado;

IV – todos os animais selvagens têm o direito de viver livres no seu habitat;

V – o animal que o homem escolher para companheiro não deve ser nunca ser abandonado;

VI – nenhum animal deve ser usado em experiências que lhe causem dor;

VII – todo ato que põe em risco a vida de um animal é um crime contra a vida;

VIII – a poluição e a destruição do meio ambiente são considerados crimes contra os animais;

IX – os direitos dos animais devem ser defendidos por lei;

X – o homem deve ser educado desde a infância para observar, respeitar e compreender os animais;

Percebe-se que esse dispositivo legal foi diretamente influenciado pela Declaração Universal dos Direitos Animais, apresentada na sede da UNESCO, em 1978.<sup>14</sup>

Também merece reconhecimento a Lei 2.249/2019, do Município de Ibirité/MG (região metropolitana de Belo Horizonte), a qual, ao instituir o Programa Municipal de Saúde, Bem-Estar e Direito dos Animais, criar o Centro de Referência Animal e dar outras providências, estabeleceu, em seu art. 2º,

---

<sup>14</sup> Essa declaração não foi celebrada pela ONU, nem pela UNESCO, não tem países signatários, nem se caracteriza, propriamente, como uma normativa jurídica internacional. Mas, certamente, pode ser concebida como uma *carta de princípios* ou como *soft law*, de forma a manifestar eficácia persuasiva nas decisões de Direito Animal, como demonstra a edição dessa lei municipal (LEVAI, 2004, p. 44-47). Para conferir o texto da Declaração, em português, acessar: <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversaldosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2022.

§ 5º, que “Os direitos dos animais têm como fundamento básico que sejam reconhecidos como seres sencientes e sujeitos de direitos.”<sup>15</sup>

Mas, até onde foi possível pesquisar, diante do grande número de municípios brasileiros, certamente a lei municipal mais avançada do Brasil, em termos de Direito Animal, é a de São José do Pinhais/PR, município que integra a região metropolitana de Curitiba (ATAIDE JUNIOR, 2022).

Trata-se da Lei 3.917, de 20 de dezembro de 2021 (publicada em 30 de dezembro de 2021, com entrada em vigor nessa data),<sup>16</sup> de autoria do Vereador Delegado Michel Teixeira de Carvalho, que instituiu a *Política Municipal de Proteção e Atendimento aos Direitos Animais*, aprovada por unanimidade pela Câmara Municipal.<sup>17</sup>

Ainda que a Lei, nos termos do seu art. 1º, § 1º, se limite aos animais de estimação e aos utilizados para realização de trabalhos ou de tração veicular (os quais mais preocupam as cidades), ela cuidou de contemplar, em seu art. 2º, os princípios, exclusivos e compartilhados, do Direito Animal (*dignidade animal, participação comunitária e cidadania animal, educação animalista e substituição*), de qualificar os animais como “seres conscientes e sencientes, dotados de dignidade própria, sujeitos despersonalizados de direitos, fazendo jus à tutela jurisdicional, individual ou coletiva, em caso de violação de seus direitos” (art. 4º) e, o mais extraordinário, de arrolar diversos direitos animais em seu art. 5º, com especial atenção aos animais de estimação:

Art. 5º Todos os animais abrangidos por esta lei têm os seguintes direitos, dentre outros previstos na legislação:

I – respeito à vida, à dignidade individual e à integridade de suas existências física, moral, emocional e psíquica;

II – alimentação e dessedentação adequadas;

<sup>15</sup> Disponível em: [https://www.camaraibirite.mg.gov.br/docs/legislacao/LEI\\_2249.pdf](https://www.camaraibirite.mg.gov.br/docs/legislacao/LEI_2249.pdf). Acesso em: 23 fev. 2022.

<sup>16</sup> Disponível em: [http://servicos.sjp.pr.gov.br/servicos/anexos/doi/20211229\\_170326\\_12526.pdf](http://servicos.sjp.pr.gov.br/servicos/anexos/doi/20211229_170326_12526.pdf). Acesso em: 23 fev. 2022.

<sup>17</sup> Tivemos a honra de participar da elaboração do anteprojeto da lei municipal, na qualidade de professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, por convite do Vereador Delegado Michel, como consta da justificativa do projeto apresentado à Câmara. Também nos foi franqueado participar da sessão legislativa que aprovou o projeto em primeiro turno de votação, em 25/11/2021, oportunidade em que fizemos uma pequena exposição sobre a importância do projeto, pelo que somos gratos à Presidência da Câmara Municipal de São José dos Pinhais/PR. No dia 16/2/2022 fomos recebidos no gabinete da Prefeita Nina Singer, responsável pela sanção da lei municipal, para dar continuidade às providências para implementação de tão importante lei. Informações disponíveis em: <http://sapl.cmsjp.pr.gov.br/materia/147641>. Acesso em: 23 fev. 2022.

III – abrigo adequado, salubre e higiênico, capaz de protegê-los de chuva, vento, frio, sol e calor, com acesso a espaço suficiente para que possa exercer seu comportamento natural;

IV – saúde, inclusive pelo acompanhamento médico-veterinário periódico e preventivo e pelo tratamento curativo imediato em caso de doença, ferimento, maus-tratos ou danos psicológicos;

V – limitação de jornada de trabalho, repouso reparador e inatividade por tempo de serviço, no caso daqueles utilizados para trabalhos;

VI – destinação digna, respeitosa e adequada de seus restos mortais, vedado serem dispensados no lixo;

VII – meio ambiente ecologicamente equilibrado;

VIII – acesso à justiça, para prevenção e/ou reparação de danos materiais, existenciais e morais e aos seus direitos individuais e coletivos.

Parágrafo único. No caso dos animais, de quaisquer espécies, considerados de estimação, as famílias tutoras, a comunidade e o Poder Público empregarão todos os meios legítimos e adequados para a colocação daqueles abandonados em famílias substitutas ou, no caso dos comunitários, garantir-lhes alimentação, abrigo e tratamento médico-veterinário.

Nesse ponto da exposição, o leitor, certamente, deverá estar se perquirindo se esses avanços legislativos estaduais e municipais também já se produziram no âmbito federal.

Existem leis federais tipicamente animalistas, como é o caso do Decreto 24.645/1934 (adiante tratado), da Lei 7.643/1987 (que garante os direitos à vida e à liberdade aos cetáceos), da Lei 9.605/1998 (na parte que criminaliza os atentados à dignidade animal) e, mais recentemente, das Leis 13.426/2017 (controle de natalidade de cães e gatos, proibindo o extermínio como técnica de controle populacional) e 14.228/2021 (proibição da eliminação de cães e gatos pelos órgãos de controle de zoonoses, canis públicos e estabelecimentos oficiais congêneres).

Não obstante, ainda não foi editada lei federal reconhecendo, expressamente, que animais são sujeitos de direitos, com impactos diretos na interpretação do Código Civil, como quer a Constituição.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> O projeto de lei mais avançado nesse sentido, tanto em termos de redação, como em termos de tramitação, é o Projeto de Lei da Câmara 6.054/2019 (no Senado: n.º 27/2018; na Câmara: n.º original 6799/2013), de autoria dos Deputados Ricardo Izar e Weliton Prado, o qual estabelece o seguinte: “Art. 1.º. Esta Lei estabelece regime jurídico especial para os animais não humanos. Art. 2.º. Constituem objetivos fundamentais desta Lei: I – afirmação dos direitos dos animais não humanos e sua proteção; II – construção de uma sociedade mais consciente e solidária; III – re-

Mas esse atraso na legislação federal não impede, à evidência, que se afirme a *positividade do Direito Animal brasileiro*, considerando a distribuição constitucional das competências legislativas, pela qual os Estados ocupam a centralidade da produção normativa para a proteção dos animais, com papel suplementar e localizado para os Municípios.<sup>19</sup>

Esse acervo normativo disponível, aqui sucintamente exposto, já permite dizer que, no Brasil, os animais são sujeitos de determinados direitos materiais.<sup>20</sup>

---

conhecimento de que os animais não humanos possuem 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 direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, 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 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 79-B: '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.' Esse projeto já foi aprovado na Câmara e no Senado, mas, como recebeu emenda aditiva no Senado, que incluiu um parágrafo único ao art. 3º, retornou à Câmara para análise da modificação. Note-se que, por esse projeto, *todos* os animais passam a ser considerados *sujeitos de direitos*, ainda que sem personalidade jurídica, não podendo mais ser tratados como *coisas*, modificando a interpretação comumente dada ao Código Civil brasileiro (conforme estabelece, inclusive, o art. 4º do projeto). A aprovação desse projeto – com sua transformação em lei federal – fechará um ciclo histórico, tornando definitiva e incontestada, no ordenamento jurídico brasileiro, a subjetividade jurídica de todos os animais, e consolidando, legislativamente, o Direito Animal. Não obstante, segundo a emenda aprovada no Senado, alguns animais não poderão gozar e obter a *tutela jurisdicional* dos seus direitos, exceção essa, no entanto, frontalmente inconstitucional, pois viola a *garantia do acesso à justiça*, conforme art. 5º, XXXV, da Constituição. A emenda do Senado, aliás, expressamente reconhece a *dignidade animal*. Por essas razões, espera-se que esse projeto seja definitivamente aprovado, sancionado e promulgado, preferencialmente sem a inconstitucional emenda senatorial, eliminando eventuais dúvidas sobre a existência de direitos animais.

<sup>19</sup> É importante destacar aqui que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido que, na repartição da competência constitucional para legislar sobre Direito Ambiental (e, por derivação, sobre Direito Animal), as leis estaduais ambientais/animalistas *mais protetivas* podem prevalecer no âmbito da competência legislativa concorrente (cf. STF, Pleno, ADI 5996-AM, Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 15/4/2020, publicado em 30/4/2020; STF, Pleno, ADI 5995, Relator Ministro GILMAR MENDES, julgado em 27/05/2021, publicado em 20-10-2021). Da mesma forma, as leis municipais serão formalmente constitucionais se produzirem normas razoáveis que ampliem a proteção do meio ambiente e da dignidade animal (STF, Pleno, ADPF 567, Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 1º/3/2021, publicado em 29/3/2021).

<sup>20</sup> Infelizmente, não há espaço aqui para tratar das fontes normativas jurisprudenciais do Direito Animal brasileiro. O propósito, nesse capítulo, é lançar-se a um voo panorâmico que permita convencer o leitor de que realmente existe a positividade desse novo campo jurídico. Não obstante, pode-se apontar, ainda que sucintamente, alguns precedentes importantes do Supremo Tribunal Federal. O primeiro precedente relevante do STF, aplicando a regra constitucional da proibição da crueldade contra animais, foi produzido com o julgamento, pela 2ª Turma, do Recurso Extraor-

Com isso, resta a questão primordial: se um animal, regularmente representado, se afirma sujeito de direitos, evocando normas do ordenamento jurídico animalista, é possível negar-lhe acesso à jurisdição?

## 2. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS

Pelo princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), sabe-se que todo titular de direitos subjetivos tem o direito de defendê-los perante o Poder Judiciário: em regimes democráticos, *a tutela jurisdicional é universal e inafastável* (GERAIGE NETO, 2003, p. 23-29).

Inequivocamente, esse dispositivo fundamental da Constituição brasileira é a única fonte normativa da *capacidade de ser parte* (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 426; MELLO, 2000, p. 26-29), caso essa categoria ainda seja admitida como pressuposto processual de existência. O Código de Processo Civil brasileiro, mesmo o novíssimo, não trata desse assunto, ao contrário do que fazem os estatutos processuais da Espanha e de Portugal.<sup>21</sup>

Assim, tem capacidade de ser parte quem se afirme titular de direitos, como decorrência lógica do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Se os animais vão a juízo afirmando-se sujeitos de direitos individuais – e essa questão constitui o mérito da causa – não é possível sonegar-lhe capacidade de ser parte, sem violar a garantia constitucional do acesso à justiça. A

---

dinário (RE) 153.531-SC, por meio do qual foi julgada procedente ação civil pública proposta em Santa Catarina, para proibir a prática da *farra do boi*, alegada como manifestação cultural daquele Estado. Novos precedentes foram produzidos, já nos anos 2000, em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), todas à *unanimidade de votos*, e dizem respeito à inconstitucionalidade de leis estaduais que permitiam e regulamentavam as *rinhas* ou *brigas de galos*, práticas também alegadas como culturais, mas que, inequivocamente, são violentas e cruéis para com os animais. Mas, o precedente mais importante da história do Direito Animal brasileiro foi o julgamento, no final de 2016, da ADI 4983, conhecida como “ADI da *vaquejada*”. Esse julgamento separou, definitivamente, Direito Ambiental e Direito Animal, não em compartimentos estanques, que não possam repartir princípios e regras, mas em ciências próprias e autônomas, utilizando-se, para isso, de um novo vocabulário, tipicamente animalista. Para um estudo detalhado dos principais precedentes do STF e do STJ sobre Direito Animal, consultar REGIS; SANTOS, 2021.

<sup>21</sup> O Código de Processo Civil português utiliza o termo *personalidade judiciária* para exprimir a *capacidade de ser parte* (arts. 11º-14º) e *capacidade judiciária* para referir a *capacidade de estar em juízo* (arts. 15º-29º, incluindo as formas de representação processual). A *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola contempla a capacidade de ser parte, mas utilizando a denominação mais usual no Brasil: *capacidad para ser parte*. Ao contrário de Portugal, a Espanha não estipula um conceito genérico dessa capacidade, preferindo listar os entes dotados de capacidade de ser parte, conforme seu art. 6º.

capacidade de ser parte deriva da Constituição e não do Código de Processo Civil, repita-se.

Reconhecida a capacidade de ser parte do animal, *ele próprio poderá demandar em juízo* – como o fizeram os cães *Spike* e *Rambo* –, além de diversos outros animais, em diversas ações semelhantes que tramitam por todo o território nacional, no âmbito da *judicialização terciária do Direito Animal* (ATAIDE JUNIOR, 2021, p. 119-124; SARLET; FENSTERSEIFER, 2021, p. 1346-1352, *e-book*).

Mas, como se pode intuir, não poderá o animal ir sozinho a juízo: os animais, como as crianças humanas ou como qualquer outro humano incapaz, não detêm *capacidade para estar em juízo*, devendo ser representados em juízo, conforme estabelecem os arts. 70-71 do CPC.

É disso que trata o Código de Processo Civil brasileiro: capacidade de estar em juízo, a qual, bem se sabe, não se confunde com capacidade de ser parte (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 88-89; WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 300-301; MELLO, 2000, p. 27-28; ATAIDE JUNIOR, 2021, p. 98-101).

A *capacidade de estar em juízo*, nos dizeres de Pontes de Miranda, “diz respeito a *prática e a recepção* eficazes de atos processuais” (1973, p. 266), ou seja, “a aptidão para praticar atos processuais independentemente de assistência ou representação (pais, tutor, curador etc.), pessoalmente, ou por pessoas indicadas pela lei, tais como o síndico, administrador judicial, inventariante etc. (art. 75 do CPC).” (DIDIER JÚNIOR, 2021, p. 427).

Considerando que os animais não podem exprimir, juridicamente, a sua vontade, sendo, por isso, incapazes de estarem em juízo (muito embora tenham capacidade de ser parte), quem terá poderes para representar um animal em juízo na defesa de seus direitos subjetivos?

A fonte normativa atual da *representação processual dos animais* é o art. 2º, § 3º, do Decreto 24.645/1934, assinado por Getúlio Vargas, segundo o qual “Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais.”<sup>22</sup> (ATAIDE JUNIOR, 2021, p. 109-118).

Trata-se, inequivocamente, de norma processual especial em relação ao Código de Processo Civil, complementando o sistema processual quanto à capacidade processual dos animais, e que continua em vigor, ainda que parcialmente, dada sua natureza jurídica de lei ordinária (ATAIDE JUNIOR, 2021, p. 114-116; ATAIDE JUNIOR; TOMÉ, 2020, p. 61-63; BENJAMIN, p. 155; CASTRO, 2006, p. 104).

---

<sup>22</sup> Sobre as origens dessa Lei, ver: ATAIDE JUNIOR; TOMÉ, 2020.

Assim, o animal será assistido [*rectius*: representado] em juízo pelo seu responsável, na forma do Decreto 24.645/1934, em processo no qual intervirá, necessariamente, o Ministério Público (art. 178, III, CPC), como fiscal da ordem jurídica, garantindo-se a proteção do incapaz.

Evidentemente, competirá ao responsável, como representante do animal demandante, contratar o advogado que patrocinará a causa ou obter a representação judicial por meio da Defensoria Pública. Nas hipóteses em que o animal não tenha responsável, poderá o Ministério Público (e também a Defensoria Pública, segundo a atual Constituição) ou entidade de proteção animal (as “sociedades protetoras dos animais”) atuar como representante do animal em juízo, conforme autoriza o art. 2º, § 3º do Decreto 24.645/1934 (ATAIDE JUNIOR, 2021, p. 111-114).

### 3. O HISTÓRICO PRECEDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

O primeiro julgamento, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sobre a capacidade processual dos animais, não foi favorável.

No *Caso Jack*, oriundo da comarca de Cascavel/PR – uma das primeiras demandas de judicialização terciária no Brasil –, tem-se o cão *Jack*, representado pela ONG que procedeu ao seu resgate e acolhimento, pedindo indenização contra o próprio pai humano, acusando-o de negligência e de maus-tratos.<sup>23</sup>

Diante da exclusão do animal do processo, por falta de capacidade de ser parte, aviou-se agravo de instrumento, distribuído à 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, a qual, em sessão de julgamento realizada em 25/6/2021, negou provimento ao recurso, à unanimidade de votos, em acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAPACIDADE DE PARTE NEGADA EM PRIMEIRO GRAU. ANIMAL NÃO-HUMANO. CÃO VÍTIMA DE TRATAMENTO INADEQUADO PELO AGRAVADO. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE PROCESSUAL. PERMANÊNCIA NO PROCESSO APENAS DA ONG QUE AJUIZOU AS DEMANDAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> 4ª Vara Cível da comarca de Cascavel, autos 0000691-32.2020.8.16.0021, consulta processual pública no portal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Projudi).

<sup>24</sup> TJPR, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0023179-44.2020.8.16.0000, Relator Desembargador ALBINO JACOMEL GUERIOS, julgado em 25/6/2021.

Infelizmente, o acórdão não apreciou todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão desfavorável, em direta violação dos deveres judiciais cooperativos decorrentes dos arts. 93, IX, da Constituição e 489, § 1º do CPC (MITIDIERO, 2015, p. 143-158). As inúmeras fontes normativas do Direito Animal deduzidas na demanda foram praticamente ignoradas. Não se enfrentou a capacidade de ser parte dos animais à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, nem a respectiva capacidade de estar em juízo à luz do art. 2º, § 3º, do Decreto 24.645/1934. Incompreensivelmente, nenhuma linha sequer foi redigida a respeito dessa última fonte normativa – tão central na *teoria da capacidade processual dos animais* – nem por posterior integração, após a interposição de embargos declaratórios, sumariamente rejeitados. Foram interpostos os recursos excepcionais para as Cortes Supremas, mas ainda pendem de admissibilidade e julgamento.

Outra sorte, no entanto, foi a do *Caso Spike e Rambo*, também oriundo da comarca de Cascavel/PR, no qual são dois cães que investem processualmente contra seus pais humanos, dada a situação de abandono e maus-tratos a que foram submetidos, representados por ONG, a qual também ingressa na qualidade de litisconsorte ativa, dado o pedido de ressarcimento das despesas contraídas com os cuidados e a manutenção dos cães resgatados.

Em primeiro grau, o juízo foi conservador, evocando o Código Civil para dizer que os animais são coisas e que não é da competência das leis estaduais atribuir e eles outro *status* jurídico. Os múltiplos argumentos em sentido contrário, contidos na petição inicial, não foram enfrentados. Quanto ao Decreto 24.645/1934, negou-se a sua vigência, mas sem esboçar qualquer análise sobre a sua natureza jurídica de lei em sentido formal. Os embargos de declaração interpostos contra as omissões foram rejeitados.

O agravo de instrumento foi protocolado em 2/10/2020 e distribuído à 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, sob relatoria inicial da Desembargadora Joeci Machado Camargo, a qual recebeu o recurso, mas negou o efeito suspensivo pleiteado. Não obstante, quando esse recurso chegou ao julgamento colegiado, com mudança de relatoria, transferida para o Juiz Substituto em 2º Grau, Dr. Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, houve uma nova – e extraordinária – abordagem.

Na sessão do dia 14 de setembro de 2021, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em votação unânime, deu provimento a recurso de agravo de instrumento para reconhecer a capacidade de ser parte dos animais não-humanos, reintegrando os cães Spike e Rambo, na qualidade de autores,

representados pela entidade de proteção animal, ao processo civil originário do juízo *a quo*.

Eis a ementa do julgado:

Recurso de agravo de instrumento. Ação de reparação de danos. Decisão que julgou extinta a ação, sem resolução de mérito, em relação aos cães Rambo e Spike, ao fundamento de que estes não detêm capacidade para figurarem no polo ativo da demanda. Pleito de manutenção dos litisconsortes no polo ativo da ação. Acolhido. Animais que, pela natureza de seres sencientes, ostentam capacidade de ser parte (personalidade judiciária). Inteligência dos artigos 5º, XXXV, e 225, § 1º, VII, ambos da Constituição Federal de 1988, c/c art. 2º, § 3º, do Decreto-lei nº 24.645/1934. Precedentes do direito comparado (Argentina e Colômbia). Decisões no sistema jurídico brasileiro reconhecendo a possibilidade de os animais constarem no polo ativo das demandas, desde que devidamente representados. Vigência do Decreto-lei nº 24.645/1934. Aplicabilidade recente das disposições previstas no referido decreto pelos tribunais superiores (STJ e STF). Decisão reformada. Recurso conhecido e provido.<sup>25</sup>

O primeiro destaque do acórdão foi de natureza *constitucional e processual civil*: as fundamentações dos votos cumprem as exigências decorrentes do *contraditório*, em seu sentido *substancial*, levando a sério os argumentos produzidos pelas partes, com isso permitindo aferir o *direito de influência* na construção da decisão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 463-464).

Exatamente porque os juízes da 7ª Câmara respeitaram as garantias processuais das partes – em especial o *contraditório substancial*, do qual decorre o dever de fundamentação analítica (ATAIDE JUNIOR, 2016, p. 16) – é que o resultado acabou por ser diferente: o acórdão baseou-se no art. 5º, XXXV, da Constituição, e no Decreto 24.645/1934, como se pode ver na respectiva ementa, acima transcrita.

Em seu voto, o relator, após elaborar minuciosas ponderações sobre a vigência e aplicabilidade contemporânea do Decreto 24.645/1934, apontou que “tendo em vista o reconhecimento da vigência do

---

<sup>25</sup> TJPR, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0059204-56.2020.8.16.0000, Relator Juiz MARCEL GUIMARÃES ROTOLI DE MACEDO, unânime, julgado em 14/9/2021, disponibilizado em 23/9/2021. Participaram do julgamento o Desembargador D'Artagnan Serpa Sá e a Juíza Substituta em 2º Grau Fabiana Silveira Karam, além da presença do Desembargador Fabian Schweitzer. Acórdão disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1287168301/agravo-de-instrumento-ai-592045620208160000-cascavel-0059204-5620208160000-acordao>. Acesso em: 24 fev. 2022,

Decreto nº 24.645/1934, ao menos no que tange às cláusulas não-penais, é possível afirmar seguramente que, ao menos no Brasil, a capacidade de ser parte dos animais é prevista em lei, ou seja, o Direito Processual Civil Brasileiro contempla a possibilidade de animais demandarem em juízo em nome próprio.”

Também o Desembargador D’Artagnan Serpa Sá, na sua declaração de voto, que compõe o acórdão, teceu as mesmas considerações sobre a vigência do Decreto e acrescentou que “considerando o valor intrínseco dado aos animais não humanos pela Carta Magna ao reconhecer o direito fundamental à existência digna e a vedação à crueldade (VII, § 1º, 225 da CF) e tendo em vista o disposto no § 3º do art. 2º do Decreto 24.645/1934 bem como a visão biocêntrica, aqui refletida no reconhecimento da senciência desses seres, possível reconhecê-los como sujeitos de direitos fundamentais e, por consequência, portadores de capacidade de ser parte, desde que devidamente representados.”

A fundamentação analítica do voto do Desembargador Serpa Sá esquadrinhou as principais leis estaduais que reconhecem a subjetividade jurídica de animais – como o *Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado da Paraíba* – dizendo entender como legítima “a ‘judicialização estrita do Direito Animal’ como meio de defesa, em juízo, dos direitos dos animais não humanos, vez que o Direito deve evoluir em consonância com o avanço do processo civilizatório e ser interpretado à luz do mandamento Constitucional, o qual prevê que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (XXXV, art.5º da CF).”

De fato, não é possível analisar a questão da capacidade processual dos animais (ou da sua capacidade de ser parte) sem cotejá-la com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Certamente, se as questões postas nas demais demandas de judicialização terciária – especialmente o acesso dos animais à jurisdição – fossem analisadas à luz da Constituição, como o fez a 7ª Câmara Cível do TJPR, com isenção de todo ânimo e de todas as preconcepções a respeito, os desfechos seriam outros – ao menos quanto ao prosseguimento dos feitos com a participação processual dos animais.

Mas o acórdão do caso *Spike e Rambo* ainda é notável pela interpretação adequada dos artigos do Código de Processo Civil que tratam da capacidade processual. Colocam os institutos processuais nos seus devidos lugares, sem necessidade de nenhum esforço hermenêutico transbordante. Não enxergam nos arts. 70 a 75 do CPC aquilo que eles não contêm e nem nunca contiveram, desde suas versões nas codificações anteriores (1939 e 1973).

Ficou bem assentado que a *capacidade de ser parte*, caso seja admitida como pressuposto processual de existência, reside na Constituição – e não no Código de Processo Civil – e portanto, para mantê-la, é a partir do texto constitucional que deve ser aferida. Segundo o juiz Rotoli de Macedo, relator do recurso, “todo titular de direitos substantivos tem capacidade de ser parte em processo judicial, sem o que a garantia de acesso à justiça seria ineficaz e sem utilidade prática.”

Também ficou assentado que a capacidade de ser parte nada tem a ver com personalidade jurídica, com *ser pessoa* ou com outros conceitos tão indevidamente utilizados por outras decisões que excluíram animais do processo. Como bem apontou o Desembargador Serpa Sá, citando a doutrina processualista, “Segundo Fredie Didier Jr.: a ‘capacidade de ser parte decorre da garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário, prevista no inciso XXXV do art. 5º da CF/88’. Além disso, citada capacidade independe da personalidade civil ou jurídica e também não se confunde com a capacidade processual *stricto sensu* e capacidade postulatória.”

O arts. 70-75 do CPC tratam de *capacidade de estar em juízo*. É errada – e não tem respaldo doutrinário – a interpretação que extrai desses artigos normas sobre *capacidade de ser parte*. O CPC brasileiro é diferente dos CPCs português ou espanhol, referidos *supra*. A decisão da 7ª Câmara Cível do TJPR não comete esse erro de interpretação, nem enxerga para além dos contextos semântico e sistemático desses dispositivos legais.

Mais do que isso tudo, os magistrados desse órgão fracionário paranaense não se constrangeram em dar o tratamento merecido ao art. 2º, § 3º do Decreto 24.645/1934 como norma *especial* em relação ao Código de Processo Civil e fonte normativa da capacidade de estar em juízo dos animais. Não inventaram relativizações ao que está escrito no dispositivo legal e não se furtaram a verificar a real natureza jurídica do diploma (é lei, não é decreto) e, com isso, a certificar a sua vigência, ainda que parcial.

A decisão do TJPR, no caso *Spike e Rambo*, representa uma grande conquista para o Direito Animal, abrindo um novo ciclo histórico, conferindo a necessária legitimidade, ainda que inicial, para a judicialização terciária do Direito Animal (expressamente referenciada no acórdão), como fenômeno de *pós-humanização do processo civil* e de *descentralização do próprio Direito*, para tratar com justiça também outros seres vivos que não apenas *Homo sapiens*.

Num futuro próximo e promissor, certamente a jurisprudência das Cortes Supremas nacionais poderão se pronunciar favoravelmente sobre a matéria,

gerando os autênticos precedentes que uniformizem o entendimento sobre a matéria, reconhecendo, de forma vinculante, para todo o Brasil, a capacidade processual dos animais.

## CONCLUSÃO

As ações, preponderantemente indenizatórias, propostas por animais, devidamente representados em juízo, nos termos do Decreto 24.645/1934, já estão ocupando o plano judiciário brasileiro (ATAIDE JUNIOR, 2021, p. 120-124). Afinal, *animais não são coisas*, são sujeitos de direitos fundamentais, os quais, uma vez violados, devem ser reparados em juízo. Por isso, não se pode negar que animais detêm capacidade de ser parte, não ao menos diante do art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Isso leva a afirmar que a 7ª Câmara Cível do TJPR acertou em sua decisão, com profunda sensibilidade e antecipação das conquistas pós-humanistas do direito contemporâneo, firmando o entendimento, com respaldo no direito positivo brasileiro, que os animais têm direitos subjetivos, dentre os quais o *direito de ação*, podendo demandar em juízo em nome próprio, desde que devidamente representados em juízo, na forma do Decreto 24.645/1934.

É interessante apontar, como arremate, que o voto do relator do acórdão noticia a nossa proposta legislativa, acolhida pelo Deputado Federal Eduardo Costa (PTB/PA), consubstanciada no projeto de lei (PL) 145/2021, para afirmar, expressamente, a capacidade de ser parte dos animais não-humanos em processos judiciais e para incluir o inciso XII ao art. 75 ao Código de Processo Civil, determinando quem poderá representar animais em juízo, com opções inspiradas no Decreto 24.645/1934.<sup>26</sup>

A aprovação desse projeto de lei visa a eliminar as resistências ainda sentidas, especialmente no âmbito judicial, ao reconhecimento da capacidade processual dos animais, mesmo que a decisão da 7ª Câmara do TJPR sirva para nos encher de esperança quanto a um futuro mais solidário e acolhedor, para todos, independentemente da espécie.

---

<sup>26</sup> Projeto de lei disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2268821>. Acesso em: 26 fev. 2022.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A vida do espírito*. Tradução: Antônio Abranches, César Augusto de Almeida e Helena Martins. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 46, v. 313, p. 95-128, mar. 2021.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Aprovada a lei municipal mais avançada do Brasil sobre direitos animais. *Consultor Jurídico*, 3 fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-03/opiniao-lei-direito-animais-modelo-seguido>. Acesso em: 23 fev. 2022.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula (coord.). *Comentários ao Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado da Paraíba: a positivação dos direitos fundamentais animais*. Curitiba: Juruá, 2019.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Direito Animal e Constituição. *Revista Brasileira de Direito e Justiça*, Ponta Grossa: UEPG, v. 4, n. 1, p. 13-67, jan./dez. 2020.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, set./dez. 2018.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. O novo Código de Processo Civil brasileiro: modelo de direito processual democrático. In: GOULART, Rodrigo Fortunato; DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.). *Novo CPC e o processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 13-19.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Princípios do Direito Animal brasileiro. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, v. 30, n. 1, p. 106-136, jan./jun. 2020b.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula; LUZ, Juliana Rocha da. O conceito de Direito Animal. *Revista Jurídica da AJUFESC*, n. 10, 2020. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2021/05/Juliana-Rocha-da-Luz-e-Vicente-de-Paula-Ataide-Junior.pdf>. Acesso em: 23 fev.. 2022.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula; SILVA, Débora Bueno. Consciência e senciência como fundamentos do Direito Animal. *Revista Brasileira de Direito e Justiça*, Ponta Grossa: UEPG, v. 4, n. 1, p. 155-203, jan./dez. 2020.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula; TOMÉ, Tiago Brizola Paula Mendes. Decreto 24.645/1934: breve história da “Lei Áurea” dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 15, n. 2, p. 47-73, maio/ago. 2020.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 1, v. 1. n. 02, p. 149-169, jul. 2001.

CASTRO, João Marcos Adele y. *Direito dos animais na legislação brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 1.

DIAS, Edna Cardoso. *A tutela jurídica dos animais*. 2. ed. Belo Horizonte: [s. n.], 2018.

DIDIER, JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. 23. ed. rev., atual., ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, v. 1.

DONALDSON, Sue; KYMLICKA, Will. *Zoopolis: a political theory of animal rights*. New York: Oxford University Press, 2011.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Os irmãos Karamázov*. 3. ed. Tradução: Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34, 2021, v. 1.

FRANCIONE, Gary Lawrence. *Introdução aos direitos animais: seu filho ou o cachorro?* Tradução: Regina Rheda. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Marcus Vinicius. Pelos direitos dos animais não humanos. *Revista Bonijuris*, Curitiba: Bonijuris, v. 33, n. 6, ed. 673, p. 36-41, dez. 2021/jan. 2022.

KRELL, Andreas Joachim. Elementos para uma adequada interpretação do art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, que veda a crueldade contra os animais. In: PURVIN, Guilherme (org.). *Direito ambiental e proteção dos animais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017, p. 277-286.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 2004.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 4.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 2.

MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, p. 9-34, jul./set. 2000.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUSSBAUM, Martha Craven. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973, tomo I.

REGAN, Tom. *Jaulas vazias*: encarando o desafio dos direitos animais. Tradução: Regina Rheda. Revisão técnica: Sônia T. Felipe e Rita Paixão. Porto Alegre: Lugano, 2006.

REGIS, Arthur Henrique de Pontes; SANTOS, Camila Prado dos (coord.). *Direito Animal em movimento*: comentários à jurisprudência do STJ e STF. Curitiba: Juruá, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre, São Paulo: Editora Lugano, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 2.

WISE, Steven M. *Rattling the cage: toward legal rights for animals*. Cambridge/MA: Perseus Books, 2000.

# A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM À LUZ DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA E BRASILEIRA

*The Legal Nature of Arbitration  
According to Portuguese and Brazilian Legislation*

**Bruno Camargo Romanelli<sup>1</sup>**

**ÁREA:** Civil. Arbitragem.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo apresentar os aspectos da arbitragem, apresentando seus reflexos e atuação perante a jurisdição brasileira, bem como a acepção doutrinária adotada pela mesma. Assim, discorre sobre a ontologia jurídica da arbitragem e seus benefícios, refletindo a necessidade de exercício da mesma, perante a crescente demanda de litígios presentes na sociedade brasileira, globalizada e moderna.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Solução de litígios. Juízo. Litígio. **Árbitro.** Jurídica.

**ABSTRACT:** This article aims to present aspects of the arbitration, presenting their reflections and actions before the Brazilian jurisdiction, as well as the doctrinal meaning adopted by it. Thus, discusses the legal ontology of arbitration and its benefits, reflecting the need to pursue that, given the growing demand of present disputes in Brazil, and globalized modern society.

**KEYWORDS:** Arbitration. Dispute resolution. Judgment. Dispute. Referee. Legal.

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídicas Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. CV: <http://lattes.cnpq.br/7525703563191286>.

## INTRODUÇÃO

O estudo a ser discorrido no presente artigo aborda o tema da arbitragem sob uma ótica analítica no que tange às suas características essenciais. Além disso, pretende-se demonstrar um breve comparativo entre as legislações portuguesa e a brasileira no tocante à sua natureza jurídica.

Atualmente, a arbitragem vem se afirmando cada vez mais como um molde seguro e eficaz de resolução de litígios extrajudiciais. Nesse sentido, a arbitragem proporciona uma grande economia processual de custos e uma plena intervenção das partes no processo decisório.

A economia global tem sido afetada por diversas crises financeiras, necessitando muitas vezes de resoluções alternativas e rápidas para impasses comerciais. Conforme será demonstrado neste estudo, o uso de meios alternativos para sanar conflitos entre particulares encontra um amparo bastante eficaz na concretização da via arbitral. Assim, na atualidade a arbitragem tem sido reconhecida e exercida amplamente em nível nacional e internacional, tornando-se uma credibilidade jurídica e processual bastante inovadora.

### 1. CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DA ARBITRAGEM

A arbitragem é uma forma de solução de litígios, na qual a administração da justiça ficaria submetida a uma convenção entre as partes ou também por interpretação imperativa da lei.

A Arbitragem Voluntária em Portugal é regulamentada pela Lei nº 31/86 em 29 de agosto (LAV) e a arbitragem institucionalizada pelo Decreto-Lei nº 425/86 de 27 de dezembro, sendo ambas do ano de 1986. A criação da legislação arbitral não só visava substituir o tão criticado Decreto-Lei nº 234/84, mas também desvincular toda a desnecessária intervenção dos tribunais judiciais reconhecendo nas partes o poder de forjar soluções dentro dos limites fixados na lei.<sup>2</sup>

Ao abordar os juízos arbitrais fixados em um contexto histórico, alguns doutrinadores (1995) lembram que “as origens da arbitragem, enquanto meio de composição de litígios, são bem anteriores à jurisdição pública. Em certo mo-

---

<sup>2</sup> COLAÇO Magalhes, Isabel- autora da LAV, explicação da autora para criação das leis arbitrais e revogação do antigo Decreto-Lei nº 234/84.

mento, as partes litigantes houveram por bem eleger terceiro que as pacificasse, terceiro este não investido dessa função pelo Poder Público. Pode-se mesmo dizer que a arbitragem foi norma primitiva de justiça e que os primeiros juízes nada mais foram que árbitros”<sup>3</sup>.

Consoante a José Cretela Neto (2004), “arbitragem é, portanto, um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias instaurada pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiro ou terceiros, expressamente autorizado, ou autorizados pelos litigantes”<sup>4</sup>.

A definição de litígio utilizada no Direito Internacional foi elaborada pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). Segundo a CPJI, “litígio é o desacordo sobre um ponto de Direito ou um ponto de fato, uma contradição, uma oposição de teses jurídicas ou de interesses entre duas pessoas”<sup>5</sup>.

Portanto, o conflito somente torna-se litígio quando uma das partes apresenta reclamação formal perante algum juízo contra a outra. A resolução do litígio ocorre, na maioria das vezes, através da heterocomposição, ou seja, o litígio é decidido por terceiro alheio ao conflito. As espécies de heterocomposição são: a arbitragem e a jurisdição. A jurisdição é um meio de solução do litígio por meio da qual quem decide é um terceiro que tem competência conferida pelo Estado para tanto.

No entanto, uma intervenção mínima ou residual dos tribunais judiciais é a consagração do princípio da autonomia do tribunal arbitral em um dos seus princípios basilares.<sup>6</sup> A controvérsia é arbitrável quando preenche os requisitos de poder a serem submetidos a uma convenção arbitral.

Dentre os requisitos de validade da convenção arbitral salientam-se a arbitrabilidade, a forma e o conteúdo da convenção<sup>7</sup>.

Quando se fala em arbitrabilidade, tem-se geralmente em vista a natureza do objeto do litígio. Em outras palavras, se esse litígio puder ser sanado sem interferência jurisdicional, trata-se, portanto, de uma arbitrabilidade objetiva.

---

<sup>3</sup> FIÚZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 78.

<sup>4</sup> NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 11.

<sup>5</sup> *Concessions Mavrommatis na Palestina*, sentença de 30.08.1924 sobre as exceções preliminares, in: CPJI, série A, nº 2, p. 11, *apud* NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 01.

<sup>6</sup> ABREU, Miguel de; D’ÁVILA; Filipe; MANÉ, Arafam/CAMPOS; Clara. *A Arbitragem voluntária e a mediação de conflitos*, Concórdia, 2008. p. 237.

<sup>7</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. Convenção de arbitragem: aspectos internos e transnacionais, *Revista da Ordem dos Advogados*. ISSN 0870-8118. Ano 64 (2003), p. 135.

Caso tal denominação se refira a qualidades das partes, será uma abitrabilidade subjetiva<sup>8</sup>.

Quanto à forma, “a convenção que não obedeça a forma escrita é inválida”<sup>9</sup>. Trata-se de uma acepção lata de forma escrita.

O conteúdo da convenção será os pontos de discórdia entre as partes que geraram o ingresso de ambas em um tribunal arbitral. Como exemplos de resolução de litígios, há a atualização de contratos, a integração lacunas contratuais e a interpretação de contratos.

No tocante às espécies de arbitragem, discorreremos sobre suas principais modalidades a fim de analisar suas principais características e expor seus critérios de diferenciação.

Atualmente, a arbitragem, que pode ser interna ou internacional, tem possibilitado grandes discussões sobre tais temas, pois esses tipos de arbitragem polemizam critérios de relações jurídicas plurilocalizadas, colocando em pauta interesses de comércio internacional<sup>10</sup> e questionando a atual política de transferência de bens ou capitais através das fronteiras de um país a outro.

A eficiência das espécies arbitrais abrangem uma amplitude jurídica bastante significativa e incidem sobre elementos fundamentais de várias ordens jurídicas. Nesse sentido, a arbitragem interna conveciona litígios que afrontam uma única ordem jurídica e a arbitragem internacional tentará sanar litígios que envolvam multiplicidade de ordens jurídicas.

A arbitragem também pode ser voluntária, que consiste na composição da vontade autônoma das partes, na forma de convenção, tentando buscar a resolução litigiosa, necessária, que incidiria em casos nos quais a origem do litígio se baseia em algum fundamento ou disposição legal de caráter imperativo da lei<sup>11</sup>, que imponha necessariamente a resolução do litígio na alçada do tribunal arbitral.

Outra caracterização importante a destacar é a diferenciação entre a arbitragem Ad Doc e a arbitragem institucionalizada. A Ad Doc consolida-se quando o

---

<sup>8</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. Convenção de arbitragem: aspectos internos e transnacionais, *Revista da Ordem dos Advogados*. ISSN 0870-8118. Ano 64 (2003), Op cit. p. 147.

<sup>9</sup> Cf SCHWAR/WALTER, [2000: 4631, apud Luis Lima Pinheiro na pag 137 em seu artigo doutrinário da Conveção de arbitragem: aspectos internos e transnacionais, *Revista da Ordem dos Advogados*. ISSN 0870-8118. Ano 64 (2003).

<sup>10</sup> CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados. In p. 367.

<sup>11</sup> CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntaria em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados. Op.cit p. 366.

tribunal e o processo arbitral são constituídos especificamente para solucionar um determinado litígio. Assim, o tribunal é criado e o árbitro nomeado de acordo com suas características técnicas específicas, que seriam as mais qualificadas para resolver tal conflito, para que, com isso, o juízo seja dissolvido ao fim do trâmite processual. A arbitragem Ad Doc tem uma persecução processual não vinculada, uma vez que tem uma criação autônoma e para determinado fim<sup>12</sup>.

Já a arbitragem institucionalizada tem como seu fulcro a conexão com alguma instituição ou centro permanente vinculados a alguma regulamentação Estatal, visto que deve seguir, em seu saneamento processual, algum regulamento próprio que deve ser aplicado neste litígio a ser discutido. Para a sua resolução, necessitam-se de diretrizes regulamentadas que devem ser seguidas e, conseqüentemente, dar prosseguimento ao processo. A arbitragem institucionalizada pratica intervenções para suprir a falta de acordo entre as partes, para designar árbitros, impondo o ritmo da logística e do desenvolvimento processual. Contudo, salienta-se que a arbitragem institucionalizada sempre será mais onerosa para as partes, pois seus requisitos são mais complexos e dependem de requisitos processuais vinculados. O valor das custas sempre é calculado de acordo com o valor da causa<sup>13</sup>.

## 2. EFEITOS DA JURISDICIONALIDADE NA ARITRAGEM

No que tange à intervenção típica da arbitragem em relação aos tribunais judiciais, podemos notar uma distinção bastante substancial em quesitos de discussão de direito e de logística processual .

Nos tribunais em que a justiça é administrada pelo Estado, estão presentes alguns requisitos que não podem ser apreciados por um tribunal arbitral, tais como direitos indisponíveis e todas as outras matérias não arbitráveis, conforme dispõe o art. 1 LAV<sup>14</sup>. Da mesma forma, podem existir certos conflitos que devem ser solucionados exclusivamente por tribunais arbitrais e não pelo jurisdicional, como relação jurídica contratual e extracontratual (cláusula compromissória – art. 1 n<sup>o</sup> 2 da LAV).

---

<sup>12</sup> CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntaria em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados. Op.cit p. 367.

<sup>13</sup> CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntaria em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados. Op.cit p. 367.

<sup>14</sup> A Convenção de arbitragem pode ter como objeto um litígio atual mesmo que tal litígio seja afecto de tribunal judicial- ART 1 n 2 da LAV.

A arbitragem também é bastante eficaz para solucionar divergências processuais de caráter técnico, sem elementos jurídicos, pois as intervenções judiciais não teriam tal competência para fazê-lo. Seria o caso, por exemplo, de utilizar a arbitragem sobre a qualidade técnica de uma coisa, independente de qualquer efeito jurídico relativo a controvérsia<sup>15</sup>.

Tal distinção também se estende no tocante à natureza jurídica de ambos os institutos. A arbitragem é administrada por particulares investidos de poder conferidos por pessoas ou entidades de natureza privada, ou seja, as partes que convencionam o litígio. Ambas encontram-se subordinadas à lei, que é um fator externo que vinculará o valor decisório do litígio, que foi arbitrado e administrado por pessoas privadas.

Já no tribunal judicial, o poder decisório do juiz é estrita e diretamente vinculado à lei, sendo ele titular de um órgão de soberania<sup>16</sup>. O juiz não pode abster-se de resolver o litígio que esteja na área de sua competência. O árbitro, por sua vez, até ser nomeado, dispõe da faculdade de aceitar ou não tal encargo<sup>17</sup>.

### 3. ANALOGIA ENTRE JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO JUDICIAL

Para se diferenciar o juízo arbitral do juízo judicial, não podemos fazer a análise de forma absoluta e conclusiva uma vez que, em alguns casos, a sentença do árbitro será constituída e fundamentada em termos idênticos ao da sentença judicial, principalmente quando o impasse a estar em juízo trata de questão essencialmente de direito. Salienta-se que tal semelhança pode não ocorrer em diversas outras decisões arbitrais que não tenham tal juridicidade acentuada em seu escopo<sup>18</sup>.

Um ponto importante a ser analisado em nosso estudo é a figura do árbitro. Este, na maior parte das vezes, é escolhido pelas partes ou com colaboração decisiva das mesmas. Além disso, a escolha do árbitro pode ser objeto de impugnação das partes.

---

<sup>15</sup> BARROCAS, Manuel Pereira . *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010.

<sup>16</sup> BARROCAS, Manuel Pereira . Arbitragem voluntária deve aliviar tribunais. In *Vida judiciária*. Porto: Editorial Peixoto de Sousa, N . 45, 2007.

<sup>17</sup> BARROCAS, Manuel Pereira . *Manual de Arbitragem*. Op, cit, p. 35.

<sup>18</sup> BARROCAS, Manuel Pereira . *Manual de Arbitragem*. Op, cit, p. 35.

O juiz, ao contrário do árbitro, não é escolhido pelas partes e responderá por sua competência jurisdicional. Sua impugnação é admitida pelas partes apenas em casos especiais.

Ao analisarmos friamente, notamos que os árbitros modelam-se melhor ao perfil desejado para a resolução de um litígio mais específico. No caso dos magistrados, sua seleção ocorre por mera distribuição de logística processual, e, sendo assim, o juiz muitas vezes acaba tendo certa ineficiência técnica para analisar um litígio que não envolva elementos unicamente de direito. Assim, a decisão poderia ganhar avanços no campo técnico, comercial, celeridade processual e ficaria mais restrito à vontade das partes, diferentemente de uma decisão judicial, que se baseia unicamente na lei formal.

Outro ponto divergente entre o juízo arbitral e o judicial é o fato de que, na arbitragem, o árbitro e as partes são tendenciosamente forçados pela obrigação de cooperar com o juízo para solução consensual do litígio. Isso ocorre em virtude de as partes atribuírem o encargo de resolução do impasse ao árbitro. Assim sendo, não faria sentido não haver esse mutualismo processual uma vez que a conduta das partes sempre é correlativa com a posição do juízo arbitral no processo.

Por sua vez, o processo judicial, quando ocorre uma atividade puramente contenciosa, tenta buscar primeiramente consenso e cooperação das partes para vir à tona no processo a verdadeira realidade dos fatos e para detectar condutas de litigância de má fé. Por conseguinte, o saneamento processual torna-se mais demorado, já que o “processo arbitral não é eminentemente contencioso, mas sim construtivamente estabelecido e equacionado para, acima de tudo, resolver o litígio”<sup>19</sup>.

As próprias partes têm a iniciativa e a prerrogativa de exaurir o máximo de pontos de conflito entre si e de chegar a um consenso mútuo que dará pragmatismo à resolução do impasse processual.

Por um lado, o Juízo judicial terá uma certa tendência a comprometer a análise plena das relações extra litigiosas das partes. Por outro, o juízo arbitral prioriza uma maior preservação de tais relações, pois existe uma forte cordialidade processual entre as partes, que se transforma em uma cooperação de boa fé entre ambas e o árbitro.

---

<sup>19</sup> BARROCAS, Manuel Pereira . Manual de Arbitragem. Op, cit, p. 37

Outro fator bastante favorável para que se proceda a resolução do litígio com celeridade e eficiência é o fato de o árbitro não dispor e nem precisar de poderes coercitivos perante as partes, tal qual o detém um juiz judicial .

#### 4. BENEFÍCIOS DA ARBITRAGEM

O juízo arbitral tem características que denotam uma série de vantagens perante o processo judicial. A arbitragem produz uma maior celeridade processual na resolução de litígios, pois simplifica diversos procedimentos formais do processo. Tal pragmatismo fica evidente na constituição das partes e nos curtos prazos para proferimento de sentença feita pelo árbitro, que é de 6 (seis) meses a contar da data de designação do último árbitro<sup>20</sup>. Além disso, existe uma notória economia de procedimentos formais, de custas processuais e de honorários do juízo arbitral. Outro ponto bastante interessante com relação à arbitragem é que, se estabelecido pelas partes, pode o processo arbitral correr em sigilo confidencial, evitando supostas especulações comerciais ou interferências externas ocasionadas pelo impasse das partes. Já no juízo judicial, prevalece em regra o princípio da publicidade, sendo declarado segredo de justiça apenas em situações especiais, dependendo de autorização do juiz.

O processo arbitral conta também com a vantagem de se conseguir um proferimento de sentenças mais justas e adequadas diante das necessidades técnicas do litígio, pois os árbitros têm maior capacitação técnica para tal resolução litigiosa em específico do que magistrados comuns. Ademais, os árbitros podem decidir por equidade ou segundo o direito constituído – o que não quer dizer que seja sobre direito processual constituído<sup>21</sup>. Portanto, as partes têm atribuições de escolherem juízes por medida, evitando, assim, uma possível lentidão processual ocasionada por alguma controvérsia de direito entre as partes.

Outro benefício arbitral bastante significativo, que citado aqui superficialmente, é o da capacitação técnica exigida pelas partes para se constituir o árbitro. Este deve ter pleno conhecimento da tecnicidade do litígio em pauta, sendo alguém que tenha notável saber sobre o assunto a ser discutido e alguma experiência da resolução desse litígio em si. Os árbitros serão constituídos

---

<sup>20</sup> O prazo estipulado inicialmente seria de 6 meses, no entanto, ele pode ser prorrogado em dobro. Porém muitos árbitros e advogados atualmente defendem a necessidade de se alargar este prazo, para suprir a complexidade de alguns julgados na arbitragem. E conseqüentemente tem mais tempo para proferir a sentença.

<sup>21</sup> ABREU, Miguel de; D'ÁVILA, Filipe; MANÉ, Arafam; CAMPO, Clara. *A Arbitragem voluntária e a mediação de conflitos*, Concórdia, 2008 p. 240.

justamente pelo seu alto grau de conhecimento sobre o assunto a fim de dar a solução mais rápida, técnica e eficaz para essa lide.

Diferentemente dos árbitros, os magistrados judiciais apreciarão a questão em pauta com uma generalidade maior, preponderando muitas questões de juridicidade, de direito e de elucidação de condutas de boa ou ma fé. Assim, eles não priorizarão uma análise tão técnico-específica sobre o impasse, ocasionando maiores dificuldades e atrasos para se sanar a lide.

Conforme conceitua muito bem Manuel Pereira Barrocas (2007, p. 10):

O quadro mental do juiz não é igual ao do árbitro no arquétipo ideal. O juiz tem um dever legal, não um encargo assumido com as partes, de procurar fatos para aplicar a lei. Essa é sua tarefa inalienável e pela qual é avaliado e é responsável. É dentro desse quarto que julga a causa. O árbitro não está, obviamente dispensado de aplicar a lei, mas a sua motivação principal e o seu encargo é resolver o litígio e resolvê-lo bem<sup>22</sup>.

Tais vantagens e benefícios presentes na arbitragem têm trazido consideráveis avanços processuais, principalmente na arbitragem voluntária e na resolução de litígios nas áreas de direito internacional e do comércio internacional.

Tal afirmação fica nítida na crescente multiplicação de centros de arbitragem institucionalizada que ocorre atualmente. Tais centros desenvolvem um aperfeiçoamento de convenções de direito internacional referentes ao tema da arbitragem, desencadeando, assim, reformas na legislação de cada país para que tamanha eficiência, pragmatismo e celeridade estejam em harmonia e sejam compatíveis cada vez mais com o ordenamento jurídico nacional de cada país.

## **5. COMPREENSÕES DA NATUREZA JURÍDICA ARBITRAL**

Ao analisarmos a natureza jurídica da arbitragem, indubitavelmente chegaremos ao estudo da natureza jurídica da convenção de arbitragem (condição *sine qua non*).

A doutrina é pacífica ao considerar a convenção arbitral como um negócio jurídico. Segundo José Lebre de Freitas, “trata-se de um negócio jurídico proces-

---

<sup>22</sup> BARROCAS, Manuel. A Reforma da Lei de Arbitragem Voluntária. In *Boletim da Ordem dos Advogados*. N 46 (2007) p. 10.

sual”<sup>23</sup>. Tal posicionamento se consolida pela finalidade e necessidade de resolução do litígio de forma menos formal, mais célere e com critérios de equidade e de direito preponderados na decisão. Dessa forma, fica visível a maior eficácia em preencher tais requisitos no Tribunal arbitral e no Tribunal judicial.

Quando se opta por uma sentença arbitral, opta-se por uma decisão que ponderará o conjunto de interesses auto regulados pelas próprias partes do processo, aliado também à escolha do árbitro pelas partes. Tal escolha se dará consoante ao perfil técnico do árbitro, pois será tecnicamente a pessoa indicada a dissolver o litígio existente entre as partes contratantes. Outro fator bastante favorável é a possibilidade de fixação do prazo de duração da arbitragem. Assim, as partes podem ter uma previsão do término do impasse.

A partir disso, percebe-se que o Juízo arbitral consegue preservar a relação comercial existente entre as partes, que acaba, muitas vezes, ficando desfigurada perante um procedimento processual menos consensual. As partes sempre pactuam uma convenção fundada na boa fé e na lealdade processual entre ambas e com o árbitro para tentar solucionar de forma mais eficaz e rápida o impasse processual com o qual as partes se deparam.

Nesse sentido, atualmente não podemos caracterizar a arbitragem como um dispositivo que retira competências dos tribunais. Dessa forma, *“a convenção de arbitragem não constitui um negócio jurídico processual dentro dos estreitos limites dos conceitos jusprocessualistas nacionais de um Estado. A arbitragem quer doméstica, quer internacional, constitui uma instituição autônoma de resolução de litígios, que não é um substituto dos tribunais judiciais. Tem princípios, regras e metodologia próprios”*<sup>24</sup>.

Assim, notamos que a essência jurídica da convenção arbitrária configura-se em um negócio jurídico de natureza substantiva, não processual, mas instrumental ou de meio alternativo de obtenção de outro efeito jurídico, visando solucionar um litígio objeto de uma outra relação jurídica específica, “não confundindo a mesma com o contra promessa, que tem também natureza jurídica substantiva e instrumental, mas que se assemelha à convenção arbitral apenas nesses quesitos”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> FREITAS, José Lebre de. Estudos em homenagem a Professora Isabel Magalhães Collaço, Vol. II, p. 625

<sup>24</sup> BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Op, cit, p. 41.

<sup>25</sup> BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Op, cit, PP 42-O autor também defende a natureza jurídica substantiva, não processual e instrumental da convenção arbitral, apesar de alguns outros autores, como Raul Ventura, a qualificarem como adjetiva.

Em contraponto à tal definição, Raul Ventura (1986, p. 298-299) discorre seu parecer sobre a relação jurídica da arbitragem:

Indiscutível é que a convenção arbitral é adjetiva relativamente a relação jurídica que a respeita, seja ela de que natureza for; não modifica o seu conteúdo, pois é lhe exterior, embora envolvente. Nem sequer pode ter sobre uma relação jurídica o efeito jurídico eventualmente resultante duma correspondente relação processual, pois a convença arbitragem não soluciona nem pretende solucionar qualquer litígio, mas apenas providenciar sobre os meios de solução . Uso a palavra adjetiva para evitar estereis discussões de palavras quanto ao emprego para o mesmo efeito do termo processual. (VENTURA, 1986, p. 298)<sup>26</sup>

No entanto nos parece mais sensato acolher o posicionamento de Manuel Barrocas, que demonstra ter uma visão mais perspicaz e coerente perante a atual conjuntura arbitral.Sendo tal posição seguida pela maioria da doutrina.

## **6. NATUREZA JURÍDICA ARBITRAL E SUAS TESES DOUTRINÁRIAS**

A doutrina não é pacífica nem unânime na conceituação da natureza jurídica da arbitragem. Dentre as várias teorias que se manifestam sobre tal tema, debateremos neste estudo quatro das principais teses da doutrina jurídica sobre o assunto, analisando-as e conceituando-as. As quatro principais teses que se referem sobre a natureza jurídica do júízo arbitral seriam: a teoria jusdicialista ou jurisdicional, a teoria contratualista, a teoria mista e a teoria autonomista.

Algumas das teses que serão analisadas neste estudo não têm uma aplicabilidade prática muito destacável, pois remetem o tribunal a uma conduta muito coercitiva, que, conforme demonstra nosso estudo até agora, percebe-se que tal posicionamento processual não nos parece muito eficaz para a resolução de alguma pendência arbitral.

A teoria jurisdicionalista afere que a arbitragem deve ser controlada e regulada pelo Estado. De acordo com tal teoria, o júízo arbitral só existiria porque a legislação tutelada pelo Estado assim o criou. Dessa forma, as estâncias de recursos arbitrais só seriam positivadas por consequência do poder judicial do Estado.

---

<sup>26</sup> VENTURA, Raúl, Convenção de arbitragem, *revista da Ordem doa Advogados*, ano 46(1986) PP 298, 299- O autor defende tal tese sobre o argumento de que a convenção arbitral é tecnicamente um contrato, e que deveriam ser aplicadas as regras gerais dos contratos.

Na tese judiscionalista, os árbitros desempenham uma função de caráter unicamente público, com seus poderes totalmente vinculados à jurisdição da lei. Apenas seriam figuras diferenciadas dos juízes de direito na concepção de que os magistrados constituem tal prerrogativa em função do poder de soberania do Estado, enquanto os árbitros se constituíriam em tal função por nomeação de pessoas privadas<sup>27</sup>.

Nota-se que a teoria jurisdicionalista, não se adéqua plenamente aos requisitos e às expectativas visados atualmente pela hermenêutica arbitral, principalmente no que tange à arbitragem comercial internacional contemporânea. Nos atuais moldes arbitrais, tenta-se retirar tal concentração de poder decisório da jurisdicionalidade estatal, pois prepondera-se uma maior interpretação técnica do litígio. Isso acontece em virtude de a figura do árbitro ser representada por alguém com maior interpretação e capacitação técnica do que o juiz de direito, pois ele preponderará um senso de mediação mais acentuado e tendenciará para um maior pragmatismo da resolução do litígio arbitral e, dessa forma, a tese jurisdicionalista confere algumas atribuições ao julgador que prejudicaria a celeridade do julgamento da lide arbitral. Além disso, como nos parece bastante contundente, tal teoria causaria certos distúrbios no senso analítico de um litígio mais técnico e, por conseguinte, uma certa complexidade legal desnecessária para ocorrer no julgamento.

No entanto, não podemos afastar a influência jurisdicional de que inevitavelmente a arbitragem necessita para se positivar seus procedimentos. Tal afirmação se baseia no princípio da equidade, das normas contratuais vigentes, da posituação judicial das sentenças arbitrais e da legalidade na nomeação de árbitros. Sem contar nos regulamentos que muitas vezes são norteadores da atividade da justiça arbitral e convencionam muitos pré-requisitos processuais.

Contrariamente à tese anterior, deparamo-nos com a teoria contratualista. Esta teoria propõe que a arbitragem teria unicamente um caráter contratual. Segundo o conceito contratualista, o Estado não teria qualquer controle ou influência no juízo arbitral.

A resolução do litígio se basearia exclusivamente na vontade das partes, em que a interferência estatal se resumiria em validar a exequibilidade das sentenças arbitrais e positivar a processo arbitral. Tal tese defende que todo o saneamento processual arbitral, desde a nomeação dos árbitros até o a moldura jurídica aplicada nas decisões, deveria ser pré-consensuado pelas partes. Em outras palavras, a sentença proferida pelo árbitro seria, praticamente, pré-de-

---

<sup>27</sup> BARROCAS, Manuel Pereira . *Manual de Arbitragem*. Op, cit, p. 42.

finida pelas partes processuais constituídas no litígio<sup>28</sup>, afastando qualquer influência jurisdicional do Estado, que por ventura aparecer no decorrer do processo. Este seria definido como um contrato pactuado anteriormente pelas partes e o árbitro seria constituído como uma cláusula desse contrato, que se chamaria sentença arbitral.

Notamos que a tese contratualista estabelece uma autonomia processual muito plena às partes, que, por mais que aspirem uma solução rápida, estão entre si no meio de um impasse de interesses e litigioso, necessitando, de alguma forma, da análise e do intermédio de algum mediador qualificado tecnicamente para tal. Função esta exercida pelo árbitro.

Nesse sentido, constata-se neste estudo, relacionado à natureza jurídica da arbitragem, que o fato de as partes possuírem um controle tão grande perante o processo arbitral facilitaria desencadear uma série de contrariedades bastante significativas à soberania legislativa de cada país, ofendendo seus estatutos e convenções que tentam uniformizar decisões arbitrais, afrontando princípios básicos de democracia e meios de controles judiciais dos Estados de Direito.

A seguir, analisaremos a teoria mista acerca da natureza jurídica na arbitragem. Esta tese sintetiza um pouco de cada uma das teorias explanadas anteriormente.

Com um concepção mista, essa teoria é a que nos parece demonstrar a maior compatibilidade com as atuais molduras arbitrais. Essa tese parece estar em plena conformidade com a Lei UNCITRAL (*United Commission on International Trade Law*) do instituto que incessantemente busca uniformizar as leis arbitrais no mundo.

A teoria mista reúne requisitos da teoria judicialista quando considera que, sem elementos do direito público, a arbitragem não teria eficácia, bem como a positivação da sentença arbitral pelo poder estatal e da validade de prerrogativas dos árbitros<sup>29</sup>, uma vez que a sentença proferida pelos mesmos tem a mesma valoração da sentença emitida por tribunal judicial.

Já, no tocante aos requisitos da tese contratualista, detectamos a presença da mesma no conteúdo da tese mista quando analisamos que, sem uma convenção arbitral anterior, criam-se sérias dificuldades no efeito cooperativista

---

<sup>28</sup> BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Op, cit, p. 43.

<sup>29</sup> O Tribunal Europeu de Justiça, no caso *Nordse vs. Reederei* (sentença de 23 de março de 1982), julgou que apenas juízes detêm poderes jurisdicionais do estado. Os árbitros não. A lei equipara apenas a eficácia da sentença arbitral perante a atividade jurisdicional (art., 209, n. 2, da Constituição e art 26. n. 2 da LAV)

do processo arbitral, pois, sem elas, dificultar-se-ia a interpretação de lacunas contratuais, atualização e resolução das mesmas.

Assim, depreende-se que a teoria mista demonstra em todo seu bojo ser a tese com melhor eficácia jurídica para sanar conflitos arbitrais, pois ela interpreta a arbitragem de acordo com necessidades sociológicas e econômicas existentes no processo. Assim, essa teoria valoriza relações do comércio internacional e suas atuais deficiências, impondo ao processo arbitral um conteúdo mais técnico-científico na resolução dos litígios.

Refletindo sobre uma celeridade mais eficiente do que a dos tribunais judiciais, o autor dessa tese, Henri Molutsky (1974), consegue lapidar muito bem os efeitos desta natureza jurídica ao afirmar que “a teoria mista tem a natureza jurídica contratualista na sua fonte, porém, função judicizante na sua finalidade<sup>30</sup>”.

Por fim, analisaremos a teoria autonomista, que é uma tese mais recente. Nota-se que tal estudo tem visivelmente um enfoque tendencioso à arbitragem comercial internacional. Conforme sustenta Lorca Navarrete (2007, p. 230) “a arbitragem não tem natureza contratualista, nem judicizante, nem tão pouco mista, mas sim nitidamente processual, nascida de um negócio jurídico próprio<sup>31</sup>”. Para ele, a convenção de arbitragem não é um verdadeiro contrato que imponha às partes obrigações específicas e direitos de uma prestação como é a natureza jurídica do contrato.

No entanto, a tese autonomista deixa lacunas no entendimento do caráter obrigacional da convenção arbitral, pois não valora a cooperação nos trâmites de constituição do tribunal arbitral, a relação contratual que estará estabelecida entre o coletivo das partes e o coletivo dos árbitros, dando uma identificação apenas parcial da noção dos efeitos que um contrato pode oferecer. Nesse sentido, um negócio jurídico processual visaria apenas resolver o litígio, que, como sabemos, não é um princípio da arbitragem<sup>32</sup>.

Enfim, após a análise das teses e teorias relativas à natureza jurídica da arbitragem, podemos concluir que a arbitragem necessita de elementos presentes em quase todas as teorias aqui analisadas, pois sempre precisará da cooperação entre as partes, sem influência do poder estatal, que é o pilar da tese contratualista. Em contrapartida, a arbitragem também necessita de uma eficá-

<sup>30</sup> MOLUTSKY, Henri. In *Études et sur L'arbitrage, Ecrits*, vol. II. Dalloz, Paris, 1974

<sup>31</sup> NAVARRETE, Lorca. Garantías Ordinarias vs Garantías Constitucionales en el Arbitraje? In: *Arbitragem e Estudos em citação ao prof Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 230 e segs. Citado por Manuel Barrocas no manual de arbitragem pag 45.

<sup>32</sup> BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Op, cit, PP 45

cia jurídica de suas sentenças de validade da nomeação de seus árbitros, positividade de seus procedimentos processuais e princípios de direito presentes unicamente na tese jurisdicional.

Dessa forma, parece-nos neste estudo que, das teses elucidadas até então, a teoria que se qualificaria de forma mais abrangente perante as necessidades democráticas, jurisdicionais, sócio-comerciais e cooperação das partes é a teoria mista, que se mostra mais eficiente na resolução do litígio, tornando, assim, o julgamento do tribunal arbitral mais célere.

## **7. POSIÇÃO DA DOUTRINA BRASILEIRA PERANTE A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM**

No direito brasileiro, a arbitragem parece ter um posicionamento bastante semelhante ao adotado por Portugal. No Brasil, tal dispositivo tem regulamentação perante a Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 e sofre algumas atualizações pela Lei 13.129/2015. No entanto, nosso estudo ficará mais restrito à análise da natureza jurídica comparada entre os dois países e não dissecaremos a fundo a interpretação da lei arbitral brasileira.

A seguir, analisaremos alguns doutrinadores e seus pareceres sobre tal tema. Existem diversas correntes e teses que dissociam a natureza jurídica mista da arbitragem. Alguns autores defendem a tese unicamente contratualista e outros ensinam que apenas a judicialista seria aplicada.

Os argumentos utilizados por aqueles que acreditam na natureza contratualista são os seguintes:

*a) inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; b) a base da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no ius imperium estatal, imposto a todos; c) o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; d) e, o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao laudo arbitral, que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, necessária se fará a intervenção do Poder Judiciário.* (NETO, 2004, p. 14)<sup>33</sup>

Podemos citar Ballardore-Palieri e Klein como defensores dessa opinião. Assim, outros que acreditam no caráter jurisdicional da arbitragem entendem que, uma vez firmada a arbitragem, nasce a jurisdição do árbitro. A arbitragem equipara-se ao poder estatal de julgar, pois possui os mesmos elementos desta:

<sup>33</sup> NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 14.

A 'notio' (poder contido na jurisdição), a 'vocatio' (poder para convocar as partes), a 'coertio' (poder para dispor de força para obter o cumprimento das ordens e diligências decretadas durante o trâmite, se bem que necessitando da devida intervenção judicial), a 'indicium' (poder de proferir decisão acerca do mérito pondo fim a um litígio) e a 'executio' (poder de obrigar o vencido à execução da decisão).(NETO, 2004, p. 15)<sup>34</sup>

Essa doutrina foi defendida por Lainé no começo do século XX e tem Mortara à sua frente.

Aqueles que acreditam na natureza híbrida da arbitragem encontram a posição de José Carlos de Magalhães (1988, p. 99), de que "se a arbitragem é contratual em seu fundamento [o compromisso] é, também, jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios"<sup>35</sup>.

A nosso ver, a classificação híbrida sobre a natureza jurídica parece-nos mais correta. Tal classificação é a mesma adotada atualmente de forma mais abrangente pelos tribunais brasileiros.

Concordamos que a convenção de arbitragem nasce de um contrato e que o consenso entre as partes é a base da arbitragem. No entanto, a arbitragem não está totalmente alheia ao Poder Estatal, principalmente porque a arbitragem causa consequências ao mundo do Direito e até mesmo à Lei Brasileira nº 9.307 que se refere à arbitragem e dispõe em seu art. 22, §2º que o árbitro pode utilizar-se da autoridade judiciária. Tal fato também é partilhado pelo direito português e pacificado pelo Tribunal Europeu de Justiça (art. 209, nº 2 da Constituição e art. 26, nº 2 da LAV), como já foi demonstrado anteriormente em nota de rodapé número 15.

Encontramos jurisprudência confirmando que o árbitro pode valer-se do Poder Judiciário em alguns casos:

No caso vertente, discute-se a possibilidade de medidas de caráter urgente serem adotadas pelo Poder Judiciário, sem prejuízo da validade do pacto entre as partes celebrado. Posto que no sistema arbitral não existe a figura das providências cautelares nem antecipatórias de tutela, evidente que o pacto, se nestes termos celebrado, implicaria a subtração de análise de lesão ou ameaça de lesão a direito pelo Poder Judiciário. Considerando que tal alcance nem mesmo a lei pode deferir, cuida-se de direito emitentemente indisponível, afastando, de plano, a incidência da Lei Arbitral na espécie. Isto suficiente não fora, sucede recordar que o pacto entre a (...)

<sup>34</sup> NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

<sup>35</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. *Do Estado da Arbitragem Privada*, Ed. Max Limonad, 1988, p. 99.

e a (...) celebrada admite intervenção do Poder Judiciário para solução de questões urgentes. (...). Não é absoluta, portanto, a submissão das partes ao sistema arbitral, com exclusão do Poder Judiciário na espécie em comento. Seja porque tal circunstância colidiria, frontalmente, com a garantia constitucional que nem à lei é permitido violar; seja porque as partes expressamente abriram a possibilidade de utilização do Poder Judiciário na espécie em comento; e seja, ainda, porque se revela a espécie como direito indisponível, o que tornaria irrelevante o ajuste das partes no sentido contrário. Diante do exposto, REJEITO a preliminar de inadequação da via eleita (Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento – Autos do Processo 2002.00.2.007481-2 – Rel. Des. Valter Xavier – Julg. 21.10.2002 – m.v. – 1ª Turma Cível).

Pelos motivos expostos, acreditamos que não se pode afirmar que a natureza jurídica é contratualista e jurisdicionalista, mas, sim, mista, pois as características se misturam. Assim, ao compararmos os institutos da natureza jurídica entre Brasil e Portugal, podemos notar que ambos os países têm um entendimento bastante semelhante perante a justiça arbitral. Tal fato demonstra uma tendência mundial em uniformizar as características de saneamento, provimento e julgamento do juízo arbitral, evoluindo de forma globalizada preceitos fundamentais para que se ocorra a arbitragem internacional harmônica e consensual entre os países signatários da arbitragem.

## CONCLUSÃO

Por fim, podemos concluir que a arbitragem é um meio muito eficiente nas soluções de conflito. Nesse sentido, considerando a atual conjectura judiciária de muitos países, podemos notar que a arbitragem pode servir de forma magistral para resolução de determinados litígios tanto em sua perspicácia técnica perante alguns conflitos em pauta quanto na celeridade processual adquirida pelo juízo arbitral. Dessa forma, a arbitragem impõe um ritmo pragmático e bastante eficiente aos processos de arbitragem que atualmente vêm à tona na problemática jurídica interna ou internacional.

Quando se trata de direitos patrimoniais disponíveis, não é somente lícito e constitucional, mas também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e bus-

carem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos aos das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário <sup>36</sup>.

Como vimos acima, até mesmo a Procuradoria Geral da República do Brasil recomenda a utilização da arbitragem.

## REFERÊNCIAS

ABREU de, Miguel/ D'ÁVILA Filipe/ MANÉ Arafam/CAMPOS Clara - **A Arbitragem voluntária e a mediação de conflitos**. Coimbra: Editora Almedina; 1ª edição, 2008.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010.

BARROCAS, Manuel. **Arbitragem voluntária deve aliviar tribunais**. in Vida Judiciária. Porto: Editorial Peixoto de Sousa. N. 45 (2001) p. 5-9.

BARROCAS, Manuel. **A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária**. in Boletim da Ordem dos Advogados de Portugal. Lisboa: N. 46 (2007) p. 6-11.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 10 jun. 2022.

CAMPOS, Diogo Leite de. **A Arbitragem Voluntária, Jurisdição Típica do Estado-dos-Direitos e Dos-Cidadãos: A Evolução do Direito no Século XXI – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Arnold Wald**. Coimbra: Almedina, 2007.

COELHO, João Miguel Galhardo. **Arbitragem voluntária**. Coimbra: Ed Almedina: 2 ed., 2006.

---

<sup>36</sup> Parecer da Procuradoria Geral da República na SE n. 5.206 (fls. 91), “apud” Sentença Estrangeira Contestada n. 5.847-1 – Reino Unido da Grã-Betanha e da Irlanda do Norte, Rel. Min. Maurício Corrêa, em 01.12.1999, “in” [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), apud GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida, *Arbitragem*, São Paulo: Quartier Latim, 2003, p. 156.

CORTEZ, Francisco. ***A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados***, In ***O Direito***, Lisboa: - Ano 124, 3 (1992), p. 365-404; 4 (Out./Dez. 1992), p. 541-591.

FREITAS José, Lebre de. ***Estudos em homenagem a Professora Isabel Magalhães Collaço***, vol 1 .Coimbra, Editora Almedina,2002

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. ***Arbitragem***. São Paulo: Quartier Latim, 2003.

MAGALHÃES, José Carlos de. ***Do Estado da Arbitragem Privada***. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1988.

NETO, José Cretella. ***Curso de Arbitragem***. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

PINHEIRO, Luís de Lima. ***Convenção de arbitragem: aspectos internos e transnacionais***. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, Lisboa: ISSN 0870-8118. Ano 64 (2003), p. 125-200.

REIS, João Lopes dos. In: ***A Excepção da Preterição do Tribunal Arbitral (voluntário)***. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, Lisboa: ano 58, 3 (1998) p. 1115-1132.

SILVA, Paula Costa. ***Anulação e Recursos da Decisão Arbitral***. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, Lisboa: Ano 52º.

VENOSA, Sílvio de Salvo. ***Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria dos contratos***. 5ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

VENTURA, Raúl. ***Convenção de arbitragem***. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, Lisboa: ano 46 (1986), p. 289-379.



# AUTONOMIA DA VONTADE PARA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA TRANSPLANTE: LEITURAS JURÍDICA E BIOÉTICA

*Moral autonomy in organ donation for transplantation:  
legal and bioethical readings*

**Eudes Quintino de Oliveira Júnior<sup>1</sup>**

**ÁREA:** Direito Civil, Bioética e Biodireito

**RESUMO:** O saber científico é uma das grandes conquistas da modernidade. A medicina, com sua autonomia metodológica, introduziu inúmeras modalidades terapêuticas, ganhou imensuráveis espaços e ampliou o corpus *hippocraticum*. A partir deste impulso a medicina abriu novos caminhos até então desconhecidos ou inexplorados pelo homem. Daí que a necessidade de enfrentamento dessas novas questões surge como um verdadeiro desafio, colocando em pauta discussões éticas, bioéticas, políticas, morais, religiosas, sociais, filosóficas e jurídicas. Dentro dos novos campos da medicina, destaca-se o transplante de órgãos e tecidos como procedimento que carrega em seu núcleo a solidariedade e a preocupação com a saúde pública. O objetivo do presente trabalho é fazer a leitura bioética - compreendendo seus princípios e com relevo à autonomia da vontade do paciente agregado ao *primum non nocere* - e também a leitura jurídica, visando garantir o devido respaldo legal tanto para a comunidade científica em suas pesquisas, quanto para o homem em sua individualidade, de modo que sejam resguardados seus direitos e garantias individuais fundamentais. A metodologia repousa na utilização do diálogo interdisciplinar para se compreender os vários aspectos do estudo proposto na busca de conclusões que sejam satisfatórias não só para as comunidades com interesse no tema, mas também para a própria população que o desconhece.

---

<sup>1</sup> Pós-doutor e Doutor em Ciências da Saúde pela FAMERP, Mestre em Direito Público, Promotor de Justiça aposentado, professor e advogado. E-mail: eudesjr@hotmail.com

**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia da vontade; Doação de órgãos; Transplantes; Legislação; Princípios da Bioética

**ABSTRACT:** Scientific knowledge is one of the great achievements of modernity. Medicine, with its methodological autonomy, introduced numerous therapeutic modalities, gained immeasurable spaces and expanded the Hippocratic Corpus. From then on, medicine opened new paths that were once unknown or unexplored by man. Consequently, the need to face new issues emerges as a major challenge, raising several ethical, bioethical, political, moral, religious, social, philosophical and legal discussions. Regarding contemporary medical specialties, organ and tissue transplantation stands out as procedures deeply connected to solidarity and public health issues. Therefore, the present work aims at proposing a legal and bioethical reading – considering its foundations and focusing on patient’s moral autonomy and the principle of non-maleficence – in order to provide legal support in scientific research and individuality matters, making sure that individual freedom and rights are protected. The current methodology relies on the use of interdisciplinary dialogue to understand different aspects of the proposed study, searching for conclusions that are satisfactory not only for communities interested in the subject, but also for the population itself that is usually unaware of it.

**KEYWORDS:** moral autonomy, organ donation, transplantation, legislation, bioethical principles

**SUMÁRIO:** Introdução do tema. 1 A Biotecnologia no manejo das ações humanas. 2 O corpo humano e a doação de órgãos 3 Autonomia da vontade do doador. 4 Restrições legais. Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

O tema escolhido, apesar de aparentemente estar inclinado mais para a área da saúde, em razão da sua pertinência social, permite que sejam feitas considerações voltadas para a nova ciência da Bioética e para o Direito. A expressão “Bioética” foi introduzida pela primeira vez pelo oncologista Van Rensselaer Potter, no livro *Bioethics. Bridge to the Future*, em 1970, e se apresenta como um universo multidisciplinar com a finalidade de discutir variados aspectos da

vida humana em uma reflexão plural, para gerar intervenções transformadoras, mais adequadas e convenientes para o homem atingir os seus objetivos, no diapasão estabelecido por Aristóteles quando idealizou o “bem supremo”.

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil elencou, dentre de seus fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal inserção, que integra a teoria kantiana e se abrigou no preceito contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, abriu um novo portal por onde transita a pessoa como destinatária de uma enorme carga protetiva de direitos.

Quando se fala em dignidade da pessoa humana, ingressa-se em um universo de proteção ilimitada, amparando direitos já conquistados assim como outros difusos que ainda virão em razão da mutabilidade da própria sociedade. O homem, desta forma, torna-se fim e valor em si mesmo, centro e ponto de convergência de todas as ações, dotado da capacidade volitiva e intelectual, detentor de uma supremacia própria, exerce sua condição de sujeito moral, com autonomia decisiva própria, buscando todos os meios para o desenvolvimento de sua inalienável dignidade.

Oportuna a observação de Sarmiento (2016, p. 72):

A centralidade da pessoa humana, tratada não como meio, mas como fim da ordem jurídica e do Estado, revela-se logo na organização da Lei Maior. Se as constituições anteriores começavam disciplinando a estrutura estatal e só depois enunciavam os direitos fundamentais, a Carta de 88 faz o oposto, principiando pela consagração dos direitos das pessoas.

Percebeu-se uma nítida relação entre Bioética e Direito e, na medida em que a aproximação se tornava inevitável, deu-se a nomenclatura de Biodireito para abordar questões relacionadas com as duas disciplinas. Veio à tona, desta forma, a aliança da bioética e do biodireito, terreno propício para buscar respostas para os temas que aguçam e desafiam o homem ainda despreparado e que não carrega de pronto uma definição a respeito da aceitação ou rejeição de condutas que podem quebrar o consenso ético ou da utilização de técnicas que venham a ser incompatíveis com a expectativa da vida individualizada. As pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias; as variadas técnicas aprovadas para a realização da procriação assistida; a maternidade de substituição; o patrimônio genético; a célula sintética; a decifração do DNA recombinante; o aborto permitido, o de feto anencefálico e o proveniente da opção procriativa da mulher; a cirurgia de transgenitalização e suas consequências na vida civil; as pesquisas

científicas com seres humanos e o Sistema CEP/CONEP; as clonagens terapêutica e científica; a transfusão de sangue e o direito à crença diante do direito à vida no confronto com a ADPF 618; o direito à dignidade da morte diante da eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido; as uniões homoafetivas e suas implicações legais; o Estatuto do Idoso e a proteção à longevidade; o Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas vulnerabilidades; a doação e o transplante de órgãos e tecidos humanos; o início e o fim da vida humana, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação direta Inconstitucionalidade nº 3.510, são, dentre muitos outros, temas que provocaram mudanças sociais, éticas, culturais e jurídicas.

## **1. A BIOTECNOLOGIA NO MANEJO DAS AÇÕES HUMANAS**

O homem quer, a todo custo, prolongar sua vida. Pode até ser uma vocação natural procurar viver mais e, para tanto, corrigir os defeitos para se atingir uma existência mais rica, voltada para valores espirituais, de liberdade, da própria dignidade humana, de solidariedade social. É uma eterna recriação. Para tanto, além de procedimentos terapêuticos, vale-se também de órgãos, tecidos e partes de corpos de seus semelhantes. A medicina detecta o órgão doente, e, em seguida, através de uma intervenção reparadora-destruidora-substitutiva, consegue manipular um órgão sã e recolhido de outro organismo, corrigindo aquele comprometido na sua funcionalidade. Sem falar ainda da ovelha Dolly que, em uma única célula, encerrou toda a programação genética de um ser vivo.

A biotecnologia e a biotecnociência, com avanços imensuráveis, oferecem, em curto espaço de tempo, recursos para que o homem possa ter não só a ambicionada longevidade, mas com qualidade melhor de vida representativa da dignidade da pessoa humana, com base nos parâmetros estabelecidos por ele mesmo para atingir seus objetivos. Se a meta for alcançar um estágio de vida harmônica, muito próximo à felicidade, todos os esforços deverão ser direcionados nesse sentido.

A tecnologia modifica o homem e o obriga a ingressar numa fase de constante adaptação, pois o choque das inovações tem que ser absorvido rapidamente pela sociedade, que caminha em passos lentos. Bem pondera Muraro (2009):

O efeito das tecnologias não ocorre no nível de nossas opiniões, nem mesmo dos nossos conceitos, mas no da alteração das relações entre os sentidos e das trajetórias da percepção, que ocorrem infalivelmente, quer o

queiramos quer não, quer resistamos quer não, e isto independentemente daquilo que a nova tecnologia transmite.

Parece até que a ficção, que parecia tão distante, hoje se faz presente e com uma realidade inquestionável traduzida pelo filme *Matrix* e pelas séries de televisão *Westworld* e *Black Mirror*, acessíveis a uma grande camada da população. O avanço incansável na área da inteligência artificial, que cada vez amplia mais as interrogações a respeito de suas fronteiras, causa certa inquietação à humanidade. Pelo que se percebe e se anuncia, em pouco tempo, o corpo humano será dotado de sensores para, numa rápida leitura biométrica, fornecer informações a respeito de todos os estímulos, emoções, sensações que passam no interior da pessoa, fazendo revelações até mesmo desconhecidas pelo próprio ser humano.

Nesta linha de raciocínio, a máquina pode traduzir um difícil e complexo texto que causaria aflição além de enorme grau de dificuldade ao mais experiente profissional, porém, não irá compreender o seu significado. De Mais (2000, p. 107) esclarece que “as máquinas, por mais sofisticadas e inteligentes que sejam, não poderão jamais substituir o homem nas atividades criativas”.

A sempre ponderada avaliação de Harari (2018, p. 41), a respeito do futuro da humanidade na contextualização científica, tem plena sustentação:

É crucial entender que a revolução da IA não envolve apenas tornar os computadores mais rápidos e mais inteligentes. Ela se abastece de avanços nas ciências da vida e nas ciências sociais também. Quanto mais compreendemos os mecanismos bioquímicos que sustentam as emoções, os desejos e as escolhas humanas, melhores podem se tornar os computadores na análise do comportamento humano, na previsão de decisões humanas, e na substituição de motoristas profissionais de finanças e advogados humanos.

## **2. O CORPO HUMANO E A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS**

O corpo humano, desta forma, passa a ser um repositório de tecidos e órgãos, mas nítida é a interferência estatal na disposição de vontade da pessoa a respeito da doação de seus órgãos *in vita* ou *post mortem*. A disponibilidade do corpo tem seus limites e somente poderá ocorrer quando, para fins terapêuticos e humanitários, ficar evidenciado o estado de necessidade. Sacrifica-se um bem em

favor de outro, levando-se em consideração o progresso das técnicas médicas que possibilitam uma reposição com considerável margem de sucesso.

Tal objetivo, por si só, faz incrementar o suprimento de órgãos para transplante, pois o número de pessoas aguardando nas filas é bem superior à oferta de órgãos e acarreta o surgimento do mercado paralelo de órgãos humanos. Apesar da Organização Mundial de Saúde (OMS) repudiar o comércio paralelo, observando a regra inscrita na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no sentido de que o corpo humano e suas partes são bens *extra commercium*, sem qualquer perfil negocial, é notório o crescimento de grupos que se destinam a essa atividade ilícita. Por isso a permissão para a realização de transplante deve obedecer a critérios rigorosos, com um incansável controle legal.

O doador, que assume uma dimensão transcendente da sua própria natureza humana, realiza a mais nobre ação humanitária, tal qual pelicano que faz verter seu sangue para alimentar seus filhotes. Neste diapasão, a pessoa, de certa forma, não só se expõe a riscos, mas renuncia à integridade de seu organismo para poder socorrer o próximo, em ambos os casos com a aprovação estatal. Entre a integridade física e a dignidade humana, o Direito ampara a última, pois a disposição do próprio corpo com finalidade altruísta justifica perfeitamente o estado necessário.

Dá-se a impressão que quando vem à baila o assunto transplante de órgãos ocorre um ato atentatório contra a pessoa e seu corpo, ferindo a identidade e a dignidade do ser humano. Mas, na realidade, com a evolução da medicina, com o caminhar progressivo do paciente em tomar sua decisão diante das novas perspectivas terapêuticas, o ato integrou a vida do cidadão, abrindo-se como uma solução para muitas doenças crônicas até então incuráveis. Não se macula um corpo são pelo simples exercício de um estudo ou de uma pesquisa e sim quando, sopesadas todas as condições, for aconselhável a retirada de um órgão para suprir outro comprometido, levando-se sempre em consideração o princípio bioético da beneficência, consubstanciado no *malum non facere*.

### **3. AUTONOMIA DA VONTADE DO DOADOR**

Da mesma forma em que, no tratamento terapêutico prevalece a autonomia do paciente, regida pelo princípio da autodeterminação, a disposição do corpo, suas partes e órgãos ficariam, com igual razão, ao indivíduo. Uma vez que o corpo a ele pertence, poderia direcionar a finalidade que julgar conveniente, prin-

principalmente quando se encontrar lúcido e consciente, diante de uma futilidade terapêutica. Mas, na realidade, não exerce com exclusividade a propriedade de seu corpo. Se for maior, capaz, poderá dispor gratuitamente para fins terapêuticos ou para transplante em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau. Se pretender beneficiar outra pessoa, deverá obter autorização judicial, justamente para se evitar a comercialização paralela de estruturas humanas.

Assim, mais uma vez, ocorre a prevalência do interesse estatal, em detrimento da vontade individual do cidadão. Não se trata de uma regra de proibição, mas sim de disciplina do procedimento. Pretender prevalecer sua escolha em doar os órgãos a determinada pessoa *post mortem*, não terá nenhuma eficácia, pois a vontade que predomina é a do Estado, que regulamentará e indicará o paciente a ser beneficiado. Não é também uma forma de “estatização dos cadáveres”, mas sim um gerenciamento para uma correta distribuição dos órgãos e tecidos humanos às pessoas cadastradas e que aguardam um transplante para ter chance de uma vida digna. Aplica-se aqui o princípio da isonomia ou da igualdade entre as pessoas, levando-se em conta também a gravidade e urgência da moléstia.

Dá-se o nome de transplante ou transplantação ao procedimento cirúrgico pelo qual se insere num organismo, denominado hospedeiro, um tecido ou órgão, colhido de um doador. Autotransplante, assim designado, ou transplante autoplástico, quando é feita a transferência de tecidos de um lugar para outro, no mesmo organismo, como ocorre com as cirurgias de “ponte de safena”. Homotransplante ou transplante homólogo quando se dá entre indivíduos da mesma espécie. Xenotransplante, quando ocorre a transferência de um órgão ou tecido de animal para um ser humano. É certo que, nesse último caso, apesar dos avanços da tecnociênciamédica, muitas experiências deverão ser realizadas para se chegar a um resultado que seja considerado satisfatório. Mais do que isso: se vingar o projeto, muitos problemas éticos serão eliminados, pois o corpo humano deixará de ser a fonte geradora de órgãos.

Também cabe neste espaço a evolução científica a respeito do xenotransplante que, na precisa definição de Coelho (2004, p. 56), é “o transplante de um órgão, ou tecido, ou células de um animal a outro de espécie distinta e é uma das grandes promessas da medicina para suprir as necessidades de órgãos, tecidos e células transplantáveis”.

Recentemente ocorreu um bem sucedido xenotransplante em Nova York, Estados Unidos. No caso específico, realizado por transplantadores de um hospital de Nova York, o estudo científico obedeceu a todas as fases, além de, rigorosa-

mente, atender os princípios norteadores da Bioética para a realização do procedimento invasivo.

A paciente, quando viva e lúcida, havia assinado um documento em que registrou sua vontade de ser doadora de órgãos *post mortem*. Com a decretação de sua morte encefálica a equipe médica consultou os familiares que endossaram seu consentimento. Prevaleceu, desta forma, a autonomia da vontade da paciente, reforçada ainda pela adesão dos familiares, revelando, de forma inequívoca, a vontade de se oferecer como doadora, mesmo em se tratando de transplante realizado em pessoa já morta, mas suficiente para avaliar o órgão transplantado.

O benefício resultante do estudo é infindável e deixou transparecer que o estudo merece continuidade uma vez que trouxe dividendos favoráveis à saúde humana, apesar do pouco tempo em que o rim permaneceu atrelado ao corpo da doadora, com visível resultado mais do que satisfatório. É evidente que há ainda uma longa trajetória científica a ser percorrida, mas, pelo menos para o momento, reacende a esperança de encontrar mais uma opção, que certamente trará inúmeros benefícios para o homem.

E, mais recentemente ainda, também em caráter experimental, foi realizado com aparente sucesso o xenotransplante do coração de um porco modificado geneticamente para um paciente que se encontrava em estágio de insuficiência cardíaca terminal, sem chances com medicamentos e procedimentos convencionais. Tratava-se de *last try*.

Apesar de o xenotransplante ter sido considerado inicialmente bem sucedido, uma vez que o paciente, que contava com 57 anos de idade, não apresentou qualquer rejeição e até mesmo recebeu alta hospitalar, sem causa justificada – até o momento da entrega deste estudo - veio a óbito após dois meses da cirurgia.

A edição genética, mesmo assim, foi considerada exitosa e representa significativo avanço na área do xenotransplante, que tem como um dos objetivos solucionar a escassez de órgãos para o procedimento.

Pode ser considerado um marco científico que carrega esperanças para a humanidade, mas, por trás do biombo, há ainda uma série de desafios médicos a serem enfrentados e discussões éticas de vários matizes a respeito da cirurgia. É de se frisar que as entidades de defesa dos direitos de animais já começaram a se manifestar contra a prática ainda em fase de pesquisa.

O Editorial do Jornal *Folha de São Paulo*, a tal respeito, assim se manifestou:

Num planeta que sacrifica 1,5 bilhão de porcos a cada ano para alimentação, é difícil sustentar que não podemos matar mais alguns milhares com o objetivo eticamente mais relevante de salvar vidas.

Mas, se por um lado há a abertura para favorecer a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, transformando o doador em vida como agente definidor, há também limitações impostas a essa faculdade. Da mesma forma, se em vida alguém pretender firmar documentos público ou privado antecipando sua vontade em doar seus órgãos *post mortem* nenhuma validade terá tal manifestação de vontade, pois a legitimidade para tanto se desloca para os parentes e cônjuges, consoante determina a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, em seu artigo 4º.

As reiteradas transformações das pesquisas médicas, numa evolução constante, obrigam a edição de mais leis para atender inúmeras solicitações que vão surgindo no campo dos transplantes. Novas estratégias de captação de doadores, sempre com o perfil de voluntariedade, também favorecem a conscientização da sociedade. Tanto é que o País vem experimentando uma significativa taxa de crescimento na realização de transplantes, com resultados altamente significativos, comprovados por dados oficiais que podem ser pesquisados junto à Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos.

Ocorre que a decretação da pandemia pelo coronavírus - causadora de inúmeros percalços em praticamente todas as áreas de atuação do ser humano - afetou drasticamente os altos índices atingidos de transplantes, reduzindo-os a um patamar de muita preocupação. A título de exemplo, familiares consultados após a decretação da morte encefálica não demonstravam interesse na doação de órgãos do parente tendo em vista a recomendação do sepultamento com a necessária urgência, além da inevitável diminuição de leitos nos hospitais para acolher os transplantados.

O primeiro e até o mais importante predicado que reveste o homem é relacionado com a autonomia da sua vontade, no sentido de atribuir a ele, com o discernimento necessário, as melhores condições para se definir diante das opções criadas pela sua própria volição.

A corporeidade vem a expressar a realidade singular do homem. É ele proprietário de um patrimônio chamado corpo humano, detentor de seus atos, administrador deste inesgotável latifúndio, que vem revestido de uma tutela especial que lhe confere personalidade e o torna sujeito de direitos e obrigações. Ao mesmo tempo em que é um patrimônio individualizado, sofre ingerências a

respeito de sua plena utilização. Numa expressão mais adequada e atendendo ao conceito hodierno do “homem-corpo”, pode-se dizer que:

[...] por corpo entendemos aquela dimensão do Homem em cuja base ele se institui no quadro dos entes empíricos. Neste sentido, ele é algo que se pode observar e algo que pode ser alvo de experiências, quer na sua estrutura, quer no seu comportamento. Entenda-se bem: não se trata de uma colocação local, extrínseca, mas radical e original, na qual se define a sua origem e constituição, a sua manutenção, o seu declínio e o seu fim (LEONE; PRIVITERA e CUNHA, 2001).

Autonomia, apesar de passar a noção de independência e liberdade para a pessoa realizar todas as suas vontades, carrega um freio atrelado ao poder estatal ou à terceira pessoa, que se diz prejudicada com a decisão. De Estéfani (2008), professor da Facultad de Derecho Uned e membro do Grupo de Investigación em Derechos Humanos y Bioética de Madri, com muita propriedade acentuou que *“la autonomía exige que se reconozca la decisión libre de los individuos sobre sus propios intereses siempre que no afecte a terceros”*.

A volição, como condição da pessoa decidir a respeito de seus atos, passa a ser a esfera mais importante da mente humana. O termo *nous*<sup>2</sup> grego, como sendo o centro de todo o conhecimento, a força determinante representando a autonomia e a liberdade, é o ponto fulcral quando se fala em autonomia da vontade. O cérebro é um local de armazenamento de todas as informações importantes captadas durante a vida e a base de controle para selecionar este ou aquele comportamento. Nicolelis (2011), neurocientista brasileiro com projeção internacional, acentuou que “o cérebro humano especializou-se na fina arte de incorporar ou assimilar os próprios artefatos que ele cria como uma extensão contínua dos modelos mentais que definem o corpo que ele silenciosamente habita”.

O Código de Ética Médica do Brasil, acatando o pensamento mundial que rege a matéria, estabeleceu um verdadeiro e ativo canal de comunicação entre o médico e o paciente. A indagação reiterada constantemente procura saber até onde alcança a autonomia da vontade do paciente. É sabido que o médico

---

<sup>2</sup> Os gregos, mais racionais, elegiam o cérebro como o administrador geral do corpo humano. E com razão eles. A volição, as ordens, a manipulação de todo sistema nervoso, dos órgãos sensoriais, são ditadas pelo cérebro. Denominavam *nous* o espírito infinito e independente que representava a inteligência, a mente ou o intelecto, figurando como governador dos seres vivos. Aristóteles, em suas obras, sempre associava a *nous* ao intelecto, como a fonte produtora do saber.

é dotado de conhecimento especializado sobre determinada área e sua palavra é de vital importância para a solução da doença apresentada, de forma eficaz, com baixo ônus financeiro e um tempo diminuto. Pode, às vezes, não coincidir com a opinião do paciente, que opta por um determinado procedimento, em razão da liberalidade existente na *Patient Self-Determination Act*. Esta parceria de decisão que se forma a respeito do tratamento mais adequado nada mais é do que a conjugação das alternativas de ações apresentadas pelo médico e a escolha livre e autônoma do paciente. Se, por ventura, for anunciada somente uma possibilidade para o tratamento, não há que se falar no exercício do direito da autonomia da vontade. É uma decisão peremptória, que não admite outra escolha, a não ser, é claro, a recusa ao próprio tratamento sugerido.

Desta forma, no círculo de sua autonomia, o homem, em tese, é senhor do próprio corpo. Uma afirmação temerária, pois dele não pode dispor diante de algumas situações específicas. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos apregoa que o corpo humano e suas partes são bens *extra commercium*, norma essa reiterada pela Constituição brasileira e pela legislação ordinária.

Toda pessoa capaz é dotada de plenas condições para gerir seus atos nas questões civis. O indivíduo pode fazer tudo o que é permitido e ninguém se vê obrigado a realizar o que a lei não manda, de acordo com o preceito constitucional (art. 5º, II, CF). Ocorre que as limitações são impostas pelo próprio poder público que confere a relativa liberdade.

A Constituição Federal do Brasil, após assegurar que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a respeito da remoção de órgãos humanos, dispõe taxativamente no § 4º do artigo 199:

Art. 199, §4º. 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.

O homem, fim e valor em si mesmo, centro e ponto de convergência de todas as ações, dotado da capacidade volitiva e intelectual, detentor de uma supremacia própria, exerce sua condição de sujeito moral, com autonomia decisiva própria, buscando todos os meios para o desenvolvimento de sua inalienável dignidade. Daí que a Constituição Federal, quando estabelece os objetivos da República Federativa, não faz nenhuma distinção com relação ao ser humano,

considerando a igualdade entre ele e proibindo preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CF).

O texto reflete a preocupação do legislador constitucional ao traçar em um só parágrafo várias condutas envolvendo o transplante de órgãos humanos. Em primeiro plano, deixa transparecer que a remoção só será permitida quando tiver por finalidade a realização de transplante, pesquisa e tratamento, nos moldes a serem propostos pela lei ordinária, que estabelecerá todas as condições e requisitos. Em segundo, faz ver que a coleta e o processamento de sangue e derivados serão gerenciados também por lei esparsa. Em terceiro, insere a norma proibitiva que será reiterada posteriormente na legislação no sentido de que fica proibido qualquer tipo de comercialização com o material coletado.

Nesta linha de pensamento, em que se outorga ao homem poder de decidir a respeito dos assuntos que lhe são pertinentes, coloca-se em discussão sua autonomia decisória a respeito de doar os órgãos, tecidos, partes e até mesmo seu corpo *post mortem*. Será que é detentor exclusivo do direito de consentir a respeito da doação de seus próprios órgãos? Será ele o único proprietário deste latifúndio chamado de corpo humano ou divide a titularidade com o cônjuge, ascendente ou descendente? Não será, na realidade, um mero possuidor de seu corpo, enquanto a propriedade ganha um caráter eminentemente público e passa para o domínio estatal?

Assim, o corpo humano, de regra, com a devida aquiescência de seu titular, devidamente esclarecido, pode ser alvo de experiências médicas e científicas que busquem condições melhores para a saúde e a vida. Pode, também o titular, com sua aprovação em vida, doar órgãos, tecidos e partes do seu corpo, desde que sejam procedimentos que não coloquem em risco sua saúde. Porém, *post mortem*, não será reconhecida nenhuma manifestação de vontade expressa pelo titular em vida para doação de seus órgãos.

A autonomia, consistente na faculdade de regência da própria vida, compreendendo as vivências familiar, social, profissional e espiritual, não deixa de ser uma conquista ética e reveladora do livre arbítrio que impera entre os seres dotados de inteligência. A volição é fator preponderante para o homem se firmar como ser pensante e independente.

O homem carrega um dinamismo constitutivo que irá girar como um caleidoscópio em cada fase de sua vida. Recebe influências de várias ordens e decidirá, dentro de um critério de conveniência, qual a cor que adotará para exercer sua vontade livre para perseguir os objetivos traçados em sua vida. O homem reflete e se locupleta de energia canalizadora, guia de seus passos. Assim, como

define Blanco (2004, p. 474), “*la constitución de la voluntad está determinada por el conocimiento, que le presenta un objeto bajo la razón de bien (ratio boni)*”.

A criativa Lei do Progresso Ético da Humanidade projetada pelo filósofo espanhol Marina (2008), assinala de forma inteligente e sem contestação:

Qualquer sociedade, cultura ou religião, quando se libera de cinco obstáculos – a miséria extrema, a ignorância, o medo, o dogmatismo e o ódio ao vizinho – encaminha-se para um padrão ético comum, que se caracteriza pela afirmação dos direitos individuais, a luta contra a discriminação injustificada, a participação do povo no poder político, o fomento do diálogo racional, as garantias legais e as políticas de assistência.

O corpo humano, nesta linha de raciocínio, nada mais é do que um instrumento deambulatório, uma perfeita articulação entre o sistema bioquímico e orgânico, regulado pelas decisões do cérebro, que passa a ser o centro nervoso do comando das ações. Um verdadeiro escudeiro quixoteano. Faz lembrar o relato feito pelo imperador Adriano a Marco, de forma sincera e realista, na obra de Yourcenar (2005), diz ele:

[...] esta manhã, pela primeira vez, ocorreu-me a idéia de que meu corpo, este fiel companheiro, este amigo mais seguro e mais meu conhecido do que minha própria alma, não é senão um monstro sorrateiro que acabará por devorar seu próprio dono.

Sob esse prisma, o homem é detentor de sua autonomia. Não plena, no entanto, embora o conceito de liberdade integre a ambicionada independência. Dizer que reina a liberdade em sua conceituação filosófica é uma utopia desmedida, uma vez que ela estabelece limites entre as pessoas, justamente para favorecer a harmonia social. Resta a liberdade interior do indivíduo, que por se localizar na esfera de intimidade exclusiva não pode ser invadida, porém, se materializada exteriormente, passa pelo crivo da admissibilidade social e pode ser impugnada.

A autonomia da vontade da pessoa surge como corolário do *principium individuationis* e recebe o assentimento da Bioética, que o erigiu como um dos princípios basilares. A nova ciência teve sua raiz lançada no ano de 1947, no Julgamento de Nuremberg, em razão da reflexão imposta a respeito das barbáries cometidas durante as guerras mundiais envolvendo pesquisas com seres humanos, sem qualquer critério e autorização. No ano seguinte foi editada a

Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Código de Nuremberg, documentos que criaram uma nova era para os direitos individuais e coletivos, com uma dimensão mais humana e digna à pessoa.

A medicina regenerativa ocupa o palco principal das necessidades sociais. Não é um produto colocado à venda e muito menos a promessa de sonhos inatingíveis. A realidade aponta para avanços notáveis da instrumentalidade operacional, da nanotecnologia, de técnicas quase que perfeitas de abordagem cirúrgica, dos transplantes de órgãos e tecidos humanos, que, cuidadosamente, devem passar por um crivo de admissibilidade do paciente. Este contato entre o agente vulnerável e a ciência médica faz nascer o conceito de bioética, que não só defende a vida, como, também, defende a qualidade de vida. O paciente passa a ser parte integrante e ativa não no equacionamento do seu mal, mas sim em saber quais são as opções clínicas e cirúrgicas para o seu tratamento. Já foi o tempo em que o médico tratava o paciente, como um sujeito passivo de suas ações, o alvo de sua intervenção profissional.

A sempre diligente Diniz (2011), com a sagacidade que lhe é peculiar, acentuou que a bioética:

[...] é um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Para tanto abarcaria pesquisas multidisciplinares, envolvendo-se na área antropológica, filosófica, teológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política etc., para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia etc., decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou a integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações.

A disponibilidade do corpo, analisada sob a ótica da bioética, é possível, mas desde que, com base nos princípios da autonomia e beneficência, haja concordância do doador e que a finalidade seja terapêutica ou humanitária, que reverta em um benefício significativo, com o mínimo risco. Há uma severa avaliação entre os bens que estão em jogo e a proporcionalidade mais benéfica ditará a conduta correta.

#### 4. RESTRIÇÕES LEGAIS

O Código Civil brasileiro, por seu turno, no capítulo que trata dos direitos da personalidade, traz em seu artigo 13 e parágrafo único a seguinte regra:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. “O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

A regra é a proibição *in vita* da disposição do próprio corpo, conforme se deduz do texto legal, nos casos em que provocar qualquer dano à integridade física ou que resistir às regras dos bons costumes. Trata-se de norma mandamental proibitiva do exercício de disposição do próprio corpo. Coloca-se um fim a qualquer questionamento a respeito da propriedade absoluta do corpo, a não ser que seja em decorrência de exigência médica, que, também, deverá ser previamente delineada pelo próprio Estado. Se, de um lado, há a tutela legal individualizada ao cidadão, de outro, há restrições impostas em razão dos objetivos morais e éticos decorrentes da legislação.

O permissivo legal inserido no parágrafo aponta para a realização de transplante, na forma estabelecida em lei especial. A leitura que se faz, portanto, é a da indisponibilidade do próprio corpo, aceitando-se, como exceção, a intervenção mediante transplante. O Estado se apresentaria, desta forma, como um coproprietário do corpo do indivíduo. Durante muito tempo prevaleceu o entendimento de que o homem exerce direito de propriedade sobre seu corpo e qualquer violação a ele dependeria da concordância expressa do seu titular.

Porém, como muito bem observam Sá e Naves (2009):

[...] inaceitável tratar o corpo humano e a integridade física como direito de propriedade, já que, sendo proprietário, o homem teria o amplo poder de disposição. Daí que a mutilação e a destruição do próprio corpo resultariam autorizadas.

A doação de órgãos e tecidos no Brasil é regulamentada pela Lei nº 9.434/97. Na modalidade *inter vivos*, em que qualquer pessoa capaz poderá consentir, na impossibilidade, seu representante legal, desde que se trate de órgãos duplos

(rins, por exemplo) ou partes renováveis do corpo humano, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge, parentes consanguíneos até o quarto grau, ou qualquer outra pessoa, mas dependendo nesse caso de autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. Sempre e sempre título gratuito, em razão do disposto no artigo 199 § 4.º da Constituição Federal e da Lei n.º 9.434/97, em seu art. 1.º.

A norma legal deixou transparecer que a doação *inter vivos* é permitida, desde que tenha por finalidade a realização de transplantes ou fins terapêuticos, desde que se trate de órgãos duplos ou partes renováveis do corpo, envolvendo pessoa capaz, ou seu representante legal para a devida autorização e que o beneficiado seja o cônjuge, ou parentes consanguíneos até o quarto grau. Se se tratar de pessoa que foge do trato familiar especificado, há necessidade de obtenção de autorização judicial, vez que a consentida pela pessoa capaz ou seu representante legal não tem nenhuma valia. Mas se a pessoa que for doar for juridicamente incapaz, mesmo após ter sido constatada sua compatibilidade imunológica nos casos de transplante de medula óssea, além de autorização dos pais ou responsáveis legais, deve vir acompanhada de autorização judicial, que se apresenta como um plus garantidor do ato. E, se por ventura, um dos genitores for declarado ausente, o outro solicitará o suprimento judicial da outorga genital.

A disponibilidade do próprio corpo com a finalidade altruísta visa, de um lado, resguardar e limitar os riscos do doador e, de outro, evitar eventual comercialização de órgãos. Mas a lei, talvez editada com certa urgência, esqueceu-se de contemplar a doação de órgãos e tecidos humanos nos casos de adoções.

Com relação à disposição gratuita do próprio corpo, *post mortem*, estabelece o artigo 14 do Código Civil:

Art. 14. É válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único: O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”.

A doação *post mortem*, por seu turno, será efetivada com a autorização do cônjuge ou parente capaz, na linha reta ou colateral até o segundo grau, exigindo a lei que a equipe médica responsável declare a morte encefálica do paciente, em razão da cessação das células responsáveis pelo sistema nervoso central. Permanece, no entanto, o batimento cardíaco, imprescindível para a retirada de órgãos ou tecidos. A Lei n.º 9.434/97 definiu o conceito de morte, ajustando-o

à falência da atividade encefálica e não à vida biológica, regida pelo batimento cardíaco.

O Brasil regulamentou o início da vida humana, que se dá com a concepção *in utero*, quer dizer, quando se tratar de fertilização *in vitro*, com a manipulação dos gametas masculino e feminino e o conseqüente congelamento dos embriões, não há vida e sim um conjunto de células procriativas. No instante em que ocorrer a transferência para o útero, inicia a *spes vitae*<sup>3</sup> A morte ocorre em razão da falência da atividade encefálica, permitindo com tal decretação a extração de órgãos e tecidos humanos.

Exige a lei que o ato seja representativo da solidariedade humana, revestido sempre de gratuidade. Do contrário, estaria aberta a possibilidade de se realizar comércio com órgãos e tecidos humanos, fazendo com que muitos dos chamados investidores sejam atraídos pela banalização do ser humano. Às vezes, vê-se anúncio em jornais em que uma pessoa coloca à venda, alegando estado de necessidade financeira, um de seus rins, deixando o endereço para a negociação. Cogitou-se, através de projeto legislativo, possibilitar ao presidiário servir de doador de órgãos e em troca receberia comutação de sua pena. São situações que confrontam com o princípio ético que reveste o ser humano na sua dignidade e desprestigiam a própria raça humana. O homem continua a encher a boca para falar de vantagens, mas esvazia o coração de solidariedade.

A rigorosa exigência legislativa tem seu fundamento no controle do procedimento médico que, com base do princípio da Justiça, proporciona a qualquer pessoa o direito de receber órgãos ou tecidos humanos, independentemente de sua situação financeira. Do contrário, somente os favorecidos teriam acesso ao procedimento regenerativo

O Código de Ética Médica, já referido, em seu artigo 44, traz uma obrigatoriedade ao médico responsável pelo procedimento no sentido de esclarecer tanto o doador como o receptor ou, se for o caso, seus representantes legais, sobre os riscos decorrentes dos exames e intervenções cirúrgicas para a realização de transplante de órgãos. Tal determinação casa com o princípio bioético da autonomia da vontade do paciente.

É interessante observar que a lei que regia o transplante determinava uma presunção de doação, conhecida como “silêncio consentimento”, isto é, toda

---

<sup>3</sup> O julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0 – Distrito Federal - intentada pela Procuradoria Geral da República, que pretendeu fulminar de ilegalidade o artigo 5.º da Lei 11.105/2005, conhecida por Lei de Biossegurança, trouxe não só uma nova visão ética da leitura jurídica que se faz a respeito do começo da vida, como também inovou na instrumentalização utilizada pela Corte Suprema para exarar seu entendimento.

pessoa seria originariamente doadora, a não ser que se manifestasse expressamente em sua Carteira de Identidade ou na Carteira Nacional de Habilitação, com a expressão: “não doador de órgãos e tecidos”. Por ser a doação um ato de solidariedade humana não pode ser acompanhado de coercibilidade e sim de espontaneidade.

Visando eliminar o caráter de obrigatoriedade, a Lei nº 10.211/2011 eliminou o preceito previsto na lei anterior e o novo texto ficou assim explicitado:

Art. 4º. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Desta forma, se a pessoa em vida, deixou registrado documento no sentido de que pretende doar seus órgãos *post mortem*, é possível uma revisão da decisão por parte dos familiares, anulando-a por completo. Isto demonstra que a autonomia da vontade da pessoa sofre severa limitação em se colocar como eventual doador. O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1857, permite a realização da vontade do testador, que, no gozo de suas faculdades de discernimento, estabeleça a disposição sobre a totalidade de seus bens ou parte deles e até mesmo a respeito de vontade não patrimonial, no caso, por exemplo, de reconhecimento de filho ou de união estável. Assim, sua vontade é respeitada e executada. Sem validade, porém, com relação à doação de órgãos *post mortem*.

Mais um Decreto Presidencial, que levou o número 9.175/2017, regulamentou a Lei nº 9.434/97 e trouxe consideráveis e necessárias mudanças ao texto original, visando dar maior celeridade e garantia para que os procedimentos sejam realizados com pleno êxito, levando-se em consideração que o Brasil figura em posição privilegiada na lista dos países que mais realizam transplantes no mundo.

Ficou definitivamente descartada a “doação presumida”, que representava a manifestação de vontade da pessoa em doar seus órgãos *post mortem*, devidamente anotado em sua Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação, alterada pela Lei nº 10.211/2001, como constava no Decreto anterior que regulamentava a lei de doação de órgãos.

Hoje prevalece, definitivamente, a vontade da família para autorizar a retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, após a morte, para fins

de transplante, compreendendo aqui a pessoa do cônjuge, companheiro ou de parente consanguíneo, maior e juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, materializado na assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Se se tratar de incapaz falecido, o documento será assinado por ambos os pais, se vivos, ou do detentor do poder familiar exclusivo, da tutela ou curatela.

Tanto é assim que todas as campanhas de incentivo para os doadores orientam a conversa entre os familiares a respeito de eventual doação. É muito mais fácil para o parente decidir, uma vez que ele é o responsável para cumprir a manifestação de vontade do doador.

É bom observar que a união homoafetiva, com caráter de entidade familiar, conferiu aos homossexuais igualdades incondicionais, inclusão, cidadania sem preconceitos e discriminação, quer seja por gênero quer seja por orientação sexual, dentre elas a legitimidade para se manifestar a respeito de possível doação de órgãos do companheiro falecido. Outra alteração interessante e de cunho mais prático e célere reside na exclusão de um médico neurologista para decretar a morte encefálica, exigência que emperrava o procedimento. Agora os médicos capacitados e integrantes da equipe especializada poderão fazer o diagnóstico com base nos critérios definidos em resolução pelo Conselho Federal de Medicina.

Providencial, também, levando-se em consideração a logística para o transplante, a iniciativa do Ministério da Saúde em poder requisitar o apoio à Força Aérea Brasileira, que manterá permanentemente uma aeronave exclusiva para o transporte de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, até o local onde será feito o transplante.

## CONCLUSÃO

A evolução científica faz com que o homem se aproxime cada vez mais da longevidade. Não se busca a imortalidade vivida pelo personagem Conde Fosca, que superou a morte no livro *Todos os homens são mortais*, de Simone de Beauvoir.

Sabedor que é de sua finitude, o homem pretende prolongar sua existência, fazendo uso de recursos terapêuticos e até mesmo das diversas modalidades de transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

A ética e a bioética lançam seus olhares e vão estabelecer os limites da razoabilidade. A ética, como sendo a responsável pela conduta correta, ajustada socialmente, busca a aprovação harmônica do procedimento. A bioética, por sua vez, analisará se as condutas reparatórias por meio dos transplantes são necessárias e convenientes para o homem. Seria uma adequação do custo e benefício, prestigiando sempre a margem de segurança e garantia para o homem, nos limites do *primum non nocere*.

O posicionamento jurídico, finalmente, vai regulamentar e executar os pensamentos éticos e bioéticos, consagrando-os num quadro de leis. É sabido, desde quando Montesquieu escreveu *O espírito das leis*, que a lei exerce uma função restritiva e, ao mesmo tempo, cogente, para atender suas finalidades sociais.

A autonomia da vontade da pessoa sofre limitações na legislação referente ao transplante. Se, na área cível, a pessoa tem liberdade para firmar documentos públicos ou privados a respeito de doação de seus bens ou até mesmo o reconhecimento de filho havido fora do casamento, com total legitimidade e aceitabilidade, o mesmo ato de vontade não produz qualquer efeito com relação à doação de órgãos.

Há uma nítida intervenção estatal coibindo a doação desmedida *in vita* e *post mortem*, de acordo com o ordenamento legal. Além das exigências apontadas para a realização de transplante, aqueles que, profissionais da saúde ou seus auxiliares e até mesmo terceiros, de forma consciente, burlarem suas normas, estão sujeitos a processo criminal, com a aplicação de penalidades restritivas ao direito de liberdade. Tais restrições surgem como inevitáveis e têm por finalidade evitar a prática do comércio ilegal de órgãos e tecidos humanos.

O programa de transplante no Brasil, apesar de ter galgado vários patamares, não atingiu ainda o número ideal, mais próximo da realidade que se espera. Se, de um lado falta uma divulgação mais consistente a respeito da doação de órgãos, de outro a decretação da morte encefálica esbarra em vários obstáculos administrativos e funcionais. É mais fácil deixar o paciente perecer do que tomar as providências médicas para a decretação da falência da atividade encefálica, que exige uma presença constante do profissional da saúde, sabendo-se que com tal procedimento, será aberto um caminho para tentar convencer os familiares a doarem os órgãos.

A conscientização da comunidade, que vai assimilando as restrições impostas à autonomia da vontade, da especialização de mais equipes de captação e distribuição de órgãos, a outorga de autorização a outros centros de saúde

para a prática do procedimento são fatores indicativos da aprovação e dos bons resultados atingidos pelas equipes de transplantes do Brasil.

## REFERÊNCIAS

BLANCO, Guillermo P. **Curso de antropologia filosófica**. Buenos Aires: Educa, 2004, p. 474.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm). Acesso em 24 fev. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 24 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Institui o Código de Ética Médica. Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/biblioteca/codigo-de-etica-medica-resolucao-cfm-no-2-217-2018/>. Acesso em 24 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 24 fev. 2022.

COELHO, Mário Marcelo. **Xenotransplante** – ética e teologia. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 56.

COSTA, Luísa Costa. Transplante de porco para humano é um marco, mas está longe de virar solução médica. **Super Interessante**. Publicado em 12 jan. 2022. Disponível em: <https://super.abril.com.br/sociedade/transplante-de-porco-para-humano-e-um-marco-mas-esta-longe-de-viar-solucao-medica/>. Acesso em 22 fev. 2022.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo** – Entrevista a Maria Serena Palieri. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 107.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTÉFANI, Rafael Junqueira de. (Director). **Bioética Y Bioderecho reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos**. Granada: Editorial Comares, 2008.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.41.

JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. **Coração de porco**. Editorial, 30 de janeiro de 2022, p. A2.

LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore; CUNHA, Jorge Teixeira da. **Dicionário de Bioética**. Aparecida: Editora Santuário, 2001.

MARINA, José Antônio. **O quebra-cabeça da sexualidade**. Tradução de Diana Araújo Pereira. Rio de Janeiro: Guarda-Chuva, 2008

MURARO, Rose Marie. **Os avanços tecnológicos e o futuro da humanidade: querendo ser Deus?** Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

NICOLELIS, Miguel. **Muito além do nosso eu: a nova neurociência que une cérebros e máquinas e como ela pode mudar nossas vidas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 72.

TAMMARO, Rodrigo. Rim de porco é esperança para quem aguarda por transplante. **Jornal da USP**. Publicado em 3 nov. 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/rim-de-porco-e-esperanca-para-quem-aguarda-por-transplante/>. Acesso em 26 de fev. 2022.

UOL. Homem que recebeu 1º transplante de coração de porco morre nos EUA. Publicado em 9 mar. 2022. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2022/03/09/homem-que-recebeu-co-racao-de-porco-em-transplante-morre-nos-eua.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 9 de mar. 2022.

YOURCENAR, Marguerite. **Memórias de Adriano**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.



# NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA THEMIS

*Seguem abaixo as normas para publicação na REVISTA THEMIS:*

**Inédito:** É necessário que o artigo seja inédito

**Autores/titulação:** Serão aceitos artigos produzidos por autores com titulação acadêmica “*stricto sensu*” (mestres ou doutores). Caso o interessado não possua tal titulação, poderá produzir o artigo em coautoria com algum destes.

**Remessa do artigo para:** paulobaria@fadac.com.br

**Dúvidas:** entre em contato conosco – Paulo Baria: (17) 3216.3472 ou WhatsApp: (17) 9.9739.4019

## **Regras para elaboração e formatação do artigo:**

1. Título e subtítulo (se houver, devem ser separados por dois pontos): em português e inglês;
2. Área e subárea do Direito;
3. Autor(es) e coautor(es);
4. Qualificação do(s) autor(es) (e coautor(es)) contendo: nome, titulação acadêmica e profissional e e-mail que será divulgado;
5. Resumo em português e inglês (com 100 a 200 palavras cada), contendo o campo de estudo, o objetivo, o método, os resultados e a conclusão;
6. Palavras-chave em português e inglês (5 para cada idioma);
7. Sumário (antes de iniciar o texto);
8. Texto com mínimo de 10 e máximo de 20 páginas;
9. Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entrelinhas 1,5;
10. Margens esquerda e superior em 3 cm, direita e inferior em 2 cm;
11. Sistema de referências ao final do artigo, seguindo o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;
12. Eventuais figuras e tabelas devem ser inseridas no corpo do texto e não ao final;

13. Notas devem ser inseridas no rodapé da página onde foi citada, em tamanho 10 e fonte Times New Roman;
14. Pequena conclusão (no máximo 300 palavras);
15. Referências bibliográficas utilizadas no artigo;
16. Serão aceitos artigos redigidos em português, inglês, espanhol, italiano, francês e alemão;
17. As regras para publicação estão disponíveis no site da instituição: [www.revistathemis.com.br](http://www.revistathemis.com.br)

A elaboração do artigo pelo convidado pressupõe exclusiva autoria (ou coautoria) e, com esta remessa, fica já autorizada a publicação do artigo, cujos direitos autorais serão cedidos, neste ato, à Revista Themis, de forma não onerosa.

A publicação do artigo fica ainda condicionada à aprovação irrecorrível do Conselho Editorial da Revista, que decidirá sobre eventuais questões omissas nas regras de publicação, observando-se o art. 23 do Regulamento da Revista.

**Paulo Cesar Baria de Castilho**  
**Editor-Chefe**



## Nesta edição:

Bruno Camargo Romanelli

Bruno Henrique Cordeiro de Souza

Elisa Néri Ribeiro de Carvalho Romero Rodrigues

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

Francielli Honorato Alves

Gentil de Faria

Jorge Pinheiro Castelo

Juan Raso Delgue

Paulo Sérgio Romero Vicente Rodrigues

Renato Müller da Silva Opice Blum

Vicente de Paula Ataíde Junior