

**HUMANIZAÇÃO DO
DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**
PERSPECTIVAS E DESAFIOS

Organizadores

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa
Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
Adriano Marteleto Godinho

Coordenação Científica

Rodrigo Toscano de Brito
Pedro Pontes de Azevedo
André Gomes Alves
Juliana Fernandes Moreira
Alfredo Rangel Ribeiro

HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

PERSPECTIVAS E DESAFIOS



Grupo de pesquisa cadastrado no Cnpq
Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional
Pesquisa financiada pela Capes



Florianópolis – 2014

Editora CONCEITO EDITORIAL

Presidente
Salézio Costa

Editores
Orides Mezzaroba
Valdemar P. da Luz

Assistente Editorial
Lourdes Fernandes Silva

Capa e Diagramação
Paulo H. Benczik

Conselho Editorial
André Maia
Adriana Mildart
Aline de C. M. Maia Liberato
Carlos Alberto P. de Castro
Cesar Luiz Pasold
Diego Araujo Campos
Edson Luiz Barbosa
Fauzi Hassan Choukr
Jacinto Coutinho
Jerson Gonçalves C. Junior
João Batista Lazzari
Jonas Machado Ramos

José Antônio Peres Gediél
José Antônio Savaris
Lenio Luiz Streck
Marcelo Alkmim
Martonio Mont'Alverne B. Lima
Michel Mascarenhas
Renata Elaine Silva
Samantha Ribeiro Meyer Pflug
Sérgio Ricardo F. de Aquino
Theodoro Vicente Agostinho
Vicente Barreto
Vladmir Oliveira da Silveira
Wagner Balera

Catálogo na Publicação: Bibliotecária Cristina G. de Amorim CRB-14/898

H918

Humanização do Direito Civil Constitucional: Perspectivas e desafios – Organizadores:
Adriano Marteleto Godinho; Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa; Maria Luiza
Pereira de Alencar Mayer Feitosa - Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.
352p.

ISBN 978-85-7874-401-4

1. Direito Civil Constitucional 2. Direito Civil Humanizado 3. Perspectivas
4. Desafios I. Godinho, Adriano Marteleto II. Costa, Ana Paula Correia de
Albuquerque da III. Feitosa, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer (organizadores).

CDU – 347

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.
A violação dos direitos autorais é punível como crime, previsto no Código Penal e
na Lei de direitos autorais (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

© Copyright 2014 Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Rua Hipólito Gregório Pereira, 700 – 3º Andar
Canasvieiras – Florianópolis/SC – CEP: 88054-210
Editorial: Fone (48) 3205-1300 – editorial@conceitojur.com.br
Comercial: Fone (48) 3240-1300 – comercial@conceitojur.com.br

www.conceitojur.com.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

1

DIREITOS HUMANOS NA SEARA JUSPRIVATÍSTICA: A TUTELA DA
PERSONALIDADE 11

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
Clarissa Gomes
Priscila Ferreira

2

A CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA À LUZ DO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL 37

Robson Antão de Medeiros
Suênia Oliveira Vasconcelos

3

A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS E AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ 59

Marcos Ehrhardt Júnior

4

O PAPEL DA BOA-FÉ NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: ABUSO
DE DIREITO, TUTELA DA CONFIANÇA E SUA CONCREÇÃO NA
JURISPRUDÊNCIA 93

Adriano Marteleto Godinho
Ellen Imperiano de Amorim
Luana Cavalcanti Porto
Renato Braga Tavares

5

ADIMPLEMTO SUBSTANCIAL: A BOA-FÉ OBJETIVA EM CONCRETO ..113

*William Bispo de Melo
Sterfesson Higo de Lima Ferreira
Pedro Pontes de Azevedo.*

6

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA NACIONAL DE FORTALECIMENTO DA AGRICULTURA FAMILIAR (PRONAF) COMO MOTOR DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL..... 139

*Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa
Sandra Terto Sampaio Rodrigues*

7

O CONSENTIMENTO INFORMADO E A RESPONSABILIDADE MÉDICA POR AUSÊNCIA OU DEFICIÊNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO AO PACIENTE..... 175

Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha

8

O ACESSO A INFORMAÇÕES E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES PÚBLICOS209

*Rosilene Paiva Marinho de Sousa
Fenando Antônio de Vasconcelos
Bernardina Maria Juvenal Freire de Oliveira*

9

O DANO MORAL COMO EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURÍDICA DA PERSONALIDADE À LUZ DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL235

*Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
Guilherme Pinto do Nascimento
Sterfesson Higo de Lima
Wallace Leonardo de Aguiar*

10

O FENÔMENO DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL INDIRETA COMO INSTRUMENTO DE FUNCIONALIZAÇÃO DA POSSE E DA PROPRIEDADE	251
---	------------

*Adriano Marteleto Godinho
José Humberto Pereira Muniz Filho
Juliane da Silva Heman
Roberto de Oliveira Batista Júnior*

11

RESPONSABILIDADE AFETIVA DOS FILHOS	279
--	------------

*Dimitre Braga Soares de Carvalho
Jéssica Alessandra Barbosa Dantas
ZurisadaiLidna Silva Guedes*

12

NOIVADO COMO FATO SOCIAL E UNIÃO ESTÁVEL COMO ATO JURÍDICO EM SENTIDO ESTRITO	293
--	------------

*Olavo Nóbrega de Sousa Netto
Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
Juliana Fernandes Moreira*

13

DA CATIVIDADE MARCÁRIA COMO NOVO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL	329
--	------------

André Luiz Cavalcanti Cabral

APRESENTAÇÃO

Criado em 2012 no âmbito da Universidade Federal da Paraíba, por iniciativa de seus docentes, o Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional (IDCC) surgiu com o propósito de promover o estudo dos institutos civis, à luz da moderna principiologia do Direito Civil, sempre ancorada nos reflexos operados pelos valores emanados do texto da Constituição da República.

A obra que agora se apresenta é tanto fruto dos debates travados por ocasião do I Seminário do IDCC quanto das pesquisas realizadas por docentes e discentes da UFPB, bem como de outras instituições de ensino do País. Ela nasce como um marco do referido Instituto, revelando, a um só tempo, o viés expansionista das atividades da entidade e a preocupação com o progresso da ciência jurídica, particularmente na seara jusprivatística.

Os treze estudos que compõem este volume, que abarcam as mais variadas esferas do Direito Civil, do Biodireito e do Direito Empresarial, têm em comum o propósito de apresentar uma nova roupagem às instituições de Direito Privado, agora irremediavelmente marcadas pelos movimentos da constitucionalização, da despatrimonialização e da funcionalização. Propõe-se ora a releitura de velhos institutos jurídicos, ora a análise de novos fenômenos, sempre sob o fio condutor da principiologia civil-constitucional.

O papel dos juristas do nosso tempo consiste precisamente em delinear adequadamente o sentido dos institutos civis. Esta é a missão que orienta a edição esta obra. Estão abertos os debates.

1

DIREITOS HUMANOS NA SEARA JUSPRIVATÍSTICA: A TUTELA DA PERSONALIDADE

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa¹

Clarissa Gomes²

Priscila Ferreira³

SUMÁRIO: Introdução - 1. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais - 1.1. Direitos Humanos - 1.1.1. Conceito - 1.1.2. Histórico e Gerações - 1.2. Direitos Fundamentais - 2. Constitucionalização dos Direitos - 3. Tutela dos Direitos da Personalidade - 3.1. Personalidade e Direitos da Personalidade - 3.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana - 3.1.2. Pessoa e Personalidade Jurídica - 3.1.3. Os Direitos da Personalidade: conceito, evolução e características - 3.1.4. Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil - 3.2. Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Direitos da Personalidade - 4. Qual o alcance dos Direitos Humanos na seara jusprivatística - Conclusões - Referências

1 Professora da Universidade Federal da Paraíba. Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba e Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba.

2 Acadêmica do 9º período de Direito da Universidade Federal da Paraíba.

3 Acadêmica do 9º período de Direito da Universidade Federal da Paraíba.

Introdução

O presente artigo se propõe a resolver o seguinte problema: o ser humano, enquanto sujeito de direitos, dispõe de direitos que lhes são intrínsecos à sua própria existência. Dentre eles, estão os direitos da personalidade, assim conhecidos pelos civilistas. Ocorre que os direitos fundamentais passaram recentemente pelo fenômeno da eficácia horizontal, ou seja, direitos que são tradicionalmente oponíveis ao Estado e agora também o são aos particulares. Resta saber se é possível verificar de fato a eficácia horizontal, igualmente, em relação aos direitos da personalidade, determinando seu alcance, âmbito e sujeitos de proteção.

Quem é o homem, ou melhor, o sujeito dos direitos humanos? A noção de homem parece ser um sentido abstrato, mas o que existe é o homem concreto, o cidadão. Com a evolução da humanidade, surgiram problemas relacionados à universalidade desses direitos, fala-se que a expansão dos direitos humanos ultrapassa a noção de homem. São protegidos os direitos do homem não apenas enquanto ser individual, mas de coletividades ou grupos humanos: minorias; mulheres; negros, entre outros.

Por que o homem é titular de direitos? Todo o conjunto dos direitos humanos encontra-se ancorado na concepção de dignidade humana. Esta pode estar relacionada com a ideia de direitos humanos por serem estes direitos necessários à concepção da própria dignidade.

Pois bem, partindo de tal ponto, na doutrina de CARLOS ALBERTO BITTAR pode-se considerar como os da personalidade os direitos reconhecidos ao indivíduo tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade⁴. Não se pode negar, pois, que os direitos da personalidade estão intimamente ligados à concepção de dignidade e, como tais, devem ser protegidos. Tais direitos podem ser analisados em dois planos distintos, quais sejam, entre particulares e face ao Estado.

Enquanto os direitos humanos fundamentais requerem de uma atuação positiva ou negativa do ente público, e são, frequentemente demandados, no plano privado, a seu turno, não são muitos os casos levados aos tribunais, entre nós, a respeito de reflexos privados dos direitos da personalidade⁵.

4 BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7. ed. 1 reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 1.

5 *Ibid.*, p. 37.

Ora, enquanto direitos inatos, relacionados à própria concepção de dignidade humana, os direitos da personalidade devem ser objeto da mais ampla proteção, não apenas na esfera pública, mas também entre particulares.

Todavia, mesmo entendendo que os direitos humanos também são aplicados no plano horizontal, à tutela da personalidade, enquanto direito humano, nas relações privadas ainda se demonstra tímida diante do arcabouço jurídico pátrio.

Desse modo, pretende-se aqui afirmar o caráter humanitário dos direitos da personalidade e demonstrar que, como tais, direitos necessários à concepção de dignidade, devem ser protegidos e aclamados não apenas no plano vertical, face ao Estado, mas também no plano privado, frente a particulares.

1. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

1.1. Direitos Humanos

1.1.1. Conceito

O conceito de direitos humanos ainda é muito discutido dentro da própria doutrina. Há autores que afirmam que são aqueles inerentes ao ser humano, no entanto, todos os direitos pertencem ao homem ou às suas emanções. Outra definição seria que os direitos humanos são aqueles dos quais o homem não pode ser privado do gozo, porém, recai numa seara formalística. Mais além, numa esfera subjetiva, poder-se-ia dizer que são os direitos fundamentais da pessoa humana sem os quais o homem, enquanto indivíduo, não poderia existir ou ter uma existência plena.

Em uma perspectiva terminológica podemos verificar que o texto constitucional utiliza diversas expressões para se referir aos direitos humanos, como: “direitos e garantias fundamentais”, “direitos e liberdades fundamentais”, “direitos fundamentais da pessoa humana”, “direitos da pessoa humana”, “direitos e garantias individuais” e “direitos humanos”⁶. Devido a essa inflação de termos, acabamos por ter uma maior dificuldade na definição do que vem a ser direitos humanos.

6 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 1988.

Parte da doutrina procura diferenciar direitos humanos de direitos fundamentais. “Direitos humanos” seriam os direitos estabelecidos nos tratados internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão “direitos fundamentais” seriam os direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional.⁷

Nas palavras de Comparato, os direitos fundamentais são

[...] os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades as quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados, quando no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais⁸.

No entanto, essa distinção não tem muita importância porque dentro da temática de direitos humanos há uma grande aproximação entre o direito internacional e o direito interno.

1.1.2. Histórico e Gerações

O modo mais tradicional de contar a história dos direitos humanos é a divisão nas chamadas “gerações de direitos”, embora haja críticas a essa denominação, uma vez que o termo “geração” traz consigo a impressão de sucessão, no entanto, o que acontece é um acúmulo de direitos.

O melhor seria chamarmos dimensão ao invés de geração, pois quando um novo direito surge, os anteriores assumem uma nova dimensão, um novo modo de interpretação, não ocorrendo uma sobreposição de direitos como se faz pensar ao visualizar uma sequência de gerações de direitos.

A primeira dimensão envolve os direitos de liberdade (prestações negativas), nas quais o Estado deve garantir a autonomia do indivíduo. CANOTILHO chama de direitos civis e políticos, onde serão definidas as competências entre o Estado e o ser humano⁹. Essa geração tem como marco as revoluções liberais do século XVIII na Europa e nos EUA, que tinham o propósito de limitar a intervenção do Estado.

7 MIRANDA, Jorge, *Apud* RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 26.

8 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 505.

Bonavides ensina que:

[...] os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado¹⁰.

A segunda geração de direitos humanos proporciona uma inversão no papel do Estado, que adentrará numa seara ativa, surgindo os conhecidos direitos sociais, como são denominadas as prestações positivas do Estado. São exemplos desses direitos: saúde, educação, previdência social e habitação.

A segunda geração teve como base a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar, de 1919, e o Tratado de Versalhes, que criou a OIT - Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo os direitos dos trabalhadores.

Os Direitos de terceira geração ou direitos de solidariedade são oriundos do olhar do homem sobre o planeta Terra, a exemplo do direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, à autodeterminação, ao desenvolvimento. BONAVIDES defende uma quarta geração de direitos ou dimensão, resultado de uma globalização de direitos humanos, sendo os direitos de participação democrática, informação e direito ao pluralismo.¹¹

Em 1948, a Comissão de Direitos Humanos da ONU tentou elaborar um tratado internacional de direitos humanos em que se reunissem todos os direitos aceitos pela comunidade internacional. Entretanto, em vista do início da Guerra Fria, um documento uno não foi passível de ser constituído, pois os blocos capitalistas e socialistas não entraram em acordo sobre a preponderância desses ou daqueles direitos, o que ocasionou o surgimento de dois tratados: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Desse modo, os direitos protegidos foram classificados em cinco espécies: direitos civis, direitos políticos, econômicos, sociais e culturais¹².

10 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 475.

11 *Ibid.*, p.524 e seguintes.

12 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**.

Os direitos civis são aqueles referentes à autonomia do indivíduo contra as interferências do Estado. Os direitos políticos são os direitos de participação, ativa ou passiva, da decisão política e nos cuidados com a coisa pública. Os direitos econômicos são aqueles que dizem respeito à ordem econômica do Estado, por exemplo, o direito da pessoa humana de obter um trabalho digno, uma existência digna para si e para sua família. Os direitos sociais seriam aqueles que garantem uma prestação positiva por parte do Estado, atendendo as necessidades dos indivíduos, proporcionando aos seres humanos um nível de vida adequado, dentre eles, alimentação, moradia, vestimenta etc. Os direitos culturais são aqueles que garantem a participação do indivíduo na vida cultural da comunidade, a manutenção do patrimônio histórico cultural dentre outros.

1.2. Direitos Fundamentais

Quando se propõe a analisar a relação e extensão dos direitos fundamentais perante as relações privadas, é de suma importância entender previamente o termo “direitos fundamentais”.

Produto de uma lenta e difícil evolução histórica, os direitos fundamentais são o resultado da consagração de grandes conquistas sociais que, a partir da superação de inúmeras e graves diferenças entre os sujeitos de direitos, como diz EDUARDO CAMBI¹³, passaram a representar a pedra angular de praticamente toda a ordem jurídica atual, especialmente do ocidente. Essas conquistas transformaram o mundo e a sociedade, influenciando de forma cabal o modo como os Estados são construídos e organizados.

Podemos afirmar que essas liberdades públicas, surgiram da necessidade de defesa dos indivíduos perante os abusos que o Estado poderia cometer, assim podemos inferir que esses direitos são construídos a partir dos frutos do idealismo da soberania popular.

Entretanto, ao buscarmos um conceito de direito fundamental, podemos encontrar diversos devido à tamanha complexidade do tema, como já dito. Alguns autores podem dar a eles conceitos didáticos e positivo-dogmáticos ou, então, dar aos direitos fundamentais conceitos mais

Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 89 e seguintes.

13 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30

analíticos. Cambi, por exemplo, traduz direito fundamental como “princípios que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, sendo dotados de uma eficácia expansiva que inclui todos os âmbitos jurídicos.”¹⁴

Como citamos anteriormente, os direitos fundamentais possuem diferentes terminologias, podendo ser chamados de liberdades públicas, direitos naturais, direitos humanos fundamentais etc. Tamanha gama de expressões se deve justamente à complexidade e abrangência de seu significado. De certo modo a própria ideia de direitos fundamentais, como termo, é, ainda assim, limitadora e não traduz completamente todo o campo abrangido por tais fundamentos.

Apesar da dificuldade em determinar uma expressão exata que seja suficiente para abarcar todas as concepções sobre esses direitos é possível encontrar positivado em diversas áreas do direito, em especial no Direito Civil, normas e princípios declaradamente reconhecidos como direitos fundamentais, o que pode servir como fundamento à eficácia horizontal dos direitos humanos – diante das relações privadas.

Assim, tratando especificamente dos direitos fundamentais como meio de defesa e instrumentalização dos Direitos, poderemos caracterizá-los como dotados de historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, exigibilidade, irrenunciabilidade e universalidade, podendo esses, também, ser cumulativos.

É importante dizer que os direitos fundamentais são, em sua grande maioria, relativos, pois não podem ser exercidos em absoluto e sem restrições, em resumo, eles possuem limites. Entretanto, há quem diga, como PONTES DE MIRANDA¹⁵, que há direitos fundamentais relativos e absolutos, nos quais os primeiros seriam assim considerados (relativos) devido à necessidade do seu conteúdo e incidência serem condicionados a previsão de lei, enquanto que direitos absolutos seriam os derivados diretamente da norma constitucional.

UADI BULOS também faz referência à relatividade dos direitos fundamentais, admitida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e afirma ainda a existência de direitos que seriam absolutos e irretirados, a exemplo da proibição à tortura e do tratamento desumano.¹⁶

14 Ibid., p. 31

15 MIRANDA, Pontes, *Apud*. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 181.

16 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo:

Enfim, após verificar o que foi disposto, poderemos tentar compreender, mais adiante, a partir do conceito e da relação de liberdades públicas como estrutura primordial do ordenamento jurídico, o que vem a ser a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na prevalência dos direitos da personalidade, e de que forma a doutrina e a jurisprudência vem tratando o tema.

2. Constitucionalização dos Direitos

Um ponto que deve ser tratado mais detidamente é o chamado fenômeno da Constitucionalização dos Direitos, que está ligado intrinsecamente a denominada *Era da Descodificação*, expressão determinada por Natalino Irti.

A priori, vemos que após as grandes modificações da ordem jurídica, resultantes das vitórias conquistadas com as lutas sociais, a Constituição, enfaticamente após a segunda metade do século XX, passou a ser o núcleo dos ordenamentos jurídicos. Este fato que trazia os direitos fundamentais como estrutura ideológica primordial aos ordenamentos, fez com que todo o direito fosse constituído sob uma base principiológica única, representada pela Constituição e conectada diretamente à ideia de soberania popular e à visão humanística do Direito.

Quando, em meados dos séculos XVIII e XIX, originou-se o movimento de codificação, principalmente no território europeu, a intenção primeira era justamente o embasamento do Direito sobre estruturas seguras e unitárias, como afirma Daniel Sarmento. Neste caso, o Direito deveria ser sustentado por um código de aspecto geral e abstrato que teria a finalidade de modificar a ordem jurídica do Antigo Regime, dotado de uma multiplicidade de ordenamentos. Essa “necessidade” de codificação pode ser entendida, nas palavras do supracitado autor, da seguinte forma:

A ideia de Código associa-se, por outro lado, à de sistema. Se a sistematização favorece a clareza, a harmonia e a ordem no objeto sistematizado, codificar o Direito significava revesti-lo com aqueles mesmos predicados, tornando-o mais simples e seguro.¹⁷

Saraiva, 2011, p. 523-524.

17 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 68.

Destarte, ressaltamos o fato de que o Estado proporcionado pela codificação do Direito é de influência predominantemente Liberal, de modo a evidenciar a autonomia das relações privadas, demonstrando claramente uma sociedade de cunho individualista, característica da primeira geração dos direitos fundamentais.

Entretanto, no século XX, todo esse ideal de que o Código era o expoente único e perfeito da organização das relações jurídicas e sociais cai por terra. A sociedade, antes fortemente apegada à perspectiva de que a fixação dos direitos nos Códigos já seria o suficiente para elencar a sociedade a um novo patamar, uma sociedade mais justa e livre, agora visualiza um instrumento falho e que não acompanha a dinâmica da própria sociedade. Fica clara a relação de que “o direito é produto da cultura”¹⁸ O Direito é, com o mundo, dinâmico e variável, e necessita ser entendido como tal.

A sociedade pós-moderna frustrada com tais visões passa a buscar uma maior eficiência dos ordenamentos, gerando a Era da Descodificação de Natalino, um período em que há um aumento irrestrito de novas espécies normativas. Há uma *fragmentação* do Direito, ao ponto de que quase todas as matérias jurídicas de relevante interesse social, econômico e político possuem seu próprio conjunto de determinações normativas.

É possível, então, compreender a ordem jurídica não mais dotada de uma estrutura hierárquica de normas, mas agora como uma rede crescente de informações, que sistematiza o direito sem deformá-lo ou dividi-lo em sua essência. Ao mesmo tempo em que o direito se *fragmenta* ele permanecer *unido*. O que significa dizer que há uma busca pela eficiência e organização e não pela divisão do direito em si.

O pensamento anterior, voltado à codificação, defendia a ideia de um Estado Liberal cominando na defesa, prevalência e autonomia das relações particulares assim, tinha como principal instrumento o Código Civil. Entretanto, quando se passou a compreender as vantagens de uma sistematização das matérias jurídicas, o Código Civil, outrora pilar principal dos ordenamentos jurídicos, passou a ser destituído da exclusividade que detinha em relação a várias matérias, que passam a ser melhor dispostas em outra espécie normativa.

18 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

A Constituição, a partir da Segunda Grande Guerra, assumiu o papel outrora do Código Civil como núcleo dos ordenamentos jurídicos. Por já haver uma íntima conexão da ordem jurídica pós-moderna com os princípios e normas constitucionais – relação de atendimento aos direitos fundamentais em predominância com os valores derivados do princípio da dignidade humana. Toda essa expansão do direito constitucional em relação às normas infraconstitucionais teve como resultado a chamada constitucionalização dos direitos. Essa expressão é resultado do fato de que os direitos infraconstitucionais devam ser compreendidos e analisados a partir das determinações e princípios presentes na Carta Magna.

Os direitos infraconstitucionais devem respeitar os direitos fundamentais erigidos na Constituição de modo a destacar os aspectos sociais das relações jurídicas, a fim de que se possa entender, analisar e verificar os fenômenos jurídicos ao mesmo tempo de forma individualizada e ampla. Esse modo de atuação permite a utilização da Constituição como complemento ou suplemento, quando, diante de determinada situação jurídica, a norma infraconstitucional se verificar insuficiente.

Por fim, podemos compreender constitucionalização dos direitos como o fenômeno que permite tanto a introdução de matéria infraconstitucional no corpo constitucional – a partir da ideia de unidade do direito e de vinculação do legislador aos princípios constitucionais – como também a vinculação direta de todas as espécies normativas a própria constituição.

3. Tutela dos Direitos da Personalidade

3.1. Personalidade e Direitos da Personalidade

3.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Antes de qualquer coisa, é importante sinalizar como premissa fundamental no estudo de qualquer tema do Direito o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio representa o valor fundamental sobre o qual foi erigido todo o sistema jurídico brasileiro, essencialmente a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988. É

a proposição basilar posta na Lei Fundamental que exprime o ser humano como centro do ordenamento jurídico a fim de lhe reconhecer a importância perante as normas jurídicas.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana transfigura-se no fator essencial para o entendimento correto do que vem a ser a personalidade jurídica e qual o alcance dos direitos da personalidade. Entende-se que o ordenamento jurídico não tentará apenas a proteção do direito à vida; mas sim, a tutela do direito à vida digna.

Trazendo para o âmbito especificamente civil, a utilização desse princípio como norte e fundamento das interpretações das normas faz com que se tenha uma maior humanização das ações jurídicas, espelho da Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que se colocam as premissas constitucionais relativas aos princípios fundamentais e direitos sociais, individuais e coletivos como postulados essenciais a órbita privada.

Assim, visando ao reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental ao entendimento da personalidade e dos direitos da personalidade, compreende-se como fator pungente o reconhecimento de um mínimo ético, para que se tenha uma correlação harmoniosa das esferas pública e privada. Isso significa dizer que deve haver um mínimo de direitos garantidos para que se viva dignamente, ao mesmo tempo em que se faz a reaproximação da ética e do Direito, como é explicado por Luis Roberto Barroso.¹⁹

3.1.2. Pessoa e Personalidade Jurídica

Acerca dos direitos da personalidade devemos tratar ainda de dois elementos básicos antes de abordar esses direitos em específico, ou seja, devemos apresentar, ainda que sinteticamente, a pessoa e a personalidade.

Primeiramente, no que se refere à pessoa, podemos dizer acertadamente que é todo aquele sujeito de direitos. Contudo, não é assim tão simples. Nesse caso, seguindo o dicionário Aurélio, o vocábulo “pessoa” pode ser entendido como “o ser humano em seus aspectos biológico, es-

19 BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 241.

piritual e social”²⁰, enquanto que Maria Helena Diniz o conceitua como “ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações”²¹.

Ainda assim, como fica evidente após a explanação sobre a influência do princípio da dignidade humana, pessoa não será apenas aquele que detêm a possibilidade de figurar nas relações jurídicas, mas, como afirmam Farias e Rosenvald:

Pessoa, enfim, é o sujeito das relações jurídicas que traz consigo um mínimo de proteção fundamental, necessária para realizar tais atividades, compatível e adequada às suas características (que são os direitos da personalidade).²²

Ao tentar significar da forma mais prática possível o que se entende por pessoa, juridicamente falando, retira-se também o que pode ser compreendido como personalidade.

Sílvio de Sávio Venosa, indica que personalidade “é a própria capacidade jurídica, a possibilidade de figurar nos polos da relação jurídica”²³. Já Farias e R afirmam que é o reconhecimento da pessoa para atuar nas relações jurídicas “e reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade”²⁴.

Vale acrescentar, também, que embora a personalidade e a capacidade estejam constantemente atreladas, elas não constituem sinônimos, mas podem ser entendidas como complementos, na qual a personalidade será o aspecto geral (o valor jurídico que atinge a todos os seres humanos) e a capacidade o aspecto mais afunilado, sendo concernente aos seres dotados de personalidade, que podem ser sujeitos de direito em relações jurídicas patrimoniais.

20 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1995.

21 DINIZ, Maria Helena. **Curso se direito civil brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115^a. v.1

22 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 142.

23 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2010, p. 134.

24 FARIAS, op.cit.,p. 144.

3.1.3. Os Direitos da Personalidade: conceito, evolução e características

Em se tratando da origem dos direitos da personalidade podemos constituir-los como elementos jurídicos relativamente novos. O Direito Romano e os gregos pouco falam de tal categoria jurídica, e foi apenas como elemento fortalecedor do Cristianismo que os direitos da personalidade começaram a ter alguma relevância. Porém, apenas com o Iluminismo os direitos da personalidade passaram a ganhar corpo, tendo como finalidade, inicialmente, ir de encontro ao domínio absoluto do Estado sobre o indivíduo. Somente após a II Guerra Mundial que se passou a finalmente reconhecer a importância da existência de direitos que resguardassem e protegessem a pessoa humana, os direitos da personalidade.

Após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem é que os Estados passaram a buscar especificamente a inclusão desses direitos em seus ordenamentos. Em especial os códigos civis, que passaram a ser reformulados paulatinamente a fim de incluir a proteção aos direitos da personalidade de forma expressa e ampla. Todavia, só com a Constituição de 1988 é que se acrescentou de forma premente os direitos da personalidade na legislação brasileira, seguida alguns anos depois, de modo acanhado, do Código Civil.

Esse acréscimo na legislação civilista tem grande relevância, pois propiciou ao próprio direito civil um aumento considerável de instrumentos à sua disposição para acolher mais amplamente os valores constitucionais e assim proporcionar melhor atendimento as necessidades dos indivíduos nas relações jurídico-privadas.

Em termos simples podemos conceituar direitos da personalidade como àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma, desde que não possam ser avaliados de forma patrimonial – em dinheiro.

Diversos doutrinadores formularam suas próprias definições, como por exemplo, Rubens Limongi França ao afirmar que os “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamento”²⁵ e Orlando Gomes, ao alegar que “sob a

25 FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. Apud STOCO, Rui. Constitucionalização dos Direitos da Personalidade (Intimidade, Vida Privada e Imagem) In: (ORGs.) BONAVIDES,

denominação de direitos da personalidade compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo [...] Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos”²⁶.

Mesmo com vários conceitos e definições pode-se resumir e assu-
mir, como base fundamental, o que Adriano de Cupis disse: “os direitos da personalidade são aqueles sem os quais todos os outros direitos sub-
jetivos perderiam o interesse”²⁷.

É importante reiterar o papel dos direitos da personalidade como garantidores do princípio da dignidade humana, ou seja, de uma perspectiva Civil-Constitucional, que são entendidos como expressões gerais da tutela da pessoa humana, a fim de defender/proteger a personalidade, ou de certa forma, a individualidade da pessoa.

Constam nas fontes dos direitos da personalidade duas correntes em evidência, a corrente jusnaturalista e a corrente positivista. Os defensores da concepção jusnaturalista dos direitos da personalidade os entendem como direitos inatos, anteriores a criação do ordenamento jurídico e como atributos ligados à condição da pessoa humana. Essa corrente fundamenta os direitos em fatores éticos, religiosos, ideológicos e políticos. Com efeito, é a corrente majoritária no Brasil e no resto do Mundo.²⁸

Em oposição à corrente anterior os positivistas entendem os direitos da personalidade como aqueles que só adquirem relevância jurídica por meio do reconhecimento do Estado. Afirmam que esses direitos serão fundamentados na norma jurídica e que só podem ser

Paulo; Moraes, Germana e ROSAS, Roberto. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha** (teoria da Constituição, direitos fundamentais e jurisdição). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 323.

26 GOMES, Orlando. Introdução ao Direito civil. *Apud* STOCO, Rui. Constitucionalização dos Direitos da Personalidade (Intimidade, Vida Privada e Imagem) In: (ORGs.) BONAVIDES, Paulo; Moraes, Germana e ROSAS, Roberto. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha** (teoria da Constituição, direitos fundamentais e jurisdição). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 324.

27 CUPIS, Adriano de. *I dirittidellapersonalità*. *Apud* STOCO, Rui. Constitucionalização dos Direitos da Personalidade (Intimidade, Vida Privada e Imagem) In: (ORGs.) BONAVIDES, Paulo; Moraes, Germana e ROSAS, Roberto. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha** (teoria da Constituição, direitos fundamentais e jurisdição). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 323.

28 FARIAS, 2011, p. 151.

considerados inatos no sentido de que todos pertencem e partilham da mesma condição/situação jurídico-existencial, como indica um dos maiores expoentes defensores dessa corrente, GUSTAVO TEPEDINO.²⁹

Entende-se que a natureza jurídica dos direitos da personalidade é de direito subjetivo, ainda acrescenta que eles são direitos subjetivos de natureza privada. Explicando esse caráter de direito subjetivo, Adriano de Cupis afirma que “são aqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo”³⁰.

Podemos apontar algumas características principais dos direitos da personalidade, sendo, em geral, encontradas na doutrina as seguintes: são inatos ou originais; vitalícios; extrapatrimoniais; relativamente indisponíveis; inalienáveis; irrenunciáveis; intransferíveis; inexecutáveis; impenhoráveis; imprescritíveis; absolutos (sentido em que são oponíveis erga omnes).

No caso de ameaça ou lesão, a forma pela qual a legislação instituiu, ou melhor, tutelou tais direitos, foi seguindo o disposto no artigo 12 do Código Civil, em que atribui a essas violações a sanção de perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções. A sanção a violação dos direitos da personalidade é caracterizada principalmente pela indenização por danos morais. E no que tange a legitimidade para a tutela dos direitos da personalidade, como diz Venosa, é, a princípio, própria da pessoa atingida, tendo como exceção a possibilidade dos parentes requererem a tutela desses direitos em se tratando de morto.

3.1.4. Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil

Com a crescente valorização dos direitos da personalidade tornou-se sumariamente importante a inclusão desses nos ordenamentos jurídicos vigentes. Desse modo o Brasil também acrescentou à sua legislação os direitos da personalidade, inicialmente na Constituição de 1988. Contudo, não foi apenas na Carta Magna que se tratou desses direitos.

Outras leis e normas distribuídas por todo o ordenamento também discorreram sobre os direitos da personalidade todavia, foi no Có-

²⁹ Ibid., p. 152.

³⁰ CUPIS, 2009, p. 325.

digo Civil que esses direitos foram tratados mais especificamente, embora de forma pouco profunda e tímida.

O Código Civil trouxe em seus artigos 11 a 21 *alguns* dos direitos da personalidade, fato esse que representa um grande avanço em relação ao Código revogado. Porém, o Estatuto aqui mencionado não traz nenhuma conceituação dos direitos da personalidade, tendo apenas disposto regras limitadoras de direito, e tratando-os de forma genérica.

Mesmo que o Código Civil tenha tratado de maneira tão limitada esses direitos, é importante salientar que ainda assim a Constituição assegurou expressamente, e de forma mais detida, esses mesmos direitos da personalidade (dentre vários outros), o que se pode intuir que dá maior garantia na utilização dos mesmos, além de permitir uma maior aproximação entre os ordenamentos, a fim de ampliar os horizontes interpretativo-analíticos e melhor assegurar os interesses individuais, ao mesmo tempo em que introduz efetivamente o princípio da dignidade da pessoa humana como base elementar dotada de eficácia plena, no sentido de atingir todas as relações jurídicas.

3.2. Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Direitos da Personalidade

Sabemos que os direitos inerentes à pessoa humana são aqueles que não podem ser destacados do homem. Dentre esses direitos tidos como subjetivos, estão os direitos da personalidade que se encaixam na esfera pessoal dos indivíduos. Como esses direitos gozam de atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa, são na sua base direitos humanos.

São direitos comuns da existência enquanto homem, que foram sendo ampliados a partir das conquistas históricas e sociais. Os direitos da personalidade caracterizam-se, principalmente, por serem intransmissíveis, nascem e se extinguem com os seus titulares; são indisponíveis relativamente, em regra são insuscetíveis de disposições, direitos irrenunciáveis, impenhoráveis. A sua defesa não se encerra nem pelo seu uso, nem pela sua inércia, visto que são imprescritíveis, são inextinguíveis, não sendo possível sua retirada da pessoa enquanto viva ela estiver, em regra não aferível economicamente, salvo os direitos tidos como autorais.

Com relação aos direitos humanos podemos extrair as seguintes características dos direitos da personalidade: são transcendentais, supra estatais, cujo desenvolvimento decorre de posições ideológicas e políticas, carecendo cada vez mais, para sua efetividade, um reconhecimento maior por parte do Estado. Os direitos da pessoa começam a ter uma nova perspectiva, enlaçando-se ao Direito Público, com a teoria dos direitos humanos e fundamentais, e o Direito Privado, com os chamados direitos da personalidade.

Pode-se afirmar que os ditos direitos da personalidade surgiram nos textos fundamentais como direitos naturais, inatos, conhecidos num primeiro momento como direitos humanos, tendo em vista serem inerentes ao homem. Alguns desses direitos foram inseridos nas constituições, ficando conhecidos como direitos fundamentais, devendo ser garantidos pelo Estado. Dentro destes direitos fundamentais há um conjunto de direitos subjetivos que se distinguem ou se caracterizam pelo objeto – a personalidade humana – chamado de direitos da personalidade.

Entretanto, não será adequada uma visão puramente privada dos direitos da personalidade que os divorcie da categoria ampla dos direitos do homem, devendo a ordem jurídica ser entendida como um todo, dentro de uma hierarquia de valores, de maneira a entender o homem enquanto ser de inalienável e inviolável dignidade. Adentrando na classificação podemos afirmar que os direitos humanos pertencem a três gerações, não significando um rol taxativo, uma vez que a complexidade das relações humanas faz surgir novos atores e com eles novos direitos, devido à dinamicidade do direito.

Desse modo, sabendo que os direitos da personalidade integram os direitos humanos, poderíamos classificá-los em três partes. Seguindo GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, os direitos da personalidade estão de acordo com a proteção à: a) vida e integridade física, o que implica tutelar o corpo vivo, o cadáver, a voz; b) integridade psíquica e criações intelectuais, o que inclui a liberdade, as obras intelectuais, a privacidade e o segredo; c) integridade moral, abrangendo a honra, o nome, a fama, a imagem, a intimidade, a identidade pessoal.³¹

Fazendo uma distinção mais crítica, podemos dizer que uma coisa é reconhecer a primazia da pessoa humana, outra coisa é elencar os

31 GAGLIANO Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 200, p. 157. v.1

direitos da personalidade. Esses são objeto de um ramo especial dentro do Direito Civil.

Primeiramente é preciso saber que direitos fundamentais e direitos da personalidade não são terminologias idênticas. Os direitos da personalidade necessitam de uma absoluta proteção, pois entram em aspectos que afetam a própria condição de homem. Ao passo que os direitos fundamentais referem-se à posição dos indivíduos perante o Estado, ou seja, seria preciso enquadrá-los na condição de cidadão ou súdito, melhor explicitando. Refletindo desse modo, podemos afirmar que há muitos direitos fundamentais que não são direitos da personalidade e vice-versa.

4. Qual o alcance dos Direitos Humanos na seara jusprivatística

A fim de estruturar e fundamentar o tema central do seguinte estudo, expomos anteriormente, de forma sucinta, as ideias de Direitos Humanos e Fundamentais, Constitucionalização do Direito e Direitos da Personalidade. Já neste ponto, enfim, será explanada a relação da eficácia horizontal entre os Direitos Humanos e Fundamentais de forma bastante abrangente, embora não taxativamente, na Carta Magna de 1988 e os Direitos dos Particulares.

Em outros termos, buscaremos explicar a influência dos direitos fundamentais no Direito Privado Brasileiro com especial ressalva aos Direitos da Personalidade já constituídos, mesmo que de forma tímida, no novo Código Civil. Primeiramente, devemos entender à que influência ou eficácia estamos nos referindo

Como explicado no ponto sobre Direitos Fundamentais, a inclusão desses direitos no ordenamento jurídico dos Estados se deu em momentos históricos vultosos, que demonstraram às sociedades a importância da defesa dos direitos dos indivíduos. Tais direitos, primordialmente, seguiram a linha de que deveriam reger a relação entre os indivíduos e o Poder Público, a fim de proteger o primeiro dos abusos que poderiam advir das ações Estatais devido ao aspecto de desigualdade desta relação.

Essa defesa, finalidade dos direitos fundamentais, diante do Poder Público o caracterizou, então, como sujeito passivo “que arcará com

a obrigação de satisfazer o direito do particular”³². Portanto, o sujeito ativo, o titular dos direitos fundamentais, será o próprio particular. A partir desse entendimento diz-se dessa relação como de *eficácia vertical*, por tratar-se de entidades dispostas em patamares distintos, desiguais (Estado/Poder Público x Particulares).

Reiterando, a ideia que se admite na “relação de eficácia vertical” é que o Poder Público será o ofensor fundamental dos direitos individuais, e devido a sua superioridade em relação ao particular, deve responder objetivamente caso haja, omissivamente ou comissivamente, uma ofensa a esses direitos. Assim, parte-se da ideia de que só o Estado pode ferir os direitos fundamentais.

Entretanto, com o passar do tempo, ao se observarem as transações entre os próprios particulares, relações firmadas em um mesmo plano (Particular – Particular), viu-se que em determinados casos haveria, não só a possibilidade, mas a ocorrência de fato, de ofensas diretas aos direitos fundamentais pelos próprios particulares.

Dessa forma, surge a ideia de eficácia horizontal dos direitos humanos. Baseia-se no princípio da incidência das liberdades públicas sobre as relações entre particulares, não mais apenas no plano vertical, Estado x Particular. Será possível a ofensa por particular a direitos individuais.

Há diversas controvérsias sobre a possibilidade real da eficácia direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, principalmente no que se refere ao princípio da autonomia privada, a ideia de atribuição excessiva de poderes aos juízes e no que consta a insegurança jurídica, fatores esses que foram apontados e devidamente ponderados por Daniel Sarmento.³³

Todavia, no que se refere à aplicação da teoria da eficácia horizontal, vale salientar dois aspectos de importância clara: a influência direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. São esses os aspectos que causam maior problematização referente a este assunto, pois a teoria em si da aplicação das liberdades públicas no âmbito privado é comumente mais aceita. Nesse sentido,

32 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 201, p. 530.

33 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 239.

Ingo Wolfgang Sarlet demonstra que o problema não é quanto “ao ‘se’ de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações particulares”, mas quanto “a influência da Constituição sobre os atos normativos infraconstitucionais de Direito Privado e sua aplicação judicial”³⁴, ou seja, o problema é quanto ao “como” se desenvolve a aplicação das liberdades públicas.

No que conta, especificamente o Ordenamento Jurídico Brasileiro, a esfera que realmente nos interessa, há a incidência de uma eficácia horizontal direta em detrimento de uma eficácia indireta – predominante no direito germânico, que condiciona a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas à “vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado”³⁵.

Quanto à eficácia direta, ela não é prevista expressamente na Constituição da República, contudo, não há nenhuma disposição que indique a vinculação das liberdades pública só aos poderes públicos; desse modo, é cabível a interpretação de que a mesma (CF de 1988) também não faz nenhuma limitação a quem poderia figurar no polo passivo da relação sobre os direitos fundamentais, abrindo espaço a uma hermenêutica mais abrangente no que consta a influência desses direitos, a ponto de compreender uma vinculação passiva universal.

Ora, não é preciso apenas da Constituição Federal para que possamos compreender a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais. A própria condição da sociedade brasileira permite essa interpretação extensiva. Batemos alguns recordes, que não são nem remotamente para nos orgulharmos, sobre níveis de desigualdade social, e isso faz com que, nas palavras de Sarmento: “não hesitamos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça.”³⁶

Desse modo, entendemos que está aberta a possibilidade de utilização dos princípios constitucionais diante dos problemas privados,

34 SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Portugal: Almedina, 2007, p. 122.

35 SARMENTO, op.cit.,p. 237.

36 SARMENTO, 2006, p. 239.

a proteção dos próprios fundamentos do Estado brasileiro será mais proeminente, e sua amplitude permitirá uma atuação mais protetiva dos direitos, com fundamento em ações mais combativas e de cunho corretivo educacional.

Outro fato que podemos retirar dessa hermenêutica constitucional é quanto à presença de direitos fundamentais em normas infraconstitucionais, em especial os Direitos da Personalidade que não apenas são aplicados fundamentados na Constituição como diretamente do Código Civil, exemplificando a ideia primordial da constitucionalização do direito. Ambas as premissas (direitos da personalidade e constitucionalização do direito) foram apresentadas anteriormente.

Nesse fim, no que se sucede sobre a influência, ou alcance dos direitos fundamentais quanto à esfera jusprivatística, é premente concluir que há uma ampla disposição desses direitos, de modo a permitir a resolução de lides anteriormente barradas devido a normas infraconstitucionais inexistentes ou insuficientes para atingir, no mínimo, uma solução razoável do conflito.

É efetivamente no sentido de buscar “uma solução razoável do conflito” que verificamos que, embora abertamente declarada a ideia de eficácia direta como fator interpretativo e fundamental à realização da busca da efetividade das normas de direito fundamental, é importantíssimo salientar que essa eficácia não é de vinculação absoluta, mas sim dotada de razoabilidade e bom-senso, a fim de não por em xeque a própria ideia de direitos fundamentais, nem o princípio da autonomia privada. Assim, Sarlet, em texto referente a influência dos direitos fundamentais no direito privado afirma:

Por outro lado, ao se afirmar uma eficácia direta *prima facie* não se está a sustentar uma eficácia necessariamente forte ou mesmo absoluta, mas uma eficácia e vinculação flexível e gradual³⁷.

O essencial seria, então, conferir a máxima eficácia ao mesmo tempo em que se baliza os interesse privados em si, formando, ou melhor, caracterizando uma técnica de Ponderação de Interesses.

37 SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Portugal: Almedina, 2007, p. 133.

Em resumo, pode se dizer que no direito brasileiro o alcance dos direitos fundamentais é máximo, do ponto de vista de se utilizar diretamente desses preceitos a fim de alcançar uma solução ética e justa. Todavia, no que consta aos aspectos relativos aos interesses dos particulares, a eficácia deve ser dotada de proporcionalidade e razoabilidade, a fim de propiciar uma harmonia entre os Direitos Fundamentais e os Direitos dos Particulares.

Conclusões

Os direitos da personalidade, por não serem patrimoniais foram, de certo modo, renegados em um sistema jurídico outrora patrimonialista. Só para ilustrar esse fato, o Código Civil brasileiro de 1916 não dispõe de tratamento específico sobre a personalidade.

Essa categoria de direitos ganha fôlego na escala da repersonalização quando o patrimônio cede lugar ao ser humano no centro do ordenamento jurídico. Passa-se, então, a valorizar o indivíduo e suas necessidades intrínsecas. Os direitos da personalidade ganham campo próprio no Código Civil de 2002 – artigos 11 a 21 – bem como na CF/88, citados, por exemplo, no art. 5º, como parte do rol de direitos fundamentais.

É mister, ainda, reconhecer que os direitos da personalidade estão relacionados à própria concepção de dignidade humana. Nesse sentido, deve-se concordar quando se fala que os direitos da personalidade são uma cláusula aberta, no sentido de que todo o conjunto de valores inerentes à pessoa e necessários à dignidade são direitos da personalidade e merecedores de tutela, ainda que não estejam explicitamente tipificados.

Nesse sentido, há tipos mais gerais de direitos da personalidade, já reconhecidos como tais explicitamente e divididos em três grupos: direitos físicos, psíquicos e morais; bem como a possibilidade de se reconhecer como direitos inatos tudo aquilo que for necessário à dignidade humana ao mesmo tempo em que intrínsecos ao ser existencial.

Os direitos da personalidade não são sinônimos de direitos fundamentais, mas nos atrevemos a dizer que são espécies destes. Todavia, por não serem patrimoniais, encontrava-se dificuldade na forma específica de tutela jurídica em caso de lesão. Observa-se, entretanto, que

a reparação por danos morais se apresentaria como apta a constituir sanção que responda a esse tipo de violação.

Ao mesmo tempo, a configuração do dano moral carecia de parâmetros objetivos, ficando sua configuração ao arbítrio da análise subjetiva do julgador sobre a existência da *dor moral*.

Acredita-se que, ao se visualizar a existência de lesão ao direito da personalidade, desnecessária se demonstra a comprovação do dano moral. Como atributos intrínsecos à personalidade humana, uma agressão a essa categoria de direitos daria subsídios claros e objetivos para a determinação do dano moral. A certificação dessa relação será tomada a partir da continuidade da presente pesquisa.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Moraes, Germana e ROSAS, Roberto (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha** (teoria da Constituição, direitos fundamentais e jurisdição). Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.v.1

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil** .. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. *In*: MONTEIRO, Antônio Pinto (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Portugal: Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. **A incidência e eficácia dos direitos fundamentais nas relações com particulares**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3460>. Acesso em: 28 jun. 2007.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A pessoa jurídica e os direitos da personalidade. *In*: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

_____. (coord). **Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Normas constitucionais e Direito Civil**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, a. IV, n. 4 e a. V, n. 5, 2003-2004.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *In*: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **A interação entre o direito internacional e do direito interno na proteção dos direitos humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2010.

2

A CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Robson Antão de Medeiros¹
Suênia Oliveira Vasconcelos²

SUMÁRIO: Introdução - 1. Cirurgia Plástica: breve narrativa - 3. Inovações tecnológicas no campo da Medicina - 4. As implicações da Bioética e do Biodireito no campo da cirurgia plástica - 4.1. Algumas considerações sobre a importância do “Consentimento” no caso de intervenções médicas - 5. Implicações jurídicas em caso de erro médico em cirurgia plástica à luz do direito civil constitucional - 6. Conclusões - 7. Referências

Introdução

Os avanços tecnológicos revolucionários, não apenas no universo da robótica, da computação, das máquinas, mas, também, da biologia e da medicina moderna, contribuem para o surgimento de uma gama de possibilidades na área da saúde. Dentro desse contexto, surgem, quase

1 Professor dos Cursos de graduação e pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Doutor em Ciências da Saúde pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Vice-Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. robson.antao@gmail.com.

2 Mestranda em Direito Econômico pela UFPB. sueniav06@yahoo.com.br

que diariamente, novas técnicas no âmbito das cirurgias plásticas que possibilitam mudanças praticamente totais no corpo humano: Lipoescultura, Gluteoplastia, *Lifting* de pescoço, ou seja, são várias as possibilidades colocadas à disposição daqueles que buscam incessantemente um corpo com aparência juvenil, saudável e esteticamente perfeito.

A mídia e a sociedade impõem padrões de beleza que querem ser alcançados pelas pessoas o mais rápido possível e com o mínimo de esforço físico. Porém, a evolução tecnológica, principalmente no âmbito das ciências médicas e biológicas, gerou questionamentos filosóficos, éticos e jurídicos que impulsionaram o surgimento da Bioética e do Biodireito, com vistas a estabelecer limites em tais avanços e garantir a dignidade humana, buscando, ainda, conciliar a evolução científica da biomedicina com os valores humanos.

O presente estudo objetiva problematizar a vulgarização da prática de cirurgias plásticas embelezadoras no Brasil, bem como analisar a responsabilidade do profissional e das instituições de saúde no caso de erro médico nesse tipo de cirurgia, de acordo com a lei e a doutrina. Pretende-se, também, analisar a conduta do cirurgião plástico à luz do direito civil constitucional, dos princípios Bioéticos, que objetivam o respeito à vida humana.

1. Cirurgia Plástica: breve narrativa

A cirurgia plástica nasceu na antiguidade, tendo os indianos como responsáveis pelos transplantes de pele e reconstruções nasais no século VIII a.C, quando as pessoas tinham o nariz amputado, enquanto castigo para determinados crimes. Por sua vez, os romanos, no século I a. C, desenvolveram técnicas na reparação de orelhas danificadas.

Para MARINA SARTORI³ [...] somente no século XV a cirurgia plástica começou a evoluir novamente, com os estudos de Heinrich Von Pfolspendt, que conseguiu realizar a construção completa do nariz, utilizando a pele em excesso do braço. A rinoplastia foi, então, a mãe das cirurgias plásticas reconstrutoras, ganhando enorme repercussão na Europa do século XVIII. Por sua vez, os inúmeros combatentes de guer-

3 SARTORI, Marina. Disponível em: <<http://www.plasticamontenegro.com.br/artigos/historia-da-cirurgia-plastica.html>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

ra se submeteram à cirurgia para melhorar a aparência de seus narizes, que sofreram impactos na luta armada.

Nota-se que a cirurgia plástica como especialidade médica oficial surgiu na Primeira Guerra Mundial. Além dos milhares de soldados que morreram, milhões foram mutilados ou deformados, gerando uma demanda enorme por procedimentos de reconstrução e reparação estéticas, complementa Sartori⁴.

Pode-se perguntar qual o padrão de beleza desta geração. Muitos responderiam que como representantes femininas são Gisele Bündchen, Juliana Paes, Débora Secco e Angelina Jolie. Como representantes da ala masculina citam-se Brad Pitt, Rodrigo Santoro e Cristiano Ronaldo.

Há, portanto, uma supervalorização por parte da sociedade de um padrão estético perfeito. Todos (as) esses (as) representantes possuem um aval midiático. Sem dúvida, a mídia, quer seja rádio, jornal, televisão ou internet, é a principal responsável por essa supervalorização, ditando padrões estéticos que muitas vezes são impossíveis de serem alcançados naturalmente. Os recursos tecnológicos de melhoramento de imagens remodelam corpos, retiram qualquer tipo de imperfeição, principalmente via *fotoshop*, enfim, “criam” homens e mulheres esteticamente “perfeitos”, causando angustia naqueles que não conseguem atingir aquele padrão de beleza. Tal situação resulta numa busca incessante por mecanismos que tragam resultados o mais rápido possível. É nesse contexto que se insere a busca desenfreada pela cirurgia plástica estética.

A noção de beleza é um conceito abstrato e extremamente mutável, mas uma coisa é certa: o belo é algo valorizado e buscado em todas as épocas. Há uma incessante busca pela perfeição por parte das pessoas. A noção do belo é construída dentro de padrões socioculturais de cada época. Percebe-se a mutação do padrão de beleza por meio das obras de artes, que ao longo da história nos apresentam as formas estéticas mais variadas possíveis: de padrões mais “cheinhos” aos mais esbeltos. Ora, por mais enigmática que seja a *Monalisa*, de Leonardo Da Vinci, certamente ela não constaria no rol das 100 mulheres mais lindas do mundo de 2013.

A beleza não é medida apenas por padrões corporais, mas, também, por adornos utilizados pelos sujeitos. Pode-se citar como exemplo

4 *Ibidem*

as mulheres girafas da Tailândia, que usam argolas para alongar o pescoço com o intuito de ficarem mais belas. Temos também o caso das noivas muçulmanas que pintam as mãos e os pés de *henna* para ficarem mais bonitas. As mulheres da comunidade Djerma, em Níger, país da África Ocidental, se preparam para o casamento fazendo um regime para engordar.

Percebe-se, portanto, que o ser humano é o único animal que busca mudar violentamente seu corpo, transformando-o num verdadeiro artefato cultural. Para tanto, o ser humano perfura, tatua, pinta, enfim, realiza uma série de mudanças, as quais funcionam como sinais de identidade cultural ou mesmo grupal.

Percebe-se, ainda, que não há um padrão universal de beleza, mas, sem dúvida, o padrão ocidental se sobressai em relação aos demais, qual seja, da pessoa magra, com abdômen definido e, para os padrões brasileiros, mulheres com seios e traseiros fartos e homens musculosos. Porém, a questão que mais impulsiona o aumento do número de cirurgias plásticas em todo o mundo é o fato de o ser humano nunca estar satisfeito com seu corpo. Essa é uma realidade de hoje, de ontem, de muito tempo atrás. E não há dúvidas de que os avanços tecnológicos influenciaram sobremaneira o aumento pela procura de cirurgias plásticas. É como se a tecnologia, cada vez mais, trouxesse uma sensação de que tudo é possível, de que não há limites em relação ao que se pode fazer com o corpo humano.

Mas, quais seriam as implicações desses avanços na vida do ser humano, tanto em termos físicos, como psicológicos? Teriam os avanços tecnológicos criado uma falsa sensação de infalibilidade médica? O que a ética e o direito têm a nos dizer em termos de responsabilidade médica diante do aumento cada vez maior da realização de cirurgias plásticas no Brasil à luz do direito civil constitucional? Qual o comportamento ético que se espera do médico diante de tantas possibilidades trazidas ao campo da medicina pela tecnologia? Pretende-se trazer esta discussão nesse artigo.

3. Inovações tecnológicas no campo da Medicina

A cirurgia plástica não é uma prática recente em medicina. Aliás, o nascimento da medicina ocidental como ciência deu-se na Grécia An-

tiga. Para MARTIRE JUNIOR⁵, existem quatro fatores determinantes da evolução da cirurgia em geral e, naturalmente, da Cirurgia Plástica. São eles: necessidade, aspectos culturais, conhecimento anatômico e sucesso.

Dentre os fatores determinantes destaca-se a necessidade, uma vez que sempre ocorreu o trauma e a lesão corporal. Os aspectos culturais, por sua vez, sempre foram importantes para a permissão ou não da realização de cirurgias. Os conhecimentos anatômicos, sem dúvida, foram de vital importância para o desenvolvimento de procedimentos cirúrgicos cada vez mais seguros, sendo que seu impulso maior deu-se a partir do Renascimento, principalmente devido aos estudos de Leonardo da Vinci e os estudos de Andreas Vesalius, cuja obra “*De Humani Corporis Fabrica*”, publicada em 1543, foi o marco inicial da anatomia moderna. O sucesso, por fim, possibilitou à cirurgia ser vista como meio de tratamento e não mais como última opção do paciente.

MARTIRE JUNIOR⁶ ainda destaca que, entre permissões e proibições da prática de disseções ao longo da história, foram surgindo importantes procedimentos relacionados à cirurgia plástica. Porém, com o advento da Idade Média, período marcado por profunda religiosidade, as descobertas científicas ficaram praticamente estagnadas por quase dez séculos. As pesquisas científicas em seres humanos só foram retomadas livremente em pleno Renascimento, quando o Papa Sixto V, em meados do século XVI, autoriza a realização de estudos anatômicos, fato que propicia o avanço da medicina.

Porém, é a partir do uso frequente de armas de fogo que surge a maior necessidade de reparação nos corpos humanos. Ora, com as atrocidades ocorridas nas duas grandes guerras do século XX constata-se a necessidade de formar profissionais que se especializassem em reparações corporais. A Cirurgia Plástica surge, portanto, como especialidade médica a partir da I Guerra Mundial.

Apesar de a cirurgia plástica ter por finalidade proporcionar bem-estar aos indivíduos, percebe-se que sua finalidade principal até o século XX, aproximadamente, não era eminentemente estética, mas reconstrutiva, reparadora, com vistas a devolver dignidade àqueles que tiveram seus corpos deformados ou mutilados por algum motivo.

5 MARTIRE JUNIOR, Lybio. **A História da Cirurgia Plástica**. Disponível em: <http://www.sbh.org.br/index.asp?p=especialidades_view&codigo=48>. Acesso em: 27 jul. 2012.

6 Idem.

No que se refere ao uso de instrumentos mais sofisticados para realização de exames, segundo COSTA e COSTA⁷, foi a partir do século XIX que os médicos começaram a conquistar o instrumental básico para o exercício de suas tarefas, porém de forma bastante lenta, levando quase um século inteiro para que fosse constituído um arsenal mínimo, dentre eles o estetoscópio (1819), o oftalmoscópio (1850), o termômetro (1867) e, por fim, o esfigmanômetro (1896).

Visto que o termo tecnologia é entendido como sinônimo do conjunto de aparelhos utilizados em qualquer área científica, os autores supracitados destacam que são consideradas tecnologias no campo da saúde, medicamentos e vacinas, próteses e equipamentos, bem como os procedimentos clínicos e cirúrgicos utilizados em condutas preventivas, em diagnósticos e em tratamentos dos indivíduos.⁸

DRUMOND, por sua vez, destaca que as pesquisas realizadas na Alemanha fizeram do século XIX o mais reluzente para o desenvolvimento de uma medicina com bases científicas. Dentre os nomes de destaque da época, o referido autor cita o do médico Rudolf Virchow, “considerado fundador da moderna patologia por ter sido o primeiro a utilizar o microscópio com a finalidade precípua de diagnosticar uma doença pelo exame de células e tecidos lesados”⁹ Ele cita também o cientista Robert Koch, que dividiu com Louis Pasteur o título de fundador da moderna bacteriologia, a qual consistiu numa revolução de suma importância para a ciência moderna.¹⁰

Salienta-se que nesse período os médicos realizavam a maioria dos atendimentos nas casas dos pacientes, sendo muito forte a figura do médico da família. Além disso, COSTA e COSTA destacam que os hospitais tinham poucos recursos materiais, bem como poucos pacientes. Foram, portanto, sofisticando o seu instrumental tecnológico a partir de meados do século XX, passando a utilizar equipamentos capazes de

7 COSTA, Sérgio Ibiapina F. COSTA; Maurício Ribeiro. A ética profissional e a rapidez dos avanços tecnológicos. In.: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética**: poder e injustiça. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 471.

8 Ibid., 2004, p. 470.

9 DRUMOND, José Geraldo de Freitas. Ética e inovação tecnológica em medicina. **Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo, São Paulo, 2007, p. 26. Disponível em: <http://www.saocamilosp.br/pdf/bioethikos/54/Etica_e_inovacao.pdf>. Acesso em: 27 maio 2012.

10 DRUMOND, op. cit., p.26.

proporcionar a sustentação/manutenção da vida, como, por exemplo, as máquinas de hemodiálise.¹¹

DRUMOND observa que sem dúvida o século XX foi o mais notável em termos de desenvolvimento científico, sendo denominado de século da tecnologia. Foram inauguradas outras áreas científicas, dentre elas a biotecnologia, que teve como marco decisivo para o nascimento da biotecnologia moderna a descoberta da estrutura duplamente helicoidal do DNA, feita por James Watson e Francis Crick, em 1953.¹²

No campo da cirurgia plástica, por sua vez, são inúmeras as possibilidades para a realização de mudanças no corpo inteiro. Simples mudanças no nariz, nas orelhas ou nos lábios são coisas já antigas. Segundo MARTIRE JUNIOR, tais procedimentos já eram realizados desde a Antiguidade.¹³ Atualmente, o ser humano tem à sua disposição técnicas capazes de remodelar o corpo inteiro. Há procedimentos cirúrgicos para aumentar glúteos, coxas, seios, músculos.

Tem-se, também, a possibilidade de remodelar todo o abdômen por meio da cirurgia plástica abdominal ou a abdominoplastia, que é um procedimento cirúrgico complexo que leva ao achatamento do abdômen, à eliminação do excesso de gordura e de pele e ao reforço dos músculos da parede abdominal. Também é possível afilar a cintura, o rosto, modificar o queixo, as sobrancelhas. Há, ainda, a Blefaroplastia (cirurgia das pálpebras), ritidoplastia (levantar a pele do rosto), lifting de pescoço (retirar a flacidez do pescoço). Enfim, o vocabulário é extenso. Quando se trata de lipoaspiração, por exemplo, há uma diversidade de novas técnicas (hidrolipo, lipoaspiração não invasiva, lipoaspiração tumescente, dentre outras) e, cada vez mais, surgem cirurgias, mesmo não especializados em cirurgia plástica, oferecendo novas tecnologias nessa área.

A sociedade globalizada, por sua vez, possibilita e aguça ainda mais o consumo em massa, o desejo dos consumidores. A medicina, nesse contexto, torna-se também uma medicina de massa. A moda e a mídia são poderosos instrumentos de convencimento, sempre em busca de convencer que “é possível”, que “podemos” conseguir realizar todos

11 COSTA e COSTA, op. cit., p. 471.

12 DRUMOND, op. cit., p. 27.

13 MARTIRE JUNIOR, 2012..

os desejos. E a constante oferta de crédito nos diz que pode-se “parcelar os nossos sonhos” em várias e “suaves” prestações. Além disso, vivemos na sociedade da “pressa”, da rapidez, da velocidade!

Para completar esse quadro, de um lado, têm-se as “indústrias da beleza”, compostas por médicos que se especializam cada vez mais em cirurgias plásticas. De outro, os pacientes/consumidores, que não ficam satisfeitos com apenas uma cirurgia plástica, que querem sempre mais, o mais rápido possível.

COSTA e COSTA¹⁴ chamam a atenção para o fato de que se deve ter cautela em relação ao uso desenfreado dos avanços tecnológicos. Ora, nesse modelo de sociedade em que vivemos há uma cobrança excessiva para que os médicos se “modernizem”. Portanto, destacam que as inovações tecnológicas têm provado sua contribuição para o prolongamento da vida, bem como têm melhorado outros setores da vida humana. Mas, a natureza dessas inovações cria falsas expectativas e demandas mal controladas, pois não basta que o clínico tenha à sua disposição as tecnologias mais avançadas do mundo se não as souber utilizar, e de forma ética e responsável, saliente-se.

DRUMOND, por sua vez, no que se refere ao deslumbramento que a tecnologia cria, destaca que os avanços científicos no campo da medicina criaram três utopias, a saber, a da eternidade (devido ao aumento da longevidade), a da beleza (decorrente das mudanças de padrões cosméticos) e do prazer (devido à criação de novas drogas que aliviam a dor, proporcionando prazer físico e psíquico). Acrescenta, ainda, uma quarta utopia, citada por LUCIAN SFEZ, a da saúde e do corpo perfeito, a nova obsessão humana.¹⁵

Tais utopias muitas vezes não respeitam limites na busca de sua concretização. A ciência passa a ideia de que tudo é possível, e isso se torna extremamente perigoso pelo fato de correr o risco de transformar os seres humanos em máquinas manipuláveis e os médicos em manipuladores da vida humana. Segundo DRUMOND:

O mais terrível para a humanidade - que obteve na ciência a desmistificação dos fenômenos naturais - é exatamente a perda dos valores espirituais provocada pelo poder fascinantemente corrosivo

14 COSTA e COSTA, op. cit., p. 476-479.

15 DRUMOND, op. cit., p. 30.

que a tecnologia exerce sobre o pensamento humano, principalmente devido à luta desigual entre a velocidade das descobertas e a capacidade de reflexão moral sobre elas.¹⁶

É preciso fomentar uma responsabilidade ética individual e, também, coletiva, que seja partilhada por todos os sujeitos envolvidos com a área biomédica. Mas, por outro lado, caso a ética falhe ou mostre-se insuficiente, o direito deve atuar na defesa da dignidade humana e da valorização da pessoa humana e da vida em sua plenitude.

4. As implicações da Bioética e do Biodireito no campo da cirurgia plástica

A Bioética surgiu devido às preocupações humanistas ante o avanço das biociências. Trata-se, pois, literalmente, de uma ética da vida. BARCHIFONTAINE conceitua a bioética como sendo “um mecanismo de coordenação e instrumento de reflexão para orientar o saber biomédico e tecnológico, em função de uma proteção cada vez mais responsável da vida humana.”¹⁷

Mediante a exigência de limites éticos à conduta dos médicos, em face dos avanços tecnológicos cada vez mais rápidos, a Bioética, que se pautava em códigos deontológicos (como o código de ética médica, por exemplo), passou a se orientar a partir do final da década de 1970 e início da década de 1980, por quatro princípios básicos: não maleficência, beneficência, autonomia e justiça.

O princípio da beneficência significa “fazer o bem”. Sendo assim, o médico deve evitar, na medida do possível, quaisquer danos ao paciente, zelando pelo seu bem-estar. Fundamenta-se, tal princípio, no Juramento de Hipócrates, que determina que os profissionais da saúde devem utilizar seus conhecimentos apenas para a realização do bem.

O princípio da não maleficência é um desdobramento do da beneficência. Ele “determina a obrigação de não infringir dano intencional”. Na ética médica está associado à expressão “*primum non nocere*” (acima de tudo, não causar dano).

16 DRUMOND, op. cit., p. 31.

17 BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. _____. Bioética: contextualização. Origem, conceituação e abrangência. In: **Bioética e início da vida: alguns desafios**. Aparecida: Ideias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 33.

O princípio da justiça obriga a garantir a distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços de saúde, referindo-se à obrigação de igualdade de tratamento e, em relação ao Estado, de justa distribuição das verbas para a saúde, para a pesquisa etc., de acordo com as diferenças clínicas e sociais.

Por fim, o princípio da autonomia exige que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas.¹⁸ Sendo assim, deve ser ressaltado o respeito à pessoa, as suas convicções, opções e escolhas, que devem ser resguardadas. Salienta-se que, desse princípio decorre a exigência do consentimento livre e informado, o qual é de suma importância na relação médico-paciente.

A Bioética, portanto, examina a conduta humana à luz de valores e princípios morais. SÉGUIN destaca que, “a Bioética despontou como a dimensão moral da medicina. Posteriormente, quando começam a surgir os princípios e as regras jurídicas, ela se transforma em Biodireito.”¹⁹ Cabe ao Biodireito, por sua vez, a elaboração de normas que visem à garantia da dignidade humana. Sendo assim, diante das repercussões sociais trazidas pelos avanços tecnológicos, ele objetiva traçar limites éticos e jurídicos em face de abusos contra a vida.²⁰

As inovações biotecnológicas trazem ao direito difíceis questões ético-jurídicas, perante às quais ele não pode permanecer inerte. DINIZ²¹ analisa a problemática acerca do conflito entre as limitações que devem ser impostas pelo direito aos abusos biomédicos *versus* a liberdade científica, constitucionalmente garantida (artigo 5º, inciso IX, da CF/88). A referida autora destaca que a liberdade prelecionada na Constituição Federal Brasileira não pode ser entendida como absoluta, pois há outros valores e bens jurídicos igualmente protegidos pela Constituição, como, por exemplo, a vida, a integridade física e psíquica, dentre outros, que poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso da liberdade científica. Cabe, portanto, ao direito sopesar valores e bens jurídicos

18 DINIZ, op. cit., p. 14.

19 SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 45.

20 Ibid., p. 7-8.

21 DINIZ, Maria Helena. Bioética e Biodireito. In.: _____. **O estado atual do biodireito**. 6 ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6-7.

e impor limites às condutas que, porventura, venham colocar em risco a vida e a dignidade humana. Este, sem dúvida, é o papel do Biodireito.

4.1. Algumas considerações sobre a importância do “Consentimento” no caso de intervenções médicas

Sem dúvida, o “Consentimento” é um dos mais importantes paradigmas da Bioética na atualidade. Designa, pois, a anuência explícita de um indivíduo a um tratamento biomédico com vistas ao restabelecimento de sua saúde.

A noção de “consentimento” atualmente utilizada no domínio da biomedicina é originária do campo jurídico. Tem sua gênese, pois, no caso conhecido como *Schloendorff vs. Society of N.Y.* Ao ser admitida no Hospital de Nova York, em janeiro de 1908, queixando-se de dores abdominais, o médico declarou que Mary Schloendorff deveria submeter-se a um procedimento cirúrgico para a retirada de um tumor.

Segundo Mary, ela não desejava ser cirurgiada, e ao acordar de uma anestesia geral que fora proposta pelo médico para que fosse possível a realização de exames, percebeu que fora submetida a um procedimento cirúrgico de histerectomia. Mary, indignada, processou o médico e o hospital e a ação foi julgada procedente pela Corte Suprema do Estado de Nova York, em 1914. O juiz responsável pela causa declarou que todo ser humano adulto e são tem direito sobre seu próprio corpo e, por sua vez, o médico que realiza procedimentos cirúrgicos sem o consentimento do paciente comete uma violência, devendo ser responsabilizado. Apesar de essa decisão judicial ter representado um avanço significativo para o respeito à dignidade humana, a efetiva participação dos pacientes nas decisões médicas só foi possível através de constantes batalhas judiciais, afirmam DINIZ e COSTA.²²

Durante séculos, a postura do médico foi paternalista, autoritária e absolutista. Os autores supracitados destacam, em relação à imagem do médico na sociedade, o seguinte:

Assim, durante quase dois milênios a interação entre médico e paciente foi mantida tendo como alicerce a perpetuação de três crenças. A

22 DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. *Ensaio: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006, p. 43-44.

primeira delas tinha como premissa a obrigação dos pacientes de reverenciarem os médicos, pois estes eram dotados de um poder sobrenatural de curar, uma dádiva ofertada pela divindade. Uma segunda premissa recomendava aos pacientes manter a fé em seus doutores. Por último, a obediência que todo paciente deveria ter ao seu médico. Fé e obediência foram também os princípios impostos a todos os pacientes na Idade Média.²³

Segundo NEVES²⁴, a ideia de “consentimento” internacionaliza-se devido às atrocidades cometidas pelos médicos nazistas nas experimentações feitas com seres humanos. O Código de Nuremberg, de 1947, determina ser essencial o consentimento informado do paciente. A Declaração de Helsinque, de 1954, por sua vez, além de ratificar a exigência do consentimento, determina que este deva ser por escrito. Mas, o debate em torno da questão do consentimento só se intensifica a partir da década de 1970.

SÉGUIN²⁵ destaca, ainda, que o consentimento informado trata-se de uma decisão voluntária e revogável de pessoa capaz, a qual deve ser manifestada de forma verbal ou por escrito. Sendo assim, faz-se necessário haver um processo de esclarecimento para o paciente, em que fique claro o diagnóstico, o prognóstico, as opções de tratamento com os respectivos riscos, benefícios, bem como as possíveis consequências.

Ora, em pleno século XXI, ainda vê-se a sonegação de informações aos pacientes, tanto por parte dos médicos, como dos hospitais. O médico ainda parece ser uma figura inalcançável, inatingível para o paciente. Porém, os códigos deontológicos determinam que a informação é um dever na medicina que deve ser obedecido pelo médico.

Cumprir trazer à baila, portanto, os dispositivos do Código de Ética Médica brasileiro²⁶, especialmente os artigos 22 e 24, inseridos no capítulo IV, “Direitos Humanos”, que proíbem o médico de:

23 DINIZ E COSTA, op. cit., p. 46.

24 NEVES, M. Patrão. Contexto cultural e consentimento: uma perspectiva antropológica. In.: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: poder e injustiça**. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 488-489.

25 SÉGUIN, op. cit., p. 52.

26 **Código de Ética Médica** (Resolução 1931/2009/2010). Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp>. Acesso em: 02 nov. 2013.

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

É, portanto, dever do médico e direito do paciente e de seus responsáveis, caso haja, a informação sobre seu estado de saúde, os tratamentos que estão à sua disposição e os benefícios e riscos que daí decorrem.

Segundo DINIZ²⁷, todos os avanços biotecnológicos geraram uma renovação no modo de agir e decidir daqueles que se encontram envolvidos com as ciências biomédicas. Sem dúvida, uma mudança de paradigmas ocorrida na relação médico-paciente, fundamentada em padrões ético-morais, propagados por diversas instituições de pesquisa (nacionais ou internacionais) governamentais e não governamentais, bem como pelas discussões no campo da filosofia e teologia sobre temas relacionados à vida e a morte do ser humano, delimitou novos lugares para ambos os sujeitos. Sendo assim, tais mudanças exigem que o paciente torne-se sujeito emancipado, com seus direitos fundamentais reconhecidos, bem como sua autonomia da vontade respeitada. E o médico, por sua vez, deixe de ser o “senhor” supremo das decisões sobre a vida e a morte, somente podendo iniciar o tratamento médico após o consentimento livre e esclarecido do paciente acerca do diagnóstico, prognóstico e o processo terapêutico a que será submetido.

5. Implicações jurídicas em caso de erro médico em cirurgia plástica à luz do direito civil constitucional

A cirurgia plástica objetiva reparar ou corrigir um defeito corporal, com a finalidade de recuperar ou melhorar a aparência do corpo humano. Tais cirurgias, por sua vez, são classificadas de dois tipos: a cirurgia reparadora, realizada para corrigir deformidades físicas congênitas ou traumáticas que nasceram com a pessoa ou surgiram no curso da

27 DINIZ, op. cit., p. 1-4.

vida, e a cirurgia estética, que objetiva melhorar a aparência ou atenuar as imperfeições do corpo.

O Brasil é o segundo país onde mais se realizam cirurgias plásticas, contabilizaram 1.094.146 cirurgias no mesmo período, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, segundo pesquisas realizadas pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP) e pela Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica (ISAPS)²⁸.

Objetivava-se conhecer a situação atual da cirurgia plástica no Brasil, mais especificamente a atuação médica dos membros especialistas e titulares da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. Por tal razão, foi realizada pela SBCP, em parceria com o Datafolha, uma pesquisa²⁹ quantitativa entre seus membros, com vistas a identificar o número de cirurgias plásticas realizadas entre setembro de 2007 e agosto de 2008. Num universo de 3.533 nomes cadastrados no banco de dados da SBCP, 366 profissionais responderam o questionário. Foi apurado que, nesse período, 73% das cirurgias plásticas realizadas no Brasil foram estéticas. Em média 132 cirurgias estéticas por ano (o que corresponderia a 11 cirurgias por mês e 3 por semana), contra 58 cirurgias reparadoras por ano (o que corresponderia a 5 cirurgias por mês e 1 por semana). Apesar de os homens estarem, cada vez mais, preocupando-se com a aparência, a maioria das intervenções estéticas é realizada nas mulheres.

Segundo a pesquisa da Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (ISAPS) em conjunto com a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP) e outras entidades, o Brasil realizou 905.124 procedimentos cirúrgicos estéticos em 2011, ocupando o 2º lugar do ranking mundial de países que mais realizam cirurgias plásticas estéticas. Tem-se em primeiro lugar a Lipoaspiração, apresentando um crescimento de 129% nos últimos quatro anos e contabilizando 211.108 procedimentos realizados. O Brasil ocupa o segundo lugar nos casos de mamoplastia (aumento de mama), com cerca de 148.962 procedimentos e de terceiro lugar com a abdominoplastia (95.004). A grande novidade ficou por con-

28 **Pesquisa diz que cirurgia plástica estética cresce 97% nos últimos quatro anos.** 26 Jan 2013. Disponível em: <http://www.d24am.com/noticias/saude/pesquisa-diz-que-cirurgia-plastica-estetica-cresce-97-nos-ultimos-quatro-anos/79035>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

29 **Cirurgia Plástica no Brasil.** Disponível em: <<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/images/Docs/pesquisa2009.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2012.

ta da Blefaroplastia que apesar de ocupar o 4º lugar no ranking teve um aumento de 120% no período, crescimento similar ao da lipoaspiração³⁰.

Além disso, segundo um levantamento da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP), o Brasil possui cerca de um cirurgião plástico para cada 44 mil habitantes, número que já supera o de cirurgiões plásticos por habitante nos Estados Unidos³¹.

Percebe-se, portanto, que no Brasil há uma verdadeira produção em massa quando se trata de cirurgias plásticas estéticas. Porém, como fica a situação do paciente quando há um erro médico? Quais as implicações jurídicas para os médicos e as empresas que cometem erros? Passa-se a discutir essas questões a partir de agora.

Conforme a regra geral, a responsabilidade civil decorrente de erro médico é subjetiva. Porém, nos casos de cirurgia plástica estética a responsabilidade passa a ser, de modo geral, objetiva, pois se entende que a obrigação do médico é de resultado (o médico tem a obrigação de atingir o resultado prometido), enquanto que na primeira, é de meio (o médico não está comprometido a um resultado específico).³²

O médico não pode garantir a cura ao paciente. Sendo assim, a culpa no erro médico é presumida, sendo o entendimento mais lógico. Porém, no caso de cirurgia plástica estética, não se trata, *a priori*, de busca pela cura de uma doença. O médico, ao ser contratado, está empenhado a atingir o resultado prometido.

No entanto, segundo VENOSA³³, é importante destacar que nem toda cirurgia estética resulta em obrigação de resultado, como, por exemplo, os casos de cirurgias urgentes, realizadas em pessoas acidentadas com o fito de evitar danos irreversíveis.

Mas, uma questão fundamental a ser discutida é o fato de que o tratamento médico atualmente, além de ser regulado pelo Código Civil Brasileiro³⁴, também é alcançado pelos princípios do Código de Defesa

30 Pesquisa diz que cirurgia plástica estética cresce 97% nos últimos quatro anos. 26 Jan 2013. Op. Cit.

31 *Ibidem*

32 DINIZ, op. cit., p. 278-280.

33 VENOSA, Silvio de Salvo. Responsabilidade Profissional: Responsabilidade Médica e Odontológica. In.: _____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 102.

34 BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2012.

do Consumidor³⁵. O paciente, portanto, coloca-se na posição de consumidor e o médico (ou a pessoa jurídica), por sua vez, de fornecedor.

No tocante à responsabilidade dos hospitais e empresas de medicina de grupo, o Código de Defesa do Consumidor preleciona em seu artigo 14 o seguinte:

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.
[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Sendo assim, a responsabilidade da pessoa jurídica na prestação de serviços médicos, nos termos do referido código, é objetiva, ou seja, independe da aferição de culpa. Porém, quando se trata de profissionais liberais individuais, no caso dos médicos, a responsabilidade é subjetiva.

Os hospitais ou os operadores de planos de saúde enquadram-se como fornecedores de serviços. Estão submetidos ao CDC, bem como ao artigo 932, do Código Civil, que em seu inciso III, dispõe:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

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

Sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, §6º, determina que:

Art. 37 [...]

§6º- As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Percebe-se que, a atividade do estabelecimento absorve a do médico. Portanto, pelo fato de no Brasil, além de haver diversos médicos

35 BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 jul. 2012.

profissionais liberais realizando cirurgias plásticas, também há diversas clínicas de cirurgias, com equipes numerosas, sendo mais prudente que o paciente acione judicialmente, de forma conjunta, a clínica e o médico responsável pelo dano.

Venosa ressalta, ainda, que no contexto da relação consumerista médico-paciente, sobressai-se o dever de informação que, além de ser inerente à atividade médica, é um dos princípios básicos do consumidor.³⁶

É importante ressaltar que, o consentimento informado do paciente, bem como o caso fortuito e a força maior podem possibilitar o afastamento da responsabilidade médica nos casos de erro em cirurgia plástica estética.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acórdão em recurso de apelação nº 00026119-83.2006.8.19.0001, proferido pelo Des. José Carlos Paes, Julgamento: 18/05/2011 – Décima Quarta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. 1. Evidente que a relação travada entre as partes é de consumo, enquadrando-se a autora no conceito de consumidor descrito no caput do artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como o demandado na máxima contida no caput do artigo 3º do citado diploma legal. 2. Responsabilidade civil médica que enseja a incidência do artigo 14, §4º, do CPDC, segundo o qual é subjetiva a responsabilidade dos profissionais liberais. Precedente do TJ/RJ e doutrina. 3. Cirurgia de mamoplastia, de natureza estética, e não reparadora, tratando-se, assim, de obrigação de resultado, incumbindo ao profissional comprovar que a insatisfação de quem esteve sob seus cuidados provém de fatos alheios a sua atuação. 4. Prova nos autos que demonstra ter o médico obrado com culpa, no que toca à correção dos seios. Resultado indesejado pela paciente. 5. A alegada impossibilidade de simetria perfeita e a ocorrência de álea nas cirurgias de redução de mamas não eximem o médico da responsabilidade pelo descontentamento da paciente frente ao resultado indesejável, haja vista que não há prova nos autos de que a autora tenha sido previamente informada da possibilidade de seus seios não ficarem como almejava. 6. Dentre os deveres de segurança, encontram-se presentes os deveres de informação e de boa-fé, bem como, implicitamente, a garantia de assegurar a legítima expectativa do consumidor, que se submete a procedimento

36 VENOSA, op. cit., p. 92.

cirúrgico e, após todos os procedimentos pré e pós-operatórios, vê-se frustrada diante do resultado da cirurgia plástica realizada.⁷ Assim, caracterizado erro médico passível de correção, deve o causador do dano suportar o custo de procedimento cirúrgico reparatório, cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença.⁸ Dano moral in re ipsa e fixados em R\$ 5.000,00, por atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 9. Recurso parcialmente provido. Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 18/05/2011.

Outro julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acórdão em recurso de apelação nº 0051380-46.2003.8.19.0004 (2007.001.08531, proferido pelo Des. Maria Inês Gaspar, Julgamento: 21/03/2007 – Décima Sétima Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Ação ordinária em que objetiva a autora reparação por danos morais e materiais que teria sofrido, em virtude de alegado erro médico em cirurgia plástica de mamas a que se submeteu perante o réu. Preliminar de nulidade da sentença afastada. A responsabilidade dos profissionais liberais, em princípio, é baseada na culpa (art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor), mas, nos casos de cirurgia estética ou plástica, o cirurgião assume obrigação de resultado. Conjunto probatório dos autos que permite concluir ter sido insatisfatório o resultado obtido pela autora através da cirurgia plástica de mamas realizada pelo cirurgião-réu, o que lhe acarretou, inclusive, cicatrizes irregulares e assimetria mamária, consoante apontado pela prova técnica. Serviço mal prestado. Obrigação de indenizar caracterizada. Danos materiais demonstrados. Dano moral e estético igualmente configurados. Quantificações dotadas de proporcionalidade e razoabilidade, diante das circunstâncias do caso concreto, a não merecer modificação. Os juros moratórios devem incidir a partir da citação, por versar a hipótese ilícito contratual. Sentença mantida. Desprovemento dos recursos.

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 21/03/2007.

Porém, não se pode esquecer que cabe, em caso de dano por erro médico, tanto reparação moral, material, como também, estética. A última, por sua vez, trata-se de um prejuízo que consiste em alteração, deformidade ou aleijão. Sobre esse assunto, preleciona a Súmula 387, do

Superior Tribunal de Justiça - STJ, que: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

6. Conclusões

A beleza, sem dúvida, é algo buscado por todos, apesar de cada um possuir seu próprio conceito de belo. Na busca para alcançar o sonho de um corpo definido, musculoso, mamas fartas, pele sempre jovem etc., muitos, atualmente, guardam o dinheiro de uma vida toda de trabalho, ou mesmo endividam-se por longo período. Porém, quando o sonho torna-se pesadelo, é extremamente frustrante. Ora, o corpo humano não é uma máquina que pode ser montada, desmontada, mexida e remexida ao bel-prazer, apesar de muitos pensarem o contrário. Determinados procedimentos cirúrgicos podem ser irreversíveis e causadores de danos psíquicos extremos.

Basta um rápido passeio pela internet para detectar diversos sites de cirurgias plásticas oferecendo os mais variados tratamentos. E, pior, com literais promessas de beleza que facilmente poderiam ser atingidas. Há um verdadeiro bombardeio midiático em torno desse assunto, principalmente pelo fato de todos os dias as “estrelas” surgirem na televisão e nas fotografias com aparência de vinte anos a menos.

Atualmente, a “febre” da cirurgia embelezadora não atinge apenas as mulheres. Cada vez mais há homens que se submetem a tais procedimentos em busca de músculos, de melhorar o aspecto do rosto, enfim. Porém, o mais preocupante é a euforia dos jovens, que ainda nem tiveram o corpo completamente definido pelo curso normal da natureza e já desejam se submeter aos mais variados procedimentos cirúrgicos. Hoje, as meninas não pedem mais aos pais um celular ou um computador de presente, mas “novas mamas com silicoes”.

Os cirurgias plásticas, por sua vez, se não incentivam a prática desenfreada de cirurgias plásticas, ao menos, não desestimulam.

Sem dúvida, faz-se necessária uma maior conscientização ética no que se refere à prática de cirurgias plásticas, uma maior fiscalização por partes dos conselhos de medicina com vistas a analisar a conduta ética dos profissionais, bem como o acompanhamento prévio de psicólogos e psiquiatras, tanto para as pessoas que desejam se submeter a esse tipo de cirurgia, quanto na formação dos jovens. Além disso, deve haver

investimentos na área da saúde preventiva, com vistas a diminuir problemas que resultem na busca de cirurgias plásticas, como a obesidade, por exemplo. A reeducação alimentar, o incentivo aos esportes e a uma vida mais saudável, além de favorecer a saúde, sem dúvida, deixa a pele, o corpo e o psicológico do sujeito melhor, deixa-o de bem com a vida.

Assim, a Carta Magna tem por objetivo, na sua essência, à dignidade da pessoa humana e à pacificação social. Por sua vez, o direito civil deve ser interpretado a partir desses preceitos, qual seja, parafraseando Busnelo e Weinrich (2013) permitindo que os elementos presentes nas situações que geram responsabilidade civil sejam valorados de forma a se ter a completa dimensão do ato ilícito e suas consequências, o que vem a contribuir para que a justiça seja alcançada de forma mais efetiva no caso concreto.

7. Referências

BARCHFONTEINE, Christian de Paul de. _____. Bioética: contextualização. Origem, conceituação e abrangência. *In: Bioética e início da vida: alguns desafios*. Aparecida: Ideias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2012.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 jul. 2012.

_____. **Código de Ética Médica (Resolução 1931/2009/2010)**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp>. Acesso em: 02 nov. 2013.

BUSNELLO, Saul José; WEINRICH, Jair. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise doutrinária**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3655, 4 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24875>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

Cirurgia Plástica no Brasil. Disponível em: <<http://www2.cirurgioplastica.org.br/images/Docs/pesquisa2009.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2012.

COSTA, Sérgio Ibiapina; COSTA, Maurício Ribeiro Ferreira. A ética profissional e a rapidez dos avanços tecnológicos. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). **Bioética: poder e injustiça**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Bioética e Biodireito. In.: _____. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. **Ensaio: Bioética**. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. **Ética e inovação tecnológica em medicina**. Bioethikos, Centro Universitário São Camilo, São Paulo, 2007, p. 24-33. Disponível em: <http://www.saocamilosp.br/pdf/bioethikos/54/Etica_e_inovacao.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2012.

MARTIRE JUNIOR, Lybio. **A história da cirurgia plástica**. Disponível em: <http://www.sbhm.org.br/index.asp?p=especialidades_view&codigo=48>. Acesso em: 27 jul. 2012.

NEVES, M. Patrão. **Contexto cultural e consentimento: uma perspectiva antropológica**. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: poder e injustiça**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

Pesquisa diz que cirurgia plástica estética cresce 97% nos últimos quatro anos. 26 Jan 2013. Disponível em: <http://www.d24am.com/noticias/saude/pesquisa-diz-que-cirurgia-plastica-estetica-cresce-97-nos-ultimos-quatro-anos/79035>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

SARTORI, Marina. Disponível em: <<http://www.plasticamontenegro.com.br/artigos/historia-da-cirurgia-plastica.html>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. Responsabilidade profissional: responsabilidade médica e odontológica. In.: _____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

3

A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS E AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ

Marcos Ehrhardt Júnior¹

SUMÁRIO: Introdução: os diversos sentidos da boa-fé - 1. A função integrativa da boa-fé objetiva - 2. Os deveres que decorrem da boa-fé objetiva - 3. A função de controle da boa-fé objetiva: considerações sobre o exercício disfuncional de uma posição jurídica - 3.1. Venire contra factum proprium - 3.2. Supressio (Verwirkung) - 3.3. Surrectio (Erwirkung) - 3.4. Tu quoque - 4. Conclusões - 5. Referências

Introdução: os diversos sentidos da boa-fé

É fácil perceber que a boa-fé está relacionada aos fatores socioculturais de um determinado lugar e momento, refletindo a realidade que informa a ordem jurídica em que está inserida. No entanto, tal consta-

¹ Advogado. Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor de Direito Civil da UFAL; dos Cursos de Pós-Graduação da UFPE; do Centro Universitário CESMAC e da Escola Superior da Magistratura em Pernambuco (ESMAPE). Coordenador da Revista Fórum de Direito Civil. Integrante do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (UFPE).

tação dificulta sua análise e, sobretudo, a comparação de sua utilização nos diversos ordenamentos jurídicos².

ANDRÉ COMTE-SPONVILLE denominou de “boa-fé” a palavra para designar, entre todas as virtudes, nossas relações com a verdade. Tratando da questão num âmbito puramente subjetivo, sustenta que a boa-fé seria “*um fato, que é psicológico, e uma virtude, que é moral*”. Enquanto fato considera a boa-fé como “*conformidade dos atos e das palavras com a vida interior, ou desta consigo mesma*”, enquanto virtude, a relaciona com o “*amor ou o respeito à verdade*”³.

Segundo PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO, a boa-fé pode ser entendida como “*uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídica. Vale dizer, a boa-fé se*

2 Se se analisar a **experiência italiana**, ver-se-á que a boa-fé é tratada em diversos dispositivos legais ao longo do código, merecendo destaque o disposto nos arts. 1.375 (“*Il contratto deve essere eseguito con buona fede*”), art. 1.366 (“*Il contratto deve essere interpretato con buona fede*”), e sobretudo no art. 1.358, assim redigido: “*Coluiche si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi con buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte (1175, 1375)*”. No **sistema francês** o tema vem disciplinado no capítulo relativo aos efeitos das obrigações, especificamente no art. 1.134: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qu'elles font. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*”. O **Código de Quebec** trata da boa-fé em seu art. 6º (“*Toutepersonne est tenue d'exercer sesdroitscivils selon les exigences de labonne foi*”) e art. 7º (“*Aucundroit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de labonne foi*”).

3 COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Versão digital obtida em http://www.pfilosofia.pop.com.br/03_filosofia/03_03_pequeno_tratado_das_grandes_virtudes/pequeno_tratado_das_grandes_virtudes.htm, p. 105 e seguintes. Acesso em 12.12.2011. O autor prossegue afirmando que “*não, claro, que a boa-fé valha como certeza, nem mesmo como verdade (ela exclui a mentira, não o erro), mas que o homem de boa-fé tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a boa-fé é uma fé, no duplo sentido do termo, isto é, uma crença ao mesmo tempo em que uma fidelidade. É crença fiel, e fidelidade no que se crê. Pelo menos enquanto se crê que seja verdade. Vimos, a propósito da fidelidade, que ela devia ser fiel antes de tudo ao verdadeiro: isso define muito bem a boa-fé. Ser de boa-fé não é sempre dizer a verdade, pois podemos nos enganar, mas é pelo menos dizer a verdade sobre o que cremos, e essa verdade, ainda que a crença seja falsa, nem por isso seria menos verdadeira. É o que se chama também de sinceridade (ou veracidade, ou franqueza), e o contrário da mentira, da hipocrisia, da duplicidade, em suma, de todas as formas, privadas ou públicas, da má-fé. (...) A boa-fé é uma sinceridade ao mesmo tempo transitiva e reflexiva. Ela rege, ou deveria reger, nossas relações tanto com outrem como conosco mesmos. Ela quer, entre os homens como dentro de cada um deles, o máximo de verdade possível, de autenticidade possível, e o mínimo, em consequência, de artifícios ou dissimulações. Não há sinceridade absoluta, mas tampouco há amor ou justiça absolutos: isso não nos impede de tender a elas, de nos esforçar para alcançá-las, de às vezes nos aproximarmos delas um pouco. A boa-fé é esse esforço, e esse esforço já é uma virtude” (p. 106-7).*

*traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente*⁴

Já se tornou lugar-comum distinguir a forma objetiva da boa-fé de sua tradicional versão subjetiva. Pode-se definir a boa-fé objetiva (*TreuundGlauben*) como um modelo ético de comportamento que se exige de todos os integrantes da relação obrigacional, em contraposição com a noção subjetiva de boa-fé (*GutenGlauben*), que significa o estado de crença de um sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento.

Desse modo, a boa-fé subjetiva (“boa-fé crença”) relaciona-se ao desconhecimento de determinada circunstância e difere da boa-fé em sua dimensão normativa, a boa-fé objetiva, que diz respeito à confiança e à legítima expectativa do sujeito (“boa-fé lealdade”). RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR⁵ aponta a boa-fé subjetiva como qualidade do sujeito, relativa ao estado de consciência da pessoa⁶, servindo à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o Direito, apesar de ser outra a realidade.

Nas palavras de DANIEL USTÁRROZ, *“aquele que age de acordo com a boa-fé subjetiva não tem consciência e não deseja que, de seu agir, decorra prejuízo a outrem. A ação, ainda que seja contrária ao direito, é*

4 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 72. v. IV.

5 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 243. Nesse sentido, dispõe o art. 1.201 do CC/02: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”. Como consequência, o possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos (art. 1.214), além de não responder pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa (art. 1.217). Outros exemplos de posituação da boa-fé subjetiva no Código Civil podem ser encontrados nos arts. 1.242 e 1.561, dentre outros.

6 Em relação à boa-fé subjetiva existe dissenso doutrinário sobre os requisitos necessários a sua configuração. Para os partidários de uma concepção puramente psicológica, basta a ignorância de determinado fato ou estado de coisas, abstraindo-se qualquer aferição de diligência do sujeito como dado relevante. Já na concepção ética, “o desconhecimento do vício que torna ilegítimo o exercício da posição jurídica ou a aquisição do direito não pode ser culposos”. DUARTE, RonniePreuss. A cláusula geral da boa-fé no novo código civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil: Questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2004, p. 414 v. 2. Sem dúvida, é mais fácil perquirir as circunstâncias fáticas que permitiriam ao figurante do contrato ter ciência do vício que tornava ilegítimo o exercício de sua posição jurídica do que saber o que se passou em seu íntimo. Resta saber qual o grau de diligência a ser exigido, sendo a melhor alternativa aquela que leva em consideração as condições pessoais do agente, como, por exemplo, seu nível econômico-social, educação, experiência profissional etc.

*tida pelo agente como lícita, e esse sentimento o anima para determinar sua conduta*⁷.

A dificuldade para se buscar uma melhor precisão técnica que facilite à compreensão da noção da boa-fé subjetiva pode ser bem ilustrada na lúcida ponderação de ANDRÉ COMTE-SPONVILLE:

Dir-se-á que a boa-fé não prova nada; estou de acordo. Quantos canalhas sinceros, quantos horrores consumados de boa-fé? (...) Um canalha autêntico é um canalha: de que adianta sua autenticidade? Como a fidelidade ou a coragem, a boa-fé tampouco é uma virtude suficiente ou completa. Ela não substitui a justiça, nem a generosidade, nem o amor. Mas que seria uma justiça de má-fé? Que seriam um amor ou uma generosidade de má-fé? Já não seriam justiça, nem amor, nem generosidade, a não ser que corrompidos à força de hipocrisia, de cegueira, de mentira. Nenhuma virtude é verdadeira, ou não é verdadeiramente virtuosa sem essa virtude de verdade. Virtude sem boa-fé é má-fé, não é virtude⁸.

Embora seja possível distinguir as espécies, deve-se anotar que não existe independência entre elas, pois “*divergem entre si na mesma medida em que se complementam*”⁹.

O Código Civil pátrio tratou da boa-fé em diversos dispositivos, merecendo, todavia, destaque para o tratamento a ela conferido nos arts. 113, 187 e 422, que espelham a diversidade de funções que esta exerce em nosso ordenamento¹⁰.

7 USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade Contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 71.

8 COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Versão digital obtida em http://www.pfilosofia.pop.com.br/03_filosofia/03_03_pequeno_tratado_das_grandes_virtudes/pequeno_tratado_das_grandes_virtudes.htm, p. 106.

9 LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**, p. 57. Aldemiro Rezende Danas Júnior afirma que a boa-fé objetiva engloba a subjetiva, uma vez que “*se o sujeito não desconhece a circunstância, nem ao menos chegou a criar a justa expectativa, não se formou em seu interior a confiança*” (Op. cit. p. 28, nota de rodapé 3).

10 Há quem sustente também uma quarta função para a boa-fé, relacionando-a como “autorização para decisão por equidade”. Sobre o tema ver MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 221.

Ainda na Parte Geral do CC/02¹¹, merece destaque a *função interpretativa* da boa-fé, prescrevendo o legislador que os negócios jurídicos devem ser interpretados “conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”¹², como também a *função de controle*, servindo de *standard*, arquétipo social adequado, para limitação do exercício abusivo ou disfuncional de direitos, conforme determina o art. 187¹³ do referido diploma¹⁴.

No campo do direito obrigacional¹⁵, surge mais uma das funções comumente atribuídas à boa-fé, desta vez relacionada à criação de novos deveres no tráfico jurídico. Trata-se da *função integrativa* (art. 422), que para ENZO ROPPO, permite determinar a medida e a qualidade das obrigações que resultam do próprio contrato, numa lógica de respeito da autonomia privada¹⁶.

11 O **Código Civil Suíço** também trata da boa-fé em sua parte geral, não havendo dúvidas de sua aplicação a todos os demais dispositivos previstos na parte especial da mencionada lei. Vale aqui transcrever o teor dos arts. 2.º (*Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi*) e art. 3º (*La bonne foi est présumée, lorsqu'elle n'est ni dépendante de la naissance ou de l'effet d'un droit*).

12 No **Código Civil Alemão** (BGB), pode-se identificar idêntica função em seu § 242, que trata do tema da seguinte forma: “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordert*”. Numa tradução livre, o referido dispositivo pode ser assim compreendido: “Um devedor tem o dever de agir (ou de se comportar) de acordo com as exigências da boa-fé, tendo em consideração as práticas correntes”. Vale destacar o teor do Enunciado 409 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, relativo ao art. 113 do CC/02: “*Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes*”.

13 Art. 187: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Vale destacar o teor do Enunciado 413 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, relativo ao art. 187 do CC/02: “*Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva*”.

14 Em sentido semelhante, no **Código Civil Argentino**, o tema é tratado no art. 1.071 da seguinte forma: “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrariar los fines que aquél tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”.

15 No **Código Civil Espanhol**, a exigência da boa-fé no campo obrigacional está disposta no art. 1.258: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.

16 ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 290.

1. A função integrativa da boa-fé objetiva

Para CLÓVIS DO COUTO E SILVA, o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, no qual serão investigados os propósitos e intenções dos contratantes¹⁷, razão pela qual não indica qual a conduta a ser adotada pelas partes de uma relação negocial, mas como estas devem se comportar. É nesse sentido que TERESA NEGREIROS anota que

[...] o princípio da boa-fé, como resultante necessária de uma ordenação solidária das relações intersubjetivas, patrimoniais ou não, projetada pela Constituição, configura-se muito mais do que como fator de compreensão da autonomia privada, como um parâmetro para a sua funcionalização à dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões¹⁸.

Noutras palavras, o dever geral de boa-fé é atendido quando as partes desempenham suas condutas de modo honesto, leal e correto, evitando causar danos ao outro (dever de proteção) e garantindo o conhecimento de todas as circunstâncias relevantes para a negociação (dever de informação) – comportamento que faz florescer laços de confiança entre os contratantes¹⁹. A boa-fé, por conseguinte, exige a adoção de uma postura proativa, traduzida em esmero, dedicação e cooperação na relação obrigacional; enfim, tudo o que se espera de uma fraterna convivência.

17 COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 36.

18 NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 222-3.

19 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**, p. 81/83, onde o autor faz referências ao pensamento de Antônio Menezes Cordeiro. Neste ponto, é interessante destacar que a noção de boa-fé exprime um imperativo ético, ou seja, encerra a ideia de um comportamento ideal a ser atingido, não se confundindo com a noção de bons costumes, muito mais próxima do campo da moral que é extraída da realidade social. Neste particular, Clóvis do Couto e Silva sustenta que “os bons costumes referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto a boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes na relação jurídica. Assim, quem convencionou não cumprir determinado contrato age contra os bons costumes, decorrendo a nulidade do negócio jurídico. De outro lado, quem deixar de indicar circunstância necessária ao fiel cumprimento da obrigação terá apenas violado dever de cooperação para com o outro partícipe do vínculo, inexistindo, porém, infringência à cláusula dos bons costumes” (In **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 35).

A boa-fé requer um relacionamento particularizado entre dois sujeitos, vale dizer, um *contato social qualificado* que se caracteriza pelo estreitamento da relação, *com as expectativas que cria e as vulnerabilidades que engendra*, permitindo a interação comunicativa que gera a confiança²⁰.

A exata compreensão desse instituto não deve se limitar ao desenvolvimento de obrigações negativas. Dito de outro modo: não basta que cada um dos figurantes da relação obrigacional se abstenha de praticar atos que reduzam as possibilidades da outra parte de obter o máximo de proveito da prestação; a boa-fé prescreve a obrigação de cada um dos sujeitos realizar tudo quanto esteja ao seu alcance para assegurar à contraparte o resultado útil almejado, independentemente de tais condutas estarem expressamente previstas no contrato.

Por isso, seu conceito não pode ser encontrado na análise do texto legal; mas sim, na decisão judicial que aprecia como deve ocorrer sua aplicação, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, exigindo, para sua compreensão, mais da análise da atividade judicial do que da análise de textos doutrinários.

Para agravar tal dificuldade, está-se diante de uma categoria da teoria geral do direito, que não se limita apenas ao campo do direito obrigacional, podendo ser utilizada no direito das coisas (v.g., arts. 1.201 e 1.826), no direito de família²¹ (art. 1.561), o que apenas demonstra sua tendência expansionista²², uma vez que hoje ela também é largamente utilizada no direito processual e no direito administrativo.

Apesar de escapar dos objetivos do presente trabalho, não se pode deixar de registrar interessante precedente que demonstra a aplicação

20 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direitos dos Contratos**. Estudos. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 217.

21 Sobre a aplicação da boa-fé no direito de família, interessante registrar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto: "*Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família*" (REsp 1087163/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/8/2011, DJe 31/8/2011).

22 Vale destacar o teor do Enunciado 414 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, relativo ao art. 187 do CC/02: "*A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito*".

do princípio da boa-fé no campo do direito processual em relação às condutas do próprio magistrado que conduzia o processo, preservando o comportamento prévio que criou nas partes uma legítima expectativa:

RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE - INEXISTÊNCIA - ART. 244, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ - PREPARO - AUSÊNCIA - INTIMAÇÃO PESSOAL - DESNECESSIDADE - PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR - PORÉM, DETERMINADA A INTIMAÇÃO PARA RECOLHIMENTO DO PREPARO E DEVIDAMENTE CUMPRIDO - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM) - DECISÃO QUE EXTINGUE A DEMANDA, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - OBSERVÂNCIA - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. (...) III - A jurisprudência desta Corte Superior proclama que, na hipótese de oposição de embargos do devedor, sem a comprovação do recolhimento de preparo, o Juiz deve determinar o cancelamento da distribuição do processo e o arquivamento dos respectivos autos, independentemente de intimação pessoal. IV - **Todavia, na espécie, a conduta do Juízo a quo revela-se contraditória e viola o princípio insculpido na máxima *nemopotest venire contra factum proprium*, na medida em que anteriormente determinou - quando não precisava fazê-lo - a intimação para recolhimento do preparo e, ato contínuo, mesmo após o cumprimento de sua ordem, entendeu por bem julgar extinta a demanda, sem julgamento de mérito.** V - Tal atitude viola o princípio da boa-fé objetiva porque criou, na parte autora, a legítima expectativa de que, após o recolhimento do preparo, dentro do prazo estabelecido pelo Magistrado, suas razões iniciais seriam examinadas, observado-se o devido processo legal. VI - Determinada a intimação para recolhimento do preparo e figurando este devidamente cumprido, em tempo e modo oportunos, não é o caso de extinção dos embargos à execução, com base no art. 267, IV, do CPC. VII - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido²³.

De igual modo, desta feita no campo das relações entre o Estado e os particulares, é importante anotar a recente decisão do Superior

23 REsp 1116574/ES, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 14/4/2011, DJe 27/4/2011.

Tribunal de Justiça, que ao apreciar a questão da possibilidade de devolução de valores recebidos indevidamente pelo servidor público, apresentou alguns critérios da aferição da boa-fé no caso concreto²⁴.

Por conta disso, daqui em diante, utilizar-se-á sempre de decisões recentes dos Tribunais, para melhor compreender o desenvolvimento da boa-fé em nossa experiência jurídica.

À medida que as relações sociais e econômicas vão se mostrando cada vez mais complexas, os deveres relativos ao adimplemento dos vínculos obrigacionais daí decorrentes ampliam-se, desdobrando-se em diversas matizes, podendo surgir antes mesmo de vir a se concretizar a obrigação ou mesmo em hipóteses nas quais a obrigação nem virá a se concretizar²⁵. Tais deveres também se manifestam ao longo de toda a existência da relação, orientando-se sempre pela busca do melhor proveito possível, o que pode ensejar que alguns de seus aspectos perdurem mesmo após o adimplemento das prestações principais.

Desse modo, a exigência de boa-fé no comportamento das partes impõe limites objetivos ao tráfego jurídico, desde o período pré-contratual (*in contraendo*) até mesmo após o encerramento do negócio (deveres *posfactumfinitum*), ensejando uma verdadeira transeficácia da relação contratual, cuja intensidade é inversamente proporcional ao espaço de autonomia privada reservado aos contratantes²⁶.

Em relação aos deveres e à exigência de boa-fé em todas as fases do desenvolvimento da relação jurídica obrigacional, vale destacar o teor do Enunciado 170 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo

24 AgRg no REsp 1263480/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/9/2011, DJe 9/9/2011. Segundo o Relator: “A boa-fé não deve ser aferida no real estado anímico do sujeito, mas sim naquilo que ele exterioriza. Em bom vernáculo, para concluir se o agente estava ou não de boa-fé, torna-se necessário analisar se o seu comportamento foi leal, ético, ou se havia justificativa amparada no direito. Busca-se, segundo a doutrina, a chamada boa-fé objetiva. 4. Na análise de casos similares, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado, ainda que implicitamente, um elemento fático como decisivo na identificação da boa-fé do servidor. Trata-se da legítima confiança ou justificada expectativa, que o beneficiário adquire, de que valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio”.

25 DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 163.

26 Desse modo, “quanto maior o peso da horizontalidade, maior o espaço da autonomia privada e, consequentemente, menor a intensidade da aplicação da boa-fé” (LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**, p. 83). O que se busca explicar é que na aplicação do princípio da boa-fé devem ser considerados o momento e o lugar em que se realiza a transação, para se quantificar o nível de liberdade dos contratantes quando da realização do negócio.

Conselho da Justiça Federal: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

Justifica-se a importância da afirmação da aplicação do dever geral de boa-fé objetiva na fase pré-contratual²⁷ e até mesmo após a execução do contrato pelo fato de o teor do art. 422 do Código Civil exigir que se guarde a boa-fé “na conclusão do contrato, como em sua execução”. O enunciado deixa claro que existe o dever de guardar a boa-fé desde o início do contato social e até mesmo após a conclusão do negócio com o seu regular adimplemento. No entanto, deve-se tomar cuidado para que uma interpretação literal do enunciado (que se refere ao dever de observar a boa-fé “quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”) não restrinja sua utilização aos deveres principais e acessórios da relação obrigacional.

Nesse sentido, é clara a disciplina da matéria da responsabilidade pré-contratual no Código Civil Italiano, que em seu artigo 1.337 assegura que a boa-fé é exigível desde o desenvolvimento das negociações preliminares²⁸.

Como visto no item anterior, a relação obrigacional complexa exige a observância de deveres laterais justamente hauridos, por construção doutrinária e jurisprudencial, do disposto no art. 422 do Código Civil, cuja importância reside no fato de ter positivado o dever geral de boa-fé, facilitando o trabalho do intérprete quando de sua concretização. Para ilustrar o afirmado acima, vale transcrever a decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a responsabilidade civil pós-contratual:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONTRATOS. DISTRIBUIÇÃO. CELEBRAÇÃO VERBAL. POSSIBILIDADE. LIMITES. RESCISÃO IMOTIVADA. BOA-FÉ OBJETIVA, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. VIOLAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. DANOS MORAIS

27 Para Sérgio Cavalieri Filho, “o espaço da responsabilidade pré-contratual é aquele em que os contatos já se iniciaram, mas o contrato ainda não se realizou”. (In: **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 300).

28 Eis o texto do art. 1.337 do Código Civil Italiano: “Le parti, nellosvolgimentodelletrattative e nellaformazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”. Do mesmo modo, o **Código Civil Português** (art. 227) assim dispõe: “1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE FIXADOS EM VALOR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. SUCUMBÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO. CRITÉRIOS. (...)3. A complexidade da relação de distribuição torna, via de regra, impraticável a sua contratação verbal. Todavia, sendo possível, a partir das provas carreadas aos autos, extrair todos os elementos necessários à análise da relação comercial estabelecida entre as partes, nada impede que se reconheça a existência do contrato verbal de distribuição. **4. A rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais.** 5. Os valores fixados a título de danos morais e de honorários advocatícios somente comportam revisão em sede de recurso especial nas hipóteses em que se mostrarem exagerados ou irrisórios. Precedentes. (...) 7. Recurso especial não provido. (REsp 1255315/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/9/2011, DJe 27/9/2011).

Vale esclarecer que em relação à pós-eficácia da relação jurídica obrigacional, devem-se afastar aqueles deveres ajustados previamente pelas partes, ainda que tenham sua execução exigida após o cumprimento da obrigação principal, pois nesta hipótese ainda permanecem vinculados à vontade das partes. Para caracterizar a pós-eficácia da relação obrigacional basta avaliar se o escopo contratual foi frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu²⁹.

No campo da pós-eficácia comumente se verifica a tentativa de evitar a ocorrência de dano tão logo detectado um problema (*recall*), o dever de prestar assistência técnica, o dever de prestar contas e o dever de fornecer peças de reposição.

2. Os deveres que decorrem da boa-fé objetiva

Nos tópicos anteriores enfatizou-se a necessidade de as partes se comportarem segundo *leregole dela correttezza*, anotando-se que o tratamento dogmático dos deveres gerais de conduta ultrapassou a mera exigência de proteção dos figurantes e do seu patrimônio para exigir um

29 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 630.

comportamento voltado à obtenção da plena satisfação da obrigação, abrangendo deveres de informação (esclarecimento) e de lealdade, em cuja base de sustentação está a boa-fé.

Decorreriam da boa-fé os seguintes deveres³⁰:

- a) Dever de proteção, que impõe às partes a obrigação de prevenir danos³¹, tanto em relação ao objeto da prestação como também em relação às esferas jurídicas das partes e eventualmente de terceiros, e se desdobra na exigência da manutenção de um comportamento diligente; exigência de velar pelo adequado fluxo da relação jurídica obrigacional com *cuidado, previdência e segurança*;
- b) Dever de informação, que impõe às partes a obrigação de *advertir, explicar, esclarecer, avisar, prestar contas*, sempre que se fizer necessário, em especial quando da ocorrência de circunstância ainda desconhecida da outra parte, mas necessária ao pleno desenvolvimento da relação jurídica obrigacional na direção do mesmo adimplemento possível;
- c) Dever de cooperação, que impõe às partes a obrigação de mútuo auxílio na superação de eventuais obstáculos surgidos em qualquer fase do desenvolvimento da relação jurídica obrigacional, por vezes confundindo-se com a exigência de *fidelidade e lealdade* entre as partes contratantes, que dentre outras condutas pode ensejar o dever de omissão e segredos de informações obtidas no *iter* obrigacional para preservação de interesses comuns ou específicos de um dos figurantes.

Ainda em referência à exigência de lealdade, resta destacar sua íntima relação com a confiança depositada no outro contratante, originada de comportamentos anteriormente adotados pelos sujeitos, que em razão de tal postura passaram a acreditar em um determinado desdobra-

30 O tema é retratado por diversos autores, dentre os quais cumpre citar MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 546-564 e 648-9; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, p. 65-7; DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 165-7; COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 30-8; JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats**, p. 511-5.

31 A lisura negocial que o princípio impõe traduz-se, neste contexto, “no dever de não se prevalecer oportunisticamente de um conteúdo contratual que, em face das novas e imprevistas circunstâncias, se tornou excessivamente oneroso ou inútil para a outra parte” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito Dos Contratos**; Estudos. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 211). Por esta razão, o não cumprimento desse dever de proteção justifica uma decisão judicial corretiva (ou extintiva) da situação concreta.

mento da situação, não podendo a expectativa fundada em elementos fáticos aferíveis objetivamente ser violada sem qualquer justificativa³².

Um claro exemplo do reconhecimento judicial da obrigatoriedade dos deveres laterais (*rectius* gerais) da relação obrigacional pode ser visto no caso abaixo transcrito:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO INTERNACIONAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA A AMPLIAÇÃO DE USINA TERMELÉTRICA NACIONAL. PAGAMENTO EM LIRAS ITALIANAS. REMESSA VIA BANCO CENTRAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE COOPERAÇÃO. MORA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS ITALIANA RECONHECIDA (MORA “CREDITORIS”). I - Contratação, por concessionária de energia elétrica nacional, de sociedade italiana para a prestação de serviços relacionados à ampliação de Usina Termelétrica no Estado de Santa Catarina. II - Remuneração convencionada em libras italianas nos termos do art.2º do Decreto-lei 857/69, remetida via Banco Central do Brasil. III - Não-pagamento, pela concessionária, de notas e faturas de serviço em razão da impossibilidade de remessa dos valores à Itália ante a não-regularização da situação da prestadora dos serviços junto ao Banco Central do Brasil.(...) V - **Exigidos documentos relativos aos seus funcionários, pertence à prestadora de serviços italiana, em que pese a omissão contratual, a obrigação acessória, derivada do princípio da boa-fé objetiva, de, em cooperação com a concessionária, regularizar a situação, permitindo a remessa dos valores.** (...) (REsp 857.299/SC, Rel. Ministro PAULO DE

32 Sobre o tema vale transcrever a ementa de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECURSO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO DE VIDA. NÃO RENOVAÇÃO. FATOR DE IDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA COOPERAÇÃO, DA CONFIANÇA E DA LEALDADE. AUMENTO. EQUILÍBRIO CONTRATUAL. CIENTIFICAÇÃO PRÉVIA DO SEGURADO. 1. Em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade, admitem-se como agravo regimental os embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal. 2. **Na hipótese em que o contrato de seguro de vida é renovado ano a ano, por longo período, não pode a seguradora modificar subitamente as condições da avença nem deixar de renová-la em razão do fator de idade, sem que ofenda os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade.** 3. **A alteração consistente em aumentos necessários ao equilíbrio contratual deve ser efetuada de maneira gradual, da qual o segurado tem de ser previamente cientificado.** 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp 1159632/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 9/8/2011, DJe 19/8/2011). Sobre o assunto, ver também REsp 866.840/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 7/6/2011, DJe 17/8/2011.

TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 3/5/2011, DJe 13/6/2011).

Tratando da boa-fé como norma de validade, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO afirma que ela constitui um fator de determinação, em concreto, dos efeitos do vínculo obrigacional, destacando ainda que em qualquer de suas modalidades operativas a boa-fé está relacionada à prevenção de danos, tanto daqueles que poderiam resultar da violação de bens já integrantes da esfera jurídica de qualquer dos participantes da relação, como daqueles relacionados a não consecução (ou consecução imperfeita) dos fins que justificaram a constituição da relação jurídica³³.

Nesse contexto, seria possível vislumbrar mais um dever decorrente da boa-fé: a *obrigação de mitigação*. Ao tratar da doutrina da mitigação, RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR anota que deve o credor colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave, pela sua ação ou omissão, o resultado danoso resultante do incumprimento, pois não é possível pretender o ressarcimento de perda que teria podido evitar, mas que não evitou por injustificada ação ou omissão³⁴.

Sobre o dever de mitigar o prejuízo, aduz JOSÉ JAIRO GOMES que:

Feita a ponderação de valores, no momento em que se estabelece a indenização deve-se ter em conta se o autor do dano adotou atitude indiscutivelmente solidária e cooperativa para com a vítima. Não bastam meras exteriorizações de boas intenções; é fundamental que estas se materializem em atos concretos, efetivos e relevantes, no sentido de minorar os efeitos maléficos do próprio comportamento danoso. Cabe igualmente cogitar do agravamento da indenização se o causador do dano não tiver se solidarizado com a vítima, no sentido indicado³⁵.

Dentro dessa linha de raciocínio pode-se destacar o teor do Enunciado 169, redigido na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Apesar da importância prática do tema, é possível enquadrar tal dever dentro da obrigação

33 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos Contratos**; Estudos. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 208.

34 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 136.

35 GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 294.

de cooperação, numa perspectiva mais ampla, que exige a adoção de uma conduta positiva dirigida à proteção dos interesses do outro.

Aqui se pode destacar outra questão de fundamental importância para a correta delimitação da extensão dos deveres exigíveis numa relação obrigacional: até que ponto podem ser exigidos sacrifícios do sujeito da relação jurídica obrigacional para que não seja violado o mencionado dever de cooperação?

O limite pode ser encontrado na preservação dos próprios interesses do sujeito, ou seja, a pretexto de atendimento do dever de cooperação não se pode exigir sacrifício desmesurado, causando nítido desequilíbrio entre as partes³⁶.

Analisando o tema, DANIEL USTÁRROZ adverte que:

[...] o comportamento segundo a boa-fé deverá ser pensado a partir das circunstâncias concretas de ambos os contratantes, pois nada adiantaria salvar o interesse de um para comprometer o do outro parceiro. Portanto, não se afigura razoável exigir determinada conduta, ao pretexto de adimplir deveres laterais oriundos da boa-fé, se esse fato importar sensível prejuízo, de modo que a própria causa do negócio jurídico seja afetada. Deve estar presente uma ponderação entre os interesses em jogo, a fim de que o intérprete conclua até que medida é conveniente e legal exigir-se do contraente um comportamento que lhe causará prejuízo³⁷.

36 DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 168-170. Ainda sobre o tema vale transcrever o § 275/2 do Código Civil Alemão: “*Der Schuldner kann die Leistungsverweigerung, soweit diese einen Aufwender fordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treue und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresses des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat*”. Numa tradução livre, o referido dispositivo poderia ser assim compreendido: “o devedor pode recusar o cumprimento na medida em que o seu desempenho (prestação) exige despesa e esforço que, tendo em conta a natureza da obrigação e as exigências da boa-fé, é totalmente desproporcional ao interesse do credor. Quando é determinado que os esforços podem ser razoavelmente exigido do devedor, deve também ser tida em conta se ele é responsável pelo obstáculo ao desempenho”.

37 USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade Contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 85. Prosseguindo o raciocínio, aduz o autor: “*Cumpra não perder de vista que, quanto maiores os deveres decorrentes da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, mais cautela as partes irão tomar antes de entabular qualquer relação. E este fenômeno se mal administrado [concretizado desvinculado do caso concreto e do paradigma do sistema calcado em princípios], poderá inibir o tráfego jurídico, fato que traria nefasta consequência para a comunidade. (...) de nada adiantaria que uma parte assumisse um comportamento que lhe ofertasse prejuízos, ainda que salvaguardasse*

O objetivo neste ponto do trabalho é tentar apresentar uma possível classificação dos deveres que decorrem da boa-fé objetiva, destacando, desde logo, que qualquer divisão ou classificação de tais deveres serve apenas para fins didáticos, buscando uma melhor sistematização do assunto, uma vez que a linha divisória de cada uma das espécies a seguir apresentadas é tênue e marcada pela imprecisão, pois não raro a dinâmica da relação obrigacional exige a combinação de deveres diversos na direção do melhor adimplemento possível³⁸.

Que anote-se, entretanto, uma característica comum a todos os deveres gerais aqui analisados: sua *independência* ante as prestações principais, pois o fato de ser impossível o cumprimento da prestação principal não impede o surgimento dos demais efeitos que podem decorrer da relação jurídica obrigacional.

Registra-se um exemplo extremo para corroborar tal afirmação. Imagine que alguém privado de discernimento em face de doença mental – e, portanto, absolutamente incapaz nos termos do disposto no inciso II do art. 3º do CC/02 – contratasse os serviços de uma empresa de mudanças pelo telefone. Chegado o dia combinado, os funcionários da empresa iniciam a remoção do mobiliário do referido contratante para o caminhão antes que o gerente detecte a causa da invalidade do contrato. Mesmo tendo sido reconhecida a nulidade do negócio pactuado, se durante a movimentação das peças algumas foram danificadas pelos funcionários da empresa, persiste o dever de indenizar pela violação do dever geral de proteção ao patrimônio do outro figurante.

Analisada a função integrativa da boa-fé objetiva, resta abordar a função de controle, em especial o exercício disfuncional de uma posição jurídica³⁹.

o interesse alheio. A complexidade da obrigação estaria sendo atingida da mesma forma, apenas alterando o patrimônio lesado (...) a boa-fé, assim como os demais princípios nunca podem ser lidos isoladamente, e cada solução deve, dentro das contingências e particularidades do problema analisado, salvaguardar todos os direitos envolvidos, conciliando a importância do elemento vontade com a confiança” (p. 86-7).

38 Aldemiro Rezende Dantas Júnior cita um bom exemplo da dificuldade de precisar os limites de tais deveres: “a colocação de um aviso, indicando que o piso está molhado, e, por isso, escorregadio, atende não apenas ao dever de informação, mas também ao dever de proteção aos clientes, ainda que estes ainda não tenham comprado qualquer produto ou que, já tendo pago o preço e recebido a mercadoria, seus contratos já tenham sido extintos” (In: **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 172).

39 Vale destacar o teor do Enunciado 412 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho

3. A função de controle da boa-fé objetiva: considerações sobre o exercício disfuncional de uma posição jurídica

3.1. Venire contra factumproprrium

O exercício de direitos subjetivos apresenta limites, pois não pode ofender os interesses da comunhão social⁴⁰. Do dever geral de boa-fé objetiva derivam, por exemplo, o dever de não agir contra os atos próprios (*venire contra factumproprrium*) e o dever de informar, que influenciam quando do controle judicial de cláusulas penais, sobretudo nas relações de consumo, uma vez que “contribui para determinar o ‘que’ e o ‘como’ da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação”⁴¹.

Explica ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO que a locução *venire contra factumproprrium* tem origem canônica e representa a reprovação social e moral que recai sobre aquele que assume comportamento contraditório⁴². Com vasto campo de atuação, seu estudo configura a denominada “Teoria dos Atos Próprios”, através da qual se analisam dois comportamentos de uma mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro (*factumproprrium*) é contrariado pelo segundo (*venire*)⁴³.

O fundamento da proibição do exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido pelo exercente é a confiança⁴⁴. Trata-se de um abuso de direito (art. 187) por violação à boa-fé⁴⁵, que enseja duas consequências: além de impedir o

da Justiça Federal, relativo ao art. 187 do CC/02: “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como supressio, tu quoque, surrectio e venire contra factumproprrium, são concreções da boa-fé objetiva”.

40 LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**, p. 217.

41 COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 34.

42 MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Tratado de direito civil português**, v.1, tomo 1, p. 250-1.

43 NANNI, Giovanni Ettore. Abuso de Direito, p. 764. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 738- 772.

44 Nesse sentido o Enunciado nº 362 das Jornadas de Direito Privado do Conselho da Justiça Federal: “Art. 422. A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factumproprrium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

45 SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factumproprrium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 114.

exercício do comportamento posterior, também gera o dever de reparar eventuais prejuízos provocados pela contradição⁴⁶.

Assim, a noção de confiança aqui empregada visa à proteção de interesses que transcendem o indivíduo. Não se trata de proteger o destinatário, mas sim a segurança do tráfico⁴⁷. Cuida, portanto, de salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam⁴⁸, valorizando o caráter social do negócio jurídico.

A expressão em análise, portanto, denota uma evidente contradição, não sendo admitido pelo sistema “comportar-se contra os seus próprios atos”, em face da falta de coerência, não obstante este não seja o seu único elemento característico⁴⁹. Um ponto decisivo é a demonstração da deslealdade, uma vez que a finalidade aqui perseguida é a proteção de quem confiou, em termos justificados, na primeira conduta⁵⁰.

46 Vale aqui a lição de Ricardo Luís Lorenzetti: “*como principio jurídico y regla hermenêutica tanto la confianza como la apariencia significan que se da primacia a lo objetivamente declarado; quien crea una apariencia, se hace prisionero de ella*” (LORENZETTI, Ricardo. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, nº. 35, p. 23, jul/set 2000).

47 ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A tutela da confiança e seus reflexos na responsabilidade civil. In: Frederico Viegas. (Org.). *Direito Civil Contemporâneo*. Brasília: Obcursos, 2009, p. 61-74.

48 NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 154.

49 Aldemiro Rezende Dantas Júnior anota que em muitas ocasiões a falta de coerência do sujeito não é proibida nem gera consequências jurídicas quando ocorre. No Código Civil encontramos dispositivos que permitem a retratação de uma proposta formulada entre ausentes, a revogação de um testamento que exprime situações nas quais a contrariedade, em si mesma, não é sancionada (In *Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 294-5).

50 ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE GARANTIA CELEBRADO POR PARTES DISTINTAS DAQUELAS QUE AJUSTARAM O CONTRATO PRINCIPAL. COMPORTAMENTO INICIAL QUE VINCULOU O ATUAR NO MESMO SENTIDO OUTRORA APONTADO. QUEBRA DA CONFIANÇA. RESPONSABILIDADE. PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (NEMO POTES VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM). (...) 4. Contudo, o presente caso apresenta uma peculiaridade que não pode ser ignorada. É que, como bem destacado pela Corte a quo, o ajuste entre a recorrente e o Banco Banorte S.A., tinha exatamente por fim dar garantia ao acordo entabulado entre a Universidade Federal do Paraná e a IBM WTC para o fornecimento de microcomputadores. 5. Deste modo, entender pela irresponsabilidade da IBM BRASIL resultaria em desprover de qualquer eficácia o contrato celebrado entre esta e a mencionada instituição bancária. Adotar um entendimento contrário à legitimidade da recorrente levar-nos-ia a uma questão indecifrável, a um verdadeiro paradoxo: para que serviria o contrato de garantia ante o inadimplemento do contrato principal? 6. **Deve-se, portanto, atribuir função econômico-individual ao ajuste, sobretudo diante da redação do art. 422 e do parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil de 2002, os quais impõe aos negócios jurídicos - mesmo àqueles constituídos antes da entrada em vigor deste diploma, a obediência à cláusula geral de ordem pública da boa-fé objetiva, a qual, por sua vez, sujeita ambos os contratantes à recíproca cooperação a fim de alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato. Sobretudo, também, porque a ninguém é dado vir contra o próprio ato, proibindo-**

JUDITH MARTINS-COSTA expõe com clareza seus elementos constitutivos:

O seu fundamento técnico-jurídico – e daí a conexão com a boa-fé objetiva – reside na proteção da confiança da contraparte, a qual se concretiza, neste específico terreno, mediante a configuração dos seguintes elementos, objetivos e subjetivos: (a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; (b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; (c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; (d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara⁵¹.

Anota-se que quando isoladamente considerado, nenhum dos comportamentos em análise se mostra ilícito, razão pela qual somente é possível delimitar o campo de incidência do instituto se a conduta for considerada como o conjunto dos dois comportamentos mencionados. Apesar disso, faz-se necessário que o segundo comportamento não corresponda à violação de uma obrigação decorrente do primeiro (senão haveria hipótese de mero inadimplemento), que exige do intérprete considerar, no conjunto da obra, dois comportamentos que são autônomos, vinculados entre si apenas pelo contexto da situação.

Tal entendimento pode ser bem evidenciado no julgamento abaixo transcrito, no qual restou definido que não existe pretensão indenizatória para aquele que adquire bem tendo conhecimento prévio das limitações impostas à propriedade. Ei-lo:

ADMINISTRATIVO. PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL APÓS IMPOSIÇÃO DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA. 1. Não cabe indenização pela limitação administrativa decorrente da criação do Parque Estadual da Serra do Mar, se o imóvel foi adquirido quando já incidiam as restrições impostas pelo Estado de São Paulo.

se o comportamento contraditório (*nemopotestvenire contra factum proprium*). (...) (REsp 1217951/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/2/2011, DJe 10/3/2011).

51 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 471.

2. Viola o princípio da boa-fé objetiva o particular que adquire, por sua conta e risco, imóvel dentro de Unidade de Conservação (Parque Estadual), ciente das limitações impostas à propriedade, e, posteriormente, vem exigir indenização do Estado a pretexto dessas mesmas limitações. 3. Recurso Especial provido. (REsp 686.410/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/11/2007, DJe 11/11/2009)⁵².

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça apreciou um caso no qual uma instituição financeira manejou embargos à execução movida por terceiro em desfavor de devedor comum, arguindo que o imóvel penhorado – o único de propriedade do devedor – era bem de família, insuscetível, portanto, de constrição judicial. Nada obstante, o objetivo com a adoção de tal demanda tinha finalidade bem diversa do que a proteção do patrimônio mínimo do devedor. Pretendia a instituição financeira livrar o imóvel da constrição alheia, para que sobre ele recaísse apenas o ônus imposto por ela própria.

Explica-se. Ao contrário do débito contraído junto a terceiro, o devedor tomou empréstimo à instituição financeira para construção da própria casa objeto da constrição judicial. Nesta hipótese, apesar de oponível contra o terceiro credor, a impenhorabilidade do bem de família não é eficaz perante a instituição financeira, que está protegida pelo rol das exceções previstas na Lei 8.009/90.

Os ministros repeliram a pretensão da instituição financeira anotando ser abusivo o comportamento do credor que:

[...] esgrime contra terceiro o instituto do bem de família, sabedor que contra ele próprio não será possível articular a mesma objeção, vendo-se livre, portanto, para excutir o mesmo imóvel que deveria estar a salvo, servindo de proteção ao direito de moradia constitucionalmente garantido.

Como consequência de tal entendimento, julgou-se que:

52 No mesmo sentido: MEMORANDO DE ENTENDIMENTO. BOA-FÉ. SUSPENSÃO DO PROCESSO. O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de 'memorando de entendimento', para suspensão da execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição. **Direito de obter a suspensão fundado no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade.** Deferimento da liminar, que garantiu a suspensão pleiteada. Recurso improvido. (RMS6.183/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/1995, DJ 18/12/1995, p. 44.573).

[...] dispondo de outros meios para a satisfação de seu crédito, tal como a habilitação na execução alheia, comete abuso processual o credor que impede que terceiro execute imóvel, sob a alegação de constituir bem de família, para depois, em futura execução, frustrar, ele próprio, a finalidade do instituto, excutindo o mesmo bem pretensamente defendido⁵³.

Da análise do caso acima comentado pode-se extrair mais uma das características do instituto *venire contra factum proprium*, qual seja, a exigência de que o comportamento repercuta numa esfera jurídica alheia, provocando consequências jurídicas indesejáveis para o outro figurante da relação obrigacional. Em suma, o segundo comportamento deve piorar a situação do outro sujeito.

Do reconhecimento do *venire contra factum proprium* podem advir diversas consequências jurídicas, que assim como a conduta das partes, somente poderão ser aferidas no caso concreto. No entanto, pode-se vislumbrar, dentre outras possibilidades, (a) a manutenção do primeiro comportamento adotado pelo sujeito, (b) o afastamento de determinadas consequências dos atos praticados e (c) a indenização pelos danos causados ao sujeito em virtude da quebra de confiança verificada.

Anote-se, ainda, que é possível reconhecer a vedação de comportamento contraditório com uma das espécies de abuso do direito, não guardando, entretanto, ligação com a figura do *estoppel*, instituto que pertence ao direito anglo-saxão e apresenta natureza processual, estando relacionado à distribuição do ônus da prova.

Mas o exercício disfuncional de uma posição jurídica⁵⁴ não se limita à figura do *venire contra factum proprium*. Deve-se aqui destacar a

53 AgRg no REsp 709.372/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/5/2011, DJe 3/6/2011.

54 DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. 1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual “[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. 2. Nessa linha de entendimento, **a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença,**

figura da *exceptio doli* uma forma indireta de defesa processual por meio da qual a parte demandada tem a possibilidade de afastar a pretensão do demandante – mesmo sem negar a existência do direito do autor – demonstrando que tal direito foi exercido de modo doloso, mediante comportamento que não observou o dever geral de boa-fé.

No entanto, em que pese sua relevante importância histórica, tal instituto encerra a noção demasiadamente ampla, razão pela qual, atualmente, cedeu espaço para violações mais específicas que serão tratadas a seguir. Deve-se consignar, apenas, que a *exceção de dolo* não se confunde com figura do *venire contra factum proprium*, que não pressupõe o dolo do sujeito para sua configuração.

3.2. *Supressio (Verwirkung)*

Supressio consiste na redução do conteúdo obrigacional pela inércia de uma das partes em exercer direito ou faculdades, gerando na outra legítima expectativa⁵⁵. Trata-se, por conseguinte, da inadmissibilidade do exercício de um direito – sua supressão –, quando alguém deixa de exercê-lo durante longo tempo.

Contudo, não basta à sua configuração o simples retardamento no exercício do direito, não devendo tal instituto ser confundido com a prescrição e decadência – relacionadas apenas aos efeitos do tempo sobre as relações jurídicas⁵⁶. Deve-se demonstrar, diante das circunstân-

com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. 3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: “31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido”. O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença. 4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título. 5. Recurso especial não conhecido. (REsp 1051270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 4/8/2011, DJe 5/9/2011).

55 PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 315.

56 “A demora de dez anos para ingressar com a ação de indenização não afasta a Súmula nº. 54 do STJ, em relação ao termo inicial dos juros moratórios, sendo o presente caso de responsabilidade extracontratual” (REsp 991.371/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA

cias do caso concreto, que a inércia teve como efeito gerar no outro figurante da relação obrigacional a confiança de que o direito em questão não mais seria exercido.

Dito de outra maneira, o fato de uma posição jurídica não ser exercida por certo tempo, e seu exercício atentar contra a boa-fé, pode provocar uma supressão de certas faculdades jurídicas, ou seja, não se permite mais o exercício, pois se pune o exercício de posição que tenha sido deslealmente retardada⁵⁷.

Como visto, a inatividade gera consequências que não se limitam à prescrição e à decadência. O que dificulta a sua compreensão é que não se pode definir *a priori* o lapso temporal suficiente para que a inatividade impeça o exercício do direito. Há de se analisar a deslealdade a partir da necessidade de se tutelar a confiança gerada na outra parte.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça apreciou um caso relativo a um contrato de trato sucessivo, no qual o credor, com o objetivo de evitar a majoração da parcela mensal do devedor, deixou de realizar a correção monetária da dívida, para dessa forma garantir a manutenção do contrato. Decorridos seis anos de reiteração de tal conduta, passou a exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensando. O tribunal entendeu pela impossibilidade de tal cobrança, suprimindo o correspondente direito à correção monetária para proteger a confiança estabelecida entre as partes⁵⁸.

3.3. *Surrectio (Erwirkung)*

A *Surrectio* corresponderia ao surgimento de direitos para aquele que está sendo protegido pelo instituto da *supressio*⁵⁹. Traçando um comparativo ente os dois institutos, MENEZES CORDEIRO afirma que:

TURMA, julgado em 4/3/2010, DJe 29/3/2010).

57 NANNI, Giovanni Ettore. Abuso de Direito, p. 765. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore.(coord.) **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 738- 772. SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factumproprrium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 178.

58 REsp 1202514/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/6/2011, DJe 30/6/2011. Vale destacar o seguinte trecho da ementa do julgado: “A *supressio* indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa”.

59 DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**.

O fenômeno da *supressio*, traduzido no desaparecimento de posições jurídicas que, não sendo exercidas, em certas condições, durante determinado lapso de tempo, não mais podem sê-lo, sob pena de contrariar a boa-fé, corresponde a uma forma invertida de apresentar a realidade. A *supressio* é, apenas, o subproduto da formação, na esfera do beneficiário, seja de um espaço de liberdade onde antes havia adstrinção, seja de um direito incompatível com o do titular preterido, seja, finalmente, de um direito que vai adstringir outra pessoa por, a esse mesmo beneficiário, se ter permitido actuar desse modo, em circunstâncias tais que a cessação superveniente da vantagem atentaria contra a boa-fé. O verdadeiro fenômeno em jogo é o da *surrectio*, entendida em sentido amplo. É nesta que devem ser procurados requisitos... Assim, o beneficiário tem de integrar uma previsão de confiança, ou seja, deve encontrar-se numa conjuntura tal que, objetivamente, um sujeito normal acreditaria quer no não exercício superveniente do direito da contraparte, quer na excelência do seu próprio direito⁶⁰.

Numa breve síntese pode-se afirmar que a *surrectio* seria o inverso da *supressio*. Por meio de tal instituto, em face das circunstâncias do caso e da confiança estabelecida entre as partes, surge um direito que não existia antes, ou seja, a partir da cristalização de uma situação de repetida violação contratual ou legal, em circunstâncias objetivas, amplia-se o conteúdo obrigacional.

Há quem aponte o art. 330 do CC/02 como exemplo do instituto, uma vez que o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir a renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato. No entanto, diante de texto expresso de lei afigura-se desnecessário fazer menção ao instituto, que deve ser esgrimido, em prestígio da boa-fé objetiva, em circunstâncias bem definidas, nas quais se estabelece uma posição jurídica pelo comportamento dos figurantes.

3.4. *Tu quoque*

Já o *tu quoque* (também tu) ocorre quando aquele que infringiu uma regra de conduta pretende postular que se recrimine outrem pelo

Curitiba: Juruá, 2008, p. 405.

60 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 824.

mesmo comportamento. O sistema jurídico não admite que alguém pretenda exigir que terceiros acatem comento legal ou contratual por ele mesmo desrespeitado⁶¹. Nas palavras de NELSON ROSENVALD, quem não cumpre seus deveres também não pode exigir os seus direitos com base na norma violada, sob pena de abuso⁶².

A noção pode ser melhor compreendida nas máximas *turpitudinem suam allegans non auditur* (ninguém pode alegar a própria torpeza em seu benefício) ou *equity must come with clean hands*. Encontra-se positivada em nosso código, dentre outros exemplos, a proibição de o menor entre dezesseis e dezoito anos, que dolosamente ocultou sua idade quando inquirido pela outra parte, eximir-se de uma obrigação invocando sua própria incapacidade (art. 180).

No mesmo sentido, dispõe o art. 105 do Código Civil que a incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.

Diante das hipóteses acima apontadas de exercício disfuncional de um direito, concorda-se com MENEZES CORDEIRO quando esse afirma não ser possível, em termos abstratos, determinar áreas imunes à boa-fé, lembrando que *ela é “suceptível de colorir toda a zona de permissibilidade, actuando ou não consoante as circunstâncias”*⁶³.

Nada obstante, é necessário registrar preocupação sobre os limites da investigação do juiz na aferição de quais são os comportamentos consentâneos com a boa-fé, diante da expansão dos deveres laterais de conduta e sua crescente complexidade. Vale aqui a advertência de CLÓVIS DO COUTO E SILVA: *“impõe-se, entretanto, cautela na aplicação do princípio da boa-fé, pois, do contrário, poderia resultar verdadeira sub-*

61 DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 378.

62 ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141.

63 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 649. Para o citado autor, *“impõe-se, assim, à reflexão, um nível instrumental da boa fé: ela reduz a margem de discricionariedade da actuação privada, em função de objectivos externos (...) a boa fé não contemporiza, pois, com cumprimentos formais; exige, numa atitude metodológica particular perante a realidade jurídica, a concretização material dos escopos visados. Este aspecto releva no domínio dos deveres acessórios, em boa parte destinados a promover a realização material das condutas devidas, sem frustrar o fim do credor e sem agravar a vinculação do devedor”* (p. 649).

*versão dogmática, aluindo os conceitos fundamentais da relação jurídica, dos direitos e dos deveres*⁶⁴.

Anote-se, outrossim, que:

[...] o dever que se cumpre, ou se descumpre, é dever para com uma pessoa determinada. As relações que se estabelecem com essa pessoa são, também, determinadas. A conformidade ou desconformidade do procedimento dos sujeitos da relação com a boa-fé é, por igual, verificável apenas *in concreto*, examinando-se o fato sobre o qual o princípio incide, e daí induzindo seu significado⁶⁵.

Dirigindo-se aos juízes, o referido autor prossegue com suas advertências:

A relevância recentemente dada ao princípio da boa-fé, no campo do direito das obrigações, expressa talvez a principal reação contra as ideias e o sistema do positivismo jurídico, no plano da ciência do direito. Como reação, entretanto, pode ser levado a extremos, ferindo-se, assim, outros valores que o ordenamento jurídico consagra.(...) A aplicação do princípio da boa-fé, tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’. Nessa conciliação, a atividade do juiz exerce tarefa de importância. Seu arbítrio, no entanto (...) não é subjetivo, pois que limitado pelos demais princípios jurídicos, os quais, igualmente, tem de aplicar. Nesse mútuo condicionamento de regras, quais serão as relações ditadas pela boa-fé? A resposta não pode ser dada *a priori*⁶⁶.

Reitere-se que não se pretende afastar a possibilidade de controle do conteúdo convencional do negócio jurídico pelo magistrado, pois, como bem adverte ANA PRATA, “*a integração não se encontra dependente da existência de lacunas*”⁶⁷; no entanto, há de se preservar o

64 COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 38.

65 *Ibid.*, p. 37.

66 COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 41-2.

67 PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 56. Segundo a citada autora, “*a utilização dos instrumentos correctivos dos efeitos pretendidos pelas particulares por parte do juiz pode ir desde uma particular capacidade de intervenção na interpretação e integração do regulamento contratual, à qualificação de uma situação não expressamente prevista pela lei como ilícita, com o conseqüente declarar sua invalidadee/ou da existência de um direito a*

ajuste contratual quando as cláusulas negociais tiverem sido pactuadas de modo válido e regular – observando-se os deveres que decorrem da boa-fé –, desde que não tenha ocorrido alguma alteração significativa nas circunstâncias que definiram a base do negócio e que tenham a capacidade de interferir no equilíbrio negocial preexistente⁶⁸.

Sobre o tema, vale transcrever a decisão do Superior Tribunal de Justiça que concluiu pela inexistência de violação ao dever geral de boa-fé na compra e venda de safra futura a preço certo, em face das peculiaridades do caso concreto:

DIREITO CIVIL E AGRÁRIO. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. ALTERAÇÃO DO VALOR DO PRODUTO NO MERCADO. CIRCUNSTÂNCIA PREVISÍVEL. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, BOA-FÉ OBJETIVA E PROIBIDADE. INEXISTÊNCIA. A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível. Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo. **O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não**

indemnização, ou ainda à possibilidade de alterar o contrato ou, pura e simplesmente, resolvê-lo, verificadas dadas circunstâncias. Das três formas que a intervenção judicial pode assumir, a segunda enunciada reconduz-se ao estudo da identificação teórica dos deveres impostos pela ordem pública, bons costumes e boa fé e das consequências jurídicas da ofensa destes” (p. 56).

68 CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO CONCESSIVA DE LIMINAR. RECURSO ESPECIAL RETIDO. ART. 542, § 3º, DO CPC. NÃO-INCIDÊNCIA. ROMPIMENTO CONTRATUAL IMOTIVADO. LEI N.º 6.729/79 - “LEI FERRARI”. BOA-FÉ OBJETIVA. LIBERDADE CONTRATUAL. MANUTENÇÃO FORÇADA DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. O princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes um padrão de conduta pautada na proibidade, “assim na conclusão do contrato, como em sua execução”, dispõe o art. 422 do Código Civil de 2002. Nessa linha, **muito embora o comportamento exigido dos contratantes deva pautar-se pela boa-fé contratual, tal diretriz não obriga as partes a manterem-se vinculadas contratualmente ad aeternum, mas indica que as controversias nas quais o direito ao rompimento contratual tenha sido exercido de forma desmotivada, imoderada ou anormal, resolvem-se, se for o caso, em perdas e danos.**(...) (REsp 966.163/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 4/11/2010).

indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato. A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura. **A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquinar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva.** Recurso especial conhecido e provido⁶⁹.

O fundamento último da possibilidade de intervenção no compromisso negocial dos contratantes repousa na constatação de que parte do conteúdo obrigacional de uma relação jurídica negocial não depende da vontade dos envolvidos, estando fora de seu controle, uma vez que destinadas a compensar a desigualdade substancial entre os figurantes⁷⁰.

Embora a enumeração dos deveres gerais de conduta não possa ser considerada taxativa, deve-se atentar para a advertência de PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO que sustentam que na investigação da causa genética dos deveres anexos não se poderia prescindir dos fatos materiais de que são originados, como por exemplo, as negociações preliminares⁷¹.

No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO afirma que:

[...] a boa-fé apenas normatiza certos factos que, estes sim, são fonte: mantenha-se o paralelo com a fenomenologia da eficácia negocial: a sua fonte reside não na norma que mande respeitar os negócios, mas no próprio negócio em si⁷²

69 REsp 803.481/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/6/2007, DJ 1/8/2007, p. 462.

70 DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 204-7.

71 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 77. v. IV

72 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da Boa-fé no Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 2011, p. 646. Prosseguindo com o raciocínio, o autor sustenta que “o Direito obriga, então, a que, nessas circunstâncias, as pessoas não se desviem dos propósitos que, em ponderação

4. Conclusões

Não é possível, em termos abstratos, determinar áreas imunes à boa-fé. Entretanto, há de se analisar com cautela os limites da investigação do juiz na aferição de quais são os comportamentos que lhe são consentâneos, diante da expansão dos deveres gerais de conduta e de sua crescente complexidade.

A boa-fé está relacionada aos fatores socioculturais de um determinado lugar e momento. Seu conceito não pode ser encontrado na análise do texto legal, mas sim, na decisão judicial que aprecia como deve ocorrer sua aplicação, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, exigindo, para sua compreensão, mais da análise da atividade judicial do que da análise de textos doutrinários.

Não é tarefa fácil substituir uma aparelhagem jurídica tradicional. A solução, assim como os problemas aqui retratados, sem se perder de vista a perspectiva histórica e social da evolução da matéria, não apresenta apenas uma única via. O debate em torno da utilidade e oportunidade da readequação das categorias objeto desse trabalho deve prosseguir mediante ponderação de princípios e valores nas relações entre particulares, buscando eficiência funcional a um sistema plural e complexo, em prol da coerência, da complementariedade e da coordenação das categorias.

5. Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A tutela da confiança e seus reflexos na responsabilidade civil. In: Frederico Viegas. (Org.). **Direito Civil contemporâneo**. Brasília: Obscursos, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

social, emergem da situação em que se achem colocadas: não devem assumir comportamentos que a contradigam – deveres de lealdade – nem calar ou falsear a atividade intelectual externa que informa a convivência humana – deveres de informação. Embora as estruturas e teleologia básicas sejam as mesmas, advinha-se a presença de concretizações diversas, consoante os fatos que lhes dêem origem” (p. 646).

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Versão digital obtida em http://www.pfilosofia.pop.com.br/03_filosofia/03_03_pequeno_tratado_das_grandes_virtudes/pequeno_tratado_das_grandes_virtudes.htm, p. 105 e seguintes. Acesso em: 12.12.2011.

COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008.

DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**. Paris: Librairie Arthur Rosseau, 1923.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo código civil brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil: Questões controvertidas**. Vol. 2. São Paulo: Método, 2004.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. **A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 24, p. 127-157, jan./jun. 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. IV.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (org.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2007.

ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECASAS, Miguel A. **Responsabilidad contractual**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats: étude comparative de droit français, allemand et japonais**. Paris: Dalloz, 2001.

LEWICKI, Bruno. **Panorama da boa-fé objetiva**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **La oferta como apariencia y la aceptación basada em la confianza**. Revista de Direito do Consumidor, n. 35, jul/set 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAYO, Jorge Alberto; PREVOT, Juan Manuel. **Responsabilidad contractual**. Buenos Aires, La Ley, 2007.

MAZEAUD, Denis. **Solidarisme Contractuel et réalisation du contrat**. In: GRYBAUM, Luc; NICOD, Marc. **Le solidarisme Contractuel**. Paris: Economica, 2004.

MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. **A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato Jurídico: plano de eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil**. Das

preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965), v. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MESSINEO, Francesco. **Derecho civil y comercial..** Buenos Aires: EJE, 1971. v. II

MORELLO, Augusto M. **Indemnización del daño contractual.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

MOTA PINTO, Paulo. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1

MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo. **Transformações contemporâneas do direito das obrigações.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno.** Curitiba: Juruá, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. **Abuso de direito.** In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria geral do Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2008.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Função do Direito Privado no atual momento histórico.** São Paulo: RT, 2006.

NONATO, Orozimbo. **Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento.** In: Revista Forense comemorativa 100 anos, t. III, Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil sistematizado.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado..** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958. v. XXV

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações.** Campinas: Servanda, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RÉMY, Philippe. **La genèse du solidarisme**. In: GRYBAUM, Luc; NICOD, Marc. **Le solidarisme contractuel**. Paris: Economica, 2004.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos contratos: estudos**. Coimbra: Coimbra, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 290.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado: parte geral e obrigações**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1 e 2

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de Droit Civil: les effets de la responsabilité**. Paris: EJA, 1989.

4

O PAPEL DA BOA-FÉ NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: ABUSO DE DIREITO, TUTELA DA CONFIANÇA E SUA CONCREÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA

Adriano Marteleto Godinho¹

Ellen Imperiano de Amorim²

Luana Cavalcanti Porto³

Renato Braga Tavares⁴

SUMÁRIO: Introdução - 1. O abuso de direito no Código Civil de 2002 e seus precedentes históricos - 2. A boa-fé objetiva enquanto parâmetro para o exercício de posições jurídicas e a tutela da confiança - 3. A caracterização do abuso de direito como ato ilícito e a responsabilidade civil por danos - 4. Análise do acórdão proferido pelo STJ no Recurso Especial n. 1190880-RS - 5. Conclusões - 6. Referências

1 Professor da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Advogado.

2 Acadêmica do 7º período de Direito da Universidade Federal da Paraíba.

3 Acadêmica do 7º período de Direito da Universidade Federal da Paraíba.

4 Acadêmico do 7º período de Direito da Universidade Federal da Paraíba.

Introdução

O presente trabalho é fruto das investigações realizadas no âmbito do grupo de pesquisa intitulado “perspectivas e novos desafios de humanização do Direito Civil-Constitucional”, compostos por docentes e discentes do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

A escolha do tema teve como intuito demonstrar a relevância do instituto sobre o abuso de direito e da tutela da confiança. Mais do que simplesmente apresentar conceitual e teoricamente a temática eleita, pretende-se demonstrar a maneira como a vedação ao exercício abusivo das posições jurídicas vem sendo abordada na jurisprudência.

De início, será destacado o fato de o uso abusivo do direito como ato ilícito não estar presente no Código Civil de 1916, vindo a se incorporar ao corpo da codificação de 2002, sendo necessária, portanto, uma análise acurada sobre a função a ser desempenhada pelo referido instituto.

Em seguida, demonstrar-se-á a tripla função desempenhada pelo preceito da boa-fé objetiva, consoante os dispositivos do Código Civil que versam sobre o tema, sucedida pela discussão sobre a ilicitude que circunda o abuso de direito e a responsabilidade civil por danos gerados com o descumprimento das condutas esperadas pelas partes em um contrato, com base no aludido princípio da boa-fé.

Por fim, será abordado o teor do julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial n. 1190880-RS, em que se reconheceu a abusividade da negativa de cobertura securitária médica por parte de uma instituição que se recusava a custear o valor de uma prótese, necessária para o êxito em uma cirurgia realizada em paciente acometido de câncer.

Em breves linhas, é o que se propõe a investigar.

1. O abuso de direito no Código Civil de 2002 e seus precedentes históricos

Para que se compreenda como se deu a incorporação da figura tema do tópico ao Código Civil de 2002, é imprescindível conceituá-la

apontando os critérios que permitem a sua configuração e discorrendo sobre sua perspectiva histórica e consequente evolução.

Incorre em *abuso de direito* (a origem da expressão é creditada ao autor belga Laurent) a pessoa que exerce seus direitos subjetivos de forma irregular. Para que haja abuso do direito, é necessário que o agente, ao se valer de posições jurídicas próprias, cometa excessos e, com eles, venha a afrontar os pilares impostos pelo legislador como limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos: a finalidade econômica ou social do direito que se exerce, a boa-fé – aqui, em seu viés objetivo – ou os bons costumes. Daí se infere que o titular de um direito subjetivo, quando vier a exercê-lo, será obrigado a respeitar as fronteiras impostas pelas referidas cláusulas gerais.

Com efeito, nestes termos é que o instituto em apreço encontrou espaço, no art. 187 do Código Civil: “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

O instituto do abuso de direito, por seu caráter genérico, pode ser caracterizado em inúmeras circunstâncias e apresentar-se em variados ramos jurídicos. Assim, por exemplo, a figura poderá se manifestar no direito de família, mediante o exagero do exercício do poder de correção dos pais em relação aos filhos; no direito trabalhista, cabe conceber, a depender das circunstâncias, o exercício abusivo do direito de greve por parte dos empregados, sendo igualmente abusiva a conduta do empregador que pretenda dispensar o trabalhador por falta cometida há tanto tempo que já se poderia infirmar a configuração do perdão tácito; nos direitos de vizinhança, também cabe invocar o fenômeno, eis que o texto do art. 1277 do Código Civil qualifica como anormal – e, portanto, abusivo – o exercício do direito de propriedade que perturbe o sossego, a segurança ou a saúde dos vizinhos; e, enfim, no direito de propriedade, no qual haverá abuso de direito nos casos em que houver o desrespeito à sua função social, o que pode se dar, por hipótese, quando não forem preenchidos os requisitos do art. 186 da Constituição da República, em se tratando da posse e da propriedade de imóveis rurais, ou do at. 182 do texto constitucional, referente aos imóveis situados em zona urbana.⁵

⁵ Os referidos dispositivos constitucionais contêm as seguintes previsões:

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais

A propósito, quanto às categorias de exercícios abusivos do Direito, é possível dividi-las em três:⁶ 1) o desleal exercício de direitos, ou seja, quando o titular exerce o direito de forma contrária à legítima confiança depositada na contraparte; 2) o desleal não exercício de direitos, para os casos em que o titular não efetiva o seu direito e gera na outra parte uma confiança justificada na estabilidade da situação existente; e 3) a desleal constituição de direitos, que ocorre quando uma pessoa defrauda a confiança de outra e termina adquirindo contra ela um direito, sendo este, no caso, sempre abusivo. Em qualquer destas modalidades, todavia, o que importa é atestar o exercício abusivo de um direito subjetivo, potencialmente lesivo aos interesses de terceiros, a partir de um comportamento comissivo ou omissivo do agente.

A consagração do abuso de direito na codificação civil em vigor no Brasil é precedida de antecedentes históricos, tanto legislativos quanto jurisprudenciais. A origem da teoria do abuso de direito assenta na decisão do célebre caso do francês Clément Bayard, proferida em 1915. O Sr. Bayard, que mantinha em sua propriedade um hangar destinado à decolagem e ao pouso de dirigíveis, se sentiu prejudicado quanto ao uso que regularmente fazia de sua propriedade, ao notar que seu vizinho, Jules Coquerel, havia construído em seu terreno enormes estacas com

da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.

“Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

6 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 186-187.

pontas de ferro, objetivando causar prejuízo ao voo das aeronaves oriundas do terreno contíguo. Suscitada a questão no âmbito judicial, o réu, Sr. Coquerel, foi condenado a desfazer as obras, sob o fundamento de que sua edificação era derivada do exercício abusivo do direito de construir, ainda que o Código Napoleônico, em vigor na França a partir de 1804, não contivesse qualquer referência aos atos considerados abusivos. Com efeito, não é necessário ponderar detidamente sobre a hipótese para constatar que a edificação das estacas não acarretava qualquer benefício ao proprietário do imóvel onde foram inseridas, e, ademais, geravam notório prejuízo ao proprietário vizinho. O ato, de cunho evidentemente emulativo, foi considerado abusivo, em inédito precedente, que inaugurou as bases para a construção de uma teoria sobre o abuso de direito.

A noção de que a ninguém é dado se valer dos próprios direitos de forma abusiva, contudo, remonta a períodos anteriores. No Direito Romano, existia um cânone do qual se inferia que “a ninguém prejudica aquele que age dentro de seu direito”; era o chamado “*qui suo iure utitur neminem laedit*”. É certo que, entre os romanos, o abuso de direito não possuiu consagração geral, ainda que naquele ordenamento existisse a proibição dos atos emulativos (“*aemulatio*”), a “*exceptio doli*” e a regulação de balizas que regiam os conflitos de vizinhança. Apesar disso, as primeiras manifestações jurisprudenciais sobre o abuso de direito não se baseavam em disposições legais expressas, em antecedentes históricos ou no Direito Romano, mas na necessidade de respeitar os direitos e expectativas de terceiros e na falta de eticidade por parte do exercente de um direito. De início, o abuso de direito foi recebendo, no julgamento de casos concretos, seus primeiros matizes no espaço jurídico ocidental, sem que houvesse, no entanto, um conjunto claro de normas que regessem o tema.

O abuso de direito, após as discussões travadas na doutrina e jurisprudência francesas, estendeu-se para o espaço jurídico germânico. Após significativas oscilações doutrinárias, que esboçavam uma tentativa de conferir adequado trato ao instituto, a teoria do exercício abusivo de direitos subjetivos se desenvolveu definitivamente na Alemanha, a partir da análise de grupos específicos típicos que compõem a noção de abuso de direito, a saber, “*exceptio doli*”, “*venire contra factum proprium*”, “*supressio*”, “*surrectio*”, inalegabilidades formais e “*tu quoque*”. Todos estes institutos, decorrentes do fenômeno geral do abuso de direito, são

sintetizados pela noção de boa-fé – que, neste trabalho, será, ao lado da tutela da confiança, a trava mestra de sustentação das conclusões ao final erigidas.

Já no Brasil, o Código Civil de 1916 apenas implicitamente admitiu a ideia do abuso de direito, o que se extrai da interpretação da parte final do seu art. 160, inciso I, ao afirmar que o exercício regular de um direito reconhecido não constitui ato ilícito. Uma leitura a “*contrario sensu*” da norma permite concluir que o exercício *irregular* de um direito reconhecido configuraria a prática de um ato ilícito, entendimento que prevaleceu em sede doutrinária, ainda que em manifestações esparsas, enquanto vigorou o diploma em apreço. Entretanto, a codificação hoje revogada não contribuiu para firmar os alicerces para a construção segura de uma teoria geral do abuso de direito.

Já o atual Código, consoante referido algures, prevê expressamente, em seu art. 187, a teoria do exercício abusivo dos direitos subjetivos. Trata-se de uma norma que atua para estipular a passagem do exercício normal ou regular de um direito para os domínios da ilicitude, do excesso, do desrespeito aos fins econômicos ou sociais e da quebra da confiança. É precisamente este o ponto a tratar: o teor do art. 187 do Código Civil, os elementos que compõem o abuso de direito e, sobretudo, o papel da boa-fé objetiva para a configuração deste instituto.

2. A boa-fé objetiva enquanto parâmetro para o exercício de posições jurídicas e a tutela da confiança.

Consoante já se afirmou, o instituto do abuso de direito encontrou espaço no art. 187 do Código Civil, cujo teor enuncia que “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”. Dessa forma, quando o agente desrespeita os parâmetros previstos no supracitado artigo no exercício de algo legítimo, estará presente o ilícito equiparado, como nos exemplos da inscrição do devedor no cadastro negativo, como bem salienta FLÁVIO TARTUCE:⁷

7 TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil Brasileiro de 2002. In: **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 94.

[...] o próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC) reconhece a possibilidade de inscrição, no seu art. 43. Trata-se, em regra, de um exercício regular de direito. Porém, a inscrição indevida, sem justa causa ou quando a dívida não existe, constitui um exercício irregular de direito ou abuso de direito. Cite-se a hipótese em que não há a comunicação prévia do devedor a respeito da inscrição, o que constitui um desrespeito ao dever anexo de informação, decorrente da boa-fé objetiva, a gerar o dever de reparar.

Vê-se, portanto, que o legislador estabeleceu os vetores que identificam os limites entre o exercício regular ou abusivo das posições jurídicas: os bons costumes, os fins econômico-sociais de um direito e a boa-fé – esta, de feição objetiva (isto é, enquanto padrão de comportamento probo e transparente), observação de particular relevo para o desenvolvimento destas notas.

Considerando-se que um contrato deriva de uma liberdade ou um ato de vontade entre as partes e não de uma imposição de uma parte sobre a outra, ocorrendo alterações da conduta esperada, o juiz deve definir, caso a caso, em quais situações os contratantes se desviaram do princípio da boa-fé e quais são as implicações jurídicas desse desvio.

A noção de boa-fé – que sempre prevaleceu como uma cláusula geral, imanente ao Direito – apresenta dúplice faceta, conforme se disponha sobre o seu aspecto subjetivo ou objetivo. O primeiro refere-se ao involuntário desconhecimento de um indivíduo acerca da existência do direito de outrem, ou diz respeito à justificada crença de que alguém atua em conformidade com o Direito.⁸ Já o derradeiro, imposto como norma objetiva de conduta, estabelece a submissão dos contratantes a determinados padrões de comportamento, homoganeamente aceitos pela sociedade. Manifesta-se, assim, como objeto exterior ao sujeito. Situando-nos no campo dos princípios fundamentais ínsitos à sistemática contratual contemporânea, é a última espécie que nos interessa mais de perto.

A boa-fé objetiva leva em consideração os critérios da correção e da honestidade, indispensáveis em qualquer convenção realizada, tutelando a justa expectativa de uma parte – isto é, a *confiança* que ela deposita nos ajustes que celebra, por esperar que a contraparte aja em respeito ao estrito cumprimento dos padrões negociais vigentes. Para

8 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 145.

SÍLVIO DE SALVO VENOSA,⁹ a boa-fé objetiva deve ser traduzida pelo intérprete como o padrão de conduta esperado do homem médio em cada caso concreto, quando se deve levar em conta também os aspectos sociais inerentes à questão envolvida.

Nessa perspectiva, ainda segundo SÍLVIO DE SALVO VENOSA,¹⁰

A ideia central é no sentido de que, em princípio, contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé. A má-fé inicial ou interlocutória em um contrato pertencente à patologia do negócio jurídico e como tal deve ser examinada e punida. Toda cláusula geral remete o intérprete para um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço.

Nessa mesma linha de pensamento, NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS¹¹ asseveram que:

O grande desafio relacionado ao princípio da boa-fé concerne a sua mais exata concreção. A sua valoração terá em conta as circunstâncias objetivas do caso, plenamente apreciado em suas particularidades. Ao aplicar a boa-fé, o magistrado não deve adotar um 'sentimento jurídico' segundo um 'critério de equidade'. Onde existir um vínculo jurídico especial, a boa fé alcançará as peculiaridades dos casos. Todavia, se não houver essa especial relação entre as partes, a conduta humana será avaliada pelo respeito aos bons costumes como exigência mínima, derivada da condição social do homem, a ser observada em qualquer atuação social.

No Código Civil brasileiro, o princípio da boa-fé objetiva exerce três funções distintas, porém complementares, denominadas integrativa, interpretativa e controladora. Por meio da primeira transparecem os deveres, poderes, faculdades e direitos inerentes aos contratos, ainda que não haja sua previsão expressa, e que devem ser observados, assim na conclusão do negócio, como em sua execução, consoante determina o art. 422 do aludido diploma. Em todo negócio, exige-se que a conduta de qualquer das partes seja pautada pelos critérios da lisura, da probi-

9 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 387.

10 Ibid., p. 387.

11 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 163.

dade, da cooperação e da tutela da confiança, o que impede a prática de comportamentos abusivos e contraditórios que venham a frustrar as legítimas expectativas geradas em favor do outro negociante.

Por sua sorte, a função interpretativa determina que os contratos sejam considerados de acordo com seu sentido objetivo aparente, a não ser que o destinatário conheça a verdadeira intenção do declarante.¹² Nessa ordem de ideias, avulta a relevância do art. 113 do diploma civil em vigor, que estabelece que “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”.

Finalmente, a derradeira função encontra previsão no já aludido art. 187, a impedir que o indivíduo exceda os limites éticos impostos ao exercício de seus direitos subjetivos – e aí emerge o papel controlador da boa-fé, a impor limites ao comportamento dos contratantes, a quem compete agir segundo os deveres de correção e decoro. Corolário destes deveres, ínsitos ao agir das partes, entremostra-se ainda o subprincípio da transparência, que determina a obrigação recíproca de informação acerca de todos os elementos que envolvem a negociação, desde a sua celebração até a execução,¹³ estendendo-se mesmo aos momentos que a precedem ou a sucedem. Submetem-se os contraentes à prestação de mútuo auxílio, para que sejam alcançados os objetivos traçados por ambos, consagrando-se o contrato, dessa forma, como um instrumento de consecução dos interesses de todos os seus partícipes, aos quais compete uma atuação ancorada no dever de atribuir exato cumprimento à confiança que seu comportamento gera nos indivíduos com quem negociam.

Para além do campo de abrangência do Direito Civil, no qual a boa-fé se aplica a todos os contratantes, o instituto também opera ativamente em outros ramos do direito, tais como o Direito Processual, o Direito Administrativo e o Direito Internacional. De forma específica e mais acentuada, nas relações abarcadas pelo Direito do Consumidor, no que diz respeito ao exame das cláusulas abusivas em relações de consumo, percebe-se, claramente, a harmonização em torno do princípio da boa-fé.¹⁴

12 FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 313.

13 Ibid., p. 314.

14 VENOSA., *Op. cit.*, p. 388.

A boa-fé objetiva passa, pois, a consistir no termômetro do comportamento dos contratantes, mormente nos negócios de cunho civil: toda e qualquer manifestação de vontade que venha a gerar na outra parte a justa expectativa de que determinado ato será praticado deverá ser levada a efeito tal como exteriorizada, evitando-se, assim, abusos decorrentes da violação da confiança gerada em terceiros.

3. A caracterização do abuso de direito como ato ilícito e a responsabilidade civil por danos

A conjugação de todas as situações descritas anteriormente como modalidades de exercícios abusivos de direitos, derivados da cláusula geral de boa-fé, busca fazer valer a teoria do abuso do direito no plano das relações obrigacionais. Verificou-se que, nas hipóteses descritas, havendo a violação do dever de agir segundo a boa-fé objetiva, ocorre a prática de um ato ilícito, tendo em vista que o comportamento do titular é reprovável ao sentimento jurídico coletivamente considerado.

A caracterização do abuso de direito como ato ilícito, todavia, não é recebida pacificamente pela doutrina, tendo em vista que existem autores, a exemplo de JOSÉ HORÁCIO RIBEIRO,¹⁵ que defendem que o abuso de direito consiste em uma categoria jurídica autônoma, não configurada, portanto, como espécie de ato ilícito, cabendo seu enquadramento no universo mais genérico do ato antijurídico. Nessa perspectiva, defende o jurista que:

Se a diretriz do nosso ordenamento não admite a lesão ao direito de outrem, podemos considerar que qualquer ato contrário às normas e aos fins sociais deve ser considerado antijurídico. E, se houver somente a violação à norma com surgimento de dano tal ato será especificamente ilícito. Também, antijurídico, mas especificamente ilícito, ao passo que o abuso do direito é antijurídico.

Por outro lado, autores como HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁶ defendem a natureza de ato ilícito do instituto. Para o autor, a

15 RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. O abuso do direito e a justiça social. *In: O Código Civil e a sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 361.

16 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense,

corrente negativista, que rejeita o caráter da ilicitude do abuso de direito, não prospera em tempos modernos, uma vez que pode ocorrer que um ato seja conforme determinado direito e, ao mesmo tempo, ilícito por ser contrário à boa-fé e às regras que dominam o direito.

O abuso de direito, tal como consagrado pelo Código Civil de 2002, foi explicitamente caracterizado como espécie do gênero ato ilícito; vê-se, pela dicção deste diploma, que não apenas comete ato ilícito aquele que positiva ou negativamente, de forma negligente ou por imprudência, viola direito e causa dano a outro, mesmo que exclusivamente moral (art. 186), mas também o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187). Assim, o Código em vigor cuidou de estabelecer a natureza do abuso de direito: trata-se indubitavelmente de ato ilícito, a ensejar a responsabilidade civil de quem o pratica, nos exatos moldes do art. 927 do mesmo diploma.

Contudo, apesar de o legislador conceituar o abuso de direito como uma espécie de ato ilícito, tal qualificação não pode retirar a autonomia do mencionado instituto, uma vez que o mesmo possui características próprias que devem ser levadas em consideração. Cumpre esclarecer que, diferentemente do ato ilícito, no abuso de direito não se vislumbra uma violação à estrutura normativa em si, mas sim à sua valoração. No primeiro instituto – o ato ilícito em sua essência –, o indivíduo viola diretamente o comando legal; já no abuso de direito, o sujeito aparentemente age no exercício do seu direito, havendo, contudo, uma violação aos valores que ligam tal norma ao ordenamento jurídico. Entende-se que enquanto no ato ilícito há a inobservância dos limites lógico-formais da norma, no abuso de direito vislumbra-se a inobservância dos limites axiológico-materiais, havendo, assim, um desrespeito aos princípios que regem o ordenamento jurídico.

Desta feita, parte-se do pressuposto de que, no abuso de direito, o indivíduo atua aparentemente no exercício de um direito subjetivo, uma vez que não há desrespeito à estrutura normativa e sim à sua valoração. Vislumbra-se, assim, a existência de uma antijuridicidade material, ou seja, no abuso de direito não se verifica um contraste entre o ato e a nor-

ma, mas sim entre o ato e o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento jurídico.

De todo modo, de acordo com o entendimento esposado pelo legislador, será considerado ato ilícito aquele que, apesar de obedecer à ordem legal, vem a ferir a ordem jurídica. Ou seja, aquele ato que se encontra em conformidade com a letra da lei, porém que escapa à sua finalidade social e se encontra em descompasso com o objetivo almejado pelo ordenamento, também deve ser considerado ilícito.

Seja como for, tanto o ato ilícito quanto o abuso de direito ensejam a responsabilidade civil do agente que os pratica. Por este ponto, a concepção do abuso de direito como espécie de ato ilícito acaba gerando diversas críticas doutrinárias, notadamente no que concerne ao caráter subjetivo da responsabilidade. Ora, o art. 186 do Código Civil determina que comete ato ilícito aquele que causar dano a outrem “por ação ou omissão voluntária”. Ou seja, além da violação do direito e da existência de um dano, tal dispositivo ainda estabelece a ocorrência de culpa para a caracterização do ato ilícito. Se a culpa for considerada elemento indissociável do conceito de ato ilícito, seria violado o critério objetivo-finalístico que orienta a edição do abuso de direito, já que, segundo tal critério, a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser objetiva, revelada na simples discrepância entre o ato praticado e os valores contidos no ordenamento jurídico.

Por isso, deve ficar claro que não é necessária a verificação da intenção para a ocorrência do abuso de direito, uma vez que, para que tal instituto seja vislumbrado, não é necessária a ocorrência da má-fé por parte do indivíduo – o que, aliás, deriva do próprio texto do art. 187 do Código Civil, que em momento algum apela às noções do dolo ou da culpa para a caracterização do abuso de direito. Ou seja, não é necessária a consciência por parte do agente de que se excederam os limites impostos pela norma, bastando apenas que tais limites, *objetivamente*, sejam excedidos; pouco importando que tenha o indivíduo se comportado com descuido ou esteja animado pela intenção de prejudicar outrem. Nesse sentido, o enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, preconiza que “*a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico*”.

Tal enunciado configurou-se como importante premissa para facilitar a tutela da vítima de danos derivados do abuso de direito, uma vez que a responsabilidade civil dele originada independe de demonstração de culpa ou dolo. Nesse sentido, cabe ao autor do abuso de direito reparar a vítima no que lhe restou prejudicado, podendo ainda haver indenizações de forma compensatória, caso não seja possível reparar o dano de forma total, permitindo-se à vítima ao menos a sensação de que seu martírio foi aliviado ou que houve efetiva realização de justiça, o que provoca, igualmente, o desestímulo de novas condutas abusivas por parte do autor do dano.

É imprescindível destacar o postulado acabado de afirmar. Partindo-se da noção de que o abuso de direito ganha contornos objetivos, torna-se inequívoca a conclusão de que a responsabilização do agente que excede os limites éticos impostos para o exercício de seus direitos subjetivos é igualmente objetiva, prescindindo-se da averiguação da culpa ou dolo sobre a conduta. Sobrevindo danos, seja qual for a sua natureza, será imperativo o dever de indenizar, bastando apuração da existência do nexo de causalidade entre a conduta lesiva e aqueles prejuízos.

A partir destas bases, torna-se possível verificar de que maneira o instituto do abuso de direito vem sendo caracterizado pela jurisprudência brasileira. Valerá como paradigma, para cumprir este mister, um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de um processo em que se discutia a validade de cláusulas estipuladas em um contrato de seguro de saúde.

4. Análise do acórdão proferido pelo STJ no Recurso Especial n. 1190880-RS

Em 01 de setembro de 2011, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu paradigmática decisão, em um caso em que se discutiu a aplicação do princípio da boa-fé objetiva aos contratos de seguro de saúde. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. NEGATIVA INJUSTA DE COBERTURA SECURITÁRIA MÉDICA. CABIMENTO. 1. Afigura-se a ocorrência de dano moral na hipótese de a parte, já internada e prestes a ser operada – naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer –, ser surpreendida pela

notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos, sendo obrigada a emitir cheque desprovido de fundos para garantir a realização da intervenção médica. A toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia mas também acerca dos seus desdobramentos, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva. 2. Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária médica, na medida em que a conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. 3. Recurso especial provido.

No caso em análise, a parte recorrente estabeleceu relação contratual com determinado plano de saúde havia cerca de 20 anos. Em 2008, confirmado o diagnóstico de câncer, foi agendado o respectivo procedimento cirúrgico, que de acordo com orientação médica, seria o único meio de tratamento cabível. Contudo, a recorrente foi informada de que o mencionado plano de saúde não pagaria pela prótese a ser utilizada na cirurgia, em decorrência de cláusula contratual de exclusão de cobertura.

Por conseguinte, por não ter condições financeiras de custear a prótese, a recorrente, que já se encontrava internada para a cirurgia no momento da negativa, se viu obrigada a emitir um cheque sem fundos, sofrendo diversos abalos psicológicos, sobretudo pela angústia gerada com a incerteza da realização da cirurgia e da possibilidade de seu nome vir a ser inserido nos cadastros de inadimplentes. Em decorrência disto, viu-se obrigada a recorrer ao Poder Judiciário, com o intuito de obter a tutela antecipada que obrigasse a empresa gestora do plano de saúde a arcar com os gastos referentes ao material cirúrgico.

O juízo de primeira instância, em entendimento repisado em sede recursal, reconheceu a obrigação do plano de saúde em cobrir as despesas referentes ao procedimento cirúrgico, tendo sido negado, contudo, o pedido de indenização por danos morais.

Neste sentido, abre-se a discussão acerca da abusividade da aludida cláusula contratual e à existência de danos causados em virtude de um suposto rompimento na confiança depositada, naquele caso, na obtenção da prestação de um serviço essencial.

Conforme se depreende do julgado, a abusividade presente na cláusula contratual do plano de saúde é notória, uma vez que a recusa no fornecimento do material cirúrgico implicaria a consequente impossibilidade de se realizar a própria cirurgia. Assim, a essência do contrato de seguro em si estaria comprometida, já que negócios desta natureza são celebrados exatamente para garantir a tranquilidade financeira ao segurado no momento em que ocorre o sinistro. A parte recorrente já vinha contribuindo com o plano de saúde há quase duas décadas, e depositava total confiança na ré e nos direitos que restariam cobertos quando precisasse acessar os serviços. Prova disso é o fato de que a parte segurada já se encontrava internada, pronta para a cirurgia, e contando com a cobertura do pagamento de todos os serviços médicos necessários para seu tratamento. Nesse sentido, não caberia à empresa demandada recusar sua prestação, tendo em vista a confiança e a boa-fé que devem permear a vigência desses tipos de contrato.

Desta forma, para a devida interpretação do julgado em questão, deve ser levado em consideração o conteúdo expresso no art. 424 do Código Civil, uma vez que o contrato de plano de saúde assume a forma de adesão, sendo seu conteúdo imposto de forma unilateral pela empresa prestadora do serviço. Tal dispositivo legal prevê a nulidade absoluta das cláusulas destes contratos que impliquem em renúncia a direito resultante da natureza do negócio.

Sabe-se que no contrato de adesão inexistente ao contratante a opção de discutir as cláusulas contratuais, restando-lhe apenas a decisão de aceitar os termos contratuais dos quais desconhece o teor.

Nesse sentido, temos a lição de Messineo (*apud* Carlos Roberto Gonçalves):¹⁷

Contrato de adesão é aquele em que as cláusulas são previamente estipuladas por um dos contraentes, de modo que o outro não tem

17 MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tradução de. R. Fontanarrosa, Sentis Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: EJE, 1952. t I e II, *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.75. v. III

o poder de debater as condições, nem introduzir modificações no esquema proposto; ou aceita tudo em bloco ou recusa tudo por inteiro ('é pegar, ou largar').

Desta forma, vê-se que tal contrato se apresenta como um padrão genérico, antecipadamente preparado, a impor ao consumidor cláusulas gerais pré-estabelecidas, não oferecendo a este nenhuma oportunidade de debate ou negociação do conteúdo de tais disposições contratuais. Assim, não resta ao aderente qualquer alternativa senão a de aceitar ou rejeitar tal contrato, tal como antecipadamente estipulado.

Desta feita, na esteira do conceito de contrato de adesão, tem-se que o indivíduo ou se submete a ele, sem chance de questionar o preço ou outras condições propostas, ou se priva de um serviço muitas vezes essencial ou indispensável.

O contrato de plano de saúde, tal como qualquer outra relação jurídica, possui como pressuposto essencial a existência da confiança entre as partes. No caso em tela, tal confiança foi rompida, em virtude da recusa na prestação do serviço no momento de maior necessidade da parte segurada. Ademais, o contrato de plano de saúde, como todo contrato, deve ser interpretado de forma a privilegiar a sua função social, tornando-se necessário o desenvolvimento do senso de honestidade e integridade entre os contratantes. Sendo assim, é de se esperar que o negócio acarrete o esperado proveito a ambas as partes – e, tendo a parte segurada contribuído adequadamente com o pagamento das prestações que lhe cabiam, restava à empresa seguradora o dever de adimplir sua obrigação e custear as despesas com o tratamento médico necessário para preservar a saúde do paciente.

No presente caso, vislumbra-se a limitação do uso do serviço prestado pela empresa, o que viria a acarretar sérios danos ao indivíduo. Ao se recusar a fornecer determinado material que seria de fundamental importância para a realização do procedimento cirúrgico necessário ao autor da demanda, a entidade gestora do plano de saúde terminou por agir de forma inesperada e abusiva, vindo a ferir, assim, a confiança nela depositada durante anos em um serviço que deveria ter sido prestado em sua integralidade. Afinal, os planos de saúde têm natureza securitária, o que significa que o objeto do seu contrato é a segurança de um atendimento se e quando houver a necessidade para tal. Assim, vislumbra-se claramente o prejuízo e o dano causado a um usuário que pa-

gou devidamente as mensalidades do seu plano de saúde e, no momento em que finalmente dele necessitou, não pôde usufruir dos seus serviços.

Sentindo-se injustiçada com a negativa do pleito de reparação por danos morais pelas instâncias inferiores, resolveu a parte autora submeter seus clamores ao STJ, na esperança de que, conforme vasta jurisprudência desse Tribunal, no sentido de reconhecer os danos morais em casos semelhantes, pudesse, enfim, amenizar o abalo psicológico sofrido. Conforme anteriormente exposto, a boa-fé consiste em um dos vetores que identificam os limites entre o exercício regular e o abusivo de um direito. Fica claro que na celebração de um contrato, ou de qualquer outra relação jurídica, torna-se indispensável a devida consideração de determinados critérios e valores, como os da honestidade, probidade e correção. Assim, quando tais valores são devidamente utilizados, poderá ser tutelada a expectativa assentada pelos contratantes, ou seja, a confiança que a parte depositou no contrato que celebrou, esperando que a outra parte aja em conformidade ao devido cumprimento dos padrões negociais. Se tal não ocorre, os danos daí derivados devem ser reparados em sua integralidade.

No caso em estudo, ao se recusar a custear o equipamento fundamental para a realização de procedimento cirúrgico, a empresa responsável pelo plano de saúde não só impossibilitaria a realização de tal procedimento vital, como também causaria grande transtorno e dor para um paciente, que se encontrava em momento bastante delicado. Além disto, as cláusulas contratuais devem ser analisadas de acordo com o objetivo aparente do contrato em si. Desta forma, ao negar-se a conceder um equipamento fundamental para um procedimento cirúrgico, o contrato de plano de saúde acaba por perder seu próprio objetivo, qual seja, prestar assistência aos seus usuários, possibilitando materiais, medicamentos e equipamentos necessários para a devida tutela.

Finalmente, tendo em pauta todos os princípios e regras expostos, conseguiu a parte recorrente ver seus anseios de justiça atendidos com a prolação do acórdão pelo STJ, que, por maioria de votos, reconheceu o seu direito à reparação dos danos morais sofridos, tendo em vista o grande impacto psicológico sofrido com a negativa de custeio da prótese pela empresa gestora do plano de saúde, em plena véspera de cirurgia. Como principal argumento, vale citar o voto da Ministra Nancy Andrighi, relatora do acórdão, que defendeu que pior do que o

martírio da dor da doença foi o martírio da recorrente ser privada da cura. A Ministra ainda acrescentou:

Assim, a toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia, mas também acerca de seus desdobramentos, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva.

Diante de tudo o que se expôs quanto ao combate ao abuso de direito e à necessidade de se impor aos contratantes padrões de conduta pautados pela probidade, cooperação e transparência, é inequivocamente acertada a decisão do STJ. Mais do que permitir uma mera indenização pecuniária à parte lesada, o julgado proporcionou o reconhecimento da ocorrência de dano moral, como consequência lógica da recusa da seguradora ao pagamento da prótese, preservando então os direitos da personalidade da recorrente, tais como a vida, a saúde, a honra e a integridade psicofísica.

O acórdão proferido possibilitou, por fim, desestimular a reiteração de condutas abusivas, que violam frontalmente os princípios da dignidade humana e abalam a confiança que deveria ser usualmente depositada nos prestadores de serviços de saúde.

5. Conclusões

Como já visto e compreendido, o abuso de direito termina por unir todos os institutos oriundos, inicialmente, do princípio da boa-fé, fazendo com que os mesmos sejam usualmente relacionados à análise de regularidade ou abusividade de determinado comportamento. Cabe conceituar o abuso do direito, a partir destas bases, como o exercício irregular de um direito subjetivo, que, sob o argumento de cumpri-lo com fundamento legal, se afasta do ordenamento jurídico, uma vez que obsta os princípios legais, contrariando o bom senso, os bons costumes e a equidade.

Outrossim, o art. 187 do Código Civil, ao abordar os elementos que compõem o abuso do direito e o papel da boa-fé objetiva, evidencia sua natureza de cláusula geral, o que faculta ao jurista a inclusão do fato

ocorrido à norma, de modo que possa reprimir e punir a prática do abuso do direito.

De forma direta, visando ao objetivo de indenizar atos decorrentes de abuso do direito, o operador do direito deverá analisar a presença dos elementos contidos no art. 187 do Código Civil de 2002. Tais elementos independem da culpa e da evidência do dano, necessitando obedecer a alguns requisitos, tais como o direito atingido ser protegido pelo ordenamento jurídico e o exercício irregular desse direito, ultrapassando os limites da função social, da boa-fé e dos bons costumes.

Neste viés, o exercício do abuso do direito pode ter como consequências, além da reparação civil nos casos em que houver dano a direito alheio, a nulidade do ato ou a perda de um direito, dentre outros.

No caso trazido à baila, observou-se a limitação do uso do serviço prestado pela empresa contratada, o que causaria danos à saúde do indivíduo. Ao recusar cumprir com sua obrigação no contrato firmado, qual seja, cobrir os gastos com todos os procedimentos necessários à manutenção da saúde do contratante, o plano de saúde terminou por agir de forma abusiva, utilizando-se de sua posição contratual superior para romper a confiança que lhe foi depositada pelo paciente. Observa-se, portanto, uma clara ofensa ao princípio da boa-fé objetiva.

Por fim, como consequência ao exercício do abuso do direito pelo plano de saúde, o STJ decidiu que esse deveria à parte contratante, além do pagamento da prótese necessária à execução da cirurgia, uma indenização pecuniária, projetada inclusive como um mecanismo para obstar a prática de novos ilícitos do mesmo gênero.

6. Referências

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. III

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. O abuso do direito e a justiça social. *In: O Código Civil e a sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil Brasileiro de 2002. *In: Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil:** dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

5

ADIMPLENTO SUBSTANCIAL: A BOA-FÉ OBJETIVA EM CONCRETO

William Bispo de Melo¹
Sterfesson Higo de Lima Ferreira²
Pedro Pontes de Azevedo³

SUMÁRIO: Introdução - 1. Constitucionalização do Direito Civil - 2. Constitucionalização e direito dos contratos - 3. Princípio da boa-fé objetiva - 4. Adimplemento substancial e a boa-fé objetiva - 5. Conclusões - 6. Referências

Introdução

Hodiernamente, a Constituição ocupa papel de grande relevo no ordenamento jurídico. Todos os demais diplomas normativos devem guardar respeito ao texto constitucional, no tocante aos ditames preconizados pelos seus princípios e regras. A relação entre o Texto Maior e as demais leis, no entanto, não foi sempre de supremacia daquele. Antes

1 Graduando em Direito pela UFPB. Pesquisador na área de Direito Civil e no Grupo de pesquisa Justiça & Política.

2 Graduando em Direito pela UFPB. Aluno pesquisador e extensionista na área do Direito Civil.

3 Mestre em Direito pela UFPB. Doutorando em Direito das Cidades pela UERJ. Professor da UFPB. Advogado.

dos movimentos liberais, os códigos possuíam um papel prevalente no ordenamento, chegando até mesmo a afastar a incidência de normas constitucionais. Com a eclosão do que se chamou de constitucionalização do direito, a Lei Magna assumiu um papel de proeminência, o que implica em uma harmonização de todas as normas do ordenamento jurídico aos seus ditames.

Esse panorama não é diferente no Direito Civil, que passou por uma verdadeira transformação em decorrência da constitucionalização. Em resumo, o outrora direito patrimonialista passou a ser eminentemente existencialista, calcado na dignidade da pessoa humana. Ocorre que essa transformação, embora amplamente aceita, ainda encontra alguma resistência por parte dos estudiosos. Essa dificuldade de aceitação, por poucos, da constitucionalização do direito civil, ocorre devido à dicotomia didática que se tornou imperativa para alguns juristas, do direito público com o direito privado, em que cada ramo do direito era independente, autônomo e autossuficiente. Naquela realidade, buscava-se a não interferência estatal nas relações privadas, devido à experiência traumática da idade média com o absolutismo, em que o poder do Estado era utilizado para cercear a liberdade individual. Ali, essa rígida separação explicava-se pela ânsia por liberdade e também para coibir a opressão estatal que existia com as monarquias absolutistas da idade média. O Código de Napoleão, que foi utilizado como referência para a codificação do direito privado, inicialmente nasceu dos ideais burgueses (comerciantes da época) de liberdade, principalmente comercial e patrimonial e igualdade, direitos estes negados pelo Estado e sua organização até então experimentada.

A liberdade e a igualdade formal foram conquistadas, o Estado mudou, democratizou-se e não há mais necessidade da divisão rígida dos ramos do direito (público e privado). Se ocorrer, como ainda acontece, o abuso desta liberdade em detrimento de outrem ou da coletividade para atender a interesses particulares, o Estado contemporâneo tem de cumprir seu dever sagrado de zelar pela segurança, paz social, vendo-se obrigado no cumprimento do seu dever Contratual (Rousseau) a interferir nas relações particulares para garantir e manter a segurança, paz social e a própria justiça, conservando o desenvolvimento saudável das relações sociais. A restrição da autonomia privada exercida em pre-

juízo de outrem é o fenômeno conhecido como dirigismo contratual, com a proteção da parte hipossuficiente da relação jurídica.

1. Constitucionalização do Direito Civil

Há um aparente paradoxo. Com a constitucionalização do direito civil, que sempre foi considerado eminentemente privado e patrimonialista, houve uma mudança de paradigma, segundo a qual o social e o coletivo prevalecem sobre o individualismo. A força da constituição como lei suprema e hierarquicamente superior às outras, obriga o direito civil a se adequar aos ditames, princípios e direitos contidos na Lei Maior, garantindo o respeito ao Estado Democrático de Direito e propiciando a busca pela diminuição das desigualdades. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana sobrepõe-se aos interesses econômicos individuais e, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, deve ser protegido como a consolidação da supremacia do interesse público sobre o privado, em que a Constituição é respeitada em seus direitos fundamentais previstos no artigo 5º. Os direitos patrimoniais são relativizados para atenderem sua função social, pois nota-se a importância do social sobre o individual, aquele adquirindo força devido a Magna Carta. Assim, no dizer de PAULO LÔBO “[...] Deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o código, como ocorre com frequência”.⁴

O direito civil é historicamente anterior ao direito constitucional. Iniciou-se no direito Romano e forneceu categorias, bem como os conceitos e classificações que serviram para consolidação dos vários ramos do direito público; porém, a historicidade e sua utilização para fundamentar a maior importância do direito civil - em comparação ao direito constitucional -, deixaram de valer, e os próprios civilistas modernos reconhecem a supremacia da Constituição e a necessidade que o direito civil seja executor inequívoco desta. Assim, infere-se que o direito privado passou a ser o direito constitucional aplicado, com o valor dado ao social, limitando a atuação dos particulares. Com a mudança de paradigma do direito civil, do patrimonial para o social (em que o ser

4 LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 100.

torna-se mais importante que o ter), ocorre a constitucionalização de seus princípios civilistas, que devem estar de acordo com a Constituição e serem respeitados pelos contratos, tribunais e os cidadãos, como princípios de observância da dignidade e supremacia constitucional; afinal, vive-se hoje em um Estado Democrático de Direito, previsão do artigo 1º da CF/88, que possui grande importância e influência no âmbito político, social, jurídico, econômico, acadêmico e histórico da sociedade.

O Código Civil, para uma escola da exegese, era completo em si mesmo, uma vez que resolvia todos os casos do direito civil, pois era uma espécie de constituição para este ramo do direito, sem legislação superior. O direito público, que tratava de questões apenas estruturais e organizacionais do Estado e a Constituição serviam a este fim, pois existia uma divisão muito bem delimitada, e nesses dois reinos, seus senhores reinavam em absoluto, sem interferência de um nos domínios do outro.

O Código Civil perdeu inevitavelmente sua completude devido às mudanças econômicas e sociais que exigiram do legislador a criação de leis especializadas em dados assuntos que antes eram tratados pelo Código Civil. Nasce à era dos estatutos, que são legislações de direito privado, mas totalmente independentes e autossuficientes em relação ao Código Civil, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, que são autônomos e constituem outros sistemas independentes dentro do polissistema maior, que é o ordenamento jurídico. Antes o Código Civil era um corpo legislativo monolítico, chamado de monossistema, que teoricamente era suficiente para disciplinar o direito privado; porém, atualmente, a realidade do referido Código é outra, ele aparece com seus vários microssistemas devido à complexidade da sociedade e em consequência de suas relações.

O pluralismo jurídico com inúmeros sujeitos a proteger, seus direitos próprios, como nos interesses difusos. A comunicação como transformação do direito em instrumentos para passar mensagens, congelar momentos e ações para proteger novos indivíduos, que conquistaram novos direitos, modificando e ampliando as funções do direito. A narrativa concerne em normas que não criam direitos, mas apenas descrevem valores. E o retorno aos sentimentos, no qual os direitos humanos são altamente valorizados e servem de supedâneo a legislação contemporânea, seria a sensibilidade moderna exercida.

Há a necessidade da criação de cláusulas gerais ou princípios para o direito civil, respeitando a Constituição, a codificação, visto que o pluralismo jurídico não é capaz de prever todas as situações possíveis. Deve-se criar o princípio, positivá-lo e fornecer a exegese ou observação obrigatória do mesmo, tornando harmônica a interpretação e a ampliação da lei, não dando margem para visões hermenêuticas que contrariem esses princípios, fortalecendo em última análise a segurança jurídica com a limitação interpretativa, dando, talvez, rigor de legislação e interpretação do direito penal ao direito civil, diminuindo, assim, a margem de erro.

Nas palavras de GUSTAVO TEPEDINO:

[...] A progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexão axiológica e tecnológica entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o lado cultural, de outro, a constituição e a legislação infraconstitucional.⁵

Com a normatização dos princípios ocorre naturalmente uma mudança cultural, jurídica, em prol de respeitar esses princípios e criar outros, conforme ocorrem as mudanças sociais (o direito deve acompanhar a dinâmica da sociedade, Teoria Tridimensional do Direito⁶- Fato, Valor e Norma de MIGUEL REALE); porém, cabe ressaltar a importância cultural, jurídica e social do reconhecimento de princípios por parte do Estado para evitar interpretações abusivas de direito. No CDC há o artigo 51, IV que considera nula a cláusula contratual incompatível com a boa-fé objetiva, que pode ser verificada por meio da compatibilização com os princípios gerais do sistema jurídico, liberdade, justiça e solidariedade conforme a CF/88 e seus direitos fundamentais, trabalho hermenêutico que no caso concreto pode ser visualizado.

Para reforçar a compreensão da historicidade e a mudança jurídica cultural, pode-se elaborar um breve relato sobre os acontecimentos. No início, as primeiras constituições elaboradas limitavam a atuação do Estado e tratavam das liberdades públicas de alguns, como na *Magna*

5 TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 11

6 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae (Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês) de 1215. Tal Carta é considerada a primeira constituição em *latu sensu*, pois limitava o poder absoluto dos monarcas da Inglaterra. Ela foi outorgada e não promulgada devido o regime autoritário de governo, sendo uma conquista dos barões e do clero da igreja católica, pois restringia o poder do governante em respeito a essas categorias de indivíduos. Nesse momento é que começa a limitação do controle estatal sobre a vida particular, para apenas alguns cidadãos. Com as mudanças políticas, sociais e ideológicas, ocorreu o advento do Estado liberal/ Estado mínimo, que era impedido por sua própria ideologia de interferir na relação entre particulares (principalmente comerciais). Assim, consumou-se o fenômeno do darwinismo jurídico e social, em que os economicamente mais fortes exploravam os mais fracos de maneira desumana. Isso tudo promoveu muitos conflitos, e fez surgir, então, o Estado Social para garantir o mínimo possível e necessário de justiça social, intervindo e limitando o poder de exploração do capital sobre o humano nas relações particulares. Para PAULO LÔBO: “*Em verdade houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado Liberal: a primeira, a da conquista da liberdade, a segunda, a da exploração da liberdade.*”⁷

No âmbito da repersonalização no direito civil encontram-se novos paradigmas, como a mudança ou a interferência do Estado no núcleo familiar, preconizando o direito à dignidade dos membros da família - que historicamente patriarcal, mantinha o poder do chefe da família sobre os demais membros e muitas vezes caracterizava constantes abusos. A desigualdade entre o homem e a mulher foi abolida formalmente, a família por laços afetivos foi privilegiada, desconstruindo a concepção anterior de família baseada no patriarcalismo, patrimonialismo e com base religiosa, no qual o ser foi promovido na constituição contra o ter do direito civil (Código Civil de 1916) que visava à manutenção da propriedade e a não interferência do Estado para dar-lhe aspecto social, valorização do coletivo, do ser humano enquanto ser digno de direito independente de sua posição social, ou situação econômica,

7 LÔBO, 2008. p. 105.

a valorização da família como fundamental para a sociedade e não para o Estado.

O direito civil é entendido tradicionalmente como aquele formulado no Código de Napoleão, em que houve uma distinção clara entre leis civis e leis públicas, feita pela sistematização de Jean Dornat, que com sua codificação orientou o direito civil para que seja manifestado dessa maneira, ou seja, o Código Civil era considerado o próprio direito civil.

O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos⁸.

E pode-se complementar a citação com a verificação de que a interferência do Estado (devido ao trauma vivido pelos anos de exploração da monarquia sobre a propriedade privada) se dava apenas para manter uma convivência pacífica entre as pessoas, garantir o livre e absoluto direito à propriedade e promoção do comércio.

Na contemporaneidade o direito civil relativizou a sua função tradicional, pois o estado interfere nas relações particulares e regula em demasia os negócios, tirando o individualismo do direito civil, limitando essa liberdade.

Com a criação de subsistemas, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, as leis do direito autoral e a lei das locações, logo o Código Civil deixa de ser o polo central do direito privado para consagrar a hierarquia da Constituição sobre a unidade do sistema normativo, com seus vários microsistemas que se complementam. O conceito de sistema jurídico unitário e hierarquizado dos países que possuem constituição prevê que na dicotomia do direito público-direito privado, a Carta Magna como lei suprema e base para o ordenamento prevalece; logo, o direito público disposto constitucionalmente tem primazia, isso para garantir a coesão, a unidade, a sinergia e a estruturação em um ordenamento jurídico lógico pensado por Kelsen. A Lei Fundamental deve estar presente ou respeitada em cada ato normativo, administrativo, comercial ou familiar (da vida privada), pois na Constituição de um Estado existem os mais nobres designios de uma sociedade, como garantia da liberdade, dignidade da

8 MORAES, B. Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*. PUC-Rio v.I, n.I, p. 02, mês? 1991

pessoa humana, limitação e organização do poder estatal para garantir o pleno desenvolvimento do espírito humano.

A Constituição recuperou sua importância no ordenamento jurídico, sendo que três fatores influenciaram nessa mudança: o marco histórico, o marco filosófico e o marco teórico. Sendo que o marco histórico tratou de uma mudança histórica mundial, ocasionada pelo pós-segunda guerra mundial e a queda de vários regimes ditatoriais. Houve grande preocupação para que governos despóticos não conseguissem tomar o poder. Buscou-se, no instrumento constitucional, dar estabilidade política para as nações e para o mundo, primando pela democracia como forma de governo. No Brasil, com a Constituição “cidadã” de 1988, ajudou na transição do regime militar para a redemocratização segura. A constituição brasileira possui legitimidade e o respeito dos políticos, militares e cidadãos. Traz estabilidade política e segurança jurídica, propiciando tempos de paz e prosperidade organizacional da nação.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinada pela superação ou, talvez, sublimação dos conjuntos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.⁹

O positivismo jurídico resume o direito à lei, negligenciando a discussão importante sobre a legitimidade e a justiça, dando poder exagerado ao Estado e seu governante, favorecendo o surgimento do totalitarismo nazista e fascista legitimados pela lei e o Estado, porém sem legitimidade de fato ou justiça, fazendo com que depois da segunda guerra mundial se repensasse o positivismo ineficaz e inseguro para uma espécie de união entre o jusnaturalismo e o positivismo, de modo que surgiu às constituições contemporâneas que prezam por valores “filosóficos”, como a dignidade da pessoa humana. Funda-se, assim, o pós-modernismo.

9 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** p..05

O marco teórico divide-se em três grandes transformações: a força normativa da constituição, que antes tinha apenas o caráter político e declaratório; com a mudança histórica, política e filosófica que acarretou na força normativa atual da constituição, que fornece mecanismos de coação para seu efetivo cumprimento; a expansão da jurisdição constitucional, com a supremacia da constituição adotada pelos Estados Unidos da América. Com o controle da constitucionalidade feita pelo judiciário, outros países passaram a adotar esse modelo, rompendo com o modelo que beneficiava em demasia o legislativo no que concerne a Constituição, e a criação de mecanismos difusos e concentrados de controle de constitucionalidade, julgados pelo judiciário; a nova interpretação constitucional: seguindo a valorização hierárquica da Constituição que reflete por óbvio na interpretação do ordenamento jurídico que segue:

[...] princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.¹⁰

No caso do Brasil houve a constitucionalização das fontes do direito, firmando as bases da supremacia constitucional e da irradiação da constituição em todo o ordenamento jurídico e na própria sociedade.

2. Constitucionalização e direito dos contratos

O presente trabalho busca orientar a reformulação do pensamento contratual em face do novo “modelo solidarista (ou *welfarista*)” do Código Civil de 2002, Código de Defesa do Consumidor e da Consolidação das Leis do Trabalho, defendendo a atualização do direito contratual, no atual viés do Estado Social/ Direito Social, privilegiando o interesse coletivo sobre o individual. Contrariando o “modelo liberal (ou moderno)” retrogrado, não se faz mais necessário e útil na atual

10 Ibid.,p.11

conjuntura política, em que prevalece a democracia, o social como interesses relevantes da sociedade e por consequência do próprio Estado.

Houve a ruptura com a antiga estrutura de paradigmas, no direito contratual, com a Constituição de 1988, que o legislador constituinte procurou atender de fato os anseios sociais, criando uma verdadeira Lei Maior Cidadã, preocupada com o social, negligenciado na ideologia liberal, que funcionou em seu tempo, porém deve e esta sendo relegada a história como ideologia dominante. Acompanhando as mudanças, criou-se o Novo Código Civil, que obedecendo à lei hierarquicamente superior no ordenamento jurídico, teve que se submeter aos seus princípios, sendo assim coerente e propriamente legítimo.

Considerando o artigo 421 CC, que versa sinteticamente sobre a função social do contrato que necessita de maiores estudos, para compreensão de sua amplitude de significado e capacidade de modificação da interpretação do direito privado, priorizando valores constitucionais superiores, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), pela busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/88) que só será alcançada se for irradiada no ordenamento jurídico como cláusula pétrea no direito civil, que possui grande importância nas relações individuais, sendo estas sociais em última análise.

O solidarismo social seria uma nova teoria moral que é usada para moralizar as relações econômicas, para adequá-las ao atual momento histórico, que visa limitar a autonomia da vontade, influenciando a dogmática jurídica e influenciando o regulamento dos contratos, derivada da própria sociedade e suas demandas que solicitam mudanças jurídicas necessárias.

A criação de um modelo de estruturação da realidade contratual, moldada na ideologia (no sentido usado pelo autor: conjunto de ideias e valores comuns em uma sociedade) solidarista, compreendida na ideologia coletivista e fundamentada na função social do contrato, quebra com a tradição ideológica individualista, não mais praticável de acordo com essa nova consciência social, que advém da Constituição Federal de 1988, e registrada no Código Civil de 2002 como a “Função Social do Contrato”, uma revolução que indica a mudança de paradigmas sociais, do legislativo e que reflete nos contratos propriamente.

Depende da concepção, do paradigma que se parte para a análise das relações contratuais, pois se o contrato for entendido como mani-

festação da liberdade individual (sacralizada), caberá ao direito contratual proteger os interesses desses pactuantes contra o arbítrio do Estado, interferindo na relação e reprimindo a autonomia da vontade dos indivíduos; porém se o princípio de análise tem o contrato como uma manifestação social que visa à circulação da riqueza, sua distribuição, sendo então uma relação que interfere em toda a sociedade, direta e indiretamente, logo caberá regulação para garantir a probidade, legitimidade, boa-fé objetiva e mesmo a justiça nos contratos, baseando-se na razoabilidade.

Há que se fazer a explicitação de alguns significados, como contrato que pode ser um fato sem regulação jurídica, mas existe, ou um fato jurídico, este com regulação no direito para assegurar segurança jurídica na relação. Sendo o contrato a formalização jurídica da relação econômica e o direito contratual a regulação dessa relação, que deve acompanhar as mudanças sociais e legais, como no caso a Constituição de 1988 e seus princípios (dignidade da pessoa humana etc..) e a mudança do Estado Social atual. Há mudança de paradigma no próprio cerne da criação da legislação contratual, com o legislador adotando uma concepção “*welfarista*” com modelo social de contrato, contrastando com o paradigma anterior de modelo liberal de contrato, apenas com essa mudança política (criação das leis é um ato político) alterou-se a interpretação dos contratos, sua utilização e doutrina (esta última gradativamente modifica-se), valorizando efetivamente os interesses coletivos sobre os individuais, afinal de contas essa seria a função precípua do Estado, organizar a vida em sociedade e buscar pela paz, justiça e o bem estar social. Como exemplo, pode-se citar o artigo 421 CC, que o contrato atendera sua função social; o artigo 317 e 478 CC, hipótese de revisão judicial dos contratos por onerosidade excessiva e o artigo 187, que proíbe o abuso de direito. São dispositivos que visam a atender os interesses da coletividade em detrimento de interesses egoísticos individuais. Existem duas escolas do pensamento que influenciam o direito contratual, ou seja, a escola da ideologia individualista jusnaturalista moderna, que deriva do modelo liberal de Estado e a escola solidarista, do direito social, própria do Estado Social. Nota-se que a ideologia política (Estado Liberal ou Estado Social) influencia diretamente a legislação e conseqüentemente o direito contratual. Como houve a mudança ideológica política sobre a função do Estado na socie-

dade, sua área de atuação, seus fundamentos, sua utilidade e objetivos influenciaram para que contemporaneamente o dogma da autonomia da vontade e o sagrado *pacta sunt servanda* fosse relativizado para do bem social, contrariando o pensamento puramente liberal que não está vigente por sua infrutífera experiência. O Estado Liberal foi útil quando criado, porém se tornou obsoleto e o social está valorizado, influenciado pela democracia (com seu respeito pelos direitos das minorias, e no caso do contrato, os direitos da parte mais fraca contratante, para que não seja explorada pela parte mais forte, tornou-se preocupação social e de Estado). A escola solidarista foi criada por Duguit, Sallieilles, Gurvitch e Hauriou, suas ideias influenciaram a criação do Código Civil de 2002, contrastando com o Código Civil de 1916, que era influenciado pelo modelo liberal.

A crise do Estado Social, da pós-modernidade do final do século XX, com a ideia de ineficiência, morosidade, burocracia e desperdício feito pelo Estado, trouxe vários resultados econômicos e sociais indesejados, pois quando o Estado liberal surgiu foi para frear o despotismo estatal com seu absolutismo prejudicial à sociedade. Em seguida, observou-se que o liberalismo tornou-se danoso à sociedade, pois possibilitava a prevalência dos interesses individuais sobre o coletivo, o que fez com que se intentasse uma mudança de paradigma, para um Estado de Bem-Estar Social que busca proteger os interesses coletivos e limitar minimamente os interesses individuais. A partir daí, foi necessária a criação de vários subsistemas para garantir legalmente a prevalência do social.

Serão analisados os modelos de Estado que interferem diretamente no debate da teoria contratual, pois de acordo com a ideologia política vigente, esta influencia o direito e a concepção da função do contrato, primando pela liberdade individual ou o caráter social deste. Como no modelo moderno ou liberal de contrato, redigido com a ideologia unicamente liberal, o Código Civil de 1916, inspirado nesta concepção política, ocorre com a mudança da concepção política e social, o Estado Social que foi adotado no âmbito do direito privado.

A concepção político estatal interfere no direito que modifica obviamente o direito privado e a teoria contratual. Ideologias estatais estas que foram construídas historicamente e culturalmente por meio dos conflitos e crenças sociais que alteram a consciência coletiva, e esta, por sua vez, vincula todos os âmbitos da vida social.

O novo Código Civil, sendo uma expressão dessa mudança política e do direito social (advindo do Estado Social), é uma tese pouco apoiada por muitos civilistas, que devido à consciência política influenciada intrinsecamente pelo liberalismo de outrora, não concordam com a mudança para o Estado social, com a mudança da sociedade e de suas crenças. O Estado Liberal foi influenciado pelo iluminismo, com suas teorias econômicas (Adam Smith), filosóficas (Immanuel Kant), políticas (John Locke), entre outros clássicos e expoentes deste movimento filosófico e libertador o Iluminismo. A democracia também auxilia a liberdade econômica, ou seja, ocorreu uma complexa conjugação de fatores para que surgisse o Estado Liberal, e seu modelo de contrato regulado pela máxima do “*pacta sunt servanda*”, que prevê igualdade abstrata entre os contratantes, desconsiderando as hipóteses de hipossuficiência e desigualdades sociais que causam dependência e que interferem e viciam os acordos.

Seguindo o raciocínio de LUCIANO BENETTI TIMM:

Evidentemente que o objetivo aqui não é esgotar a temática do Estado Liberal e do Estado Social, mas apenas contextualizar o debate que será travado ao longo desta obra sobre contratos, que não está imune à discussão sobre o Estado. Com efeito, o reflexo da discussão sobre o Estado no Direito Privado é, sem dúvida, um importante pano de fundo para o debate acerca dos modelos de contratos, pois o que se quer o direito contratual dentro de um Estado Liberal é diferente de um Estado Social.¹¹

A constituição de 1988 irradia no ordenamento jurídico, possibilitando uma aproximação entre os três níveis de compreensão do direito, filosófico-principlógico, dogmático-normativo e pragmático,¹² o primeiro nível antes era aplicado apenas subsidiariamente; agora, com a consagração do respeito à carta magna em todas as esferas do direito pátrio, em todas as relações jurídicas, nos contratos privados, consequentemente os princípios constitucionais e de direito são de observância obrigatória para o direito contratual.

11 TIMM, Luciano Benetti, **O Novo Direito Contratual Brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 26.

12 DOS SANTOS, Romualdo Baptista *et al.* **Direito Civil- Direito Patrimonial e Direito Existencial**. Local: Ed. Método, 2009, p. 246. vol. I

3. Princípio da boa-fé objetiva

O princípio do direito privado que prevê a atuação obrigatoriamente ética nas relações obrigacionais se resume pelo princípio da boa-fé objetiva¹³, que vincula as partes a atuarem com probidade no negócio jurídico. Encontra-se a positivação deste princípio no código comercial brasileiro de 1850, em seu artigo 131 informa o princípio da boa-fé obrigatória nos contratos, porém não houve a devida aceitação ou sua aplicação pela sociedade, devido a sua tímida orientação, não ostensiva e continuada, como um princípio deve ser, para ser respeitado. No CDC, por exemplo, encontra-se o princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações, reduzindo a importância da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estado social de direito, seguindo preceitos constitucionais. Segundo Miguel Reale:

Pode-se dizer que a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 veio reforçar ainda mais essa obrigação, ao estabelecer, no Art. 422, que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. No quadro do Código revogado de 1916, a garantia do adimplemento dos pactos era apenas de ordem jurídica, de acordo com o entendimento pandectista de que o direito deve ter disciplinado tão somente mediante categorias jurídicas, enquanto que atualmente não se prescinde do que eticamente é exigível dos que se vinculam em virtude de um acordo de vontades. O que o imperativo da ‘função social do contrato’ estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, ‘também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.’¹⁴

Cabe ressaltar a importância que foi dada à boa-fé no Código Civil de 2002, devido ao fato de constar a exigência de boa-fé em 55

13 DEBS, Newman de Farias *et al.* **Direito Civil- Direito Patrimonial e Direito Existencial.** Local: Ed. Método, 2009, p.252. vol. I

14 REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**, web site: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Consultado 22/04/2013, às 11:11

artigos e recriminando a má-fé em 43, de acordo com o jurista Ministro ALMIR PAZZIANOTTO PINTO, citado por MIGUEL REALE em seu artigo mencionado acima.

Também é cabível mencionar a decisão recente do Superior Tribunal de Justiça:

Um dos princípios fundamentais do direito privado é o da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais. No entanto, a boa-fé não se esgota nesse campo do direito, ecoando por todo o ordenamento jurídico. “Reconhecer a boa-fé não é tarefa fácil”, resume o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Humberto Martins. “Para concluir se o sujeito estava ou não de boa-fé, torna-se necessário analisar se o seu comportamento foi leal, ético, ou se havia justificativa amparada no direito”, completa o magistrado. Mesmo antes de constar expressamente na legislação brasileira, o princípio da boa-fé objetiva já vinha sendo utilizado amplamente pela jurisprudência, inclusive do STJ, para solução de casos em diversos ramos do direito. A partir do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, a boa-fé foi consagrada no sistema de direito privado brasileiro como um dos princípios fundamentais das relações de consumo e como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas. No Código Civil de 2002 (CC/02), o princípio da boa-fé está expressamente contemplado. O ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, presidente da Terceira Turma, explica que “a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo cidadão que, nas suas relações, atue com honestidade, lealdade e probidade”. Ele alerta que não se deve confundi-la com a boa-fé subjetiva, que é o estado de consciência ou a crença do sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico.¹⁵

Neste mesmo entendimento encontram-se dispositivos jurídicos que visam a efetivar o princípio da boa-fé objetiva como o *venire contra factum proprium* (exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior do exercente), *tu quoque* (ocorre quando alguém viola norma jurídica específica, em seguida tenta obter proveito da situação, com a intenção de se beneficiar), adimplemento

15 Publicação do STJ 17/03/2013 às 08h00 (Coordenadoria de Editoria e Imprensa) **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito** http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108925.

substantial (pagamento feito em proporção substancial, considerável, relevante sobre o valor da dívida, que demonstra a boa-fé objetiva do devedor em efetuar o adimplemento da obrigação, limitando o exercício dos direitos do credor), violação positiva do contrato (violação dos deveres anexos da boa-fé: *lealdade, confiança, transparência e cooperação*), abuso de direito (exercer seu direito com a finalidade ou violando de fato um direito alheio, como exemplo tem-se o *ato emulativo*: não proporciona benefício algum ao credor, porém prejudica o devedor), “*supressio*” (perda de um direito por uma inação ou inércia prolongada, sendo diferente da decadência porque não há prazo legal, usa-se a razoabilidade/boa-fé), “*surrectio*” (conquista de um direito por uma ação reiterada, como exemplo a união estável, previsão do art. 1.823 do CC/02) e “*exceptio doli*” (uma das partes se recusa a cumprir com sua obrigação alegando o dolo da outra parte, o descumprimento da obrigação da outra parte, caracterizando a exceção do contrato não cumprido). Observa-se a relevância da boa-fé objetiva na relação entre os contratantes. Na concepção de JOSÉ AUGUSTO DELGADO:

No referente à boa-fé, a doutrina aponta a existência de três formas: subjetiva, a objetiva e a hermenêutica¹⁶.

‘A **boa-fé objetiva** é a que as investigações concentram-se, apenas, na exteriorização da conduta do sujeito, **sem se considerar quaisquer aspectos de natureza psicológica ou até mesmo a sua opinião**. O que impressiona é o aspecto externo do ato que a pessoa produziu. A **boa-fé subjetiva** é formada pelos elementos componentes da manifestação da vontade do agente que expressam **consciência de não prejudicar ninguém**, isto é, atuação, no mundo exterior, reveladora da **ausência de dolo**. A boa-fé hermenêutica decorre do entendimento formado pela doutrina e a jurisprudência sobre a intenção das partes no instante em que celebram e executam o contrato’¹⁷ (Grifo Nosso)

Na aplicação da boa-fé objetiva aos casos concretos, tem-se ainda a vigência dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva, que conforme GUSTAVO RENE NICOLAU seria o seguinte:

16 NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais Disponível em <<http://www.jcadvocacia.com/index2.htm?cont=publicacoes&publicacao=8&categoria=2>>.

17 DELGADO, José Augusto. **Questões controvertidas do novo Código Civil**, São Paulo Ed. Método, 117. v.1

[...] num contrato há as chamadas **cláusulas centras ou nucleares**, que nada mais são do que as **principais obrigações** das partes dentro do contrato. Desse modo, é dever nuclear do locador de um auditório ceder a posse direta da coisa locada, enquanto ao locatário incumbe pagar a quantia fixada. Ocorre que a boa-fé objetiva impõe às partes contratantes deveres que não são os centrais ou nucleares, **mas que estão anexos, marginais, laterais ao contrato e que muitas vezes nem sequer foram redigidos**. São obrigações **decorrentes justamente daquela justa expectativa** que existe em nossas relações sociais de sempre lidar com pessoas íntegras e probas. **São deveres de proteção ao contratante**.¹⁸ São deveres que concernem principalmente à segurança do contratante, ao sigilo que resguarda a intimidade e a vida privada do cidadão, à plena informação dos termos contratados, evitando subterfúgios ou penumbras de interpretação no contrato, ao zelo e à lealdade que os contratantes devem guardar um em relação ao outro. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul condenou conhecida indústria tabagista baseando seu acórdão no fato de que ocorre violação do dever de informar os malefícios do cigarro^{19 20} (Grifo Nosso).

Em relação aos princípios de direito, cabe citar relevante julgado do Superior Tribunal de Justiça²¹ ao declarar como impenhorável o bem de família do fiador em contrato de locação, a despeito da expressa previsão contrária do art. 3º, VII, da lei 8.009/1990. Decidiu contra a lei (*contra lege*), mas em favor do princípio constitucional que prevê a moradia como direito social no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da Emenda 26/2000, que não teria recepcionado a permissão legal da penhora.²²

Dentre as funções da boa-fé objetiva, encontra-se a função *interpretativa*, prevista no art. 113 do CC/02 (os contratantes devem agir com lealdade, transparência, cooperação e tutela da confiança, espera-se poder confiar no outro contratante, os dispositivos do contrato devem

18 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38.

19 BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação cível 70007090798**. 9º Câmara Cível. Relator Adão Sérgio do Nascimento. Data do Julgamento: 29. out. 2003.

20 , **Direito Contratual - Temas atuais**. São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 117.

21 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 2005/0068634-6**. 5º Turma. Relator Felix Fischer. Data do julgamento: 18. Ago. 2005.

22 TARTUCE, Flavio, **Direito Contratual - Temas atuais**. São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 114.

ser interpretados conforme esses itens intrínsecos a boa-fé objetiva, são os chamados deveres anexos), *limitadora ou controladora*, contemplada no art. 187 do CC/02 (vedação do abuso de direito no exercício de um direito legítimo, caracterizam-se nesta função os institutos do *surrectio*, *supressio*, *venire contra factum proprium*) e por último a função *integrativa* do art. 422 do CC/02²³ (os contratantes devem atuar com boa-fé em todas as fases da contratação, seja na fase pré-contratual- tratativas, nas negociações preliminares, na conclusão - execução e na fase pós-contratual, respeitando os deveres anexos em todas as etapas contratuais).

Nos conceitos de eticidade e sociabilidade²⁴ que regem o sistema da nossa codificação, muito acima dos contratos, e até da lei, está a moral, a conduta, a honra e a fundada expectativa das pessoas de que em suas relações sociais- estarão a tratar com pessoas pautadas pela honestidade,²⁵ sendo a maneira mais eficiente e eficaz de se buscar a justiça e a conseqüente paz social.

4. Adimplemento substancial e a boa-fé objetiva

O direito das obrigações possui uma forte essência romanística, como pode se observar nas palavras de ANDERSON SCHREIBER:

Caminha a passos vagarosos porque atado a uma sólida tradição romanista, que se revelou aí particularmente engenhosa no desenvolvimento de categorias e preceitos tão abstratos e intuitivos que são tratados como **'princípios imutáveis da equidade natural'**, sobre os quais repousam, "mais inabaláveis que sobre colunas de bronze, os fundamentos das obrigações"²⁶. Ainda hoje visto como 'a parte do direito onde, com maior liberdade, têm lugar os princípios da razão pura'²⁷, o direito obrigacional vem, não raro, elevado a um conjunto de **'verdades**

23 CÓDIGO CIVIL DE 2002. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

24 REALE, Miguel. **Espírito da nova lei civil. O Estado de São Paulo. São Paulo.** 4. Jan. 2003. Caderno A. p. 2.

25 TARTUCE, Flavio. **Direito Contratual - Temas atuais.** São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 122.

26 GIORGI, Giorgio. **Teoria dele obbligazioni nel dirittto moderno italiano.** Firenze: Fratelli Cammelli, 1924, p. 28.

27 É a opinião de Toulhier, registrada por Miguel Maria de Serpa Lopes. **Curso de direito civil-obrigações em geral.** Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1995, p. 7. v. II

eternas, como certos postulados da geometria e da aritmética²⁸. Nada disso, entretanto, tem impedido que, para além da secular perenidade da disciplina jurídica das obrigações, a atividade privada e a prática contratual se modifiquem profundamente²⁹ (GRIFO NOSSO)

Os direitos das obrigações foram gradativamente aderindo à valoração dos princípios constitucionais, como o solidarismo e eticidade nas relações privadas. Ainda, conforme SCHREIBER,

[...] a melhor doutrina brasileira já identificou o fundamento constitucional da boa-fé objetiva,³⁰ consagrou a fórmula útil (embora não incontestável) de sua tríplice função – função adjuvandi (ajuda na interpretação do contrato), supplendi (suprir as falhas do contrato) corrigendi (eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido justo)³¹, enfatizou o seu papel do sistema obrigacional,³² construindo-lhe em síntese, um arcabouço teórico dos mais respeitáveis. O Poder Judiciário agarrou-se ao instrumento, e passou a aplicá-lo a uma infinidade de hipóteses fáticas, chegando a resultados mais justos na solução dos casos concretos.³³

A violação *positiva do contrato* ocorre com o não cumprimento de obrigações anexas ao contrato, segundo JORGE CESAR FERREIRA DA SILVA: “[...] *violação positiva do contrato como inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha vinculação direta com os interesses do credor na prestação.*”³⁴

28 A tal postura alude, criticamente, Orosimbo Nonato. **Curso de obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 55, v. I. Afirmado: ‘O conceito de obrigação varia no tempo e no espaço para atender às peculiaridades do consórcio civil em que se expanda: não foge, não pode fugir à lei da evolução universal.’

29 SCHREIBER, Anderson *et al.* **Direito Contratual - Temas atuais**. São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 126.

30 NEGREIROS, Tereza. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

31 A referida tripartição funcional, inspirada nas funções do direito pretoriano romano, foi modernamente sugerida por Boehmer.

32 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado- sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000, p. 381-515.

33 Ver, entre outras aplicações da boa-fé objetiva, STJ, **Resp. 32.890/SP**, j. 14.11.1994; **Resp. 184.573/SP**, j. 17.11.2005; e **Agravo Regimental na Medida Cautelar 10.015/DF**, J. 02.08.2005.

34 DA SILVA, Jorge Cesar Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 200, p. 268.

O importante para configurar esta violação é o não atendimento da função concreta do contrato, mesmo havendo o adimplemento da obrigação principal - é o que ensina SCHREIBER -, e para depois tratar do adimplemento substancial utiliza-se da conceituação da violação positiva do contrato, afirmando que:

E, nesse particular, a recíproca se revela absolutamente verdadeira. Da mesma forma que o cumprimento meramente estrutural da prestação principal não configura adimplemento (violação positiva do contrato), exigindo uma análise mais atenta à função concreta do negócio celebrado, a inadequação formal do comportamento do devedor ao débito, tal como estruturalmente definido pelas partes, não ensejará inadimplemento, desde que atendido o escopo especificamente perseguido pelas partes com a constituição do vínculo obrigacional. Aqui se chega, enfim, à questão do adimplemento substancial.³⁵

A boa-fé objetiva encontra-se no adimplemento de parte considerável da obrigação, o que impossibilita o outro contratante de alegar inadimplemento da obrigação ou reivindicar a exceção do contrato não cumprido, pois se deve considerar que houve cumprimento da maior parte da obrigação e não seria justo a outra parte alegar descumprimento do contrato, pois o mesmo de fato não ocorreu, estaria faltando com a boa-fé este contratante que excederia muito o exercício de seu direito, por ausência de legitimidade e razoabilidade. Relevante análise faz SCHREIBER na aferição do que seria no caso concreto um adimplemento considerado substancial:

O atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial. A falta de suporte teórico, as cortes brasileiras têm-se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa. A jurisprudência tem, assim, reconhecido a configuração de adimplemento substancial quando se verifica o cumprimento do contrato 'com a falta apenas da última prestação'³⁶, ou o recebimento do credor de '16 das 18

35 SCHREIBER, Anderson et al. **Direito Contratual - Temas atuais**. São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 138.

36 STJ, **Resp. 272.739/MG**, j. 01.03.2001.

parcelas³⁷ ou a hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontra-se satisfeito³⁸. Em outros casos, a análise judicial tem descido mesmo a uma impressionante aferição percentual, declarando substancial o adimplemento nos casos 'em que a parcela contratual inadimplida representa apenas 8,33% do valor total das prestações devidas,³⁹ ou de pagamento 'que representa 62,43% do preço contratado⁴⁰

No sentido contrário existem julgados que negam a aplicação da teoria,

[...] o adimplemento de apenas 55% do total da do total das prestações assumidas pelo promitente comprador não autoriza o reconhecimento da execução substancial do contrato⁴¹, ou que ' o pagamento de cerca de 43% contra-indica a hipótese de adimplemento substancia⁴², ou ainda que ' a teoria do adimplemento substancial do contrato tem vez quando, como o próprio nome alude, a execução do contrato abrange quase a totalidade das parcelas ajustadas, o que, por certo, não é o caso do pagamento de apenas 70%.⁴³

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a teoria em sua jurisprudência,

Assim, fixadas essas premissas pelas Instâncias ordinárias, as quais, diga-se, não podem ser alteradas por este Tribunal Superior em razão dos óbices das Súmulas n.s 5 e 7/STJ, verifica-se que o acórdão recorrido, de fato, coaduna com a jurisprudência deste STJ que se firmou no sentido de que, se o saldo devedor for considerado extremamente reduzido em relação à obrigação total, é perfeitamente aplicável a teoria do adimplemento substancial, impedindo a resolução por parte do credor, em favor da preservação do contrato. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: REsp 469577/SC, Ruy Rosado de Aguiar, DJ 05/05/2003; REsp 912697/RO Rel. Min. Aldir Passarinho Junior,

37 TJMG, 13ª Câmara Cível, **Apelação Cível 1.0521.05.043572-1/001**, j. 09.02.2006.

38 TARS, 7ª Câmara Cível, **Apelação Cível 194.194.866**, j. 30.11.1994.

39 TJDF, 4ª Câmara Cível, **Apelação Cível 2004.01.1.025119-0**, j. 09.05.2005.

40 TJRS, 19ª Câmara Cível, **Apelação Cível 70015436827**, j. 08.08.2006.

41 TJRS, 18ª Câmara Cível, **Apelação Cível 70015215510**, j. 08.06.2006.

42 TJRS, 18ª Câmara Cível, **Apelação Cível 70014803209**, j. 08.06.2006.

43 TJRS, 20ª Câmara Cível, **Apelação Cível 70015167893**, j. 16.08.2006.

DJe 25/10/2010; REsp 877965/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 01/02/2012⁴⁴

Constata-se a disparidade nos julgados, levando a crer que não há parâmetro estabelecido sobre o que seria de fato o adimplemento substancial de uma obrigação, que depende do caso concreto e se a função do contrato foi desempenhada.

5. Conclusões

Diante do exposto, vê-se que foi feita uma breve gradação da normatividade brasileira que possibilita, hodiernamente, uma ampla inserção dos cânones constitucionais.

A constitucionalização do Direito consiste na implementação e aplicação dos princípios e regras presentes na Constituição Federal a todo o ordenamento jurídico. Visto isso, surgem várias situações que serão compreendidas, como a inconstitucionalidade das normas não compatíveis com a Carta Magna e a Constituição como base de interpretação das normas infraconstitucionais.

O ordenamento jurídico, então, acata a Constituição como lei maior, deixando as normas infraconstitucionais sob a sua égide, respeitando os seus princípios norteadores, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

Tais princípios ocupam as cláusulas abertas, possuindo assim uma força de lei devido o respaldo constitucional que pode levar a julgados que vão defronte a própria lei, prezando a dosimetria no caso concreto, tem-se como exemplo um caso emblemático em que deixou-se de aplicar a lei (execução de hipoteca de fiador no STJ), prezando a dignidade e o princípio do direito a moradia; tem-se então a aplicabilidade dos princípios constitucionais.

A Constituição pauta todos os direitos, até mesmo o mais distante dela, que são as regulações privadas do Direito Civil, acompanhando o estado social, e não mais o estado liberal. Tal mudança permeia a política nos contratos, existindo assim o modelo solidarista, em que há preocupação com a coletividade em contraponto da “*pacta sunt servanda*”.

44 STJ. AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 155.885 - MS (2012/0050366-5), j.24.08.2012. p. 4/6.

Um dos principais princípios já trabalhados no transcorrer do nosso trabalho foi o da boa-fé objetiva, que difere da subjetiva, pois independe da sua psique, da sua boa intenção.

O Adimplemento substancial é uma relevante consequência do princípio da boa-fé objetiva, pois o pagamento da maior parte da sua dívida (pagar substancialmente, ou seja, a maior parte) já demonstra que o interesse da parte não é lesar o credor. Pelo contrário, por um caso fortuito ou por motivo de força maior, o contratante não conseguiu adimplir toda a obrigação, sendo injusta uma sanção que imponha a perda de tal bem.

Chegando ao Direito Civil, pode-se concluir que, esse ramo do Direito foi evoluindo e se transformando gradativamente, ficando cada vez mais atrelado e porque não dizer dependente da Constituição Federal. Teve como “ápice” a sua constitucionalização e o conseqüente abarcamento dos direitos da personalidade como sua base, sendo repersonalizado, deixando para trás uma visão estritamente patrimonialista.

Ademais, o contato com a jurisprudência dos tribunais ensinou uma visão bem mais crítica acerca do adimplemento substancial, como já bem tecido; não devendo ser aceito ou adimplida a obrigação quando o devedor se aproxima admiravelmente do seu certame final.

Tal assunto esta em voga e o seu debate deve ser constante e inovador, tendo em vista que a repersonalização do Direito Civil, com o princípio objetivo da boa-fé em primeiro grau é ponto chave para as relações privadas rumarem com movimento diferente. Assim, o Direito Civil sendo o ramo mais distante do Direito Constitucional, por se tratar daquele que cuida das relações privadas, cede aos princípios constitucionais, passando a incorporar uma nova forma de interpretação dos valores.

Estes novos valores vieram para completar a lacuna que faltava para uma garantia fixa de tais direitos considerados à primeira vista abstratos; entretanto, o bom senso em sua aplicação pelos magistrados e a dosimetria pairaram como princípios explícitos de controle e segurança.

Pode-se afirmar, extirpe de dúvidas, que a despatrimonialização do Direito Civil trouxe diversas consequências importantes, dentre elas a força normativa do princípio da boa-fé objetiva e as suas decorrências, dentre as quais o adimplemento substancial se destaca como uma das mais relevantes, por proteger, via de regra, o contratante mais vulnerável.

6. Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 2005/0068634-6**. 5º Turma. Relator Felix Fischer. Data do julgamento: 18. Ago. 2005.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação cível 70007090798**. 9º Câmara Cível. Relator Adão Sérgio do Nascimento. Data do Julgamento: 29. out. 2003.

CASTRO NEVES, José Roberto de. *In: Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e a perspectivas de suas aplicações nas relações contratuais*.

DA SILVA, Jorge Cesar Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 200, p. 268.

DELGADO, José Augusto. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. *In: DELGADO, Mário Luiz. Questões controvertidas do novo Código Civil* São Paulo: Método. 2009. v.1

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil brasileiro. *In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito Civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado - sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000

MORAES, B. Maria Celina, **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista Estado, Direito e Sociedade, 1991. v. I

NEGREIROS, Tereza. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé objetiva**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NICOLAU, Gustavo Rene. Implicações práticas da boa-fé objetiva. In: TARTUCE, Flávio. **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

REALE, Miguel. Espírito da nova lei civil.. **O Estado de São Paulo. São Paulo**. 4. Jan. 2003. Caderno A. p. 2.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**, web site: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Consultado 22/04/2013.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé e o adimplemento substancial. In: TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito** http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108925.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito contratual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

6

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA NACIONAL DE FORTALECIMENTO DA AGRICULTURA FAMILIAR (PRONAF) COMO MOTOR DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa¹
Sandra Terto Sampaio Rodrigues²

SUMÁRIO: Introdução - 1. A função social dos contratos e o crédito para a agricultura familiar - 2. O agricultor familiar e o programa nacional de fortalecimento da agricultura familiar (PRONAF) - 2.1. Delimitação do conceito de agricultor familiar - 2.2. O programa nacional de fortalecimento da agricultura - PRONAF - 2.2.1. Origem do PRONAF - 2.2.2. Operacionalização do Programa - 2.2.3. Aplicações de Crédito do PRONAF - 3. Conclusões - 4. Referências

1 Doutora em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Coimbra, com Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Diretora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

2 Mestra em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba.

Introdução

A agricultura familiar no Brasil tem ganhado força nas discussões políticas dos últimos anos ao lado de temas como desenvolvimento sustentável, geração de emprego e renda, segurança alimentar e desenvolvimento local. O aumento da quantidade de agricultores assentados por meio do Programa Nacional de Reforma Agrária - PRONAF incrementa esse debate, fazendo com que o crédito gerado pelo programa seja transformado em motor da principal política pública direcionada ao segmento da agricultura familiar no Brasil.

O PRONAF foi criado em 1995/96 na Secretaria de Desenvolvimento Rural – SDR do antigo Ministério da Agricultura e Abastecimento - MAA, no atual Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, tendo sido deslocado, em 1999, para a Secretaria da Agricultura Familiar – SAF, no âmbito do Ministério do Desenvolvimento Agrário - MDA. Surgiu com o propósito de estimular o incremento ordenado dos investimentos rurais, inclusive no que se refere a armazenamento, beneficiamento e industrialização dos produtos agropecuários. No conjunto, tem como metas favorecer o custeio da produção e a comercialização de produtos agropecuários; possibilitar o fortalecimento econômico dos pequenos e médios produtores rurais; incentivar a introdução de métodos racionais de produção, visando ao aumento da produtividade e à melhoria do padrão de vida das populações rurais; estimular a diversificação das atividades produtivas das unidades de produção, entre outras.

Do início até agora, o PRONAF passou por alguns redimensionamentos³ no intuito declarado de tornar o setor estratégico para garantir a segurança alimentar do país, por meio do aprovisionamento de subsídios para a agricultura, que incrementam a competitividade nos mercados interno e internacional, especialmente no contexto do Mercosul. No Brasil, a concessão de subsídios por intermédio do crédito rural faz parte das políticas da SAF-MDA e abrange o financiamento com proteção da produção, através de medidas como créditos diretos, programas de garantia-safra, garantia dos preços, entre outras estratégias de assistência técnica, formação de recursos humanos e incentivos comerciais

3 Tais como a Lei 11.326, de 24.07.2006, que regula a agricultura familiar; o Decreto 6.882, de 19.06.2009, que institui o Pronaf Sustentável; a Lei 12.188, de 11.01.2010 - Lei Geral da ATER; o Decreto 7.215, de 15.06.2010, que regulamenta a Lei 12.188/2010; Resoluções do Conselho Monetário Nacional; Portarias do MDA, entre outras alterações.

e financeiros, como o programa de sementes e a compra direta antecipada, articulando o crédito a outras políticas governamentais, como o Programa Fome Zero e o Bolsa Família.

O PRONAF movimenta um volume expressivo de recursos financeiros e contratações⁴. Até agora, no conjunto de medidas, tais como a diminuição progressiva dos encargos, a elevação dos níveis de subsídios e a nacionalização do Programa, que ampliou a atuação ao Nordeste e Norte do país, houve um expressivo aumento da quantidade de recursos repassados aos agricultores familiares e também de contratos, perfazendo mais de um milhão e meio de contratos no ano de 2011, para fazer frente à integralidade do programa – ver detalhamento em item próprio adiante. É propósito deste ensaio analisar se os contratos de financiamento viabilizados pelo PRONAF cumprem, de fato, a sua função social, indagando se a política pública que este representa está conjugada no sentido da efetiva melhoria das condições de vida do público para o qual foi criada.

1. A função social dos contratos e o crédito para a agricultura familiar

O regime de plena liberdade contratual, que prestigiava a completa autonomia da vontade, nascido com o Estado Liberal dos séculos XVIII e XIX, foi sendo adaptado às mudanças políticas e sociais ocorridas no mundo, especialmente depois do término da I Guerra (1918) e das alterações no mercado financeiro americano (crise de 1929). O surgimento do constitucionalismo econômico, nomeadamente depois de Weimar (1919), trouxe à tona o interesse público no confronto político-jurídico com os interesses privados, amoldando a autonomia da vontade aos ditames negociais, impactada em sua pretensão de exclusividade, fatos que se consolidaram especialmente depois do término da II Guerra (1945), quando o reconhecimento da dignidade dos seres humanos se impôs como postulado inarredável, mesmo no contexto da crise que afetou os pilares do Estado de Bem-Estar, pelos anos setenta e oitenta do século passado.

⁴ Disponíveis em: www.pronaf.gov.br
http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/camaras_setoriais/Mel_e_produtos_apicolas/19_reuniao/Plano_de_desen.pdf. Acesso em: 10 de jun./2013

No Brasil, em especial depois da redemocratização do país e da promulgação da Constituição Federal de 1988, pactuou-se no sentido da revisão da lógica jurídica das relações privadas, de maneira que o conteúdo e os efeitos dos contratos firmados entre particulares, no novo formato, não mais poderiam abranger somente as partes da avença. O desafio era aplicar aos contratos os direitos fundamentais garantidos em sede constitucional, com ênfase na dignidade da pessoa humana, na erradicação da pobreza, na coibição do enriquecimento ilícito e na solidariedade social, entre outros postulados. Assim, o Estado, por intermédio do poder legislador e em razão de sua ação judicante, passava a regulamentar os limites do contrato, corrigindo distorções e abusos que afrontassem os princípios dispostos na Constituição. Na sequência, o Código Civil Brasileiro, de 2002, impôs deveres de conduta aos contratantes referentes à boa-fé objetiva e à função social do contrato, entre outros, regulando as obrigações contratuais e seus efeitos expandidos, além de servir de esteio para a resolução de litígios ou desajustes oriundos das contratações civis.

O reconhecimento da incidência de princípios e valores constitucionais no direito civil brasileiro gerou nova propensão metodológica, sensível aos reclamos sociais. Foi alterado o valor político das normas de direito privado, que passaram a corresponder à necessidade de enfrentar o velho antagonismo entre os campos do direito público e do direito privado, vinculando a ordem privada às transformações históricas ocorridas no âmbito sócio-político-econômico. Os preceitos constitucionais promoveram a releitura das normas de direito civil, superando a lógica proprietária, produtivista e empresarial, em nome dos valores existenciais da pessoa humana. Assim, não somente o legislador ordinário necessitava observar os novos preceitos, mas também os tribunais e os cidadãos, de modo que as posições subjetivas estavam agora contornadas pelos dispositivos constitucionais garantidores, no contexto da intencionalidade material que passou a permear o direito. Essa nova atitude exibiu a superioridade substantiva das determinações constitucionais e a vontade de submeter, em contrapartida, o conteúdo infraconstitucional desses direitos (FEITOSA, 2007, p. 317).

O contrato não devia mais ser considerado mera fonte de obrigações, a reclamar cumprimento a todo custo, mas instrumento de colaboração entre as partes, considerando-se que o simples dizer contratual

não podia mais ser tido como sinônimo de justiça. Na verdade, compreendeu-se que o dilema contratual levado à apreciação judicial não poderia ser resolvido apenas sob a ótica patrimonial dos envolvidos, sem interferência de valores externos, inclusive de natureza moral e ética. Compreendeu-se que os pactos erigidos nas cercanias da nova autonomia negocial, definidos a partir da liberdade individual e formal das pessoas, nem sempre representam (ou respeitam) o interesse coletivo, em proposição que rompe com a sua modelagem tradicional, que considerava o contrato instrumento de poder, rivalizando com o monopólio legislativo estatal.

No mundo ocidental, o ordenamento destinado à tutela dos interesses meramente individuais dissipou-se, especialmente depois do advento do constitucionalismo econômico-social, nomeadamente no segundo momento do Estado Social, depois da II Guerra, passando a direcionar a tutela jurídica para a proteção dos mais vulneráveis e interferindo na dicotomia entre as regras de direito público e direito privado, pelo reconhecimento interdisciplinar do direito e de seus institutos, nas relações entre si ou com as demais áreas do conhecimento, fato esse que abalou a antiga lógica unitária do sistema.

Não havia mais como proteger o interesse individual sem imaginar seu reflexo no corpo social, considerando que os valores adotados pelas Constituições modernas são incompatíveis com a patrimonialização das relações civis. A pessoa humana deve ser o centro da regulação da ordem privada, disciplinando as operações econômicas sem lhes defraudar segurança, primordialmente assegurando a dignidade dos sujeitos e concebendo o direito contratual em harmonia com os valores edificados na Constituição. As situações negociais devem se submeter ao objetivo do incremento da justiça distributiva, no contexto de um ordenamento jurídico “despatrimonializado” (EHRHARDT JR, 2005, p. 25).

Assim, a visão “desideologizada” do direito civil não goza mais de aplicação geral na atualidade dos fatos, posto que a validade jurídica do direito civil passou a ser extraída da Constituição positivada, ápice conformado da elaboração e aplicação da legislação cível. Pode-se asseverar que a Constituição é a fonte disciplinadora das relações privadas, embora se reconheça que o direito civil é mais remoto, sendo importante abonar a posição constitucional cumeeira no conjunto do ordenamento jurídico da atualidade. Exagerando um pouco, diz-se que o direito pri-

vado passou a ser o direito constitucional aplicado, pois nele se concretizam as imposições constitucionais, assim, o espaço da ampla autonomia da vontade teria sido comprimido para dar lugar à tutela jurídica dos mais fracos, subtraindo do Código Civil vários ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, estatuto da criança e do adolescente, direito do consumidor, entre outros (LÔBO, 1999, p. 100).

Sob as feições do direito civil-constitucional, já não se concebe mais o contrato como instrumento de imposição desmedida de poder do credor sobre o devedor, mas como o instituto do qual emergem os primados da igualdade material, da justiça contratual e da solidariedade, em progressiva ampliação dos direitos fundamentais aplicáveis às relações privadas. A análise inspirada nos direitos fundamentais busca conferir tutela jurídica aos economicamente frágeis, que ocupam posição desigual nos pactos negociais, tornando efetiva a função social do contrato na dimensão fática dos casos concretos. Quanto maior a assimetria entre os contratantes, maior a necessidade de garantir a validade dos direitos fundamentais, que devem irradiar seus efeitos para toda a ordem privada, seja nas relações entre particulares, seja em situações nas quais grandes empresas exercem exclusivamente o seu poderio econômico sobre outros indivíduos da relação negocial.

No entanto, no conjunto dos direitos sociais, é necessário promover o mínimo existencial, de modo a não retirar dos indivíduos sua própria autonomia empreendedora, exigindo-se do Estado um subconjunto de direitos invioláveis, ou condições de liberdade econômica que não desconsiderem o bem-estar dos menos favorecidos. As necessidades fundamentais de moradia, educação, saúde e alimentação, direitos de segunda dimensão, não podem ser repudiadas como de “outra ordem”. Na verdade, os direitos sociais e de solidariedade se dão no reforço dos direitos civis e políticos, no conjunto da conhecida estrutura geracional dos direitos, que remonta a Marshall, Bobbio e outros. Os sujeitos de direitos são, portanto, pessoas para as quais é facultado o ingresso no plano do Direito, inseridas em determinada titularidade, que exprime a aptidão para aquisição de direitos e obrigações, liberdade e igualdade. Aqui, a liberdade real e a igualdade material são direitos fundamentais que se complementam na realização da personalidade, condição primária de todos os demais direitos (FACHIN, 2000, p. 94).

Até o advento do novo Código Civil, especialmente por força da Constituição, estava positivada à função social da propriedade, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, entre outros institutos pré-existentes ao Código Civil. O legislador pátrio, ao limitar a liberdade de contratar e impor a função social do contrato mostrou preocupação com a tutela dos interesses sociais daqueles que se veem cotidianamente contratando; entretanto, o princípio constante do artigo 421, do CCB/2002, que estabelece “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” é controverso, com redação que parece seguir a linha mais conceitual e menos definitiva a respeito do que seja a função social do contrato, possibilitando o argumento para o diálogo entre juridicidade e economicidade, que converge para a consecução de valores como a justiça social e a estabilidade jurídica, em meio às transformações sociais (MANCEBO, 2005, p. 19).

Exigir a função social do contrato é também demandar que os fundamentos da justiça social, valores sociais do trabalho, defesa do consumidor, livre concorrência, entre outros encontrados ou respaldados no texto constitucional, sejam atendidos nas relações entre os particulares. Trata-se de preceito de ordem pública, que encontra fundamento constitucional no princípio da função social *lato sensu* (artigos 5º, XXII e XXIII, e 170, III), bem como no postulado maior de proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), na busca da construção social justa e solidária (artigo 3º, I) e na isonomia (artigo 5º, *caput*). Tudo em consonância com a nova concepção do direito privado, no plano civil-constitucional, que deve guiar a interpretação da legislação civilista (TARTUCE, 2005, p. 315).

A função social do contrato tem a finalidade de evitar a imposição de cláusulas onerosas e danosas aos contratantes economicamente mais fracos. Abrange a proteção da vulnerabilidade contratual, que muitas vezes não manifesta sua vontade livremente, por ser obrigada a ceder lugar ao mais forte no jogo de forças que compõe o contrato, nas relações de mercado. A função social do contrato consiste em regular previamente as relações contratuais, mirando na justiça social, revelando-se também como norma programática, para que os pactos econômicos estejam em harmonia com os demais princípios sociais e econômicos da Constituição. Por outro lado, para equilibrar a vontade contratual das partes, em atendimento ao objetivo de justiça distributiva do Estado

Social e os poderes econômicos do capitalismo, fundados essencialmente no individualismo e na livre iniciativa, é preciso aceitar que o contrato não representa o espaço dos contratantes, mas da sociedade (ou mesmo da comunidade), no qual devem prevalecer os interesses coletivos e o bem comum. Essa linha de raciocínio acabou por embasar um posicionamento jurisprudencial favorável à constante revisão judicial dos pactos, com interferência estatal no acordo estabelecido entre as partes, em favor do contratante menos favorecido, declarado hipossuficiente na relação (TIMM, 2006b, p. 16).

Pela aplicação dos princípios constitucionais fundamentais, os deveres de conduta passam a ser princípios normativos na relação jurídica obrigacional, implicando em deveres não somente para o devedor, mas também para o credor. São empenhos autônomos em relação ao vínculo obrigacional, por antecederem sua formação, e de caráter geral, limitadores para ambos os contratantes. O princípio da boa-fé objetiva, como exemplo de dever de conduta e princípio que visa a fortalecer a confiança entre os contratantes, recomenda que as partes desempenhem seu papel no contrato de modo honesto, leal e correto, evitando causar danos ao outro, e evidenciando as circunstâncias relevantes para a negociação (dever de informação). Este último destina-se a assegurar, desde as primeiras tratativas até a fase do encerramento do negócio, que sejam disponibilizados ao contratante todos os elementos de cognição necessários e suficientes para a concretização do objeto do contrato, pautando o comportamento das partes nesse sentido, como desdobramento do que prevê o artigo 422, do CCB/2002.

A função social dos contratos, por sua vez, exprime o comando de exercício dos negócios individuais em harmonia com os interesses sociais, sem retirar autonomia contratual, mas reduzindo seu alcance quando presente a necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana. Embora os interesses que convergem no contrato sejam de caráter individual, o lugar de sua execução é sempre o âmbito social, havendo efeitos diretos na sociedade, que vão além do mero princípio clássico da relatividade dos efeitos dos contratos que protegia apenas o terceiro prejudicado. A função social é a extensão da boa-fé exigida dos contratantes, porque se a deslealdade contratual afetasse apenas um dos contratantes estar-se-ia diante do abuso interindividual, adstrito ao campo da boa-fé objetiva, que legitima apenas a buscar a tutela jurídica

do Estado; assim, a realização da função social do contrato é mais ampla e “prescreve compromissos em prol da comunidade, não somente impondo limites, mas à vezes restringindo a própria possibilidade de contratar” (EHRHARDT JR., 2005, p. 59).

O Código Civil prevê no artigo 2.035, parágrafo único, que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para garantir a função social da propriedade e dos contratos”. A função social não é uma das obrigações geradas pelo contrato, mas algo que deve ser considerado antes da formação do contrato, revelando-se fato anterior à contratação, que as partes devem observar antes da formação do negócio jurídico (EHRHARDT JR., 2005, p. 111).

No Brasil, a teoria dos contratos necessita da interpretação sistêmica dos princípios tradicionais e daqueles introduzidos em razão dos valores erigidos pela Constituição Federal e pelo novo Código Civil, sem que haja primazia de um grupo de princípios sobre o outro. A perspectiva liberal, lastreada na liberdade formal, desconsiderava o compromisso social dos contratados, crendo justo um pacto realizado entre desiguais pela simples razão de terem exercido sua autonomia da vontade, ainda que desconsiderassem valores como probidade, lealdade e cooperação. Atualmente, é necessária a aplicação conjunta de postulados antigos e novos, de modo a não se descaracterizar a autonomia da vontade - o *pacta sunt servanda*, tampouco a relatividade dos efeitos dos contratos, mas resguardando, ao mesmo tempo, os princípios sociais da contratação, alcançando-se novo patamar contratual.

Nesse contexto, cabe ao Estado intervir para controlar a economia, de modo a permitir que a coletividade participe da geração de riquezas e da consequente distribuição de lucros. Possibilitar que empreendedores de todos os portes participem da economia e dar condições especiais para que aqueles de menor poderio econômico o façam em situação de igualdade com os demais é consolidar a valorização do trabalho humano e a existência digna, em contexto de justiça social, mas é também manter o equilíbrio da economia de mercado. Certamente, a função social deve estar em consonância com os demais princípios constitucionais, de maneira a alcançar, pelo equilíbrio geral entre os fundamentos, a melhor justiça contratual e melhores condições de vida, de produção e de consumo, embora se reconheça que assim o conceito

de direito pode chegar mais próximo do conceito de justiça (SANTOS, 2003, p. 108).

Na área rural, onde os índices sociais apontam a necessidade de efetiva presença estatal, a aplicação desses princípios depende ainda mais da atuação do Estado, especialmente no domínio da produção, como forma de redenção da pobreza campesina. Em uma economia de mercado, como a brasileira, a produção é o meio eficaz para o alcance dos resultados lucrativos que o capitalismo requer e o capital passa a ser elemento essencial para o investimento na produção e o consequente lucro. Ocorre, entretanto, que em grande parte dos casos, os que se dispõem a produzir não possuem recursos financeiros necessários ao incremento de suas atividades produtivas, necessitando de capital externo. Assim, dessa necessidade surgiu o crédito, como propulsor da circulação de riquezas, fornecido pelos bancos, instituições capitalistas detentoras do dinheiro que exercem o papel de fornecedores de capital. De posse da pecúnia, o produtor ou empreendedor garante a aquisição dos demais insumos que a atividade econômica requer e a produção acontece, gerando riquezas que necessitarão de mais capital para se expandirem, de modo que o crédito está inserido nesse ciclo de crescimento econômico.

As instituições financeiras não se destinam a criar, mas a tornar possível a circulação e a acumulação de riquezas. O crédito é a transferência temporal de poder aquisitivo em troca da promessa de reembolso, acrescido de seus encargos, em prazo determinado e na unidade monetária convencionada (REBOUÇAS FILHO, 2005, p. 10). Os valores depositados pelos investidores são transformados em recursos de giro à disposição do banco para aplicação nos seus diversos produtos creditícios, mediante remuneração a ser granjeada de seus clientes. As atividades bancárias recebem normatização do Conselho Monetário Nacional - CMN e fiscalização do Banco Central do Brasil - BACEN e resultam num leque variado de operações, como concessão de empréstimos, depósito, conta corrente, desconto de títulos, abertura de crédito, entre outras. Todos os produtos bancários postos à disposição de seus potenciais clientes visam o lucro, finalidade econômica precípua do banco (ABRÃO, 2008, *passim*).

Economicamente, a prestação de serviços creditícios deriva em proveito para o banco e para o cliente, de modo que no plano dos inte-

resses particulares nenhum indivíduo ou empresa pode renunciar aos serviços bancários para efetuar pagamentos ou obter créditos. Assim, a importância da atividade bancária é tal que o Estado precisou assegurar seu controle e direção, tornando-se ele próprio banqueiro (ABRÃO, 2008, p. 9, 55). O crédito tornou-se instrumento para concretização de objetivos de política econômica e, na área rural, essa iniciativa tem papel ainda mais relevante, uma vez que o Sistema Nacional de Crédito Rural foi criado para propiciar ao setor produtivo rural ambiente econômico favorável, garantindo ao setor primário condições de produção suficientes para o abastecimento do mercado interno e exportação de excedentes (WILDMANN, 2001, p. 6).

O modelo de política de crédito adotado anteriormente pelo Sistema Nacional de Crédito Rural apresentava defeitos. Podem ser apontados: a) a intervenção excessiva do Estado, com taxas de juros subsidiadas; b) a crença de que as comunidades rurais de minifúndios eram demasiado pobres para poupar ou para se inserir nos programas de financiamento rural, com inclusão bancária; c) o sistema antigo deixava de lado os mini e pequenos empreendimentos rurais, acreditando que estes estariam em processo de extinção; d) os gastos públicos e financiamentos se concentravam no latifúndio e nas médias e grandes empresas rurais, entre outros. Durante aqueles anos, aconteceram profundas mudanças na forma de atuação do Governo no crédito rural, assim, a realidade imposta pela necessidade de controle dos gastos públicos, em decorrência da política fiscal, e o esforço de modernização do Estado foram determinantes para que se fizessem alterações substanciais no padrão de atuação governamental (GASQUES; CONCEIÇÃO, 2001, p. 100).

2. O agricultor familiar e o programa nacional de fortalecimento da agricultura familiar (PRONAF)

A agricultura se revestiu de notória importância no texto constitucional de 1988, em harmonia com os princípios da valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna e outros, sob os ditames da justiça social. Desse modo, a política agrícola apresentada pelo constituinte se ocupa em definir seus objetivos no artigo 187, de modo que não poderá ser traçada senão sob a influência objetiva das regras prescritas na Constituição Federal, no conjunto dos princípios que disciplinam a atividade econômica em geral. A ampla influência que a

agricultura exerce nos ambientes econômico e social disputa a preocupação do legislador constituinte que lhe instituiu objetivos, pensados para fomentar a agricultura de todos os portes; assim, a valorização da atividade agrícola e a intervenção estatal nas suas relações particulares manifestam o reconhecimento de que sem os produtos gerados pelo campesinato a ordem social entraria em colapso. É neste âmbito que a influência do Estado se torna imprescindível.

Na Constituição brasileira, o capítulo específico da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária (artigos 184 a 191) dedica-se a disciplinar a reforma agrária, a ser efetivada por meio da desapropriação estatal de terras em atendimento ao interesse social, isentas as pequenas e médias propriedades produtivas cujos proprietários não possuam outro imóvel. A Constituição também define como se dá a titulação dos beneficiários de reforma agrária, a aquisição por usucapião e o aproveitamento de terras devolutas. Ao prescrever o cumprimento da função social da propriedade rural, a Constituição prevê o aproveitamento racional e adequado; a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho; a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (artigo 186, incisos I a IV).

Ante o alcance social do problema, a Constituição incentiva a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a se valerem de instrumentos para fomentar o incremento do campo, por meio da política de crédito, incentivos fiscais, preços, condições de armazenagem etc. O texto constitucional determina que a política agrícola seja planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, os setores de comercialização, armazenamento e transportes, levando em conta especialmente os seguintes aspectos: a) instrumentos creditícios e fiscais; b) preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; c) incentivo à pesquisa e à tecnologia; d) assistência técnica e extensão rural; e) seguro agrícola; f) cooperativismo; g) eletrificação rural e irrigação; h) habitação para o trabalhador rural (artigo 187, incisos I a VIII). A Constituição recomenda ainda que sejam incluídas no planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais, e que as ações de política agrícola e de reforma agrária sejam compatibilizadas.

No entanto, o cenário concebido na Constituição Federal dista um pouco da tradição rural brasileira, que precisa ser questionada principalmente em razão de suas bases alicerçadas no latifúndio. Estudos mostram que as unidades de agricultura familiar, comparativamente às grandes propriedades rurais, asseguram uma melhor viabilidade econômica e uma maior preservação dos recursos naturais, atendendo mais adequadamente aos interesses do país. A agricultura familiar brasileira compreende variações culturais, sociais e econômicas, que vão do campesinato tradicional até a pequena produção modernizada, havendo diversidade também com relação ao seu meio ambiente, à situação dos produtores, à aptidão das terras, disposição de infraestrutura, entre outros fatores. Trata-se de um setor da economia que abrange cerca de 4,3 milhões de estabelecimentos rurais no país, enquanto os estabelecimentos patronais representam apenas 807,3 mil, segundo dados do Censo Agropecuário do IBGE, em 2006 (FRANÇA *et al.*, 2012, p. 20).

2.1. Delimitação do conceito de agricultor familiar

Apesar de sua grande diversidade, o segmento da agricultura familiar apresenta características próprias, uma vez que a produção agrícola está condicionada às necessidades do grupo familiar, à pequena propriedade, à força de trabalho familiar ou comunitário, entre outras peculiaridades. Equivocadamente, o segmento acaba sendo confundido com a pequena produção, mas são coisas distintas, cabendo observar que a agricultura familiar não possui perfil homogêneo e não se encontra distribuída igualmente pelo país. Neste universo, encontram-se tanto os agricultores economicamente integrados (a redes de distribuição, a agroindústrias, ao setor exportador, por exemplo) e que tiveram acesso a novos padrões tecnológicos, como aqueles com baixo nível de integração que produzem para o autoconsumo (CORRÊA; SILVA, 2007, p. 49). Por tais características, os agricultores familiares devem receber do Estado incentivos especiais, de modo a inseri-los na produção agrícola, gerando renda além da mera subsistência, assegurando-lhes preço e mercado consumidor.

No Brasil, a partir dos anos noventa do século passado, ações governamentais positivas foram sendo direcionadas para uma melhor estruturação da agricultura familiar. Todavia, foi somente em 25 de julho de 2006, por intermédio da Lei nº 11.326, que o setor pôde contar

com regulamentação própria, que estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais, disciplinando conceitos, princípios e instrumentos destinados à formulação das políticas públicas direcionadas ao segmento e aproximando a agricultura familiar da política agrícola prevista na Constituição Federal. Ficou conhecida como “Lei da Agricultura Familiar” e seu artigo 3º define agricultor familiar e empreendedor familiar rural como aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos:

I - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais;

II - utilize predominantemente mão de obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento;

III - tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo;

IV - dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família.

O parágrafo 2º, do artigo 3º, considera também como beneficiários da Lei da Agricultura Familiar os seguintes produtores:

I - silvicultores que atendam simultaneamente a todos os requisitos de que trata o caput deste artigo, cultivem florestas nativas ou exóticas e que promovam o manejo sustentável daqueles ambientes;

II - aquicultores que atendam simultaneamente a todos os requisitos de que trata o caput deste artigo e explorem reservatórios hídricos com superfície total de até 2 ha (dois hectares) ou ocupem até 500m³ (quinhentos metros cúbicos) de água, quando a exploração se efetivar em tanques-rede;

III - extrativistas que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos II, III e IV do caput deste artigo e exerçam essa atividade artesanalmente no meio rural, excluídos os garimpeiros e faiscaidores;

IV - pescadores que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos I, II, III e IV do caput deste artigo e exerçam a atividade pesqueira artesanalmente.

V - povos indígenas que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos II, III e IV do caput do art. 3º;

VI - integrantes de comunidades remanescentes de quilombos rurais e demais povos e comunidades tradicionais que atendam simultaneamente aos incisos II, III e IV do caput do art. 3º.

A Lei prescreve também os princípios da política para o segmento. Elenca a descentralização; sustentabilidade ambiental, social e econômica; equidade na aplicação das políticas, respeitando os aspectos de gênero, geração e etnia; participação dos agricultores familiares na formulação e implementação da política nacional da agricultura familiar e empreendimentos familiares rurais. Para atingir esses objetivos, a Política Nacional deve promover o planejamento e a execução das ações, de modo a compatibilizar as seguintes áreas: crédito e fundo de aval; infraestrutura e serviços; assistência técnica e extensão rural; pesquisa; comercialização; seguro; habitação; legislação sanitária, previdenciária, comercial e tributária; cooperativismo e associativismo; educação, capacitação e profissionalização; negócios e serviços rurais não agrícolas; agroindustrialização (artigos 4º e 5º).

Cabe ressaltar que grande parte das ações citadas necessita de regulamentação por parte do Poder Executivo, a quem pertence à responsabilidade de implementar a Política Nacional, por meio do MDA, em conjunto com diversas entidades parceiras, como bancos, entidades de assistência técnica, secretarias de agricultura estaduais e municipais, sindicatos rurais, entre outros. Por força da legislação, a agricultura familiar passa a ser conjunto plural formado pela pequena e média propriedade, assentamentos de reforma agrária e comunidades tradicionais (extrativistas, pescadores, quilombolas etc.). Para se conhecer melhor esse complexo público de produtores, o Censo Agropecuário do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE precisou se adequar e criar parâmetros apropriados para mensurar o tipo de produção e o perfil da agricultura familiar brasileira.

A despeito do esvaziamento demográfico nas zonas rurais, a agricultura familiar tem contribuído positivamente para a produção de alimentos agrícolas que fazem parte da base do consumo no Brasil: 87% da mandioca, 70% do feijão, 46% do milho, 34% do arroz e 38% do café. Além de ter também significativa participação na pecuária: 58% do leite, 50% das aves, 59% dos suínos e 30% dos bovinos. Os Censos Agropecuários de 1995/1996 e 2006 revelaram que naqueles anos a participação dos produtos agroalimentares⁵ no total das exportações

5 Produtos agroalimentares são produtos agropecuários de origem animal ou vegetal, cujo fim seja a alimentação humana. A lista é estipulada pelo Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias (SH), utilizado pela Secretaria Geral da Associação Latino Americana

brasileiras manteve-se estável, passando de 28,7% em 1995 para 26,8% em 2006, enquanto as importações destes produtos caíram de 12,5% do total importado em 1995 para 4,9% em 2006. Levando-se em conta que a produção da agricultura familiar é direcionada essencialmente para o suprimento do mercado interno, percebe-se, por esses dados, que o segmento teve destaque no saldo positivo da balança comercial, pois ainda que sua produção não seja exportada, a desnecessidade de importações contribuiu para a elevação do superávit (FRANÇA *et al.*, 2012, p. 15 e 26), restando clara a importância da agricultura familiar para a geração de riquezas e a produção de alimentos no Brasil.

Nos dados coletados pelo Censo Agropecuário de 2006 foram identificados 4.367.902 estabelecimentos rurais de mão de obra familiar, o que representa 84,4% de todos os estabelecimentos rurais do Brasil. Apesar do grande número de estabelecimentos, a agricultura familiar ocupa apenas 24,3% da área produtiva das zonas rurais, concluindo-se que o minifúndio e a pequena propriedade ainda são características marcantes desse tipo de produção, assim, os empreendimentos rurais não familiares, apesar de ocuparem 75,7% da área, representam apenas 15,6% do total de estabelecimentos. O Censo revelou que a área média dos estabelecimentos familiares é de 18,37 hectares, enquanto que a dos não familiares é de 309,18 hectares (FRANÇA *et al.*, 2012, p. 20).

A área média dos estabelecimentos familiares varia de um mínimo de 13 hectares na Região Nordeste e um máximo de 43,3 hectares na Região Centro-Oeste. As menores áreas médias estão localizadas entre os estabelecimentos familiares do Distrito Federal (6,0 ha) e Alagoas (6,1 ha), enquanto as maiores áreas médias foram encontradas em Roraima (71,6 ha) e Tocantins (62,8 ha). A variação das áreas dos estabelecimentos não familiares foi de um mínimo de 177,2 hectares no Nordeste e 944,3 hectares no Centro-Oeste. As unidades federativas com as maiores áreas médias foram o Mato Grosso (1.600,9 ha), Mato Grosso do Sul (1.215 ha) e Amapá (1.119 ha). Em 1995/1996 o estudo FAO/INCRA identificou 4.139.369 estabelecimentos familiares, ocupando 107.798.450 hectares no Brasil; em 2006, o Censo Agropecuário do IBGE apontou a existência de 4.551.937 estabelecimentos, em uma área de 106.761.753. Percebe-se, portanto, o aparecimento de 412.598

de Integração (ALADI) e utilizada pelo Brasil nas relações com o Mercosul e com os demais países da América Latina.

novas unidades de produção, cerca de 10% a mais que no levantamento anterior, no entanto, a área ocupada diminuiu cerca de 1% (1.006.697 ha) no período (FRANÇA *et al.*, 2012, p. 21).

Da análise desses dados apreende-se que a agricultura familiar é um segmento relevante no contexto rural brasileiro e que, a despeito da má distribuição de terras e da falta de infraestrutura no campo, os agricultores familiares têm importante participação na produção de alimentos do país. Torna-se, portanto, necessária e urgente a implementação de políticas públicas que garantam o fortalecimento desse segmento, promovendo-lhes o acesso a insumos e tecnologias apropriadas ao perfil produtivo do agricultor familiar, assim como a proteção de abusos do mercado em concorrência com os grandes empresários rurais, de modo a assegurar desenvolvimento nacional plural e equilibrado, com inclusão social.

2.2. O programa nacional de fortalecimento da agricultura - PRONAF

Até o início dos anos noventa do século XX, a agricultura familiar jamais havia ocupado lugar de destaque na agenda governamental brasileira. Não havia políticas dirigidas a esse público, muito menos programas de financiamento apropriados às atividades rurais executadas com mão de obra familiar, deixando o segmento historicamente à margem do aporte de recursos do Sistema Nacional de Crédito Rural - SNCR, criado pela Lei nº 4.829, de 1965. Estatísticas apresentadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA mostram que a pobreza no meio rural está intimamente ligada à fragilidade da produção agrícola familiar e à concentração fundiária, fato que recomenda ao Estado a necessidade da adoção de políticas para o enfrentamento desses problemas (GASQUES; CONCEIÇÃO, 2001, p. 142). Para um Estado cuja Constituição determina os limites das atividades econômicas, a agricultura familiar não poderia deixar de ser inserida entre as formas sociais do capitalismo.

Nos países desenvolvidos, parte expressiva dos subsídios à agricultura tem como objetivo sustentar a agricultura familiar, manter as ocupações rurais e impedir o aumento dos fluxos migratórios para as cidades. No Brasil, os apoios governamentais que existiam até o início

da década de noventa eram centrados no latifúndio e nas empresas rurais, com incentivos fiscais abundantes; no crédito volumoso e altamente subsidiado; na doação de terras; na criação de infraestrutura pelos governos; na pesquisa agropecuária e assistência técnica pública e de qualidade; na produção com mercado e preço garantidos; nos subsídios à exportação, entre outras ações de promoção e proteção. A agricultura familiar nunca alcançou tais privilégios, daí o motivo de se encontrar em situação desvantajosa (FERREIRA *et al.*, 2001, p. 484).

Durante o processo de modernização da agricultura brasileira, as políticas públicas para a área rural, em especial a política agrícola, privilegiavam os setores mais capitalizados e a esfera produtiva das *commodities* voltadas ao mercado internacional, com o objetivo de fazer frente aos desequilíbrios da balança comercial do país. Para o setor da produção familiar, o resultado dessas políticas foi flagrantemente negativo, uma vez que grande parte desse segmento ficou à margem dos benefícios oferecidos pela política agrícola, sobretudo nos itens relativos ao crédito rural, preços mínimos e seguro da produção (MATTEI, 2007, p. 144).

Sentiu-se a imperiosa necessidade de criação de uma política rural específica para a agricultura familiar. A pressão de movimentos sociais rurais e o reconhecimento por parte dos setores governamentais de que a agricultura familiar necessitava de atenção especial e de que o seu fortalecimento era estratégico para a criação de novas atividades econômicas geradoras de ocupações produtivas e de renda, especialmente em municípios menos populosos, provocaram alterações no conceito adotado até então. Assim, a década de noventa foi marcada pelas conquistas dessa classe de produtores, realizadas pelos sindicatos de trabalhadores rurais ligados à Confederação Nacional de Trabalhadores Rurais – CONTAG e à Central Única dos Trabalhadores - CUT. As reivindicações dos produtores, que já haviam começado desde a Constituição de 1988, tomaram corpo nas “Jornadas Nacionais de Luta”, que a partir de 1995 passaram a se chamar “Grito da Terra Brasil”, movimento que existe até hoje, anualmente, ao final de cada Plano Safra⁶, no objetivo de

6 Plano Safra: série de iniciativas e programas governamentais voltados para a produção agropecuária brasileira. O Plano contém o volume de recursos que serão destinados ao setor rural, assim como as ações que serão empreendidas para que a safra tenha sucesso. É lançado anualmente, geralmente no mês de junho, pelo Presidente da República e Ministros da Agricultura e do Desenvolvimento Agrário. O que é determinado no Plano Safra entra em vigor em 01/07 de cada ano, com vigência até 30/06 do ano seguinte.

demandar o aprimoramento das políticas direcionadas aos agricultores familiares, entre outras reivindicações (CORRÊA; SILVA, 2007, p. 50).

Na verdade, o início da mudança se deu a partir de 1994, quando o Governo Itamar Franco criou o Programa de Valorização da Pequena Produção Rural – PROVAP, que tinha como objetivo destinar volume de crédito com taxas mais acessíveis aos agricultores familiares. Em 1995, no Governo de Fernando Henrique Cardoso, o PROVAP foi totalmente reformulado, dando origem ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF.

2.2.1. Origem do PRONAF

O PRONAF foi criado em 28 de junho de 1996, por meio do Decreto nº 1.946, atendendo a antiga reivindicação da organização dos trabalhadores rurais, que invocavam a necessidade de implementação de políticas de desenvolvimento rurais específicas para o segmento numericamente mais importante, porém mais fragilizado da agricultura brasileira, tanto em termos de capacitação técnica, como da inserção de mercados. Nessa seara, os sindicatos rurais e demais movimentos sociais tiveram significativa importância, desempenhando papel decisivo na implantação do programa, que favoreceu não somente a abertura da política, mas especialmente a conquista de outra bandeira histórica dos trabalhadores rurais, qual seja, o acesso, por parte dos agricultores familiares, aos diversos serviços oferecidos pelo sistema financeiro nacional (MATTEI, 2007, p. 144).

A instituição do PRONAF surgiu pela constatação de que parcela considerável de produtores rurais poderia ficar excluída dos novos mecanismos de financiamento que naquele momento estavam sendo criados. Por isso, na sua formalização, o Programa buscou instituir uma parceria entre seus possíveis beneficiários, concebendo os Conselhos Municipais de Desenvolvimento Rural Sustentável como requisito para que as comunidades rurais se organizassem para receberem os benefícios do programa. Esses conselhos são formados por representantes da sociedade civil e entes governamentais, especialmente de entidades ligadas ao meio rural, como associações, secretarias de agriculturas, empresas de assistência técnica, entre outros. Trata-se de uma espécie de participação social que nos últimos anos tem sido incentivada pelo

governo federal na implementação de políticas e ações setoriais (FERREIRA *et al.*, 2001, p. 482).

Desde que foi concebido, o programa tem se firmado como a principal política pública do Governo Federal para os agricultores familiares. Em 1999, com a criação do Ministério do Desenvolvimento Agrário - MDA, o programa deixou de ser administrado pelo Ministério da Agricultura e passou a ser preceituado pelo primeiro, com destinação de secretarias e órgãos específicos para o segmento da agricultura familiar. Desde 1996, a cada ano, ao término do Plano Safra (meses de junho e julho), o programa recebe novos aportes de recursos, a partir das diversas fontes utilizadas pelos bancos oficiais, tais como a Secretaria do Tesouro Nacional - STN, Fundos Constitucionais e o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, além de também receber modificações em sua legislação, positivadas no capítulo 10, do Manual de Crédito Rural - MCR do BACEN, que em geral representam o resultado das reivindicações da classe, por meio do Grito da Terra Brasil e outros movimentos dos trabalhadores. Pode-se dizer que o PRONAF é uma política pública e ainda está em construção, ou uma utopia, no bom sentido do termo, que necessita de modificações constantes até atingir os seus objetivos globais (MATTEI, 2007, p. 146).

2.2.2. Operacionalização do Programa

O MDA é o órgão integrante da administração direta responsável pela administração e acompanhamento do PRONAF. Tem como áreas de competência: a reforma agrária; a promoção do desenvolvimento sustentável do segmento rural constituído pelos agricultores familiares; a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos. São também atribuição do MDA, em caráter extraordinário, as competências relativas à regularização fundiária na Amazônia Legal, conforme o Decreto 7.255, de 04 de agosto de 2010. Os órgãos do MDA respondem pela promoção da agricultura familiar brasileira, com ampla atuação junto às entidades que fazem o Sistema Nacional de Crédito Rural, os produtores e suas organizações. São do MDA as regras para operacionalização do PRONAF, assim como as linhas de crédito e iniciativas que apoiam o crédito.

O PRONAF financia projetos individuais ou coletivos, que possam gerar renda aos agricultores familiares e assentados da reforma agrária. O programa possui as mais baixas taxas de juros dos financiamentos rurais e as menores taxas de inadimplência entre os sistemas de crédito do país. Pretendendo que o crédito possa beneficiar a unidade familiar integralmente e o empreendimento rural como um todo, assim, a contratação do financiamento deve ser fruto da decisão coletiva dos membros da família. Embora na prática isso não possa ser exigido objetivamente, a prévia discussão familiar tem importância para que a família identifique suas necessidades de crédito e em quais finalidades ele será empregado (se custeio ou investimento, por exemplo); atividade pecuária ou agrícola; compra de máquinas e equipamentos ou plantio de culturas; entre outras questões.

Os créditos de custeio financiam atividades agropecuárias e não agropecuárias, de beneficiamento ou de industrialização da produção (própria ou de terceiros), enquadrados no PRONAF, de acordo com projetos específicos ou propostas de financiamento. Os créditos de investimento se destinam a financiar atividades agropecuárias ou não agropecuárias, para implantação, ampliação ou modernização da estrutura de produção, beneficiamento, industrialização e de serviços, no estabelecimento rural ou em áreas comunitárias rurais próximas, de acordo com projetos específicos. Os créditos para integralização de cotas-partes têm por objetivo o financiamento da capitalização de cooperativas de produção agropecuárias formadas por beneficiários do PRONAF.

Após a decisão do que financiar, a família deve procurar uma entidade autorizada pelo MDA para emissão da Declaração de Aptidão ao PRONAF (DAP). Em grande parte dos municípios brasileiros, a emissão de DAP é realizada pelo sindicato rural (Sindicato dos Trabalhadores Rurais) ou pela empresa oficial de assistência técnica (Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural – EMATER). No caso de assentados da reforma agrária que obtiveram a parcela de terra pelo processo de desapropriação estatal, o documento é emitido pelo Instituto de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. Para os assentados que adquiriram a terra por meio do financiamento direto do Crédito Fundiário, a entidade responsável pela emissão da DAP é a Unidade Técnica Estadual - UTE.

A DAP é emitida levando em conta a renda anual, as atividades exploradas, a área de terra disponível e a mão de obra utilizada, parâmetros exigidos pela Lei nº 11.326/2006 (Lei da Agricultura Familiar). Possuindo os requisitos exigidos pela lei, a família é enquadrada na agricultura familiar e a DAP passa a ser o documento que legitima o acesso aos vários programas de apoio ao segmento. Quando se trata de assentados de reforma agrária, a DAP é emitida pelo INCRA ou pela Unidade Técnica Estadual - UTE⁷.

Os requisitos para que o agricultor familiar possa receber a DAP estão assim determinados no Manual de Crédito Rural - MCR do BACEN: a) que explorem parcela de terra na condição de proprietário, possessor, arrendatário, parceiro, concessionário do Programa Nacional de Reforma Agrária (PNRA), ou permissionário de áreas públicas; b) residam no estabelecimento ou em local próximo, considerando as características geográficas regionais; c) não detenham, a qualquer título, área superior a 4 (quatro) módulos fiscais, contíguos ou não, quantificados conforme a legislação em vigor; d) que no mínimo, 50% da renda bruta familiar sejam originadas da exploração agropecuária e não agropecuária do estabelecimento; e) tenham o trabalho familiar como predominante na exploração do estabelecimento, utilizando apenas, eventualmente, o trabalho de terceiros, de acordo com as exigências sazonais da atividade agropecuária, podendo manter até 2 (dois) empregados permanentes; f) tenham obtido renda bruta familiar nos últimos 12 (doze) meses que antecedem a solicitação da DAP, de até R\$160.000,00 (cento e sessenta mil reais), incluída a renda proveniente de atividades desenvolvidas no estabelecimento e fora dele, por qualquer componente familiar, calculado na forma definida, excluídos os benefícios sociais e os proventos previdenciários decorrentes de atividades rurais. O MCR prescreve como deve ser calculada a renda bruta do produtor para fins de emissão de DAP levando em conta as atividades desenvolvidas pela família. Há atividades nas quais não é utilizada a renda integral, mas apenas parte dela, a exemplo das atividades de suinocultura e avicultura.

O titular das operações de crédito da unidade familiar, no nome de quem será contratado o financiamento, pode ser qualquer membro

7 A Unidade Técnica Estadual (UTE) funciona em cada Estado da Federação dentro de algum órgão da Administração, geralmente uma unidade responsável pela administração das terras públicas estaduais e pelos processos de assentamento de famílias e colonização de áreas.

da família, desde que maior de 18 anos. Em geral, essa função é exercida pelo marido ou pela mulher, embora o PRONAF financie também as unidades familiares de um só indivíduo. A entidade emitente da DAP registrará os dados da família no sítio do MDA, em portal específico, após comprovar que a unidade possui os requisitos previstos na Lei nº 11.326/2006 (Lei da Agricultura Familiar). A DAP é emitida no nome de até dois titulares que representarão a família (normalmente o casal de cônjuges ou companheiros), enquadrando-os em um dos Grupos do PRONAF.

De posse da DAP, o próximo passo é a elaboração do projeto técnico que designará a finalidade dos recursos creditícios. Nessa etapa, a família precisa receber orientação técnica de profissional habilitado, geralmente técnico agrícola, engenheiro agrônomo ou zootecnista, que elaborará o projeto respeitando as condições climáticas locais e a necessidade do mercado. Informando o que deseja financiar, as necessidades do estabelecimento rural e as atividades já desenvolvidas, o técnico elaborará o projeto técnico que posteriormente será encaminhado para apreciação e aprovação do agente financeiro. Normalmente, os próprios bancos disponibilizam para os técnicos as orientações necessárias e programas em meio informático no qual podem ser elaborados os projetos, de modo a facilitar a análise e a admissão da proposta.

As condições de acesso ao crédito, formas de pagamento e taxas de juros correspondentes a cada linha são definidas, anualmente, a cada Plano Safra da Agricultura Familiar, divulgado entre os meses de junho e julho. A instituição financeira deve dar preferência ao atendimento das propostas que: a) objetivem o financiamento da produção agroecológica ou de empreendimentos que promovam a remoção ou redução da emissão dos gases de efeito estufa; b) sejam destinadas a beneficiárias do sexo feminino. Os financiamentos podem ser concedidos de forma individual ou coletiva.

Cada grupo do PRONAF possui taxa de juros, limites de financiamento, condições de acesso e pagamento designados pelo MCR do BACEN, parâmetros anualmente definidos e divulgados no Plano Safra. Percebe-se que a negociação do agricultor familiar com a instituição financeira é limitada, visto que a quase totalidade do conteúdo das cláusulas contratuais são de mera adesão, sem grande possibilidade de mudança por parte do agricultor, embora as condições contratuais de-

terminadas no MCR sejam em grande medida benéficas para o agricultor familiar, especialmente para aqueles enquadrados nos Grupos “A”, “A/C” e “B”, para quem são concedidas taxas de juros fixas entre 0,5% e 4,0% ao ano, bônus de adimplência entre 25% e 40% de desconto sobre as parcelas pagas em dia nas operações de investimento, não havendo exigência de qualquer garantia em contrapartida ao crédito.

O crédito PRONAF é operacionalizado pelos agentes financeiros que compõem o Sistema Nacional de Crédito Rural - SNCR, tendo como instituições básicas o Banco do Brasil, o Banco do Nordeste e o Banco da Amazônia, e vinculadas ao Banco Nacional de Desenvolvimento - BNDES, a Cooperativa Habitacional dos Bancos - BANCOOB, ao Banco Cooperativo - BASINCREDI do Sistema de Crédito Cooperativo Brasileiro - SINCREDI e associados à Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN. Para os bancos que administram os Fundos Constitucionais, a saber, o Banco da Amazônia e o Banco do Nordeste, há metas anuais de aplicação de crédito no PRONAF, estipulado um percentual mínimo de alocação de recursos para o segmento da agricultura familiar.

Após a aprovação do projeto técnico pelo banco, conforme a atividade a ser explorada, os recursos poderão ser liberados em única parcela, ou liberados paulatinamente, de acordo com cronograma previsto no projeto. A liberação da parcela subsequente é condicionada à comprovação da correta aplicação dos créditos liberados na parcela anterior e a averiguação da aplicação dos recursos é realizada pelo profissional prestador de assistência técnica, geralmente o mesmo que elaborou o projeto técnico, que emite laudo específico para o banco, informando da possibilidade de nova liberação dos recursos. Para o MDA, o principal objetivo dos serviços de assistência técnica e extensão rural é melhorar a renda e a qualidade de vida das famílias rurais; assim, o serviço de assistência técnica deve ir além do mero acompanhamento do projeto, oferecendo ao produtor rural e a sua família a orientação e a capacitação necessária à expansão dos seus negócios e ao correto manejo das atividades agropecuárias.

Liberada a integralidade dos recursos contratados e implementado o projeto, o prestador de assistência técnica continua assessorando a família, com vistas ao sucesso do empreendimento e posterior reembolso dos recursos financiados. Garantir a lucratividade do negócio é fundamental para que nas datas aprazadas o agricultor retorne ao banco

e cumpra suas obrigações, assim, a atividade financiada deve ter a produtividade esperada e boa comercialização, a preços que assegurem o pagamento da dívida adquirida e os excedentes necessários à manutenção da família.

Ocorre que a produção rural é influenciada por vários fatores, desde aqueles que dizem respeito ao manejo que a própria família exerce ao trabalhar na atividade até às condições climáticas que afetam diretamente a produção. O nível de conhecimento, as técnicas empregadas, o tipo de solo, a qualidade dos insumos e as condições de profilaxia dos animais são alguns dos aspectos que podem determinar o lucro ou o prejuízo no meio rural. Assim, quando o conjunto desses elementos se mostra favorável, a família tem condições de suprir suas necessidades, pagar a dívida no banco e ainda estar pronta para um novo ciclo produtivo, para o qual poderá ser contratado um novo financiamento.

Presentemente, várias são as linhas de crédito à disposição do agricultor e de sua família. Quando da emissão da DAP, a família é enquadrada em uma das linhas de crédito da base do PRONAF: Grupo “A”, Grupo “A/C”, Grupo “B” e Grupo Comum. O Grupo “A” se refere aos assentados do Programa Nacional de Reforma Agrária - PNRA ou beneficiários do Programa Nacional de Crédito Fundiário - PNCF; o Grupo “A/C” é direcionado para os assentados do PNRA e PNCF que tenham contratado a primeira operação no Grupo “A” e que não tenham ainda contratado financiamento de custeio; o Grupo “B” enquadra os beneficiários cuja renda bruta familiar anual não seja superior a R\$10.000,00 (dez mil reais); por fim, o Grupo Comum é a fração de agricultores familiares que possuem renda bruta anual familiar acima de R\$ 10 mil (dez mil reais) até R\$ 160 mil (cento e sessenta mil reais), apresentam os requisitos previstos na Lei n.º 11.326/2006 e não são assentados de reforma agrária.

Os agricultores familiares podem acessar outras linhas de crédito, além das previstas nos Grupos “A”, “A/C”, “B” e Comum, para incrementar sua receita produtiva por meio de crédito extra direcionado a atividades específicas. Há um programa específico que apoia a inclusão dos agricultores familiares no processo de agroindustrialização e comercialização da sua produção, com crédito que é concedido para o financiamento de máquinas, equipamentos e adequação de ambientes para industrialização dos produtos da agricultura familiar. É o “Pronaf

Agroindústria”, que recebe agricultores familiares - pessoas físicas; ou cooperativas e associações formadas por no mínimo 90% destes agricultores, com no mínimo 70% de matéria-prima própria.

Na esteira da produção de energia renovável, o agricultor familiar poderá estar incluído na produção de biocombustíveis. O MDA, por intermédio da Secretaria da Agricultura Familiar - SAF, participa da gestão do Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel – PNPB, que além de estimular a produção de novo combustível, procura apoiar a participação da agricultura familiar na sua cadeia de produção. Instrumentos como o Selo Combustível Social e estratégias de organização dos produtores, com auxílio da ATER e do crédito, foram criados para possibilitar que produtos como girassol, mamona, pinhão-manso e outros possam ser industrializados para produção sustentável de biocombustíveis. Para os que desejam produzir matéria prima para o biodiesel com apoio creditício, há uma linha específica de crédito chamada “Pronaf Eco” (Crédito para Investimento em Energia Renovável e Sustentabilidade Ambiental).

Outra linha de crédito cujo objetivo central é a sustentabilidade ambiental é o “Pronaf Floresta”. Os financiamentos ao amparo desta linha de crédito se destinam a sistemas agroflorestais; exploração extrativista ecologicamente sustentável, plano de manejo e manejo florestal, incluindo-se os custos relativos à implantação e manutenção do empreendimento; recomposição e manutenção de áreas de preservação permanente e reserva legal e recuperação de áreas degradadas, para o cumprimento de legislação ambiental; enriquecimento de áreas que já apresentam cobertura florestal diversificada, com o plantio de uma ou mais espécies florestais, nativas do bioma. O Pronaf Floresta pode ser contratado pelo agricultor familiar enquadrado em qualquer um dos Grupos.

Os sistemas agroecológicos e orgânicos de produção contam com o “Pronaf Agroecologia”, que os financia incluindo os custos relativos à implantação e manutenção dos empreendimentos. Como crédito complementar às linhas de financiamento, no ano de 2008 foi criado o “Pronaf Mais Alimentos”, que destina recursos para investimento na modernização da produção, via aquisição de máquinas, implementos e de novos equipamentos, para correção e recuperação de solos, resfriamento do leite, melhoria genética, irrigação, implantação de pomares e estufas, armazenagem, entre outros. O crédito do “Mais Alimentos”

pode estar associado a qualquer cultura ou atividade agropecuária desenvolvida pelos agricultores familiares, e o financiamento pode chegar a até R\$ 130 mil (cento e trinta mil reais) por ano agrícola, limitado a R\$ 200 mil (duzentos mil reais) no total, que podem ser pagos em até dez anos, com até três anos de carência e juros de 2% ao ano. Para projetos coletivos, o limite é de R\$ 500 mil (quinhentos mil reais).

Para os investimentos em projetos de convivência com o semiárido, focados na sustentabilidade dos agroecossistemas, e designados para a implantação, ampliação, recuperação ou modernização da infraestrutura produtiva, inclusive aquelas relacionadas com projetos de produção e serviços agropecuários e não agropecuários, está disponível o “Pronaf Semiárido”. Os créditos podem ser acessados por beneficiário enquadrado em qualquer grupo do Pronaf, desde que seu empreendimento rural esteja localizado na área semiárida de atuação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, região antigamente denominada de “polígono das secas”. O Ministério da Agricultura é responsável pelo zoneamento dos municípios que se enquadram nessa situação.

As iniciativas para inclusão do gênero não deixaram de ser também contempladas no PRONAF. Por intermédio do “Pronaf Mulher”, as agricultoras obtêm financiamentos de custeio ou investimento, independentemente de seu estado civil. Os créditos podem ser direcionados para qualquer atividade produtiva, da tradicional produção agropecuária a atividades não-agropecuárias, com as quais a mulher da área rural tem mais afinidade, como artesanato ou produção de queijo e de doces. Os jovens também foram considerados no crédito para a agricultura familiar pelo “Pronaf Jovem”, que beneficia maiores de 16 (dezesesseis) até 29 (vinte e nove) anos de idade, integrantes de unidades familiares que possuam a Declaração de Aptidão ao Pronaf, entre outros requisitos instrucionais. Os créditos se destinam a atividades de investimento no empreendimento rural, desde que executadas pelo próprio jovem.

O “Pronaf Cotas-Partes” é destinado aos associados de cooperativas de produção agropecuária que: a) tenham, no mínimo, 70% de seus sócios ativos classificados como beneficiários do Pronaf e que, no mínimo, 55% da produção beneficiada, processada ou comercializada sejam oriundas de associados enquadrados no Pronaf; b) tenham patrimônio líquido mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e máximo de R\$150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais); c) e funcionem

há pelo menos 1 (um) ano. Além de possibilitar a integralização de cotas-partes pelos beneficiários do Pronaf, o financiamento também permite a aplicação pela cooperativa em capital de giro, custeio, investimento ou saneamento financeiro.

Desde a concepção do PRONAF em 1996, foram incorporadas outras políticas e programas que se amoldaram à agricultura familiar, organizadas especialmente após a definição de um Ministério específico para o setor, qual seja, o MDA. Conforme o atual organograma desenvolvido pelo MDA, vários programas instituídos para a consecução do fortalecimento da agricultura familiar procuram melhor estruturar o crédito por meio de outras iniciativas, de modo a assegurar a produção projetada, a comercialização certa e a preços justos, com consequente reembolso dos créditos nas épocas aprezadas. Cada programa está à disposição do agricultor familiar detentor da Declaração de Aptidão ao Pronaf - DAP, mesmo que ele não acesse o crédito bancário.

2.2.3. Aplicações de Crédito do PRONAF

Na safra 1999/2000, o programa atendeu agricultores em 3.403 municípios, passando para 4.539 no ano seguinte, o que representa um aumento de 33% na cobertura de municípios. A ampliação de municípios atendidos continuou em cada ano agrícola, sendo que em 2005/2006 houve a inserção de quase 1.960 municípios em relação à 1999/2000. Em 2007/2008, foram atendidos 5.379 municípios, com cobertura de 96,67% do território brasileiro. O montante disponibilizado aos agricultores também cresceu nesse período. Em 1999/2000, foram disponibilizados pouco menos de R\$ 3,3 bilhões com efetiva liberação de apenas 66% dos recursos contratados. No ano agrícola de 2003/2004, houve o primeiro grande incremento no montante, com um crescimento de 65% em relação à 1999/2000, sendo ofertados R\$ 5,4 bilhões aos agricultores e execução de 83% do valor disponibilizado. Em 2006/2007, o montante disponibilizado para financiamento do PRONAF chegou a R\$ 10 bilhões, representando um crescimento em relação à 1999/2000 de 205% e com taxa de execução de 84%. Nos anos seguintes, o aumento do volume de recurso manteve-se equilibrado. Em 2004/2005 foram financiados R\$ 6,13 bilhões, com crescimento gradual nos anos seguintes, chegando à casa dos 9 bilhões de reais na safra 2007/2008 (MDA, 2013).

Em torno de R\$ 11,21 bilhões foram disponibilizados para o crédito PRONAF em 2009, beneficiando agricultores por meio dos 1.704.947 contratos firmados. Café, milho e soja continuaram sendo as culturas com o maior número de financiamentos, no ano em que o custeio agrícola representou 38% do volume de recursos contratados. O crédito de investimento, agrícola e pecuário, foi responsável pela contratação de 879.359 operações, totalizando R\$ 6,94 bilhões. Dois anos depois, a contratação do PRONAF totalizou mais de R\$ 13,3 bilhões, financiando 1.539.901 contratos em 2011. Até novembro de 2012, o PRONAF já havia financiado em todo o Brasil R\$ 13,96 bilhões em 1.582.510 contratos (BACEN, 2013).

Os dados revelam, portanto, que a política de crédito do PRONAF continua a cada ano expandindo suas contratações e dedicando volume cada vez maior de recursos para a agricultura familiar. Como principal política pública direcionada para o segmento, esse crédito é mais do que uma ação governamental, considerando-se que a participação dos produtores permite que o programa incentive também um processo de diálogo entre o Governo e os beneficiários. Na sua criação, tratava-se de simples linha de crédito para o custeio de culturas agrícolas, transformando-se, mais recentemente, no conjunto de ações que adequam e flexibilizam as normas de crédito, de modo a melhor atender à diversidade socioeconômica da agricultura familiar no Brasil. Resta saber se, diante de todo esse quadro de flexibilização das normas, desburocratização do acesso ao crédito e custos contratuais adequados à renda do beneficiário, ainda assim, a função social desses contratos é efetivamente exercitada e preservada.

Na verdade, o crédito facilitado para o agricultor familiar, da maneira como foi concebido, além de atrair o interesse do poder público e da classe trabalhadora, também atraiu o interesse dos próprios agentes financeiros, remunerados pela equalização de juros e pela taxa de serviços cobrada em cada operação realizada. A despeito de gerar interesse das instituições bancárias, a maior parte das dificuldades enfrentadas pelo agricultor familiar está na sua implicação com o Sistema Financeiro Nacional, considerando-se que a lógica bancária não possui a necessária flexibilidade para operacionalizar programas de crédito direcionados para um público pouco ou nada familiarizado com o funcionamento e as exigências desse sistema.

3. Conclusões

Na conjunção de ambiguidades nacionais, nas quais as políticas compensatórias pouco avançam com relação à efetiva diminuição da pobreza no campo, o surgimento do crédito, como política de promoção socioeconômica, pretende se constituir em ação pública inovadora voltada para a produção de menor monta, incorporando novas famílias à condição de produtores. Aqui, a novidade não estaria nas normas de crédito, mas na tentativa de aperfeiçoar o ambiente institucional no qual se desejam implementá-las, basicamente no que depende da capacidade organizativa dos seus beneficiários e na redução de exigências para a contratação de financiamento.

O fato é que a produção no campo é desenvolvida em condições de extrema fragilidade, exposta a riscos de grande impacto na exploração, como os casos de mudança climática, riscos políticos, mercadológicos, econômicos etc. As diversas políticas que se associaram ao crédito procuraram criar um escudo protetor para a minimização desses riscos e o alcance da função social do programa, que seria manter o homem no campo, com existência digna e geração de renda, motivando riqueza para si e para o desenvolvimento do país. O mútuo rural possui disciplina jurídica especial e em vários aspectos se diferencia dos demais mútuos praticados comumente pelos agentes integrantes do Sistema Financeiro Nacional, tornando-se, por esta razão, merecedor de tratamento distinto e sujeito a preceitos legais somente a ele aplicáveis, tendo como meta o bem-estar social.

Ocorre que ao tentar contornar a hipossuficiência dos agricultores familiares frente ao Sistema Financeiro Nacional, especialmente porque essa categoria de produtores esteve por muito tempo alijada das iniciativas de crédito, o Estado criou, por intermédio do crédito especializado, mecanismos que permitem o atendimento desse público em condições mais favoráveis do que as concedidas para os médios e grandes produtores rurais. Trabalha com taxas de juros menores; linhas de crédito adaptadas às atividades comumente desenvolvidas pela agricultura familiar; crédito não condicionado à apresentação de garantias; financiamento de atividades não agropecuárias no meio rural; proibição de cobrança de tarifas para concessão do crédito, entre outras iniciativas

que possibilitariam, ao menos em tese, aos contratos de financiamento cumprirem sua função social.

Mesmo assim, os contratos estão expostos às regras de cada instituição financeira, que gradua as propostas de financiamento obedecendo a normas estreitas de análise de risco de crédito. O que significa dizer que os contratos podem restar à mercê das regras frias do banco, especialmente nos casos de inadimplemento, fato que implica em nova intervenção estatal, essencial para que esses pactos não sejam controlados exclusivamente pelos bancos. É como se as regras sociais e a intencionalidade material contidas na criação do programa não se comunicassem com as regras finais, individuais, formais e matemáticas da execução da dívida, que acautelam o banco (e não o agricultor) dos riscos da inadimplência.

Entretanto, não é possível pensar a interferência constante do Estado nas cláusulas contratuais, uma situação que poderia provocar efeitos danosos à segurança jurídica dos pactos. Ocorre que as atividades desenvolvidas no campo com mão de obra familiar não estão entre aquelas menos arriscadas, ao contrário, são extremamente sensíveis às adversidades climáticas e de mercado, fato que torna o crédito para esse segmento quase impossível de acontecer pela mera vontade dos contratantes (bancos e agricultores). É importante, pois, que o poder público invista recursos, amplie os benefícios e crie regras específicas de operacionalização, para que esses tipos de mútuo cumpram seu papel fomentador na geração sustentável de renda e dignidade no meio rural, que correspondem à sua função social.

O crédito do PRONAF é um mecanismo decisivo para a continuidade da reprodução social dos agricultores familiares em todo o país, uma vez que a política tem abrangência nacional. Fortalecer a agricultura familiar por meio do crédito e do financiamento bancário é estratégia de desenvolvimento rural, um caminho para o combate da pobreza campesina no país, mais expressiva nas regiões em que há predomínio da produção familiar. Há necessidade, no entanto, de que os gestores públicos à frente da política de crédito conheçam melhor as potencialidades e os limites da agricultura familiar para que o PRONAF possa também contribuir para as mudanças estruturais da área rural, de modo a alterar o perfil de exploração da estrutura agrária, privilegiando efetivamente a produção agroecológica. Para que o PRONAF se revista

de eficácia como política pública, a ação estatal precisa estimular o cumprimento da função social dos contratos bancários.

Todavia, a efetividade do PRONAF como política pública não deve estar circunscrita à garantia de acesso aos recursos. Tão importante quanto criar mecanismos de acesso ao crédito para o agricultor familiar é assegurar que ao final do ciclo produtivo os mutuários estejam em condições de vida melhores do que quando assinaram o contrato de financiamento. O inadimplemento e a prorrogação dos prazos de pagamento submetem as famílias a constrangimentos e eternizam sua angústia. É preciso admitir que a qualidade e suficiência do crédito rural passam pela qualidade dos projetos elaborados e da programação pactuada, levando-se em conta as especificidades de cada estabelecimento rural. Depende também da garantia de acompanhamento dos produtores, de modo a estreitar os laços entre o financiador e o tomador dos recursos, como ocorre na aplicação da metodologia preconizada pelo microcrédito produtivo orientado, um programa que vislumbra maior pontualidade nos reembolsos e melhor uso dos recursos, reduzindo a inadimplência e os custos governamentais.

Outra medida para assegurar a função social dos contratos pode ser o controle da participação de bancos privados no sistema do crédito rural. Ainda, o estímulo ao financiamento de atividades não agrícolas, menos suscetíveis a intempéries naturais e às variações do mercado agropecuário, pode também resultar em iniciativa capaz de elevar o volume dos reembolsos na data ajustada, desde que seja instituída uma linha de crédito específica e diferenciada para esse tipo de atividade, com encargos compatíveis com o menor risco que elas apresentam.

Por fim, cabe lembrar que no Brasil o campo sempre foi associado ao atraso, com graves déficits de cidadania. Essa realidade precisa ser radicalmente alterada. Os agricultores familiares saíram do ostracismo para o protagonismo de uma política pública de crédito, que criou também outros mecanismos de proteção e apoio para conferir maior confiança aos financiamentos, como os programas de incentivo à comercialização e os seguros agrícolas; no entanto, a função social dos contratos de financiamento deve ser cuidada e garantida em sua plenitude por meio de controle e planejamento prévios, no contexto da própria política pública que gerou o programa, de modo que o crédito concedido por meio do PRONAF funcione mais como insumo à produção agropecuária.

ria e ao desenvolvimento e menos como simples modalidade de transferência de renda. A solidez das demais políticas públicas no contexto do sistema da agricultura familiar vai elevar o bem-estar da população beneficiada, funcionando como garantia de efetivo desenvolvimento regional e nacional, com largos aportes de inclusão social.

4. Referências

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BACEN, Banco Central do Brasil. **Anuário Estatístico do Crédito Rural 2012** – PRONAF. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htmls/creditorural/2012/pronaf.asp?idpai=RELRURAL2012>> Acesso em 06/02/2013.

BASTOS, Fernando. **Ambiente Institucional no Financiamento da Agricultura Familiar**. São Paulo: Polis, 2006.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. 2002. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, **Decreto nº 7.255, de 04 de agosto de 2010**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento Agrário, e dá outras providências. Legislação do Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7255.htm> Acesso em 06/02/2013.

BRASIL. **Lei n.º 11.326, de 24 de julho de 2006**. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. Legislação do Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11326.htm> Acesso em 10/11/2012.

BRASIL. **Manual de Crédito Rural (MCR)**. Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www.bacen.gov.br/?MANUMCR>>. Acesso em 25/10/2010.

BRASIL. **Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA)**. Secretaria de Agricultura Familiar. PRONAF. Programas. Disponível em: <<http://>>

comunidades.mda.gov.br/portal/saf/programas/pronaf>. Acesso em 25/01/2013.

CORRÊA, Vanessa Petrelli. SILVA, Fernanda Faria. Análise das Liberações Recentes de Recursos do Pronaf: uma mudança na lógica de distribuição? **Revista Econômica do Nordeste**. Fortaleza: Escritório Técnico de Estudos Econômicos do Nordeste – Banco do Nordeste do Brasil, v. 38, n. 1. 2007.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual: a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias**. Salvador: Juspodium, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas Inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERREIRA, Brancolina. SILVEIRA, Fernando Gaiger. GARCIA, Ronaldo Coutinho. A Agricultura Familiar e o Pronaf: contexto e perspectivas. *In: Transformações da Agricultura e Políticas Públicas*. Org: GASQUES, José Garcia. CONCEIÇÃO, Júnia Cristina P.R. da. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2001.

FRANÇA, Caio Galvão de; DEL GROSSI, Mauro Eduardo; MARQUES, Vicente P. M. de Azevedo. **O censo agropecuário 2006 e a agricultura familiar no Brasil**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário - MDA. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/agro/dwn/CensoAgropecuario.pdf>>. Acesso em: 23/09/2012.

GASQUES, José Garcia. CONCEIÇÃO, Júnia Cristina P.R. da. **Financiamento da Agricultura – Experiência e Propostas e Transformações da Agricultura e Políticas Públicas** (Org: GASQUES, José Garcia. CONCEIÇÃO, Júnia Cristina P.R. da. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa** Brasília: Senado Federal, n. 141, jan./mar, 1999. MANCIBO, Rafael Chagas. **A Função Social do Contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MATTEI, Lauro. Políticas de Apoio ao Desenvolvimento da Agricultura Familiar no Brasil: o caso recente do Pronaf. **Revista Econômica do Nordeste**. Fortaleza: Escritório Técnico de Estudos Econômicos do Nordeste – Banco do Nordeste do Brasil, vol. 38, n. 1. jan./mar. 2007.

PEREIRA, Lutero de Paiva. O Estado e a Competência Constitucional do Agente Fomentador da Atividade Agrícola. *In: Constituição, Democracia e Desenvolvimento, como Direitos Humanos e Justiça*. Org.: CAMPOS, Amini Haddad. Curitiba: Juruá, 2009.

REBOUÇAS FILHO, José de Sousa. **Análise da Teoria da Imprevisão nos Contratos Bancários Concessivos de Crédito Rural**. Monografia. Fortaleza: UFC, 2005.

SANTOS, Eduardo Sens. A Função Social do Contrato: elementos para uma conceituação. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, Jan./mar.2003.

TARTUCE, Flávio. **A Função Social dos Contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia e a Função Social do Contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 33, jul/set. 2006.

WILDMANN, Igor P. **Crédito Rural: teoria, prática, legislação e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

7

O CONSENTIMENTO INFORMADO E A RESPONSABILIDADE MÉDICA POR AUSÊNCIA OU DEFICIÊNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO AO PACIENTE

Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha¹

SUMÁRIO: Introdução: o direito à saúde e suas múltiplas visões - 1. A informação sob o ângulo do médico - o ato médico, o dever de informar e a confiança legítima entre médico e paciente - 2. A informação sob o ângulo do paciente – o direito de ser informado, o consentimento informado e seus requisitos - 3. O consentimento informado como elemento qualificador da declaração de vontade nos negócios jurídicos de contratação de serviços médicos e a sua vinculação com o princípio da boa-fé objetiva - 4. A ausência ou deficiência do dever médico de informação, as suas implicações para o consentimento informado e a possibilidade de responsabilização médica decorrente - 5. Conclusões - 6. Referências

¹ Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Privado pela UFPE. Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Juiz de Direito do Estado da Paraíba.

Introdução: o direito à saúde e suas múltiplas visões

É intuitivo que a *saúde*, hoje entendida e almejada como o completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo, associado à qualidade plena de vida, e não apenas como a ausência de doenças e outros agravos, comporta múltiplos ângulos de análise.

Com efeito. Há de se notar, de início, que, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, houve um incremento das demandas sociais pela prestação de saúde pelo Estado, dentro do denominado *welfare state*, o que, somado à evolução da qualidade de vida das populações e ao avanço tecnológico das ciências médicas, foram as pedras de toque da juridicização da saúde nas legislações, e, mais importante, de sua introdução nas Constituições nacionais.²

Assim é que então a *saúde*, pela demanda em sua volta e, em consequência, pela relevância alcançada, gerou, por um lado, verdadeiro *direito à saúde* dos indivíduos, como direito subjetivo quase sempre constitucionalizado, e por outro lado, um ramo jurídico dotado de autonomia científica própria, o *Direito da Saúde*.³

Mais do que mero direito subjetivo, é despidendo afirmar que, na Constituição brasileira, o direito à saúde foi erigido à condição de verdadeiro direito fundamental social, com dupla passagem em seus arts. 6º e 196. Correlacionando-se a essa fundamentalidade, é possível vislumbrar, por outro lado, a vinculação do direito à saúde com o direito à vida e com uma série de direitos da personalidade, dentre eles o direito à integridade psicofísica – direito ao corpo, ao cadáver e, em especial, à escolha do tratamento médico –, à intimidade e privacidade, à liberdade, à informação etc. De igual modo, pode-se verificar uma possível vinculação com a dignidade humana em temas bioéticos, como a pesquisa de células-tronco, criopreservação de embriões humanos, dentre outros.

2 São as palavras de Fernando Campos Scaff: "(...) com o passar do tempo, os diversos ordenamentos jurídicos passaram a reconhecer, de maneira mais ou menos intensa, o direito à saúde como um direito subjetivo primário da pessoa, que foi assim paulatinamente incorporado ao próprio texto de várias Constituições nacionais, abrangendo não só as relações mantidas entre os entes privados, como também aquelas estabelecidas pelos cidadãos perante a Administração Pública". In: SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no âmbito privado*. Contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

3 Acerca dos delineamentos dessa autonomia e dos limites desse novel ramo, consulte-se a obra de Fernando Campos Scaff acima indicada.

De outra banda, como próprio implica a Constituição em seu art. 196, o direito à saúde também se coloca como um dever fundamental estatal, em dimensão prestacional voltada à organização, pelo Estado, de ações, recursos humanos, recursos orçamentários, serviços, instituições necessárias ao exercício do direito à saúde e o serviço médico-hospitalar em si.⁴

Por outro lado, há muito já se reconheceu a eficácia imediata tanto do direito fundamental à saúde e, correlatamente, do dever fundamental estatal de prestação da saúde.⁵ Ademais, vê-se ainda, a partir de uma simples leitura do art. 196, que a Constituição Federal preconiza o atendimento, sendo assim deverá tanto visar à saúde curativa (*“redução do risco de doença e de outros agravos”*) quanto à saúde preventiva (*“acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*). Não por outro motivo é que o modelo estatal brasileiro de prestação da saúde, trazido pela Constituição, é um dos mais complexos de todo o mundo, propondo-se a ser um sistema regionalizado, hierarquizado e descentralizado, porém único, materializado por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, cuja diretriz fundamental é o *“atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”*, nos termos de seu art. 198.

Contudo, essa integralidade do atendimento à saúde e a defendida eficácia irrestrita do direito fundamental constitucional à saúde, aliada ao crescimento populacional e ao aumento das demandas sociais, bem como o desenvolvimento da indústria médica, com terapêuticas e medicamentos cada vez mais caros, tem levantado a questão da contenção entre a elevação dos custos, cada vez mais crescentes, para o atendi-

4 Dimensão prestacional essa que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, pode ser vista tanto em um sentido amplo (*“consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos (deveres de proteção), bem como a organização de instituições, serviços, ações, procedimentos, enfim, sem os quais não seria possível o exercício desse direito fundamental (deveres de organização e procedimento)”*) quanto em um mais estrito de *“fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (atendimento médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, prestação de tratamentos)”*. SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-54, p. 40/41.

5 Vide, por exemplo, STF, 2ª Turma, RE 271286/AgR/RS, Rel. Min. Celso Melo: *“(...) O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente(...).”*

mento da saúde e os recursos orçamentários certamente limitados, finitos; contenda, assim, operada entre as teses fundamentais do mínimo existencial e da reserva do possível. A propósito, um dos grandes pontos de discussão a respeito desse tema tem sido as incontáveis demandas e decisões judiciais determinando o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Poder Público, o que se encontra sob análise no Supremo Tribunal Federal como matéria de repercussão geral.⁶

Por outro lado, como outro ângulo de visão acerca do *Direito à Saúde*, há de se observar como a realidade brasileira há anos demonstra e a Constituição admite, que o sistema de saúde brasileiro não é público exclusivamente, mas sim um sistema misto, também aberto à iniciativa privada, responsável pela denominada *saúde complementar*, nos termos de seu art. 199, com regência infraconstitucional pela Lei nº. 9.656/1998, a qual oferta a definição legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Anote-se que a questão dos altos custos da saúde tem se revelado um preocupante problema também na saúde complementar,⁷ tendo em vista, assim como também na saúde pública, as terapêuticas, exames e medicamentos cada vez mais caros, o aumento da sobrevida da população e uma medicina cada vez mais defensiva, com a requisição descompensada de exames, o que altera os cálculos atuariais, gerando até mesmo carteiras antieconômicas.

Prestada por operadoras de planos de saúde, é patente observar que a saúde complementar no Brasil se materializa como um produto ou serviço posto à disposição do paciente dentro de uma relação claramente de consumo, em que esse é um autêntico consumidor destinatário final. Como decorrência, a contratação da saúde tem se dado mediante a contratação em massa de planos de assistência à saúde, quer planos de saúde, quer seguros-saúde, ainda que ainda ocorrente a contratação individualizada de médicos, mesmo que a prestação de serviços médicos se dê quase sempre no âmbito de clínicas ou hospitais. É possível notar ainda que a contratação da saúde reflete em contratos *relacionais*, ou

6 SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (RE 566471 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/11/2007, publicado em 07-12-2007).

7 Nesse sentido, SCAFF, Fernando Campos. *Op. Cit.*, p. 18.

cativos de longa duração, que muitas vezes perdurarão por toda a vida, como explica a Profa. CLÁUDIA LIMA MARQUES,⁸ sendo certamente significativo o número de pessoas que detêm um contrato de saúde do nascimento à morte.

Contudo, para além desses aspectos estruturais básicos da saúde pública e da saúde complementar no Brasil, como derradeiro ângulo de visão do exercício da saúde, quer no sistema público, quer no sistema privado, nunca há de se perder de vista dois pontos fundamentais: a) que a prestação dos serviços médicos é qualificada pela prestação de atos técnicos desempenhados no bojo de uma das mais difíceis e tortuosas das profissões, qual seja o ato ou atividade médica; b) que existe um relacionamento pautado na extrema confiança entre as figuras humanas últimas da prestação de saúde, quais sejam, o médico e o paciente.

Cabe dizer que a prestação de serviços médicos, ainda que realizada no âmbito das relações de consumo, ou com a interveniência da contratação de um plano de saúde, ou mesmo no serviço público, ocorrerá derradeiramente sempre entre o médico e o paciente, motivo pelo qual, somando-se ao campo de atuação que é o corpo humano, a relação entre eles sempre haverá de se pautar por um grau máximo de confiança.

Pela mesmíssima motivação, há de se perceber, em linhas iniciais, que ante a confiança legítima que deve operar entre eles, o seu relacionamento há de ser marcado sobremaneira pela informação. Tendo em vista o grau de importância e o campo de atuação da intervenção médica, o corpo e por vezes a própria vida humana, o médico sempre possuirá o dever legal de informar ao paciente todas as nuances, riscos e consequências do tratamento médico proposto. Somente após essa informação precisa e completa é que o paciente poderá a ele dar o seu aval, ofertando assim o que há muito se convencionou chamar de consentimento informado.

8 Para Cláudia Lima Marques: “Os contratos de planos de saúde são contratos *cativos de longa duração*, pois envolvem por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários. Aqui está presente o elemento moral, imposto *ex vi lege* pelo princípio da boa-fé, pois solidariedade envolve a idéia de confiança e cooperação”. In: MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 187-224; p. 208-209.

Ora, a atividade médica tem sido apontada como a área mais infesta a discussões sobre a responsabilização civil do profissional liberal envolvido por causação de danos. Como consequência é que a responsabilidade civil médica, na *praxis* judiciária brasileira, tem sido mais arguida do que a responsabilidade civil de outros profissionais liberais, a exemplo do advogado e do engenheiro. De fato, a prática do ato médico, ante as possibilidades de erro de conduta ou de erro de diagnóstico, é sempre hábil à causação de danos à pessoa do paciente.

Entretanto, o que se discute mais controversamente – e que se constitui no objeto principal de análise do presente texto – é se tão-só a ausência de consentimento informado, ou melhor, a ausência de prévia informação pelo médico, ou a deficiência dessa informação, que tenha resultado em não ocorrência do consentimento informado pelo paciente, mostra-se passível de causar danos, ainda que, porventura, o tratamento médico tenha transcorrido normalmente, sem quaisquer agravos à saúde do paciente, ou se esses ocorreram, assim se deram, não por erro médico, mas sim pelo risco iatrogênico ou biológico próprio do paciente, notadamente em casos concretos de sobrelevada necessidade de intervenção médica.

O presente texto, portanto, propõe-se a abordar essas últimas relações possíveis que se podem estabelecer entre a inadequação de consentimento informado, componente indissociável do direito da personalidade da escolha e da recusa de tratamento médico, em face da ausência ou deficiência de informação médica – ou mesmo a conduta arbitrária de realização da intervenção médica sem qualquer consentimento –, e a possibilidade de responsabilização do profissional médico.

1. A informação sob o ângulo do médico - o ato médico, o dever de informar e a confiança legítima entre médico e paciente

Preliminar à identificação do conteúdo do dever de informação pelo profissional médico na sua relação para com o seu paciente, parece se mostrar a delimitação do conteúdo do ato médico em si. A propósito, ANTÔNIO GONÇALVES PINHEIRO define-o como sendo:

[...] aquele ato praticado pontualmente pelo profissional graduado em curso de Medicina aprovado e reconhecido no Brasil, exercido de acordo

*com o saber médico cientificamente construído, (...) e cujos objetivos principais são a prevenção, o diagnóstico, o tratamento e a cura de enfermidades.*⁹

Esses objetivos apontados pelo autor foram introjetados, como não poderia deixar de ser, na novíssima Lei do Ato Médico (Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013), que afirma que os objetivos da atuação profissional do médico se voltarão para: *I - a promoção, a proteção e a recuperação da saúde; II - a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças; III - a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências* (art. 2º, parágrafo único).

Mais importante ainda, nessa nova lei, é a definição das atividades privativas do médico (art. 4º), em que, sem embargo de múltiplos vetos presidenciais na nova lei, destacam-se *a indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios e a determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico*.¹⁰

Claro está, contudo, que é contínua a extensão da atividade médica na atualidade, o que é percucientemente enxergado por FERNANDO CAMPOS SCAFF, quando elenca suas múltiplas possibilidades hodiernas do ato médico:

[...] não só a visita médica (ou seja, o exame do corpo do paciente), mas também as atividades denominadas como preparatórias, dirigidas à realização de objetivos de natureza diagnóstica (pesquisas radiológicas, exames de sangue etc), ou aquelas destinadas a objetivos cirúrgicos (tais como, por exemplo, a anestesia antes da operação) ou ainda dirigidas a preparar a execução de outras intervenções (a realização de regimes de emagrecimento, radio e quimioterapias, dentre outras). Além delas, desenvolvem-se continuamente (...) as intervenções terapêuticas diversas, realizadas em favor do paciente (cirurgias, eletro-choque, curas físicas e psíquicas); as intervenções feitas em relação a uma pessoa, com o fim de melhorar a saúde de outras (transplantes de órgãos, transferências

9 PINHEIRO, Antônio Gonçalves. O ato médico e os Conselhos de Medicina: Considerações históricas, práticas e administrativas. In: NIGRE, André Luís e ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. **Direito e Medicina**: Um estudo interdisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 37,46-60

10 Art. 4º. § 1º Diagnóstico nosológico é a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios: I - agente etiológico reconhecido; II - grupo identificável de sinais ou sintomas; III - alterações anatômicas ou psicopatológicas.

de partes da pele, transfusões de sangue etc); e as intervenções com finalidades não estritamente terapêuticas (inseminações artificiais, tratamentos cosméticos e plásticos, experimentações sobre a pessoa humana, por exemplo).¹¹

Nesse sentido, está claro que a atividade médica de hoje possui campos de competência e modos de atuação bastante diversos da atividade médica de outrora, então prestada de modo exclusivamente individual, sem recurso à vasta evolução científica e tecnológica da ciência e da indústria médica; alterações profundas essas que, para o citado autor, tem como um de seus componentes principais o *“grau de fiscalização de controle que sobre ela é hoje exercido pelo próprio paciente e pela sociedade em geral”*.¹²

O paciente atual, certamente, não é mais aquele que recebe passivamente a intervenção médica proposta. Em tempos de *internet*, comunicação em massa e melhoras das condições educacionais, ocorre aos consultórios médicos com informações relevantes sobre a doença que acredita possuir, dialogando com o médico em nível anteriormente inexistente.

Essa transformação do ato médico e da postura do paciente acabou por transformar a própria postura do profissional médico dentro da relação médico-paciente e as relações médico-paciente em si. Diante da necessidade de modular as interações possíveis entre o dever médico de preservação da saúde do paciente e a proteção a direitos outros do paciente na situação em que está colocado, FERNANDO SCAFF denomina *“ética médica do dever”* a atual postura médica mais adequada no desempenho da relação médico-paciente, a qual *“estaria baseada nos direitos do homem, buscando aliar os direitos negativos (liberdade de consentimento, direito ao segredo e ao compromisso, por exemplo) aos direitos positivos (recebimentos de cuidados, consideração da dignidade etc)”*.¹³

11 SCAFF, op. cit., p. 34.

12 Ibid., p. 24.

13 Ibid., op. cit., p. 26. Para ele, as duas posições já superadas são: *“a chamada posição hipocrática, que deixa ao julgamento do médico as escolhas dos meios mais adequados ao paciente, sem maiores preocupações quanto aos interesses pessoais do destinatário de tais cuidados; a posição dita utilitarista, que consiste em pesquisar qual seria o maior bem a se fazer para o maior número de indivíduos e que assim ignora, também ela, o direito individual”*.

Por outro lado, tem-se entendido que a relação médico-paciente há de ser marcada especialmente por uma confiança qualificada entre as partes, a confiança legítima entre o médico e o paciente, a qual encontra no direito à saúde terreno propício para sua aplicação.

Ora, todas essas transformações do ato e da atividade médica, bem como a nova postura do profissional médico e, por fim, a consciência da necessidade da confiança legítima entre o médico e o paciente, trazem ínsitas um dos mais sérios e intocáveis deveres hodiernos do médico: o dever de ampla informação no âmbito da prestação da medicina curativa ou preventiva.

Onde há confiança, certamente deverá haver, acima de tudo, informação. O que se mostra como um dos principais deveres médicos derivados da postura da ética médica do dever, da postura de boa-fé, objetiva, do profissional médico, em suma, da confiança legítima instaurada para com o paciente, e o que também se constitui em um dever ético apurado, dada a sua introjção nos Códigos de Ética Médica nacionais, dentre eles o Código brasileiro.

2. A informação sob o ângulo do paciente – o direito de ser informado, o consentimento informado e seus requisitos

A contratação do serviço médico, com ajuste do preço, do objeto e das condições contratuais, segue a sorte de um negócio jurídico bilateral, com a necessária declaração de vontade, sendo assim o consentimento um de seus elementos inexoráveis.

Mas, por ter o ato médico como objeto de atuação a saúde do paciente, como campo de atuação o corpo deste e por se estar dentro de uma relação em que há de imperar a confiança plena e legítima entre as partes, sabidamente tal consentimento nunca poderá ser simples, tácito ou irrefletido.

É dizer, em face das características próprias de confiança da relação médica e em face da elevação da autodeterminação do corpo como direito irrestrito da personalidade, que há muito se tem entendido que o paciente possui o direito, correlato ao dever médico, de ser informado, com absoluta precisão, acerca de todos os detalhes do diagnóstico, prognóstico, detalhes e riscos do tratamento médico que lhe é proposto,

para que então, somente após essa gama de informações, ofereça o seu consentimento.

Ora, vê-se então que o consentimento na relação médico-paciente - e para a contratação da prestação de serviço médico- , é absolutamente qualificado, recebendo o que se convencionou chamar no direito brasileiro, a partir da nomenclatura norte-americana, de *consentimento informado*, qualificado, esclarecido. Trata-se de um consentimento que somente pode ser dado pelo paciente *pós-informação* ampla prestada pelo médico.

Em outras palavras, considerando, de um lado, que o ato médico possui sempre como objeto e talvez o mais elevado direito da personalidade humana, que é a sua integridade psico-física, rotineiramente tergiversando com o próprio direito à vida, e considerando, por outro lado, que há muito tem-se outorgado ao homem, também como direito da personalidade, o direito à liberdade e à autodeterminação dos destinos de seu corpo e de sua saúde, não haveria como permitir qualquer intervenção ou tratamento médico no corpo do paciente sem a sua inteira concordância.

Contudo, como dito, dada as especificidades da ciência médica, talvez das mais impenetráveis ao conhecimento leigo, mesmo para aqueles ricos em cultura e educação, de nada adiantaria o simples consentimento do paciente se não lhe fosse prestado pelo médico toda a sorte de informações possíveis sobre as especificidades da doença sofrida: diagnósticos, prognósticos, tratamento proposto e a sua duração, conseqüências e, especialmente, riscos do tratamento etc. Somente dispondo dessas informações é que o paciente leigo terá condições de ofertar seu consentimento, ao qual, por isso, qualifica-se como informado.

O consentimento informado tem-se assim colocado como um pressuposto para o livre exercício do direito da personalidade de autodeterminação dos destinos do próprio corpo do ser humano, o que, diante da necessidade de intervenção médica ante a enfermidade acometida, faz nascer o correlato direito da personalidade de escolha e mesmo de recusa da terapêutica médica proposta. Nesse sentido, dando notas da doutrina portuguesa, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA afirma:

Os bens jurídicos protegidos pelo consentimento informado são, ao nível do direito civil, para além do direito de autodeterminação nos cuidados de saúde, a integridade física e moral da pessoa humana. (...)

Reconhece-se um direito à recusa de tratamentos médicos, mesmo que esta surja como irrazoável. Este direito funda-se na liberdade de consciência e de religião (art. 41º/1 CR P) e no direito à integridade física e moral (art. 25º/1 CRP).¹⁴

Historicamente, a par de algumas decisões jurisprudenciais precursoras, o primeiro grande documento histórico que o fixou foi o Código de Nuremberg, de 1947, da forma seguinte: “*O consentimento voluntário do sujeito humano é absolutamente essencial*”. Ainda que essa norma tivesse como objetivo claramente a proibição de experimentações clínicas com seres humanos, atrocemente realizada na Alemanha Nazista, acabou por se transformar na base axiológica do direito médico hodierno e da doutrina do consentimento informado.

Mais recentemente, em 04 de abril de 1997, foi promulgada pelo Conselho da Europa a *convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina*, ou *Convenção de Oviedo*, um tratado comunitário que esmiuçou o direito de todo paciente ao livre consentimento informado:

Artigo 5.º. Regra geral.

Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.

Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.

A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.

No Código de Ética Médica brasileiro, restou estabelecido também, como princípio fundamental da conduta médica, o respeito pelo médico das escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos no processo de tomada de decisões profissionais.¹⁵ Por outro lado, certo é que, quando o Código elenca as vedações éticas do médico, no que respeita ao exercício do dever de infor-

14 PEREIRA, André Gonçalves Dias. Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*. Lisboa, v. 17, p. 11-22, 2007, p. 20.

15 CAPÍTULO I. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

mar, acaba por elencar também, *a contrario sensu*, direitos do paciente atinentes ao direito à liberdade e à autodeterminação do corpo, por meio do consentimento informado.¹⁶

Evidentemente, tais regras éticas coadunam-se com a diretriz estampada no art. 15 do Código Civil de 2002 (“*Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*”), relativa ao direito da personalidade da autodeterminação dos destinos do corpo e da saúde quando da doença, de que se extrai verdadeiro direito do paciente ao livre consentimento informado, esse como corolário prático do direito da personalidade em questão.

Não se pode esquecer, contudo, que o consentimento informado, para que se instaure eficazmente, exige o atendimento de uma série de *requisitos*, dentre eles: a consciência e a capacidade do paciente, a voluntariedade, o entendimento pleno a respeito das informações, a inexistência de vícios etc. Nas palavras de FERNANDO CAMPOS SCAFF,

O consenso do paciente não se pode fazer de modo inconsciente, mas deve, para que se considere realmente válido, ter sido precedido da necessária explicação, a ser prestada pelo agente de saúde, acerca das implicações que ocorrerão oriundas da realização ou não dos procedimentos médicos recomendados.¹⁷

Acerca desses requisitos do consentimento informado, sob o ângulo do paciente, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA elenca-os da seguinte forma, em monografia específica:

16 Capítulo IV. DIREITOS HUMANOS. É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. (...) Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Capítulo V. RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES. É vedado ao médico: Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte. (...) Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. (...) Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

17 SCAFF, op. cit., p. 98.

Para se obter um consentimento válido é necessário, em primeiro lugar, que o paciente tenha a capacidade para tomar decisões. (...) Em segundo lugar, o paciente deve ter recebido informação suficiente sobre o tratamento proposto. (...) Finalmente, o paciente tem de consentir (ou recusar) o tratamento de livre vontade, sem coação ou vícios da vontade. Trata-se aqui da explicitação das exigências fundamentais de todo o ato jurídico-civil: a liberdade e a consciência da declaração.¹⁸

Por outro lado, de uma forma geral, pode-se afirmar que o conteúdo do dever de informação do médico, que servirá de base ao livre consentimento informado do paciente, é aquele elencado no art. 34 do Código de Ética Médica, ou seja, o consentimento informado pressupõe informações ao menos sobre o “*diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento*”.

Segundo CARLOS EMMANUEL JOPPERT RAGAZZO, o médico sempre deverá mencionar ao paciente ao menos o seguinte:

(i) diagnóstico, tratamento e prognóstico; (ii) os benefícios esperados; (iii) os riscos médicos significativos associados; (iv) a provável duração da incapacidade; (v) outras opções de atenção ou tratamento significativas do ponto de vista médico; (vi) que se pode recusar o tratamento proposto (na medida em que a legislação permita), logo após ter sido adequadamente informado; devendo-se destacar, na informação, as consequências médicas que a recusa acarreta à saúde; e (vii) as informações sobre as necessidades posteriores à alta (atenções, cuidados e tratamentos), da parte do médico ou de alguém que este delegue.¹⁹

Contudo, certamente, uma questão das mais intrincadas a respeito do tema é a *medida ou grau* em que as informações prestadas pelo médico deverão ocorrer, o que será abordado no último capítulo conclusivo deste trabalho, conjuntamente com a possibilidade de responsabilização do profissional médico por ausência, ou por deficiência, da prestação

18 PEREIRA, André Gonçalo Dias. Responsabilidade civil médica na Europa: objectivação da responsabilidade e consentimento informado. In: NIGRE, André Luis e ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. **Direito e Medicina**. Um estudo interdisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 99-143; p. 118.

19 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Os requisitos e limites do consentimento informado. In: NIGRE, André Luis e ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. **Direito e Medicina**. Um estudo interdisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 145, 150-170.

dessas informações, mormente na hipótese em que ainda assim o médico tenha cumprido eficazmente o dever principal contratado.

Em caráter prévio a essa discussão, há de se observar preliminarmente que o consentimento informado também significa uma qualificação do consentimento que há de ser dado em todo negócio jurídico de contratação de serviços médicos, o que será abordado no capítulo a seguir. Por fim, mostra-se também perceptível que tanto o dever de informação do médico quanto o direito de informação do paciente, que leva ao consentimento informado, constituem-se em aplicações possíveis do princípio da boa-fé objetiva, em seu dever anexo ou lateral de informar, no campo da relação entre ambos; o que também se abordará a seguir.

3. O consentimento informado como elemento qualificador da declaração de vontade nos negócios jurídicos de contratação de serviços médicos e a sua vinculação com o princípio da boa-fé objetiva

Para além de corolário prático do direito da personalidade de escolha da terapêutica médica, quer nos parecer que o consentimento informado também pode ser visualizado sob o ângulo da teoria geral do direito civil. Nesse sentido, mostra-se também como um elemento qualificador da declaração de vontade emitida nos negócios jurídicos, cujo objeto seja a prestação de um serviço médico de saúde.

Os negócios jurídicos, sabidamente, são o campo de exercício da autonomia da vontade do homem, da autorregulação de seus interesses, sendo esse o seu nítido conteúdo ideológico, o que se faz por meio da *“a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos jurídicos pretendidos pelo agente e reconhecidos pelo direito”*,²⁰ a qual, contudo, submete-se a limites significativos: a lei, os bons costumes e, a nosso ver, os princípios contratuais contemporâneos: a) a boa-fé objetiva; b) a função social dos contratos; c) a equivalência material das prestações contratuais.²¹

20 AMARAL, Francisco. *Introdução ao Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 499.

21 A propósito, consulte-se nossa obra: CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Revisão Judicial dos Contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

Ora, sem a informação adequada prestada pelo médico, acerca do diagnóstico, prognóstico e características e riscos do tratamento, ou com informação deficiente, o consumidor-paciente não terá ao seu dispor conhecimentos suficientes para o exercício de sua escolha. Assim ocorrendo, o consentimento informado não se instaurará e, em consequência, a declaração de vontade, se transmitida, não ocorrerá isenta de vícios.

Na prestação de serviços médicos, dever-se-á estar diante de declaração de vontade necessária e extremamente qualificada, não simples, havendo de ser, tanto quanto possível, coincidente com a vontade interna do declarante, que somente poderá ser dada depois da perfeita assimilação de informações corretas e adequadas prestadas pelo médico.

Caso a declaração tendente ao exercício do direito da personalidade em tela tenha sido emitida sem observância do consentimento informado, estar-se-á diante de uma vontade viciada, isto é, de vícios do consentimento; ou, em expressão mais objetiva e ampla, de defeitos do negócio jurídico. Mais especificamente, dentre esses, estar-se-á diante de *erro*, quer por conhecimento defeituoso da realidade, quer por completa ignorância dessa, isto é, por falsa representação da realidade ou pela ausência completa de conhecimento sobre determinada realidade.²²

Num ou noutro sentido, a imbricação entre consentimento informado e declaração de vontade como elemento do negócio jurídico é patente nas contratações de serviços médicos. De um lado, somente haverá consentimento informado se esse houver sido precedido das suficientes e adequadas informações médicas. Por outro lado, somente haverá declaração de vontade isenta de vícios na contratação médica se houver consentimento informado.

22 Conforme Maria Helena Diniz, o erro, “*noção inexata, não verdadeira, sobre alguma coisa, objeto ou pessoa, que influencia a formação da vontade*”, acaba por impedir essa, a vontade, “*se forme em consonância com sua verdadeira motivação; tendo sobre um fato ou sobre um preceito noção incompleta, o agente emita sua vontade de modo diverso do que a manifestaria se dele tivesse conhecimento exato ou completo*”. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro 1**. Teoria Geral do Direito Civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 465-466. Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, afirma que comete erro aquele que “*por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de modo que não seria sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação*”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 324. v. I. Anote-se, contudo, que a distinção entre erro em sentido estrito e ignorância não guarda maior importância à luz do Código Civil de 2002, eis que esse trata das duas figuras apenas sob a denominação geral de *erro*.

Sob outro aspecto, o consentimento informado liga-se indissociavelmente com os deveres anexos de informação que nascem a partir da consideração do princípio da boa-fé objetiva como modelo ou arquétipo ideal de comportamento contratual pelos co-contratantes.

Com efeito. Quer realizado no âmbito das relações de consumo, quando diante de contratação em massa, quer no âmbito particular da contratação individual com profissional específico, o contrato médico possui natureza e características básicas de um contrato de prestação de serviços:²³ bilateralidade, comutatividade, consensualidade, onerosidade, de execução instantânea (consultas, exames) ou de mais longa duração, bem como a nota específica do consentimento informado.

Ora, dentro da teoria contratual contemporânea, um dos princípios capitais é o da boa-fé objetiva, o qual, como se verá adiante, possui intensa ligação com o consentimento informado. Tendo como um de seus fundamentos maiores a confiança na conduta do co-contratante, a boa-fé objetiva liga-se enormemente à contratação médica, em face de nessa imperar a aludida noção de confiança legítima.

O princípio social da boa-fé objetiva não possui, certamente, um caráter unívoco. Diversa da boa-fé subjetiva, a boa-fé objetiva, em uma de suas acepções mais importantes para a teoria geral dos contratos, exerce o papel de verdadeiro paradigma positivo de comportamento dos agentes nas relações jurídicas privadas, e especificamente nas relações jurídicas contratuais, sejam de consumo, sejam civis comuns, eis que, com ele, e por meio dele, cada parte contratante deve adotar posições de cooperação e lealdade para com a outra parte, em prol da finalidade negocial, gerando na contraparte a confiança de que suas mais legítimas expectativas serão atendidas.

Corporificando assim um modelo de conduta e impondo a prática de deveres anexos de conduta, dentre eles o dever de informar, fundamenta o dito princípio o dever de informação a ser prestado pelo médico, de modo que o consentimento informado a ser ofertado pelo consumidor-paciente também pode claramente ser situado *no e a partir*

23 Nesse sentido, Fernando Campos Scaff, para quem, em princípio, *“as combinações acerca da realização de uma consulta clínica ou de uma intervenção cirúrgica são tratadas a partir do surgimento de um contato direto e pessoal entre as partes, momento no qual são acertados o preço, o conteúdo do serviço a ser prestado, o prazo e as outras condições da contratação. Realizam-se, pois, os atos usuais à criação de um contrato dessa natureza, de acordo com o gênero por vezes tipificado na legislação ordinária”*. SCAFF, op. cit., p. 30-31.

do princípio contratual da boa-fé objetiva, especialmente no que respeita à sua função de norma de conduta nos contratos tendente à criação de deveres jurídicos.

Introjadas no Código Civil de 2002 em seus arts. 113, 187 e 422, essas passagens correspondem às funções identificadas, pela ampla doutrina, para a boa-fé objetiva, quais sejam respectivamente: a) a boa-fé objetiva como cânone interpretativo-integrativo; b) a boa-fé objetiva como norma limitadora ao exercício de direitos subjetivos; c) a boa-fé objetiva como norma de conduta nos contratos tendente à criação de deveres jurídicos²⁴.

Enfocando especialmente essa última função, a boa-fé objetiva como norma de conduta nos contratos tendentes à criação de deveres jurídicos, encetada como princípio e como cláusula geral, tanto no art. 422 do Código Civil de 2002 quanto no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, percebe-se que, em termos de relação contratual, de consumo ou comum, a boa-fé objetiva tem importância capital, pois corporifica, fundamentalmente, o dever de conduta cooperativa, respeitosa, leal, proba, honesta, que deve imperar não só nas relações jurídicas contratuais quanto em todas as relações sociais, apta a gerar confiança no outro contratante e apta a atender as expectativas legítimas surgidas a partir dessa confiança despertada. Confiança que se coloca, assim, como bem afirma JORGE CESA FERREIRA DA SILVA,²⁵ como um dos mais importantes fundamentos materiais da boa-fé objetiva.

Diante de tal construção, JUDITH MARTINS-COSTA vê a boa-fé objetiva como um veraz modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico que deverá ser rigorosamente seguido pelos contratantes: “cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”.²⁶

24 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direto Privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 427 *et seq.* Em similar sentido, veja-se MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 180.

25 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 48.

26 MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 753, p. 24-48, 1998, p. 42.

Na realidade, para a correta compreensão contemporânea da boa-fé objetiva, deve-se ter em mente que as relações obrigacionais não podem mais ser vistas como portadoras de prestações unívocas, mas sim transmissoras de uma série de deveres de conduta e contratuais que objetivam a realização dos interesses legítimos das partes e a realização do objetivo do contrato, visualizando-se o contrato como um verdadeiro processo,²⁷ do qual nascem direitos e deveres que não só são resultantes da obrigação principal.

Dito de outro modo, com o princípio social da boa-fé objetiva, o contrato então passa a envolver não apenas a obrigação de cumprir a prestação principal, mas envolve também uma obrigação de se conduzir de forma proba, leal, honesta, cooperativa, não abusiva, passando a existir, assim, duas classes de deveres dentro da relação obrigacional: deveres de prestar e deveres de conduta.²⁸

Esses últimos, que acompanham o contrato, são denominados, pela ampla doutrina, de deveres anexos, secundários ou ainda laterais, podendo-se afirmar, portanto, que dentro da perspectiva da boa-fé objetiva, a relação contratual obriga não somente ao cumprimento da prestação principal, mas também ao cumprimento dessas prestações anexas, as quais podem ser agrupadas tanto em relação à etapa contratual (formação, celebração, execução do contrato ou mesmo após a extinção do contrato) quanto em relação à sua natureza (deveres de proteção ou de cuidado, deveres de esclarecimento ou de informação e deveres de lealdade ou cooperação).²⁹

Tem-se, portanto, como primeiro dever anexo a ser observado pelos contratantes, o dever de proteção ou de cuidado, cujo conteúdo está na conduta voltada à preservação e proteção do co-contratante em relação a danos à sua integridade pessoal, física ou moral, e à integridade de seu patrimônio.

A seu turno, o dever secundário de informação ou de esclarecimento deve acompanhar os contratantes durante todo o transcurso do contrato, e não apenas na fase pré-contratual, encontrando-se esse

27 Como defendera, há muito, COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV Editora, 2007.

28 MARQUES, op. cit., p. 182-183.

29 Nesse sentido, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr.-jun. 1995, p. 26-27.

dever estampado em diversas passagens do Código Civil de 2002 e do CDC, a exemplo de seus arts. 30, 31 e 46.

Ora, certamente o dever de informação é o dever anexo do capital nas relações ético-contratuais entre o médico e o paciente, já que pauta a atuação do primeiro e, em consequência, o livre consentimento informado do segundo. Nesse sentido, alude FERNANDO CAMPOS SCAFF que

*[...] o consentimento informado constitui-se num dever lateral do atendimento médico, relacionado com aquelas obrigações principais, concernentes à realização do tratamento indicado pela melhor conduta e à organização do processo clínico.*³⁰

Finalmente, o terceiro dever anexo destacado é o dever de cooperação, isto é, o dever de colaborar durante a execução do contrato com a contraparte, conforme o paradigma da boa-fé objetiva. Cooperar, conforme CLÁUDIA LIMA MARQUES, é agir com lealdade e probidade, não obstruindo ou impedindo as expectativas legítimas do outro contratante na consecução do contrato.³¹

Em suma, o princípio da boa-fé objetiva envolve a observância de deveres anexos, secundários ou colaterais de conduta por ambas as partes contratantes, nos momentos de pactuação, de execução e de dissolução dos contratos, e mesmo numas fases pré e pós-contratual, tanto nas relações contratuais de consumo, regidas pelo CDC, quanto nas relações contratuais comuns, regidas pelo Código Civil de 2002. Ligando-se então os deveres anexos “*ao exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional (...)*”,³² clara está a intensa vinculação do princípio da boa-fé objetiva, especialmente por seu dever anexo de prestação da informação, com o livre consentimento informado,³³ necessário na relação médico-paciente.

30 SCAFF, op. Cit., p. 120-121.

31 MARQUES,, op. cit., p. 194.

32 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 44.

33 A propósito dessa imbricação, veja-se o julgado a seguir do STJ: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. (...) 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “*termo de consentimento informado*”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais

4. A ausência ou deficiência do dever médico de informação, as suas implicações para o consentimento informado e a possibilidade de responsabilização médica decorrente.

Enfocada a noção, requisitos e conteúdo do consentimento informado, bem como estabelecida a sua vinculação com a declaração de vontade nos negócios jurídicos e com o princípio da boa-fé objetiva, cumpre agora traçar alguns pressupostos da eventual responsabilidade médica na hipótese da ausência ou deficiência de informação pelo médico a influenciar negativamente o consequente consentimento informado pelo paciente.

Com efeito, sabidamente, a responsabilização do profissional médico ocorre, dentro da teoria geral do direito privado, de forma subjetiva, isto é, mediante a aferição de sua conduta culposa, nos termos do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.³⁴

Ora, tendo havido culpa médica por erro de diagnóstico ou erro do tratamento em si, ocasionada por negligência, imprudência ou imperícia, é evidente que, se danos daí advierem, deverão ser plenamente indenizados. Aliás, como dito em linhas anteriores, a responsabilidade médica tem enfrentado desenvolvimento certamente não visto em relação a outras profissões liberais. Tal ato pode ser explicado, em grande medida, pela expansão da própria atividade médica, a qual acaba alargando os horizontes de sua responsabilidade.

Particularmente, a propósito dos danos possíveis e passíveis de indenização, é importante lembrar que a responsabilidade médica no Brasil assistiu nas últimas décadas ao surgimento de uma nova categoria autônoma de danos, diversa dos danos patrimoniais ou materiais e mesmo dos danos extrapatrimoniais morais³⁵, qual seja, a categoria dos

problemas que possam surgir durante o pós-operatório. (REsp 1180815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julg. em 19/08/2010, DJe 26/08/2010).

34 A respeito desse tema, consulte-se: VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Responsabilidade do Profissional Liberal nas Relações de Consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

35 Tem-se entendido que o conceito de danos morais, na ordem civil-constitucional hodiernamente imperante, nunca poderá passar ao largo dos conceitos de dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direitos da personalidade, tratando-se, em verdade, de lesão à pessoa humana em sua dignidade e em seus direitos da personalidade. Em outras palavras, entende-se que a leitura civil-constitucional mais consentânea com a Constituição é deixar aos danos morais apenas as

danos estéticos, há muito tratada na doutrina francesa e, na brasileira, precursoramente, por TERESA ANCONA LOPEZ³⁶, e mais recentemente por ENÉAS DE OLIVEIRA MATOS.^{37 38 39}

situações de violação à personalidade, seja por lesão à dignidade da pessoa humana, a direitos fundamentais ou a direitos da personalidade.

Rol autorizado de autores nacionais doutrinam nesse sentido. Assim, para Maria Celina Bodin de Moraes, os danos morais constituem lesão à dignidade da pessoa humana e à cláusula geral da tutela da pessoa humana (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 131). Similarmente, Maria Helena Diniz, tratando do denominado dano moral direto, vai defini-lo como sendo “*a lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (...) ou nos atributos da pessoa (...). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF 88, art. 1, III)*” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 91)³⁷.

Paulo Luiz Netto Lôbo, a seu turno, é contundente ao afirmar a inexistência de danos morais fora do âmbito dos direitos da personalidade. Segundo o autor, “*a interação entre danos morais e direitos da personalidade é tão estreita que se deve indagar da possibilidade da existência daqueles fora do âmbito destes*”. Assim é que os “*danos morais são violações exclusivamente dos direitos da personalidade, não tendo cabimento, no direito brasileiro, a invocação a “preço da dor”*” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 285-286). De igual modo, o autor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, Ministro da Suprema Corte do país, também associa danos morais e violação de direitos, para ele, fundamentais: “*(...) Pensamos que la cuestión puede ser enfocada a través de la lesión de derechos fundamentales de la persona y que en consecuencia debe hablarse de daño a la persona*” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **La Responsabilidad Civil**. Revista de Direito do Consumidor, v. 46, p. 41-76, 2003, p. 53-55).

A propósito, consulte-se ainda nossa tese de doutorado defendida perante o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no prelo: CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. **Danos extrapatrimoniais e função punitiva**. Tese de doutorado defendida perante a Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

36 Para ela, os danos estéticos seriam “*qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um “enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral*”. LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 36.

37 Esse autor oferta uma noção mais objetiva do dano, ligando-o à ofensa à integridade física. Dano estético seria assim: “*Toda ofensa causada aos direitos físicos da pessoa humana, correspondentes à integridade física da pessoa humana, ligados diretamente à pessoa de seu titular, sejam eles, v.g., direito à higidez corpórea e às partes do corpo, protegendo o corpo de qualquer modificação não autorizada*”. MATOS, Enéas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 168-169.

38 Para ambos os autores, a autonomia entre danos morais e danos estéticos seria evidente, já que esses últimos representariam violação ao direito à integridade psicofísica, enquanto os danos morais estariam ligados tão-só à violação da integridade moral da pessoa humana. Veja-se, a propósito, Enéas Matos: “*(...) retira-se a autonomia do dano estético do dano moral, considerando o bem juridicamente tutelado, vez que o dano estético corresponde a uma ofensa à integridade física, enquanto o dano moral corresponde a uma ofensa à integridade moral(...). Assim sendo, se danos diferentes são – dano moral e estético –, no mesmo evento podem ter origem esses dois danos, e, por consequência, duas relações de reparação diferentes, cumuláveis*.” *Idem, ibidem*.

39 Sem embargo da existência de divergências doutrinárias quanto a essa autonomia, é de se

Contudo, a grande controvérsia em relação à responsabilização médica, como dito alhures, reside na eventual possibilidade de responsabilização do médico não por erro de conduta, mas sim em face da ausência ou deficiência no seu dever de informação plena, acarretando ausência ou deficiência do consentimento informado a ser prestado pelo paciente, quer na situação em que, durante a intervenção médica, os riscos possíveis se materializem e danos ao paciente ocorram – repita-se, não por erro médico, mas sim pelo risco iatrogênico ou biológico próprio da medicina –, quer mesmo quando dano algum tenha ocorrido na intervenção médica e essa se tenha acompanhado de pleno sucesso terapêutico.

Em outras palavras, caso tenham sido provocados danos por negligência, imprudência ou imperícia médica, seja por erro de diagnóstico, seja por erro de conduta propriamente dita, certa estará a responsabilidade médica, subjetiva. De igual modo, também não haverá dúvidas quanto à responsabilização do profissional caso tenha faltado com o seu dever de informação e, ainda por cima, tenha provocado danos mediante *má prática* médica, isto é, conduta culposa.

A questão central que se coloca estará então justamente na possibilidade de causação de danos morais, ou mesmo danos estéticos em situações específicas, em atuações médicas em que, muito embora o médico tenha faltado com o seu dever de informação, não tenham sido acarretados quaisquer agravamentos ao estado de saúde do paciente, ao contrário, somente melhoras lhe tenham sido impingidas, ou se danos ocorreram, não tenham sido causados por *má prática* médica, mas sim pelos riscos próprios da intervenção médica à vista da enfermidade do paciente⁴⁰.

salientar que os danos estéticos também foram reconhecidos pela ampla jurisprudência, tratando-se inclusive de matéria sumulada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula 387: “É possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral”.

40 André Gonçalo Dias Pereira também elenca essas duas possibilidades ligadas à ausência do dever de informação e de consentimento informado, no que ele denomina de intervenções arbitrárias: “Se a intervenção médica for arbitrária, porque não se obteve consentimento ou se obteve um consentimento viciado (por falta de informação adequada), devemos distinguir duas situações: na primeira, verifica-se uma intervenção médica sem consentimento (ou com consentimento viciado), mas sem quaisquer danos (corporais), ou seja, sem qualquer agravamento do estado de saúde do paciente; na segunda, a intervenção é arbitrária e não obteve êxito, ou verificaram-se riscos próprios da operação, ou provocou consequências laterais desvantajosas.” Claro está, como dito acima, que, nessa segunda hipótese, a responsabilidade médica é patente, seja pelo erro de conduta médica em si, seja porque os riscos próprios da intervenção médica ocorreram sem que o paciente estivesse para eles alertado e com

Ora, considerando toda a histórica evolução da teoria dos direitos da personalidade, pode-se responder inicialmente que se mostra plenamente possível a responsabilização médica por mera ausência do dever de informação, eis que, ao não ter sido permitido o adequado consentimento informado, acabou-se por violar o direito da personalidade de autodeterminação dos destinos do corpo e da saúde do paciente envolvido, que inclusive recebe previsão expressa no art. 15 do Código Civil.

Nesse exato sentido, doutrina FERNANDO CAMPOS SCAFF que o inadimplemento do médico quanto à sua obrigação de obter o consentimento informado do paciente é *“causa autônoma de culpa, reconhecida como uma agressão à liberdade e aos direitos da personalidade do paciente”*. De tal sorte, pode gerar, por si só, *“pretensão distinta à obtenção de uma indenização, independentemente dos resultados que venham a ser alcançados com tal tratamento que não tenha sido autorizado previamente”*. É dizer, ainda nas palavras do autor, que *“surge daí, em tese, justa pretensão do paciente ao ressarcimento desse específico dano causado, ainda que outros tenham sido evitados em virtude daquela mesma atuação”*.⁴¹

Em sentido similar, também se posiciona SÉRGIO CAVALIERI FILHO, para quem:

Embora médicos e hospitais, em princípio, não respondam pelos riscos inerentes da atividade que exercem, podem eventualmente responder se deixarem de informar aos pacientes as conseqüências possíveis do tratamento a que serão submetidos. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade.⁴²

Nessa perspectiva apresentada, é válido destacar o precedente do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no

essa intervenção houvesse concordado, por meio de seu consentimento informado.

41 SCAFF, *op. cit.*, p. 98.

42 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 378.

exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (Resp 436.827/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2002, DJ 18/11/2002, p. 228)⁴³

E ainda o recente julgado do Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VASECTOMIA. AUSÊNCIA DE CULPA. TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO. RISCOS DE RECANALIZAÇÃO ESPONTÂNEA. NECESSIDADE DE EXAMES. AUSÊNCIA DE PROVA. DEVER DO MÉDICO. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR RAZOÁVEL. 1. Ainda que reconhecida a ausência de culpa do médico no ato da cirurgia de vasectomia, responde pelo dano moral em decorrência da falta de informações claras e precisas sobre os riscos de recanalização espontânea e dos exames de acompanhamento. (...) APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (TJ-PR - AC: 7489096 PR 0748909-6, Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 16/06/2011, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 664)

Na linha apresentada, a responsabilização médica poderia ter tido grandes chances de ser implementada se, por exemplo, houvesse no caso concreto outras opções de tratamento, que, no entanto, não puderam ser sopesadas e escolhidas pelo paciente em face da ausência do dever de informação pelo profissional médico.

Assim, imagine-se se determinado médico simplesmente extirpa os seios de uma mulher de meia-idade, praticamente à sua revelia, pelo fato de suas ascendentes terem falecido de violento câncer de mama, sem que, contudo, tenha especificado a ela que os riscos de que viesse a herdar herança genética negativa seria em torno, por exemplo, de 5% (cinco por cento). Ora, muito embora tal índice seja uma percentagem relativamente alta, é patente que o médico não poderia se imiscuir na decisão da paciente, que poderia simplesmente optar, devidamente in-

43 Veja-se ainda outro acórdão da lavra do mesmo Ministro: RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido. (Resp 467.878/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 10/02/2003, p. 222)

formada, em manter os seus seios e conviver com a ameaça patente de um futuro câncer de mama.⁴⁴ Ou, imagine-se o médico que, ao realizar o parto do 10º filho de uma paciente de condições econômicas e educacionais visivelmente deficientes, promove-lhe arbitrariamente laqueadura sem antes obter o seu consentimento informado, ou mesmo sem sequer lhe comunicar o procedimento.

Claro está, nesses exemplos, que, se de um lado, a violação à integridade física do paciente estaria cientificamente - ante o estado da arte médica -, plenamente justificada, trazendo-lhe até mesmo benefícios médicos, por outro lado, séria violação ao seu direito da personalidade à autodeterminação dos cuidados de saúde foi-lhe ocasionado, sendo possível a indenização por danos morais.⁴⁵

De toda sorte, muito embora o caráter absoluto desse direito da personalidade à escolha do tratamento médico, consideramos que alguns contrapontos devem ser destacados para a responsabilização médica no caso de ausência ou deficiência de informação ao paciente.

De fato, é preciso observar igualmente a conduta médica sob o ângulo do *conteúdo* da informação a ser prestada pelo médico, isto é,

44 Veja-se o exemplo similar ofertado por André Gonçalo Dias Pereira: "(...) em alguns casos, apesar da melhoria de saúde da paciente, a intervenção arbitrária foi tão grave que justifica uma indenização pelos danos morais. Assim acontecerá, v.g., no caso de uma histerectomia que, embora eliminando um risco de câncer, causou comprovadamente danos morais gravíssimos à mulher". PEREIRA, op. cit., p. 120.

45 Teresa Ancona Lopes, com apoio em Jean Penneau, afirma, percuientemente, que a ausência de informação em intervenções médicas dispensáveis ou adiáveis deverá sofrer penalidades mais graves. São suas palavras: "Até que ponto um defeito de informação pode ensejar a responsabilidade médica? Ou melhor, quando a falta de informação vai integrar o nexo causal levando o médico a responder? Sobre isso temos magistral lição de Jean Penneau, que começa por distinguir entre intervenções indispensáveis e dispensáveis ou adiáveis. Se sobrevier dano físico por causa de defeito de informação em operação indispensável, que assim razoavelmente se presume, deve-se concluir que, mesmo se o paciente fosse melhor informado, deveria resignar-se a suportar as consequências, desde que nenhum erro técnico tenha sido cometido, é claro. Não há nexo de causalidade, nesse caso, entre o defeito de informação e o dano. De outro lado, pode-se pedir dano moral por defeito de informação, apesar de a operação ser inevitável, quando o paciente não pôde se preparar, por falta de informação, para eventualidade tão grave (mutilação), que, além do golpe psíquico, acarreta-lhe incapacidade temporária. Se tivesse sido informado, poderia fazer a operação em ocasião mais propícia. É o caso de paciente que operou hérnia com necrose do testículo. Apesar de não ter havido nenhuma falha técnica nem dano material, o médico foi condenado a pagar danos morais por defeito de informação e pelas razões acima expostas. A informação defeituosa é muito mais grave nas operações dispensáveis, como aquelas de cirurgia plástica cosmética. Mas não é apenas nessa situação que aparece a falta de informação no nexo de causalidade das operações dispensáveis. É ainda Penneau que mostra caso em que se o cliente tivesse sido melhor informado teria optado por outra solução, que não o exporia aos riscos da internação". LOPEZ, op. cit. p. 115-116.

sob o ângulo da disponibilização de informações ao paciente hábeis a levar este ao consentimento informado, o que poderá funcionar como excludente de sua responsabilização. Em outras palavras, algumas questões pertinentes podem ser levantadas a fim de bem verificar se realmente esse foi adimplente ou inadimplente com sua obrigação de colher previamente o consentimento informado do paciente: a) O que o médico deve informar?; b) Até que ponto deve informar?; c) Quanto às opções de tratamento, o que deve ele informar?; d) Quanto aos riscos da intervenção, o que deve o médico informar?.

Ora, não é possível descurar-se, logo de início, que a comunicação entre o médico e o paciente enfrenta rotineiramente sérias dificuldades, em face de um dos polos dessa relação de confiança deter os conhecimentos técnicos enquanto o outro é ocupado por pessoa hipossuficiente, muitas vezes quase totalmente leiga.⁴⁶

Sob esse influxo, aparenta que o médico terá se desincumbido de seu dever de indenizar se houver transmitido ao paciente apenas as opções razoáveis de tratamento e não todas as opções possíveis; como, por exemplo, terapias ainda controversas cientificamente ou terapias somente possíveis em países estrangeiros ou em instituições médicas de ponta, em situação claramente fora dos limites econômicos do paciente. É exatamente essa a opinião de CARLOS EMANUEL JOPPERT RAGAZZO, em monografia específica sobre o tema:

Todas as possibilidades de tratamento devem ser necessariamente informadas ao paciente? Quais riscos merecem ser transmitidos ao paciente? () Seria ilógico demandar de um médico a obrigação de comunicar ao paciente todos os tratamentos possíveis para a sua patologia. Em certas instâncias, esse excesso de informação poderia contribuir para uma enorme confusão, prejudicando a capacidade

46 Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo resume a questão nos seguintes termos: “*Há diversas barreiras ao acesso à informação médica. A maior de todas talvez seja a barreira linguística, pois o vocabulário profissional é de difícil compreensão para leigos, ainda mais se levando em consideração os diferentes níveis de educação e de conhecimento médico que cada paciente pode ter. (...) Tendo em vista as inúmeras dificuldades presentes no processo de comunicação, caberá ao médico envidar seus melhores esforços para tornar a informação adequada. De uma forma geral, as informações deverão ser verdadeiras, claras e suficientes, assim com as que devem ser prestadas em qualquer caso de dever de informação. Embora seja uma técnica que deva ser individualizada de acordo com o paciente, há informações básicas sem as quais nenhum consentimento poderá ser considerado válido. Para tornar o consentimento válido, o pilar básico das informações indispensáveis seriam o diagnóstico, o tratamento, as alternativas e os riscos*” In: RAGAZZO, op. cit., p. 149.

decisória que determina o consentimento informado. Por esse motivo, se exige apenas a informação quanto às opções razoáveis de tratamento para a patologia diagnosticada, preservando-se o papel do médico na relação, a quem compete uma certa liberdade terapêutica.⁴⁷

Quando aos riscos do tratamento proposto, a questão do *conteúdo* do dever de informação mostra-se ainda mais delicada: os riscos normais e previsíveis devem sempre ser comunicados previamente ao paciente, a fim de que possa ofertar eficazmente o seu consentimento informado. Igualmente, riscos absolutamente raros, porém graves ou severos, deverão ser mencionados.⁴⁸ É patente ainda que a transmissão dos riscos deverá levar em conta o paciente individualmente considerado, ou seja, o paciente concreto, levando em conta não só os seus limites intelectuais e educacionais de entendimento, mas também a categoria em que ele se enquadra, v.g., se obeso, se fumante, se gestante, se hipertenso etc.

A propósito, traçando os critérios de informação dos riscos do tratamento pelo médico, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA aborda o que denomina teoria do *paciente concreto*:

A revelação dos riscos é a pedra de toque do consentimento informado.
() Para aferir da necessidade de comunicar ou não um determinado risco deve tomar-se em consideração as seguintes linhas de análise:

1. Necessidade terapêutica da intervenção, a incluir a urgência do tratamento, a necessidade do tratamento, a perigosidade do tratamento, a novidade do tratamento, a gravidade da doença, o facto de a intervenção ser meramente diagnóstica ou ser terapêutica;
2. A frequência da verificação dos riscos – sendo que mais importante do que o critério estatístico é da verificação dos riscos no grupo de pacientes a que pertence o doente: os chamados “riscos especializados”; entendo que o médico deve informar os riscos raros, quando, no caso de estes se verificarem, a vida do paciente resultar gravemente prejudicada e, apesar de raros, serem específicos daquela concreta intervenção;
3. A gravidade dos riscos – a impor que quanto mais grave for o risco, mais se deve estender o dever de os revelar;

47 RAGAZZO, op. cit., p. 151.

48 Nesse sentido, RAGAZZO, op. cit., p. 151.

4. E finalmente, o comportamento do paciente – tópico que conduz a que a informação seja adequada ao paciente concreto, isto é, tenha em conta a específica actividade profissional do paciente ou o tipo físico-patológico em que o doente se insere (obeso, fumador, grávida etc).⁴⁹

Contudo, quer nos parecer que, caso levada à última instância, a conduta informativa do médico poderia chegar ao ponto mesmo de aterrorizar o paciente, o que se mostraria contraproducente ao exercício de seu direito à saúde na relação médico-paciente, também tolhendo, em inversa perspectiva, o seu consentimento informado. Riscos biológicos, como, *v.g.*, um choque anafilático, sempre existirão em toda intervenção cirúrgica. Assim, temos que é do médico a tarefa de traduzir as informações técnicas em informações palatáveis ao paciente, não se lhe podendo exigir que sejam transmitidos todos os rigores técnicos do procedimento⁵⁰.

Além disso, existem situações em que o dever de informação não haverá de ter lugar, ou ao menos deverá ser mitigado, o que poderá funcionar como excludente da responsabilização do profissional por ausência de consentimento informado, dentre elas: a) quando se tratar de emergência médica e houver sério risco de vida ao paciente, nos termos dos arts. 22 e 31 do Código de Ética médica e do art. 8º da Convenção de Oviedo do Conselho da Europa;⁵¹ b) em hipótese de grave perigo à saúde pública, como no caso de doenças de internação compulsória, quando de epidemia; c) na hipótese do denominado privilégio terapêu-

49 PEREIRA, op. cit., p. 122.

50 Nesse sentido, pensamos que pode ser destacado o julgado a seguir do Tribunal de Justiça de São Paulo: “RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MATERIAIS - MORAIS - Improcedência - Lesão de estrutura nervosa em procedimentos cirúrgicos na região do pescoço é risco inerente ao ato cirúrgico - Informações anotadas em prontuário e descrição da cirurgia que seguem as normas preconizadas pela Literatura médica - Consentimento da autora pós-informado devidamente assinado - Não é usual a discriminação de todas as complicações possíveis, pois são diversas e muito imprevisíveis (...) Termo de consentimento de fls. 108, onde declarou ter compreendido o diagnóstico e prognóstico da doença, possíveis tratamentos e riscos previsíveis e possíveis intercorrências inesperadas, bem como as conseqüências que poderiam resultar da recusa em aceitar os tratamentos - Improcedência da ação corretamente decretada - Sentença mantida -Recurso improvido. (TJ-SP - APL: 1205322420058260100 SP 0120532-24.2005.8.26.0100, Relator: Salles Rossi, Data de Julgamento: 23/03/2011, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/03/2011)”

51 Art. 8.º *Situações de urgência*. Sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa.

tico, isto é, quando a comunicação do diagnóstico, do prognóstico ou dos riscos da doença possam vir a provocar mais danos ao paciente, nos termos do art. 34 do CEM; d) em algumas hipóteses de tratamento do incapaz, cuja vontade deva ser levada em conta na medida do possível, quando a posição defendida por seus representantes atente contra o seu direito à integridade psicofísica ou contra a sua vida.⁵²

5. Conclusões

A par de todas as nuances apresentadas, especialmente no precedente capítulo, parece certo que a indenização por danos morais em face da ausência ou deficiência do dever médico de informação – que motiva a ausência completa ou deficiência de consentimento informado pelo paciente – poderá ter enorme importância prática, já que, em face das dificuldades de se provar a negligência médica, fundamentar o pedido indenizatório na ausência de consentimento informado poderá ser decididamente mais fácil.

No entanto, é imperioso sempre rememorar que pode se revelar deveras tormentosa a tarefa do profissional médico de bem aquilatar os limites adequados do *conteúdo* da informação – o que informar, até que ponto informar, o que informar quanto às opções de tratamento e quanto aos riscos da intervenção.

52 Artigo 6.º *Protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento.* 1 - Sem prejuízo dos artigos 17.º e 20.º, qualquer intervenção sobre uma pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento apenas poderá ser efectuada em seu benefício directo. 2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade. 3 - Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização. 4 - O representante, a autoridade, a pessoa ou a instância mencionados nos n.os 2 e 3 recebem, nas mesmas condições, a informação citada no artigo 5.º 5 - A autorização referida nos n.os 2 e 3 pode, em qualquer momento, ser retirada no interesse da pessoa em questão. Artigo 7.º *Protecção das pessoas que sofram de perturbação mental.* Sem prejuízo das condições de protecção previstas na lei, incluindo os procedimentos de vigilância e de controlo, bem como as vias de recurso, toda a pessoa que sofra de perturbação mental grave não poderá ser submetida, sem o seu consentimento, a uma intervenção que tenha por objectivo o tratamento dessa mesma perturbação, salvo se a ausência de tal tratamento puser seriamente em risco a sua saúde.

Com efeito, em linhas de princípio, certamente a informação deverá ser máxima. No entanto, deve-se lembrar de que a revelação de certos aspectos próprios da atividade médica nem sempre poderá ser considerada como salutar ao próprio paciente, podendo ainda ser tida como inexigível para o profissional médico, como, por exemplo, em situações de eventual informação acerca de opções indisponíveis de terapêutica, ou de detalhes científicos da técnica terapêutica adotada ou de riscos estatisticamente desprezíveis, cuja revelação poderia influenciar negativamente a adesão informada do paciente à proposta terapêutica vantajosa sob o ponto de vista do custo-benefício.

De toda sorte, mesmo nas hipóteses de ausência completa ou deficiência de informação médica, pensamos que a ocorrência de sucesso terapêutico poderá ser eventualmente levada em conta, se não acertadamente, como uma causa excludente de responsabilidade civil, mas ao menos como um fator minorante na quantificação dos danos, inclusive na forma permitida pelo parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002. Com isso, não se pode deixar de concordar com as palavras precisas de FERNANDO CAMPOS SCAFF, para quem

*[...] caso o resultado pretendido com o tratamento seja obtido – a despeito do inadimplemento de se buscar, antes, o consentimento expresso e consciente do destinatário –, é evidente que o pleito de indenização não poderá ser formulado como se os piores e maiores danos tivessem ocorrido por um erro de conduta [...].*⁵³

Por outro lado, mesmo se agravos à saúde do paciente advierem, contudo não por erro médico, mas sim pelo risco iatrogênico ou biológico próprio do paciente, a deficiência da informação poderá ser vista de uma forma menos enfática, notadamente em casos concretos de cirurgias não eletivas de sobrelevada necessidade médica.

Em suma, portanto, quer nos parecer que, embora a responsabilidade médica por inadequação do consentimento informado advindo da ausência ou deficiência da informação médica deva ser plenamente admitida, é somente a cuidadosa ponderação do intérprete, à vista de todas as especificidades do caso concreto, que levará à melhor conciliação entre, de um lado, a possível violação dos direitos da personalidade de autodeterminação dos destinos do corpo e da saúde e de escolha da

53 SCAFF, op. cit., p. 99.

terapêutica médica e, assim, a responsabilização médica decorrente e, de outro lado, o nobre, porém difícilíssimo exercício da medicina, na qual, mesmo com o uso da melhor técnica e com a disponibilização da plena informação, nem sempre todos os riscos poderão ser afastados, nem os melhores resultados terapêuticos alcançados.

6. Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr.-jun. 1995.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV Editora, 2007.

CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. **Revisão judicial dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. **Danos extrapatrimoniais e função punitiva**. Tese de doutorado defendida perante a Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do Direito Civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 6, 2001, p. 79-97. Mês? Ano?

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O Direito Privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, p. 24-48, 1998.

MATOS, Enéas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal. **Revista Portuguesa do Dano Corporal**, Lisboa, v. 17, p. 11-22, 2007.

_____. Responsabilidade civil médica na Europa: objectivação da responsabilidade e consentimento informado. In: NIGRE, André Luis e ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. **Direito e Medicina. Um estudo interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PINHEIRO, Antônio Gonçalves. O ato médico e os Conselhos de Medicina: considerações históricas, práticas e administrativas. In: NIGRE, André Luis e ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. **Direito e Medicina. Um estudo interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Os requisitos e limites do consentimento informado. In: NIGRE, André Luis e ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. **Direito e Medicina. Um estudo interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado.** Contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

8

O ACESSO A INFORMAÇÕES E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES PÚBLICOS

Rosilene Paiva Marinho de Sousa¹

Fenando Antônio de Vasconcelos²

Bernardina Maria Juvenal Freire de Oliveira³

SUMÁRIO: Introdução - 1. O direito de acesso à informação - 2.1. O termo informação - 2.2. O acesso à informação - 2.3. A informação como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 - 2.4. A lei geral de acesso a informações - 3. A responsabilidade civil no ordenamento pátrio e sua aplicabilidade - 3.1. A responsabilidade civil dos agentes públicos no acesso a informações - 4. Conclusões - 5. Referências

Introdução

Na Constituição Federal de 1988 (CF/88), foi acrescentada a garantia constitucional do acesso a informações em seu inciso XXXIII,

1 Advogada. Mestra e Doutoranda em Ciência da Informação pelo PPGCI/UFPB.

2 Mestre e Doutor em Direito pela UFPE. Professor do PPGCJ/UFPB.

3 Mestra em Ciência da Informação e Doutora em Letras pela UFPB. Professora do PPGCI/UFPB.

artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, estabelecendo que:

[...] todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do estado (BRASIL, 1988).

Este dispositivo constitucional passou a ser regulamentado pela Lei Geral de Acesso a Informações, de nº 12.527 de 18 de novembro de 2011. Esta lei tem por objetivo possibilitar um melhor acesso a informações públicas do ponto de vista legal, de modo que possa abrir possibilidades de um acesso à informação rápida e ágil. O Brasil, de modo inclusivo, já vinha avançando nesse sentido, pois anteriormente já existiam políticas de acesso, como por exemplo, a institucionalização do Portal da Transparência dos recursos públicos, uma iniciativa da Controladoria-Geral da União (CGU), lançada em novembro de 2004, cujo objetivo é aumentar a transparência da gestão pública, permitindo que o cidadão acompanhe como o dinheiro público está sendo utilizado (SOUSA, 2012, p. 14).

O presente artigo centra seu foco em realizar uma reflexão sobre a responsabilidade civil dos agentes públicos no acesso a informações públicas. O escopo é examinar a possibilidade de responsabilização dos agentes das pessoas jurídicas de direito público ou privado prestadoras de serviço público, ao prejuízo experimentado pelo cidadão, por ação ou omissão na divulgação de informações de posse do Estado.

É sob a perspectiva de análise de aspectos relativos a certa dissonância entre a prerrogativa legal e a efetivação da prática de acesso a informações em face da recente Lei Geral de Acesso a Informações, que deve ser analisada a presente proposta. Destarte, vale questionar aspectos que se relacionam às discussões sobre as políticas de acesso adotadas pelo poder público e, se o dano sofrido pela vítima por ação ou omissão na divulgação de informações de posse do Estado deve ou não ser reparado por quem o causou e de qual forma deve ser compensado.

Também serão trabalhados os principais aspectos da responsabilidade civil do Estado, destacando sua caracterização, conceito, elementos definidores e os casos de condutas ilícitas dos agentes públicos

em decorrência de divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas, pelas quais haverá responsabilidade civil do estado e direito de ação regressiva.

Neste sentido, a reflexão proposta apresenta-se de caráter relevante por fornecer a bibliografia pátria um tema de bastante relevância ainda pouco trabalhado no âmbito do Direito Brasileiro.

1. O direito de acesso à informação

O direito a informações refere-se a um conjunto amplo de princípios legais que visam a assegurar que qualquer pessoa ou organização tenha acesso a informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade. Dessa forma, torna-se imprescindível que, além da obtenção das referidas informações, seja disponibilizado também o acesso a informações sobre o próprio governo, a administração pública e o país, ressalvados o direito a privacidade, o sigilo comercial e os segredos governamentais previstos em lei (SOUSA, 2012).

A implementação da Lei Geral de Acesso a Informações tem como um de seus principais desafios refrear a cultura de segredo que, frequentemente, prevalece no setor público. A disponibilização de informações ao cidadão exige uma cultura de abertura de seus arquivos. Neste sentido, é importante ressaltar o papel do servidor público no processo de mudança, uma vez que lida cotidianamente com a informação pública, desde a origem, a coleta, a organização, o armazenamento, a recuperação, a interpretação, a transmissão e a utilização da informação.

Ao iniciar esta discussão, faz-se necessário abordar alguns aspectos interessantes sobre o termo informação.

2.1. O termo informação

Desde os primórdios, os homens perceberam a necessidade de registrar conhecimentos de toda ordem. Os agrupamentos humanos começaram a crescer cada vez mais e passaram a se organizar em sociedade, agregando a necessidade de organizar essa informação registrada.

Só a palavra falada já não era suficiente. Com a invenção da escrita, manteve-se um domínio reservado, de uma elite a quem se conferia ainda mais poder, apesar de seu desenvolvimento (JEAN, 2002).

O saber acumulado em milhares de anos, a partir da observação de fenômenos, passa a ser registrado por meio de vários suportes da informação. Os homens passam a constituir meios eficazes para ter acesso ao conteúdo em qualquer tempo. A construção dos acervos ao longo da história se deu por meio de lutas sociais, guerras e ações de dominação entre os povos. Na antiguidade e idade média, as coleções de artefatos arquivistas e biblioteconômicos estavam sob o controle dos dominantes, e mesmo na Roma antiga, é possível observar a existência da tentativa de organizar a informação (GOMES, 2010).

No curso da evolução humana surgiu uma série de mudanças, e com o desenvolvimento científico e tecnológico que sucedeu a II Guerra Mundial tornou-se perceptível a ocorrência de transformação na produção e capacidade intelectual humana, bem como na forma de prenciar a compreensão de fenômenos que envolvem o termo informação, sua importância, seu acesso, seu uso e disseminação, além da compreensão de seus usuários, para uma eficiente satisfação de suas necessidades.

O avanço da informação no último século tem sido evidente, sendo o termo *informação* percebido como um termo complexo, de múltiplas acepções e riquezas semânticas. Os conceitos de informação foram determinados, segundo Capurro e Hjørland (2003), desde a tradução das palavras gregas *informatio* ou *informo*. Para os referidos autores, o significado epistemológico da palavra informação foi alterado pela modernidade para o sentido de “instruir” e providenciar conhecimento; se a informação é construída no curso da história, e compreendida como objeto que “dá forma a alguma coisa”, é possível concluir que os sujeitos criam mecanismos informacionais (percepção, memória, imagem, entre outros) para reconhecer, interpretar e transmitir significados.

A multiplicidade de contiguidades que o fenômeno informacional vem assumindo conduz a percepção de uma forte tendência a ver a informação como fenômeno social. Nesse sentido, verifica-se que a informação, enquanto fenômeno social, influencia e promove a interação dos atores sociais, em diferentes níveis e estruturas (PINHEIRO E LOUREIRO, 1995).

Na Lei Geral de Acesso a Informações, o artigo 4º prevê alguns conceitos que a princípio possibilitam a sua aplicação imediata, quando da necessidade exigida pela sociedade na regulação ao direito de acesso, como é o caso do conceito de informação pública, tratada como:

[...] dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato; no entanto, no caput do referido artigo, pode-se observar que não se trata de um conceito jurídico amplo de informação, mas apenas específico “para o efeito desta lei”.

Segundo a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas – SPCI, da Controladoria Geral da União (2012), do Portal da transparência, na cultura de acesso a informações no Poder Executivo Federal brasileiro, ainda existe certa confusão quanto ao conceito de informação, como informação pública ou quanto ao conceito de informação relativo à pessoa do impetrante, restringindo dessa forma, sua aplicação. Neste sentido, segundo Capurro e Hjørland (2007), pode-se entender por informação o que pode ser considerado informativo para uma determinada pessoa, e o que é informativo depende das necessidades interpretativas e habilidades do indivíduo.

Outros aspectos que devem ser levados em consideração dizem respeito à organização dos documentos nos arquivos e o valor que os documentos refletem.

2.2. O acesso à informação

Numa breve abordagem histórica, a primeira nação no mundo a desenvolver um marco legal sobre o acesso a informação foi a Suécia, em 1766. Já os Estados Unidos aprovaram sua Lei de Liberdade de Informação, conhecida como FOIA (*Freedom of Information Act*), em 1966, que veio se aperfeiçoando com o tempo realizando alterações no texto da lei. Na América Latina, a Colômbia foi pioneira ao estabelecer, em 1888, um Código que possibilitou o acesso a documentos de Governo. Já no México, a legislação de 2002, é considerada uma referência, tendo previsto a instauração de sistemas de acesso rápidos, a serem supervisionados por órgão independente. Chile, Uruguai, entre outros, também aprovaram leis de acesso à informação (HAGE SOBRINHO, 2011, p. 8).

Sendo o acesso à informação pública cada vez mais reconhecido como um direito em várias partes do mundo, o Brasil passa a ser o 90º país a aprovar um diploma legal dessa natureza, constata a professora da Faculdade de Administração da Universidade Federal do Rio de Janeiro,

ANA MALIN, que integra o corpo docente da pós-graduação do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia -Ibict (MALIN, 2012, p.1).

Identificar as razões que justificam a importância de tal acesso é de suma relevância para que, posteriormente, possa haver um melhor direcionamento ao estudo de questões específicas, como é o caso da responsabilidade civil dos agentes públicos no acesso a informações.

No Projeto de Cooperação Técnica entre a Controladoria Geral da União e a UNESCO, foram tratados os motivos que levam diversas nações a adotarem um regime de acesso a informações, expondo os benefícios advindos desse direito, uma vez que:

[...] a lista de resultados alcançados com a introdução de Leis de Acesso a Informações nos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como de sua efetiva implementação é longa; e, à medida que mais regimes vão sendo estruturados, novos ganhos são apontados pela pesquisa na área” (BRASIL, 2010, p. 15).

Segundo o Projeto de Cooperação Técnica entre a Controladoria Geral da União e a UNESCO (BRASIL, 2010, p. 15, grifo nosso),

O Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União, Jorge Hage Sobrinho, na palestra “Panorama do Direito de Acesso a Informações Públicas no Brasil: Avanços Recentes na Esfera Federal”, ministrada por ocasião do Seminário Internacional sobre Direito de Acesso a Informações Públicas, realizado no Senado Federal em 2 de abril de 2009, sintetizou o tema, assinalando que o direito de acesso a informação seria pré-requisito para **a luta contra a corrupção, o aperfeiçoamento da gestão pública, o controle social e a inclusão social.**

CANELA e NASCIMENTO (2009) afirmam também que no Brasil a importância da luta pelo direito de acesso a informações está diretamente ligada à importância do resgate da memória da história do Brasil, pois envolve vários casos de períodos fechados a informações da sociedade, como é o caso dos arquivos do período da Ditadura Militar.

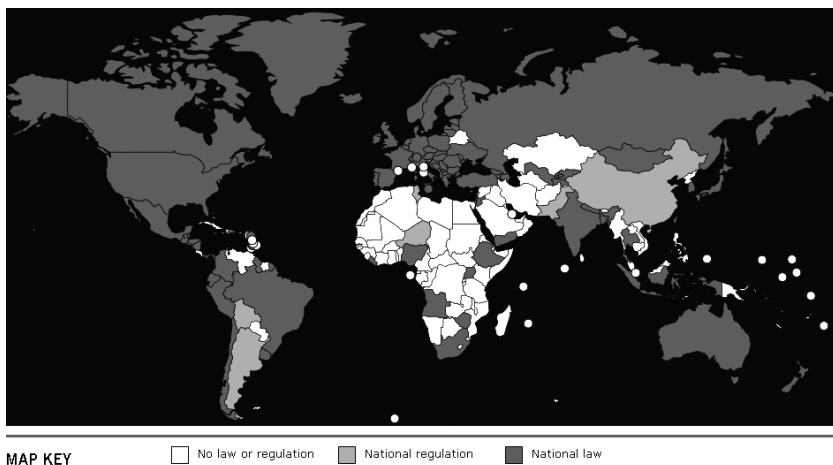
Mas, além desse motivo, outras razões também são apontadas no Projeto de Cooperação Técnica entre a Controladoria-Geral da União e a UNESCO (BRASIL, 2010b, p. 17), como “a eficiente execução das políticas públicas”, considerando que o acesso a informações é elemento fundamental para um debate político informado; “elevação do desem-

penho da economia”, pois a tendência é que haja um funcionamento adequado do mercado, pois assegura que os órgãos governamentais atendam ao princípio da eficiência; para uma “participação mais democrática”, por promover o exercício pleno da cidadania, quando do exercício dos direitos básicos fundamentais; para a “proteção dos direitos humanos coletivos e singulares”, no caso do Brasil, para garantia do direito fundamental a informações.

Os indivíduos estão cada vez mais em busca de informações refinadas, e suas escolhas beneficiaram a tomada de decisões. As mais diferentes condições de escolha na vida diária estão relacionadas ao acesso a informações.

Na Figura 1, é mostrado um mapa contendo leis e regulações do direito de acesso a informações no mundo.

Figura 1 – National Laws and Regulations on the Right to Information



Fonte: Disponível em: <http://www.article19.org/maps/?utm_source=ARTICLE+19+Mailing+List&utm_campaign=0fa54cad68-The_Week_in_Free_Expression_Rig9_27_2012&utm_medium=email>. Acesso em 22 abr. 2013.

Para atender a uma política de acesso a informações concreta, cada país deve utilizar os princípios descritos, correlacionando-os a elementos de implementação dentro de sua respectiva competência, para que possa atender as necessidades específicas. O Sítio do acessoinformação.gov.br, Brasil (2013), já apresenta alguns resultados quanto à efi-

cácia da Lei Geral de Acesso à Informação. Segundo apresentado no sítio, a referida lei, até o dia 8 maio de 2013, já possibilitou o encaminhamento de 87.119 pedidos de esclarecimento a órgãos e entidades do governo federal. Dados do Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC), criado pela Controladoria-Geral da União (CGU), mostram que desse total, 66.185, já foram respondidas, o que representa 79,02% das solicitações. Quanto ao tempo que os órgãos vêm apresentando respostas aos pedidos formulados pelos cidadãos, a média ocorre em torno de 11,33 dias, apenas.

Segundo o Ministro JORGE HAGE, no sítio da Controladoria Geral da União,

Desde que a LAI (Lei 12.527/2011) entrou em vigor, em 16 de maio de 2012, até o dia 8 deste mês, o Governo Federal recebeu 87.119 solicitações de informação, das quais 83.483 (95,8%) já foram respondidas. Dentre elas, 66.185 (79,2%) foram plenamente atendidas; 8.205 (9,8%) foram negadas; e 5.764 (6,9%) não puderam ser atendidas por tratarem de matéria da competência legal de outro órgão ou pelo fato de a informação não existir. O tempo médio para o acesso à informação solicitada foi de 11,3 dias [...] Quanto ao perfil dos solicitantes, as profissões que mais demandaram informação foram: empregados do setor privados (7.169), servidores públicos federais (4.881) e estudantes (4.158) (BRASIL, 2013, online).

No referido sítio, é apresentada a relação dos dez órgãos públicos mais demandados, conforme é demonstrado na figura 2.

Figura 2 – Relação dos dez órgãos públicos mais demandados

Órgão	Quantidade
SUSEP - Superintendência de Seguros Privados	8.487
INSS - Instituto Nacional do Seguro Social	7.407
PETROBRAS - Petróleo Brasileiro S.A	5.322
BACEN - Banco Central do Brasil	3.403
CEF - Caixa Econômica Federal	2.809
MF - Ministério da Fazenda	2.464
MEC - Ministério da Educação	2.223
MTE - Ministério do Trabalho e Emprego	2.064

MP - Ministério do Planejamento, orçamento e Gestão	1.922
MS - Ministério da Saúde	1.894

Fonte: Adaptado do Portal da CGU, disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2013/Balanco-ILAI.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2013.

Com esses breves apontamentos, serão tratados, no transcorrer deste artigo, a regulamentação jurídica do acesso a informações, tanto na Constituição Federal de 1988, bem como em alguns aspectos da Lei Geral de Acesso a Informação, destacando a responsabilidade civil dos agentes públicos no atendimento às demandas do referido acesso.

2.3. A informação como direito fundamental na Constituição Federal de 1988

A expressão “direitos fundamentais” (*droits fondamentaux*) surgiu na França, em 1970, no movimento político e cultural que deu origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Contempla direitos relacionados à liberdade e à igualdade criados com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana (NOVELINO, 2010).

A utilização desses direitos advém de uma tradição jusnaturalista, que concebe os direitos dos cidadãos como direitos intrínsecos ao homem, que são anteriores, inclusive, a qualquer organização política, existindo não em razão das leis, ou do Estado, mas considerados como direitos inalienáveis, que não podem ser maculados por qualquer órgão estatal.

Os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país no plano interno, podendo o seu conteúdo e conformação variar de Estado para Estado (NOVELINO, 2010).

Na Constituição Brasileira de 1988, os direitos fundamentais foram regulados nos arts. 1º ao 17, tendo a doutrina e a jurisprudência firmadas, tanto que o Supremo Tribunal Federal pode reconhecê-las em outras partes da Constituição. Estando o direito a informações assegurado no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Trata-se, desta forma, de um direito fundamental.

A Constituição Federal de 1988 garante o direito a informações no seu artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, em seu inciso XXXIII:

[...] todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do estado.

NOVELINO (2010) afirma que o direito fundamental a ser informado é um dos mais importantes pressupostos da democracia liberal e não deve ser confundido com a liberdade de expressão do pensamento, que consiste no direito de emitir uma opinião.

A questão do controle e acesso a documentos, regulamentados pelo Estado, torna-se um componente da maior relevância para o exercício da cidadania. Esta pode ser compreendida em sentido amplo como o efetivo exercício dos diversos direitos previstos na Constituição.

No pensamento de DANTAS (2010, p. 242), (...) a noção de cidadania está intimamente ligada existência digna ao exercício de direitos básicos, fundamentais que, em seu conjunto, significam o bem-estar individual e coletivo.

Ligado diretamente à questão de bem-estar individual e coletivo encontra-se inserido neste contexto, para o exercício pleno da cidadania, o direito fundamental a informações. Tratando-se de direitos que vêm buscando atender aos anseios do homem, devido à superveniência de interesses, sejam eles individuais, sociais, solidários, fraternos e tecnológicos, capazes de provocar, por si, mudança social (SOUSA, 2012, p.52).

2.4. A lei geral de acesso a informações

Destacando a importância do salto que o Brasil atingiu em termos de políticas de acesso, permitindo que a sociedade colabore com o controle das ações de seus governantes por meio da informação, objetivando aumentar a transparência da gestão pública, permitindo o exercício da cidadania, aprovou, em 18 de novembro de 2011, a Lei Geral de Acesso a Informações. A regulamentação desses dispositivos constitucionais visa a transformar o acesso a informações em dever do Estado, de modo transparente, ágil e claro para os cidadãos.

Com a aprovação da Lei Geral de Acesso à Informação, o Brasil dá mais um importante passo para a consolidação do seu regime democrático, ampliando a participação cidadã e fortalecendo os instrumentos de controle da gestão pública. (HAGE SOBRINHO, 2011).

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências, representa uma conquista, o marco regulamentar que envolveu grandes lutas por um direito de acesso garantido pela Constituição Federal de 1988.

Os dispositivos constitucionais regulados constituem:

Art. 5º [...]

XXXIII - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 1988)

Quanto ao artigo 37, § 3º, inciso II da CF:

Art. 37 [...]

§3º. A lei disciplina as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - [...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos do governo, observando o disposto no artigo 5º, X e XXXIII. (BRASIL, 1988).

Regula também o art. 216, § 2º da CF,

Art. 216 [...]

§2º. Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (BRASIL, 1988).

Segundo HAGE SOBRINHO (2011), ao efetivar o direito de acesso, o Brasil além de consolidar e definir o marco regulatório sobre o

acesso à informação pública sob a guarda do Estado, também estabelece procedimentos para que a Administração responda os pedidos de informação do cidadão, de forma que, o acesso à informação pública torne-se a regra, e o sigilo, a exceção.

As garantias do direito de acesso, estas estão previstas nos artigos 3º, 4º e 7º da referida lei. O artigo 3º assegura o direito fundamental de acesso a informações e sua exequibilidade em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública (BRASIL, 2011).

O Artigo 4º para os efeitos da Lei Geral de Acesso a Informações considera alguns conceitos importantes, os quais consistem em,

- I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;
- II - documento: unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato;
- III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;
- IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;
- V - tratamento da informação: conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação;
- VI - disponibilidade: qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados;

VII - autenticidade: qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema;

VIII - integridade: qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino;

IX - primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações (BRASIL, 2011).

A Lei Geral de Acesso a Informações, em seu artigo 7º, esclarece que o acesso a informações compreende, entre outros: a) os direitos de obter orientação sobre os procedimentos de consecução de acesso; b) informações contidas em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; c) informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado; d) informação primária, íntegra, autêntica e atualizada, (entendendo-se por primária, “qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações” (art. 4º, IX). Por íntegra, “qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino” (art. 4º, VIII). Por autêntica (art. 4º, VII) “qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema”); e) informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, sua política, organização e serviços; f) informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos. Além de informação relativa à implementação, ao acompanhamento e aos resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

Segundo MASSUDA (2011), de acordo com a lei de acesso a informações, os pedidos de informações devem ser encaminhados ao serviço de informação do órgão público, inclusive pela internet. De acordo com artigo 8º, §1º, na divulgação das informações deverão constar, no mínimo:

- I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;
- II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;
- III - registros das despesas;
- IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;
- V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e
- VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade (BRASIL, 2012).

Quando disponibilizado pela internet, os sítios deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos (art. 8º, I a VIII):

- I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;
- II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;
- III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;
- IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;
- V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso; VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;
- VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e
- VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência , nos termos do art. 17 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e do art. 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008.

Apesar dos esforços, e observados alguns aspectos quanto à garantia do acesso e os procedimentos que constituem o encaminhamento dos pedidos de informação, é relevante destacar que alguns setores do poder público, a exemplo do INSS e a Receita Federal, que segundo HAGE SOBRINHO (2011, p.20) mostram ser necessário o investimento em treinamento e para isso requer instrumentos de gestão e informatização de sistemas.

A lei prevê a designação de um responsável em cada órgão da Administração por acompanhar a implementação das políticas de acesso. Segundo o referido autor, a informação disponível ao público é resultado do desencadeamento de um processo que reúne operações de produção, tramitação, uso, avaliação e arquivamento de documentos. Para tanto, programas de gestão precisam ser sempre aprimorados e atualizados. Neste sentido, alguns aspectos devem ser destacados, tais como a preocupação com o reconhecimento de que a implementação de políticas de arquivos e a gestão de documentos são condições necessárias para assegurar o acesso a “documentos, dados e informações” produzidos, recebidos e armazenados pelos órgãos e entidades da Administração pública. Outra questão de grande relevância está voltada para a identificação e análise de documentos, dados e informações que devam sofrer algum tipo de restrição de acesso, a partir de critérios técnicos e objetivos, para os quais a integração sistemática dos serviços dependerá do planejamento e execução das ações necessárias à implementação da Lei.

Desta forma, surge um ponto crucial quanto à efetividade do cumprimento da lei de acesso, que é a responsabilização dos funcionários que deliberadamente se recusarem a prestar informação, condicionando a sua concordância às hipóteses em que fica clara a impossibilidade prática do atendimento por deficiência na estrutura pública para divulgação da informação, ao qual seria o caso em que o Estado assume situações especiais de risco. Além disso, os casos em que a responsabilidade do agente público se dá com condutas omissivas ou comissivas, por atos lícitos ou ilícitos.

3. A responsabilidade civil no ordenamento pátrio e sua aplicabilidade

Atualmente, nos diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil, o Estado é reconhecido de forma pacífica, como sujeito responsável pelos seus atos, em virtude da condição imprescindível da sua crescente presença nas relações em sociedade e conseqüentemente nas relações individuais.

O estudo da responsabilidade civil desenvolveu-se no Brasil sob a influência da jurisprudência francesa, fornecendo subsídios à solução de incontestáveis litígios submetidos à apreciação do Judiciário, tendo a matéria sido melhor sistematizada no novo Código Civil (GONÇALVES, 2009, p. 2).

Nesta seção serão abordados aspectos específicos da responsabilidade civil do Estado e o seu dever de ressarcir as vítimas dos danos causados em razão de sua atuação.

3.1. A responsabilidade civil dos agentes públicos no acesso a informações

Primordialmente, para situar a responsabilidade civil do Estado, passível de emergir da aplicação da Lei Geral de Acesso a Informações, faz-se necessário a observância de que existem vários tipos de responsabilidade. Esta se apresenta de diferentes maneiras variando de acordo com o fato gerador, a natureza do ilícito praticado e a natureza da norma jurídica que os contempla, advindo dessa forma a responsabilidade civil, a penal e administrativa (MARINELA, 2010, p. 878). Verifica-se a possibilidade da existência de três processos ao mesmo tempo, quais sejam, civil, penal e administrativo, como determina o artigo 125, da Lei nº 8.112/90, ao definir que as sanções respectivas poderão cumular-se sendo independentes entre si.

Na Lei Geral de Acesso a Informações está previstas no artigo 33, responsabilidade dos agentes públicos no âmbito administrativo. Isto porque a referida lei altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Lei do Servidor Público) (Brasil, 1990, p.1), no que se refere às infrações administrativas, apontando as sanções a serem aplicadas nos casos específicos. Nesse sentido, o artigo 32, § 1º, inciso II, altera a Lei no

8.112, de 11 de dezembro de 1990, de modo que as condutas descritas no referido artigo estabelecem, no seu inciso II, que, para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.

Além disso, fica estabelecido, no artigo 33, da Lei 12.527/11, que a pessoa física ou entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público e deixar de observar o disposto nesta Lei estará sujeita às seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - rescisão do vínculo com o poder público;

IV - suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a administração pública por prazo não superior a 2 (dois) anos; e para licitar ou contratar com a administração pública, até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

V - declaração de inidoneidade

§ 1º As sanções previstas nos incisos I, III e IV poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, assegurado o direito de defesa do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º A reabilitação referida no inciso V será autorizada somente quando o interessado efetivar o ressarcimento ao órgão ou entidade dos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso IV.

§ 3º A aplicação da sanção prevista no inciso V é de competência exclusiva da autoridade máxima do órgão ou entidade pública, facultada a defesa do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista. (BRASIL, 2011b).

Levando-se em consideração que a garantia, estabelecida no texto da lei, aos usuários para realização da sua consulta ao tratar da responsabilidade dos agentes públicos, estabelece algumas sanções na esfera administrativa, além de apontar os casos de condutas ilícitas dos agentes públicos.

Neste sentido, abre-se uma oportunidade para discutir uma questão relevante que é a responsabilidade civil do Estado em face da condu-

ta dos agentes públicos. Serão vistas as principais características e efeitos da responsabilidade, na aplicabilidade da lei de acesso a informações.

Destaca-se que, para esse estudo, o que interessa é uma abordagem mais dedicada aos aspectos da responsabilidade civil. Quanto ao seu fato gerador, a responsabilidade civil do Estado poderá ser classificada em responsabilidade contratual, quando houver ocorrência de violação de conduta de norma contratual; ou responsabilidade extracontratual ou aquiliana, quando houver violação de um dever geral de abstenção, de respeito aos direitos de outrem previstos em lei.

A responsabilidade Civil do Estado é caracterizada como responsabilidade extracontratual por não decorrer de contrato ou vínculo anterior, representando uma obrigação imposta ao Estado de reparar economicamente os danos ocasionados a terceiros, por atos praticados pelos seus agentes, no exercício de suas atribuições.

MELLO (2009, p. 983), entende por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, como a obrigação que lhe compete de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis como efeito de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Para que haja reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, faz-se necessário o reconhecimento de elementos definidores, quais sejam os sujeitos, os caracteres de conduta (comissivas ou omissivas), o dano indenizável e a possibilidade de excludente da mesma.

Quanto aos sujeitos, o artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), determina que as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos atos, através dos quais, seus agentes, nessa qualidade, causaram prejuízos a terceiros.

Constituem pessoas jurídicas da administração pública direta os entes políticos, além das autarquias e das fundações públicas de direito público. Quanto às pessoas jurídicas de direito privado, o texto estabelece a condição de serem prestadores de serviço público, isto significa que estão sujeitas as empresas públicas, as sociedades de economia mista, desde que criadas para o serviço público, bem como os particulares prestadores de serviços públicos em razão de descentralização, como é o caso das concessionárias e permissionárias de serviços (MARINELA,

2010, p. 882). No que tange ao agente do Estado, segundo o entendimento de MARINELA,

Agente é a expressão mais ampla utilizada pelo Direito Administrativo e significa todo aquele que exerce função pública, seja de forma temporária ou permanente, seja com ou sem remuneração, independentemente do vínculo jurídico. Assim, está sujeito aos princípios mais rigorosos da responsabilidade civil do Estado todo aquele que exercer função pública e que, nessa qualidade, causar danos a terceiros, não importa se é servidor público ou não, não importa se presta serviço a pessoa pública ou privada, e também independe do tipo de regime jurídico a que se submete (MARINELA, 2010, P.882).

Quanto à conduta, GANDINI e SALOMÃO (2003, p. 48), esclarecem que:

[...] a conduta seria um comportamento humano, comissivo ou omissivo, voluntário e imputável. Por ser uma atitude humana, exclui os eventos da natureza; voluntário no sentido de ser controlável pela vontade do agente, quando de sua conduta, excluindo-se, aí, os atos inconscientes ou sob coação absoluta; imputável por poder ser-lhe atribuída a prática do ato, possuindo o agente discernimento e vontade e sendo livre para determinar-se.

Verificam-se três situações diferentes, quais sejam, responsabilidade decorrente de condutas comissivas, de condutas omissivas e as situações especiais de risco adotadas pelo Estado. Nas condutas comissivas, na ação do Estado, a responsabilidade atende a teoria da responsabilidade objetiva (teoria do risco), significando que independe de culpa ou dolo. Nesta teoria, tanto nos atos lícitos como ilícitos geram dever de indenizar. Já nas condutas omissivas, verifica-se a existência da teoria da responsabilidade subjetiva (teoria da culpa), em que o dever de indenizar está condicionado a comprovação do elemento subjetivo, culpa ou dolo.

O artigo 186 do Código Civil (Brasil, 2002) pressupõe sempre a existência do dolo e da culpa. Segundo Gonçalves (2009, p. 4), a imprevidência do agente, que dá origem ao prejuízo, pode apresentar-se sobre as formas de imprudência, negligência e imperícia. A imprudência consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios; a negligência possui um sentido lato de omissão ao cumprimento de um dever, isto é, é a ausência de

reflexão necessária, em virtude da qual o agente deixa de prever o resultado que deveria ser previsto; a imperícia consiste, sobretudo, na aptidão técnica ou na ausência de conhecimento para a prática de um ato.

Há divergências quanto à teoria adotada na caracterização da responsabilidade civil do Estado. Mas, seguindo o entendimento de GONÇALVES (2009, p. 44), em que fundamenta seu pensamento em jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, a atividade administrativa a que se refere o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, abrange tanto a conduta comissiva como a omissiva, desde que a última seja a causa direta e imediata do dano, de modo que na responsabilidade civil do Estado seja adotada a teoria da responsabilidade objetiva. No caso de situações de risco criadas pelo Estado, as situações cunhadas por ele propiciam a ocorrência de um dano.

Quanto ao dano, seu reconhecimento constitui o dever de indenizar, tendo em vista que, para admitir a responsabilidade civil do Estado, a vítima deve demonstrar de forma clara o dano sofrido, sob pena de caracterizar enriquecimento ilícito e pagamento sem causa por parte do Estado.

Para que o dano seja reconhecido é necessário que o dano seja além de econômico, jurídico, certo, especial e anormal. O dano jurídico decorre da lesão de um direito; o dano certo é o de possível demonstração; o dano atual quando o Estado acarreta a confinante redução do patrimônio da vítima; os danos especial e anormal, por si só geram dever de indenizar, sendo que no primeiro, o dano é particularizado, tem vítima individualizada, enquanto o segundo representa os prejuízos que superam os problemas comuns.

No Brasil, quanto à natureza da indenização, admite-se a responsabilidade civil do Estado decorrente tanto do dano material quanto do dano moral. No dano material aquele que gera efetiva lesão ao patrimônio do indivíduo, valorado economicamente, a indenização deve abranger tanto o dano atual que constitui os danos emergentes, quanto ao dano futuro que constitui os lucros cessantes. Já no dano moral advindos dos prejuízos sofridos na esfera íntima, de caráter subjetivo, a definição do valor fica condicionada a análise do caso concreto (MARI-NELA, 2010, p. 890).

Nas hipóteses de exclusão da responsabilidade objetiva do Estado, é adotada a teoria do risco administrativo em que a exclusão ocorre

com a ausência de qualquer um dos elementos definidores. Podem ser citados como exemplos de hipóteses de exclusão a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e força maior.

Nos casos em que o Estado seja obrigado a indenizar a vítima pelos prejuízos causados pelo agente público, é possível que o referido Estado busque a compensação de suas despesas, tendo o agente agido com culpa ou dolo, por meio de uma ação de regresso, aplicando a parte final do artigo 37, §6º da Constituição Federal, cujo objetivo seria garantir o ressarcimento pelas despesas que o mesmo suportou em razão da condenação.

Quanto à responsabilidade civil dos agentes públicos no acesso a informações, verificando condutas ilícitas e obedecendo ao princípio do contraditório, o artigo 34 e seu parágrafo único da Lei Geral de Acesso a Informações estabelecem que:

Art. 34 Os órgãos e entidades públicas respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se à pessoa física ou entidade privada que, em virtude de vínculo de qualquer natureza com órgãos ou entidades, tenha acesso à informação sigilosa ou pessoal e a submeta a tratamento indevido (BRASIL, 2011).

Em HAGE SOBRINHO (2011, p. 21), são elencados os casos em que o servidor pode ser responsabilizado. As condutas ilícitas estão previstas no artigo 32 da Lei Geral de Acesso a Informações:

Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:

I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa;

II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;

III - agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação;

- IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;
- V - impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem;
- VI - ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e
- VII - destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado (BRASIL, 2011, p.1).

No inciso I do artigo 32, constitui a responsabilidade civil por omissão, podendo ser averiguado a presença do dolo ou culpa; os demais incisos constituem conduta comissiva, estando o Estado passível de responder objetivamente pelos danos causados pelos agentes públicos que constituem as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

4. Conclusões

Este artigo partiu das reflexões sobre a responsabilidade civil dos agentes públicos em face da Lei geral de Acesso a Informações. Destacando-se a importância desse estudo pelo fato da exposição de um assunto contemporâneo, em que se questionam aspectos relativos à certa dissonância entre a prerrogativa legal e a efetivação da prática de acesso aberto a informação em face da recente lei. Esta situação orientou as discussões sobre as políticas de acesso adotadas pelo poder público e se o dano sofrido pela vítima que buscou a informação em poder do Estado deve ou não ser reparado por quem o causou e de qual forma deve ser compensado. Neste sentido, o objetivo foi examinar a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas de direito público, ao prejuízo experimentado pelo cidadão, por ação ou omissão, na divulgação de informações de posse do Estado.

Para se chegar a essa compreensão se fez necessário tratar dos principais aspectos da Lei Geral de Acesso a Informações, destacando a abordagem do termo informação nas suas diversas acepções e inclusive sua aplicabilidade para os efeitos da referida lei. Foram abordados no texto alguns resultados no que diz respeito ao encaminhamento de pedidos de informações, de forma que foram apontados dados recentes

sobre a eficácia da norma no atendimento das solicitações. Deu-se destaque à importância da informação por tratar-se de um direito fundamental previsto constitucionalmente.

Foi realizada uma análise sobre os tipos de responsabilidade existente, enfatizando a responsabilidade administrativa que a própria lei de acesso traz no seu texto, e mais precisamente os casos de condutas ilícitas previstas no artigo 32 da Lei Geral de Acesso a Informações realizadas por agentes públicos em que se aplicam a responsabilidade civil do Estado.

Desse modo, tornou-se perceptível a importância da aplicação da Lei Geral de Acesso a Informações e o visível reflexo da necessidade de se reconhecer a responsabilidade civil pelos agentes públicos nos atos praticados pelos mesmos na divulgação de informações aos cidadãos.

5. Referências

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Publicada no Diário Oficial da União em 12 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2013.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.

_____. **Política Brasileira de Acesso a Informações Públicas**: garantia democrática do direito a informação, transparência e participação cidadã. Projeto de Cooperação Técnica entre a Controladoria-Geral da União e a UNESCO. Brasília-DF, abril de 2010, 2010. Disponível em <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/acesso-a-informacao/politica-brasileira-de-acesso-a-informacoes-publicas-garantia-democratica-do-direito-a-informacao-transparencia-e-participacao-cidada-2013-unesco-e-cgu>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

_____. **Lei 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União em 18 nov. 2011.

_____. **Hage: Lei de Acesso à Informação completa um ano com “êxito inquestionável”**. 2013. Disponível em: < <http://www.acaoainformacao.gov.br/acaoainformacaogov>

/noticias/0062013.asp>. Acesso em: 19 jun. 2013.

CANELA, G.; NASCIMENTO, S. **Introdução de acesso à informação e controle social das políticas públicas**. Edição ANDI e Artigo 19, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.acaoainformacao.gov.br/acaoainformacaogov/publicacoes/Acesso-a-informacao-e-controle-social-das-politicas-publicas.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

CAPURRO, R.; HJØRLAND, B. **The concept of information**. Arist: Annual review of information science and technology, New York, v. 37, 2003.

CAPURRO, R; HJØRLAND, B.; O conceito de informação. **Perspectivas em Ciência da Informação**, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p. 148-207, jan./abr. 2007.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas – SPCI. 2012. Disponível em: <<http://www3.tesouro.fazenda.gov.br>

/contabilidade_governamental/download/relatorios/Apresentacao_Acesso_InformacoesPublicas.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2013.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Balanço no Poder Executivo Federal**: 16 de maio de 2012 a 08 de maio de 2013. 2013. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Imprensa>

/Noticias/2013/Balanco-1LAI.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2013.

DANTAS, F. S. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

GANDINI, J. A. D.; SALOMÃO, D. P. S. **A Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva**. Revista CEJ, Brasília, n. 23, p. 45-59, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/577/757>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

GOMES, H. F. **Fundamentos da Ciência da Informação**: reflexões sobre a linha do tempo, 24 mar. 2010. 22 f. Notas de Aula.

GONÇALVES, C. R. **Direitos das obrigações: parte especial**. Tomo II: Responsabilidade Civil, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HAGE SOBRINHO, J. **Acesso à informação Pública: uma introdução à lei 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Controladoria-Geral da União. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.acs.ufpr.br/cgu.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

JEAN, G. **A escrita**: memória dos homens. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

MALIN, M. **Brasil é 90º país a ter lei de acesso à informação**. Jornal Observatório da Imprensa. a. 16, n. 712, ed. 694, 15 maio 2012. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed694_brasil_e_90_pais_a_ter_lei_de_acesso_a_informacao>. Acesso em: 22 abr. 2013.

MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MASSUDA, A. S. **Entendendo a Lei Geral de Acesso à Informação**. São Paulo: Artigo 19, 2011. Disponível em: <http://artigo19.org/doc/entenda_a_lei_final_web.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2013.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NOVELINO, M. **Direito Constitucional**. 4. ed., São Paulo: Método, 2010.

PINHEIRO, L., LOUREIRO, J. **Traçados e limites da ciência da informação**. Ciência da Informação, Brasília, DF, Brasil, v. 24, abr. 1995.

SOUSA, R. P. M. **Memória Exercitada**: o direito de acesso a informações no âmbito dos arquivos permanentes. 2012. 116 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2012.

9

O DANO MORAL COMO EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURÍDICA DA PERSONALIDADE À LUZ DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa¹

Guilherme Pinto do Nascimento²

Sterfesson Higo de Lima³

Wallace Leonardo de Aguiar⁴

SUMÁRIO: Introdução - 2. A constitucionalização Do Direito Civil - 3. A seara do Direito Civil: dos aspectos gerais da patrimonialidade ao Direito Civil contemporâneo - 4. A nova visão civilista de 2002, a incidência de valores humanitários nas relações privadas e a tutela dos direitos da personalidade - 5. Mecanismo de cumprimento real dos direitos da personalidade: os danos morais - 6. Conclusões - 7. Referências

1 Professora da Universidade Federal da Paraíba. Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba e Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba. Orientadora.

2 Acadêmico de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Pesquisador Pivic/UFPB.

3 Acadêmico de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Pesquisador Pivic/UFPB.

4 Acadêmico de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Pesquisador Pivic/UFPB.

Introdução

Os direitos da personalidade, por não serem patrimoniais, foram, de certo modo, renegados em um sistema jurídico outrora patrimonialista. Só para ilustrar esse fato, o Código Civil brasileiro de 1916 não dispõe de tratamento específico sobre direitos da personalidade. Essa categoria de direitos ganha fôlego na escala da repersonalização, quando o patrimônio cede lugar ao ser humano no centro do ordenamento jurídico. Passa-se, então, a valorizar o indivíduo e suas necessidades intrínsecas.

É importante reconhecer que tais direitos estão relacionados à própria concepção de dignidade humana. Deve-se, assim, concordar quando se fala que os mesmos são uma cláusula aberta, no sentido de que todo o conjunto de valores inerentes à pessoa e necessários à dignidade são direitos da personalidade e merecedores de tutela, ainda que não estejam explicitamente tipificados.

Os direitos da personalidade podem ser analisados em dois planos distintos, quais sejam, entre particulares e face ao Estado. No primeiro plano, no plano privado, recebem aquela denominação. Quando tomados face ao Estado, recebem o nome de liberdade pública. Enquanto liberdades públicas requerem de uma atuação positiva ou negativa do ente público, e são frequentemente demandados. No plano privado, a seu turno, “não são muitos os casos levados aos tribunais, entre nós, a respeito de reflexos privados dos direitos da personalidade”⁵. Ora, enquanto direitos inatos, relacionados à própria concepção de dignidade humana, os direitos da personalidade devem ser objeto da mais ampla proteção, não apenas na esfera pública, mas também entre particulares.

Tais prerrogativas não são sinônimos de direitos fundamentais, mas nos atrevemos a dizer que são espécies destes, basta fazer a leitura do artigo 5º da Constituição Federal, como citado acima, para confirmar tal afirmação. Todavia, por não serem patrimoniais, encontrava-se dificuldade na forma específica de tutela jurídica em caso de lesão. A reparação por danos morais surge, aqui, como apta a constituir sanção que responda a esse tipo de violação.

5 BITTAR, CARLOS ALBERTO. *Os Direitos da personalidade*. São Paulo: Forense Universitária, 2006, p. 37.

Mesmo entendendo que os direitos humanos também são aplicados no plano horizontal, a tutela da personalidade, enquanto direito humano nas relações privadas, ainda se demonstra tímida diante do arcabouço jurídico pátrio. Ao mesmo tempo, a configuração do dano moral carecia de parâmetros objetivos, ficando sua configuração ao arbítrio da análise subjetiva do julgador sobre a existência da dor moral.

Admitir a relação umbilical existente entre dano moral e direitos da personalidade vem a ser a solução mais adequada para garantir, de maneira eficaz, a tutela jurídica de ambos os institutos. É esse o ponto a que pretendemos chegar ao final do presente artigo, a proximidade de reflexos sobre os direitos da personalidade quando da configuração do dano moral.

2. A constitucionalização Do Direito Civil

O tradicional direito civil por retratar as mais diversas formas de normatização das relações privadas, sempre esteve em um “status quo” diferente das outras normas, até mesmo da Constituição Federal, que durante boa parte da nossa história era posta como mera carta com adágios de direito, no qual não se tinha o pensamento voltado a sua supremacia como parâmetro que dirime litígios, e muito menos prezando a segurança jurídica que ela dá ao ordenamento. PAULO LÔBO traz em sua obra de Direito Civil – Parte Geral, as seguintes considerações a respeito do tema abordado *in loco*.

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico sempre foi identificado como o lócus normativo privilegiado do indivíduo enquanto tal. A partir do constitucionalismo moderno, nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal. Essa separação escarpada é fruto histórico do esquema liberal que separava o Estado e a sociedade civil, concebendo-se a Constituição como lei do primeiro e o direito civil como ordenamento da segunda.

[...]

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é

substancial: deve o jurista interpretar o CC segundo a Constituição e não a Constituição segundo o CC, como ocorria com frequência.⁶

Buscando então uma condição social e uma “personalização da pessoa”, baseada na Constituição, é que surge, no final do século XX, a ideia dos direitos da personalidade, aglutinados na constituição e no corpo jurídico civil. Não são institutos estanques, estão em um dever constante que se entrelaçam e trazem a tona uma humanização e eventual descaracterização da égide tradicional. O ser humano, então, se torna objeto privilegiado na torre dos conceitos jus civilistas.

A doutrina afirma que o início do processo em questão se deu na Alemanha em 1949 com a Lei Fundamental. O Tribunal Constitucional Federal do país europeu convencionou que os direitos fundamentais, além da proteção em circunstâncias ou ocasiões singulares, têm a função de estabelecer uma ordem objetiva de valores, buscando a satisfação geral ou pelo menos, da maioria da sociedade, o que acarretou em uma vinculação dos poderes estatais e no condicionamento interpretativo dos ramos do Direito.

Já na Itália, apesar da sua Constituição ter entrado em vigor no dia 1º de janeiro de 1948, o processo de constitucionalização teve início apenas na década de 60, com a instalação da Corte Constitucional (1956), e, como ocorreu na Alemanha, a influência desse fenômeno desencadeou a reinterpretção das normas infraconstitucionais em vigor e em decisões de inconstitucionalidade, alastrando para os demais países que elevaram a Constituição de mera carta de direitos para regente maior.

3. A seara do Direito Civil: dos aspectos gerais da patrimonialidade ao Direito Civil contemporâneo

O Direito Civil, como leciona PAULO LÔBO, é entendido de forma bem esclarecedora e direta⁷. Antes de conceituá-lo nas palavras do referido autor, podemos trazer, precipuamente, que mesmo a pessoa humana não sendo o único objeto de estudo do Direito Civil, torna-se essencial para o surgimento e desenvolvimento dos outros institutos.

6 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Parte Geral - 3ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

7 *Ibid.*, 2012.

O direito Civil é o conjunto de normas, categorias e institutos jurídicos que tem por objeto as pessoas e suas relações com as demais. Diz respeito às dimensões jurídicas da existência cotidiana das pessoas, naquilo que o direito, em sua evolução histórica, considera como relevante e necessário para a regulamentação mínima das condutas, que assegurem a vida de cada uma, como membro da sociedade. É o direito comum das pessoas.⁸

As relações jurídicas civis se dão entre pessoas que são regidas por esses conjuntos de normas, institutos e categorias jurídicas que compõem o Direito Civil. A pessoa seria o objeto primordial, pois são por meio das relações sociais que se contraem objetos, realizam contratos, acionam institutos, aglutinam fatos jurídicos, entre outros.

Um contrassenso no Brasil, em três séculos, foi a elevação do patrimônio no lugar do ser humano. Tinha-se o seu destaque como ordem de proteção, pois afastava de sua órbita relações sem revestimento pecuniário, negando assim os direitos da personalidade que só foram tutelados com a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

Tal ponto, posto por nós, é endossado no “Tratado de Direito Civil”, de PONTES DE MIRANDA, em que suas ponderações coerentes buscaram uma maior consolidação da constitucionalização de tais direitos.

Antes de qualquer pesquisa, advirta-se em que: a) no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há, necessariamente, alguma pessoa, como elemento de suporte; b) no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é *ser humano*, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico.⁹

Considera-se então o patrimônio como a serviço do ser humano, não existindo a inversão nesse parâmetro. Também, para endossarmos a nossa alegação, podemos afirmar que o Direito Civil, mesmo que só em critério didático, é puramente de direito privado; a excelência de tal preposição nos reafirma seguramente o conceito.

Com a constitucionalização e a conseqüente repersonalização, a Carta Magna coloca a pessoa humana como base do Direito Civil e

8 Ibid., p. 17.

9 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, versão VII, cap. 1 e 2

passa o papel de coadjuvante para o patrimônio, extinguindo de vez o individualismo do século XVIII e da Revolução Francesa. Essa repersonalização fica evidente e se materializa em alguns casos dentro do nosso ordenamento jurídico, como por exemplo: a utilização crescente do princípio da dignidade da pessoa humana para sanar os conflitos, o respeito às diferenças, a visão da família como um lugar de convivência socioafetiva e a tutela dos direitos da personalidade.

O objetivo burguês liberal resvalou no código civilista de 1916, conforme entendimento de PAULO LÔBO:

A codificação civil liberal entrou em profunda crise com o advento do Estado social – no Brasil, inaugurado com a CF de 1934. O paradigma do individualismo era incompatível com as demandas sociais, com a consequente intervenção do Estado, máxime da legislação, nas relações privadas. Inúmeras matérias foram subtraídas do CC, que reduziu imensamente sua função prestante. As razões da codificação civil deixaram de existir quando perdeu sua centralidade para a Constituição, quando os novos direitos privados multidisciplinares não conseguiram ser nela contidos e principalmente quando valores regentes das relações privadas migraram para o paradigma da socialidade e da solidariedade.¹⁰

No Brasil a configuração da regulação se deu inicialmente pelas ordenações de Portugal e em seguida da Espanha; estas não surtiram efeito pela falta de fiscalização e lacunas que as tornaram frágeis. Este é o cenário propício para se desenvolver costumes internos, moldando uma regulamentação brasileira no âmbito civilista, ponderando os costumes com as normas; assim foi feito por TEIXEIRA DE FREITAS para coordenar propedeuticamente uma Consolidação das leis civis esparsas que existiam no período imperial.

Com o fim do império transacionando para a República, tivemos a queda do poderio do direito canônico, regulando as relações privadas para o Código de 1916. Este era impregnado por uma visão senhorial, rural, patrimonial e conservadora. BEVILÁQUA deixou, então, como legado, o diploma que serviu para romper com alguns dogmas do império e já era um fôlego inicial para que o Código Civil rumasse para uma visão mais constitucional, totalmente repudiada no início do século, pois mesmo com o conservadorismo posto, os embates surgiriam e

10 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Parte Geral. 3. ed.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27-28.

mudanças viriam em algum momento, mesmo ao revés da codificação posta, como demonstraremos no capítulo que segue.

4. A nova visão civilista de 2002, a incidência de valores humanitários nas relações privadas e a tutela dos direitos da personalidade

Com o fim de adaptar os ramos do Direito – principalmente do Direito Civil – às necessidades da sociedade atual, a Constituição Federal de 1988 beneficiou-se de sua posição de norma hierarquicamente superior às demais e passou a utilizar-se de seus princípios fundamentais para modificar a forma com que os civilistas aplicam o Direito.

A clássica divisão do Direito em Público e Privado fica evidentemente superada em virtude da intercomunicação entre as normas ditas privadas com as de natureza pública. A missão do Direito Civil passa a se revestir de função humanizadora das relações entre os particulares. Esse processo rompe com velhos dogmas civis e reveste com nova roupagem as relações interprivadas.

O valor da dignidade da pessoa humana sobreleva-se de importância no ordenamento pátrio e reflete para o campo privado a necessidade de uma reanálise da estrutura dos institutos civis, dentre eles os referentes à personalidade.

O Código Civil atual cuidou dos direitos da personalidade de forma bastante tímida e fragmentada, nos artigos 11 a 21. A disciplina fica aquém da proteção merecida por tal categoria de direitos.

Todavia, essa situação pode ser compensada pela aplicação horizontal dos direitos humanos, levando-se em consideração a relação existente entre direitos humanos e direitos da personalidade. Esse fenômeno se reflete na tendência atual de se reconhecer eficácia imediata e aplicação direta das normas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais nas relações entre particulares. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 apresenta importância fundamental.

Os preceitos constitucionais referentes às liberdades e garantias se consagram como diretamente aplicáveis e vinculam tanto entidades públicas como privadas. Construíram-se, então, pontes axiológicas entre a CF e a legislação civil, fazendo com que as normas constitucionais

incidissem diretamente sobre as relações privadas. É a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ao longo dos anos, a concepção individualista do Código Civil de 1916, dava azo à legalização de verdadeiras afrontas aos princípios exteriorizadores de direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana. Todavia, significantes mudanças ocorrem no decorrer do século XX. Alterações essas que, além da modernização da norma civilista, propunham um avanço ideológico na concepção liberalista, humanizando algumas relações que antes careciam da ingerência de preceitos de direitos fundamentais.

A partir de 1969, inicia-se a tentativa de promulgação de um segundo Código Civil. Este deveria ser um aperfeiçoamento do anterior, reconhecendo-se que aquele já não mais atendia às necessidades da época. Com um processo de elaboração e tramitação que durou mais de trinta anos, o Código Civil de 2002 trouxe uma grande transformação no direito pátrio, instaurando, segundo Paulo Nader, o abandono da fase positivista e dogmática do Código de 1916, e inaugurando a fase pós-positivista¹¹. Nesse longo processo de mutação, tem papel preponderante na guinada do pensamento humanitário a Constituição Federal de 1988.

Conforme já exposto, a Constituição de 1988 traz para o campo civilista uma nova diretriz no que concerne às bases orientadoras das normas e sua eficácia social. Os princípios elencados em seu texto contribuem para uma visão inovadora da função sistêmica do ordenamento jurídico. Desenvolve-se, a partir dos critérios de orientação constitucional, uma valorização da pessoa humana em detrimento dos valores essencialmente patrimonialistas, ou seja, a valorização do *ser* em prejuízo do *ter*. Surge aqui o que a doutrina denomina de constitucionalização do Direito Civil.

A implementação desse novo paradigma se refletiu na codificação civil de 2002, a qual, diferentemente da anterior, passou a considerar a pessoa como centro e fundamento. Assim, os princípios gerais e os institutos do Direito Civil sofreram uma modificação no sentido de

11 Pós-positivismo consubstancia-se numa concepção que vai além dos valores da Escola do Direito Positivo e pretende demonstrar que os princípios, ao contrário do que pensa a corrente positivista, também gozam de normatividade. Para tal esteira de pensamento os princípios seriam espécie, juntamente com as regras, do gênero norma. O pensamento pós-positivista enceta dois grandes preceitos: o da força normativa dos princípios e o da preocupação com os valores humanitários e civilizatórios do Direito.

promoverem sua despatrimonialização. A positivação desse novo pensamento deu-se com a recodificação e a vigência da nova codificação.

Na tentativa de unificar de forma protecionista, voltada para o *ser*, o pensamento constitucional com o legal, o Novo Código Civil, tenta adequar, em matéria privada, uma postura de guarida dos bens ditos primordiais, estabelecendo novas regras, que em muito se distanciam do modelo arcaico do Código de 1916.

Ocorreu a funcionalização do direito civil, que segundo GUSTAVO TEPEDINO¹² é um processo socializante, em que determinadas liberdades civis, como a liberdade contratual, passa a sofrer uma contenção principiológica baseada na socialidade. Observa-se que o Direito Civil passa por um processo de oxigenação das bases jurídicas com elementos de ordem social, filosófica, histórica, econômica e ética, com o nítido objetivo de satisfazer as demandas sociais em prol de uma ordem jurídica e social mais justa. Visa-se, portanto, à concretização dos princípios constitucionais. Utilizando-se novamente das lições de TEPEDINO, esse novo panorama instaurado com a Carta Magna de 1988 e complementado pela vigência do Código Civil de 2002, configura verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.¹³

O que se busca com a denominada constitucionalização do direito civil é uma reconstrução do Direito Privado, de acordo com valores constitucionais, visando à satisfação dos direitos fundamentais, além da concretização de um Estado social e democrático de Direito. Constitucionalização é o processo de elevação dos princípios fundamentais do Direito Civil ao patamar constitucional, tendo como consequência lógica o condicionamento à observância pelos cidadãos e a aplicação pelos Tribunais, da legislação infraconstitucional, produção legiferante que deverá estar condizente com os valores humanitários esboçados no texto constitucional.

CAIO MÁRIO reflete que após duas grandes guerras há um crescente processo de socialização do direito, e que “não mais se pode reconhecer ao Código Civil o valor de direito comum”, pois a posição ocu-

12 TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

13 Cláusula geral é uma disposição normativa a ser observada pelo juiz na regulação in concreto de determinada relação de direito. Tem conteúdo variável que é preenchido conforma as necessidades de cada povo em dada época.

pada, atualmente, pelos princípios gerais de direito, é gradativamente e densamente influenciada pelas normas constitucionais, notadamente pelos direitos fundamentais. Continua CAIO MÁRIO a afirmar que “tal proposta consolidou em nossa doutrina um direito civil constitucional reconhecido definitivamente nos meios acadêmicos e pelos Tribunais”¹⁴.

Desponta um consistente movimento de antropocentrismo dos valores máximos de objetivação da norma, delimitando-se o exercício da autonomia privada e ao condicionado à exigência de cumprir fielmente o resgate dos valores humanitários, fazendo prevalecer o respeito aos direitos e garantias individuais e coletivos expressos na norma estruturante.¹⁵ Criam-se, assim, novos critérios legitimadores da atividade negocial, não mais sobejados na ideia liberal do lucro, mas numa visão humanitária das relações privadas.

Essa hodierna conjectura irradia seus reflexos para todo o campo civilista, como, a título de exemplo, no direito de família, em que há uma equiparação do homem e da mulher no comando do poder familiar; do fortalecimento da união estável. Surge também a formação de uma base civil de direitos da personalidade tutelados no próprio Código (arts. 11 e seguintes).

Diante da primazia da Constituição, os direitos fundamentais passaram a ser dotados da mesma força normativa nas relações públicas e nas relações privadas. Como não poderia deixar de ser, essa mesma força deve ser conferida aos direitos da personalidade.

Com efeito, conforme afirma PAULO LÔBO, a Constituição de 1988 “prevê a cláusula geral de tutela da personalidade, que pode ser encontrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III)”¹⁶.

Após toda a abordagem do Direito Civil em face de uma constitucionalização, é propício, neste momento, discorrermos a respeito dos tipos gerais dos direitos da personalidade. Possuem, estes, uma consolidação geral, tanto no sistema brasileiro, quanto nos mais diversos sis-

14 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 23. v. 1

15 Norma estruturante na visão Kelsiana é norma que dá suporte a todo o ordenamento jurídico, no caso expresso a Constituição Federal.

16 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v.6, p. 8, 01 jun. 2001.

temas mundiais, tendo como vanguardistas os direito à vida, liberdade, integridade física ou psíquica, privacidade, honra, moral do autor e à identidade pessoal.

O direito à vida é inato e indisponível, pois logicamente já se nasce com ela. É o primórdio que gera todos os outros direitos, isto é, nascer com vida é propedêutico para uma conjectura de direitos assegurados. Já o direito à liberdade é relativamente novo e não se confunde com os da liberdade econômica (livre iniciativa) e da liberdade contratual, como traz PAULO LÔBO, ainda em seu artigo a respeito dos danos morais.

O direito geral à liberdade é o direito de ser livre, desde o nascimento até à morte, o direito de não estar subjugado a outrem, o direito de ir e vir, salvo a restrição em virtude do cometimento de crime. Na história da humanidade, é direito relativamente recente, pois o vínculo à escravidão, à servidão, a estamentos, a corporações de ofício, a posições sociais em virtude do nascimento e equivalentes marcaram a trajetória de todos os povos. A privação ou a restrição indevida da liberdade dá ensejo à indenização compensatória por danos morais.¹⁷

Já quando tratamos dos direitos à privacidade, temos que ele “diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra”¹⁸. Temos aqui algo muito interessante para dosar o emprego da tutela dos danos morais; pois o grau de publicidade é algo que deve ser levado em consideração de forma geral, isto é, pessoas públicas em suas atividades particulares sofrem constantemente assédios em seus momentos íntimos.

Este segundo grupo de direitos, os chamados “à honra”, não devem ser confundidos com os direitos a privacidade, sendo os primeiros concernentes à relação da sua reputação no ambiente social em que vive.

5. Mecanismo de cumprimento real dos direitos da personalidade: os danos morais

Segundo leciona PAULO LUIZ NETTO LÔBO,

¹⁷ Ibid., p. 87

¹⁸ Ibid., p. 89

[...] os danos morais se ressentiam de parâmetros materiais seguros, para sua aplicação, propiciando a crítica mais dura que sempre receberam de serem deixados ao arbítrio judicial e à verificação de um fator psicológico de aferição problemática: a dor moral.¹⁹

Ratificando esse entendimento, a Constituição brasileira de 1988 tratou de ambos os institutos em conjunto no art. 5º, inciso X. Para o autor, “a interação não é ocasional, mas necessária”. Continua afirmando que “os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, possuem a mesma natureza do dano moral, também não patrimonial”.²⁰

De fato, há de se concordar com o supracitado autor quando ele diz que:

De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. Por exemplo, a instituição financeira que promove a indevida inscrição de devedor em bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição; basta a demonstração da inscrição irregular.²¹

Pode-se afirmar, assim, que o dano moral consiste na lesão a um interesse que visa à satisfação ou o gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade, integridade psíquica e integridade moral.

No mesmo norte, há autores que, a exemplo de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, afirmam que não dispomos de parâmetros objetivos de avaliação do dano moral. Questiona a autora se a dor e o constrangimento seriam suficientes para a configuração do dano moral e como distinguir a intensidade desses sentimentos que seria suficiente

19 Ibid., p. 80.

20 Ibid., p. 79-80.

21 Ibid., p. 80.

para averiguação do dano daquela perturbação psíquica que não teria o condão de causar dor moral. (2003, p.42).

Dito isso, questiona-se se os danos morais estão diretamente relacionados à tutela a personalidade. Poder-se-ia afirmar que não há dano moral fora dos direitos da personalidade? A Constituição Federal de 1988, como já afirmamos, trata os direitos da personalidade e os danos morais de forma conjunta em seu artigo 5º, inciso X, quando diz claramente que:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Como vemos, a CF/88 traz uma roupagem nova que chocou e opôs muitos pensamentos de doutrinadores conservadores que ainda defendiam o patrimônio em detrimento aos direitos da pessoa, tendo em vista que este segundo não teria um valor traduzido em pecúnia que o representasse, isto é, não possuía a perspectiva de valoração em dinheiro dos danos sofridos.

Agora tratados em conjunto, ambos possuem caráter não patrimonial, buscando assim a equiparação nos limites da equidade e do bom senso em sua aplicação; devendo ser visado sempre ao bem jurídico atingido e à melhor forma de restituição, pois até agora, os valores em moeda são a forma mais efetiva de realização de justiça mediante uma ilegalidade cometida a um direito pessoal, não podendo ser transferidos, por serem inerentes à pessoa lesada.

PAULO LÔBO nos alerta sobre o perigo dos “momentos patológicos” dessa tutela:

A indenização compensatória que resulta da configuração dos danos morais não deve levar ao entendimento de ser a violação dos direitos da personalidade o objeto exclusivo da tutela jurídica, pois esta dá-se, primacialmente, no exercício cotidiano desses direitos. Tem-se deplorado a excessiva preocupação dos juristas com os ‘momentos

patológicos' da proteção da personalidade, resultantes em danos morais, em detrimento de seu exercício, o que revela resíduo da tradição patrimonialista.²²

Percebe-se, pois, que o instituto dos danos morais não se configura fora dos direitos da personalidade, tendo em vista que estão intimamente ligados. Quando um direito da personalidade é agredido, os danos morais o “socorrem”, traduzindo pecuniariamente a depreciação sofrida.

A jurisprudência dos tribunais superiores abre imenso precedente para que juízes vinculem suas decisões e dirimam os processos de uma forma unânime, baseados na segurança jurídica. Neste ponto é que se procura desestimular as práticas violadoras defronte os direitos personalíssimos da pessoa humana.

Como preceitua CARLOS ALBERTO BITTAR, “na Jurisprudência, depois de certa hesitação na fundamentação de decisões no campo civil, tem-se ora como nítida a prevalência dos direitos da personalidade, com a sanção a violações ocorridas na prática”.²³

Por tudo isso, percebemos a proximidade de reflexos sobre os direitos da personalidade quando da configuração do dano moral. Já dissemos que os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, foram, de certo modo, renegados em um sistema jurídico outrora patrimonialista. Essa categoria de direitos ganha fôlego na escala da repersonalização, quando o patrimônio cede lugar ao ser humano no centro do ordenamento jurídico.

Passa-se, então, a valorizar o indivíduo e suas necessidades intrínsecas. Nesse contexto, os direitos da personalidade ganham campo próprio no Código Civil de 2002 – artigos 11 a 21 – bem como na CF/88, citados, por exemplo, no art. 5º, como parte do rol de direitos fundamentais.

Mister se faz, ainda, reconhecer que os direitos da personalidade estão relacionados à própria concepção de dignidade humana. Nesse sentido, devemos concordar quando se fala que os direitos da personalidade são uma cláusula aberta, no sentido de que todo o conjunto de valores inerentes à pessoa e necessários à dignidade são direitos da

22 Ibid., p. 82

23 BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da personalidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2006, p. 56.

personalidade e merecedores de tutela, ainda que não estejam explicitamente tipificados.

Há tipos mais gerais de direitos da personalidade, já reconhecidos como tais explicitamente e divididos em três grupos: direitos físicos, psíquicos e morais; bem como a possibilidade de se reconhecer como direitos inatos tudo aquilo que for necessário à dignidade humana ao mesmo tempo em que intrínsecos ao ser existencial.

Os direitos da personalidade não são sinônimos de direitos fundamentais, mas nos atrevemos a dizer que são espécies destes. Todavia, por não serem patrimoniais, encontrava-se dificuldade na forma específica de tutela jurídica em caso de lesão. Deve-se concordar com o autor do texto em análise quando ele coloca a reparação por danos morais como apta a constituir sanção que responda a esse tipo de violação.

Ao mesmo tempo, a configuração do dano moral carecia de parâmetros objetivos, ficando sua configuração ao arbítrio da análise subjetiva do julgador sobre a existência da *dor moral*.

Ora, ao se visualizar a existência de lesão ao direito da personalidade, desnecessária se demonstra a comprovação do dano moral. Como atributos intrínsecos à personalidade humana, uma agressão a essa categoria de direitos dá subsídios claros e objetivos para a determinação do dano moral. A subjetividade do julgador fica, agora, restrita apenas à determinação do quantum da indenização.

6. Conclusões

A constitucionalização do Direito consiste na implementação e aplicação dos princípios e regras presentes na Constituição Federal por todo o ordenamento jurídico. Visto isso, surgem várias situações que serão compreendidas, como a inconstitucionalidade das normas não compatíveis com a Carta Magna e a Constituição como base de interpretação das normas infraconstitucionais.

Chegando ao Direito Civil, podemos concluir que, esse ramo do Direito foi evoluindo e se transformando gradativamente, ficando cada vez mais atrelado e porque não dizer dependente da Constituição Federal. Teve como “ápice” a sua constitucionalização e o conseqüente abarcamento dos direitos da personalidade como sua base, sendo repersonalizado, deixando para trás uma patrimonialidade primordial.

Por fim, podemos afirmar que, a humanização do Código Civil trouxe uma série de melhorias e vantagens, e a tendência é, cada vez mais, os direitos da personalidade serem tutelados, respeitados e aplicados.

Concluimos que tal assunto esta em voga e o seu debate deve ser constante e inovador, tendo em vista que a repersonalização do Direito Civil, com os direitos personalíssimos da pessoa humana em primeiro grau, é ponto chave para as relações privadas quando desrespeitados, sejam tuteladas pelo melhor instituto, que no caso, são os danos morais.

A propósito, acerca dos danos morais, esses vieram para completar a lacuna que faltava para uma garantia fixa de tais direitos considerados, a primeira vista, abstratos, pois o seu valor pecuniária era quase incalculável; entretanto, o bom senso em sua aplicação pelos magistrados e a dosimetria devem pairar como princípios explícitos de controle e segurança.

7. Referências

BITTAR, CARLOS ALBERTO. **Os Direitos da personalidade**. São Paulo: Forense Universitária. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro. Padma, v. 6, Abril, 01 jun. 2001

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, versão VII, 1 e 2.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2004. v.1

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

10

O FENÔMENO DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL INDIRETA COMO INSTRUMENTO DE FUNCIONALIZAÇÃO DA POSSE E DA PROPRIEDADE

Adriano Marteleto Godinho¹

José Humberto Pereira Muniz Filho²

Juliane da Silva Heman³

Roberto de Oliveira Batista Júnior⁴

SUMÁRIO: Introdução: o recorte temático - 1. A tradicional conceituação dos institutos da posse e da propriedade - 2. A funcionalização da posse e da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro - 3. As limitações ao exercício do direito de propriedade - 4. A desapropriação judicial indireta e sua natureza - 5. Os elementos da desapropriação judicial indireta - 5.1. A posse ininterrupta e por cinco anos de extensa área - 5.2. O considerável número de possuidores - 5.3. O sentido da boa-fé referida no § 4º do artigo 1.228 do Código Civil - 5.4. As obras e

1 Professor da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Advogado.

2 Acadêmico do 6º período de Direito da Universidade Federal da Paraíba.

3 Acadêmica do 6º período de Direito da Universidade Federal da Paraíba.

4 Acadêmico do 6º período de Direito da Universidade Federal da Paraíba.

serviços de relevante interesse social e econômico - 5.5. A justa indenização e seu pagamento - 6. Conclusões - 7. Referências

Introdução: o recorte temático

O presente trabalho é fruto das pesquisas realizadas na Universidade Federal da Paraíba, no âmbito do projeto destinado aos estudos da funcionalização da posse e da propriedade como instrumento de justiça social.

Reunidos os pesquisadores, chegou-se à conclusão de que, dentre os diversos institutos do Código Civil brasileiro de 2002 destinados à concretização da função social da posse e da propriedade, destaca-se uma figura que ainda carece de aguda investigação: a denominada *desapropriação judicial indireta*, prevista nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 daquele diploma.

A partir daí, desenvolveu-se uma linha de investigação que parte da análise dos fenômenos da posse e da propriedade, tanto em sua formulação tradicional como na sua acepção constitucionalizada, para adiante abordar as limitações ao exercício do direito de propriedade, o que permitirá, enfim, traçar os elementos que configuram o instituto da desapropriação judicial indireta.

1. A tradicional conceituação dos institutos da posse e da propriedade

Posse e propriedade são dois dos fenômenos jurídicos de mais antigo desenvolvimento. Por se tratarem de institutos civis, o papel de conceituá-los sempre coube, nos países de influência romano-germânica, ao Código Civil. No Brasil não é diferente: o primeiro diploma civil do país, editado em 1916, estipulou os conceitos de posse e de propriedade. Assim, o artigo 524 daquela codificação estabelecia que “*a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua*”. Por sua vez, o artigo 485 da lei, hoje revogada, assim previa: “*considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade*”.

Bem medido o sentido das disposições, atesta-se que a propriedade consistia, à época, no direito de ter a coisa e dela se servir de modo (quase) absoluto; a posse, por seu turno, representava o exercício, sobre a coisa, de algum ou alguns dos poderes que compunham a propriedade, quais sejam: o uso, o gozo, a disposição e a reivindicação. Sob esse prisma, a posse constituía mera exteriorização das faculdades concedidas ao proprietário.

Dizer que a propriedade se cercava de ares que beiravam o absolutismo significa afirmar que, no âmbito do Código Civil brasileiro de 1916, deferiu-se ao proprietário o direito de livremente usar, gozar, reaver ou dispor da coisa que lhe pertencia. A destinação a ser conferida aos bens era indiferente, bastando que se resguardasse ao proprietário a ampla prerrogativa de deles se valer para a satisfação de interesses puramente egoístas.

Redesenhar esses velhos conceitos de propriedade e de posse tornou-se um imperativo. Contudo, um importante passo nesse sentido foi tomado com a promulgação da Constituição da República de 1988. Posteriormente, o Código Civil de 2002 absorveu a ideia de funcionalização contida no texto constitucional, o que abriu o caminho para uma revisão conceitual, a impor certas barreiras ao exercício dos direitos de posse e de propriedade, tudo para conformar estes institutos com os parâmetros mais elevados da ordem jurídica brasileira, como os princípios da solidariedade, da igualdade material e da dignidade da pessoa humana, os objetivos de erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos e o direito fundamental à moradia.

2. A funcionalização da posse e da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a partir da Constituição de 1934, passou-se a conferir maior preocupação com o sentido da propriedade, por meio de uma intervenção estatal mais rígida sobre a forma de exercício deste direito, como deixa entrever seu artigo 113, cujo item 17 enuncia que “*é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo*”. No artigo 147 da Constituição de 1946, o uso da propriedade passou a ser condicionado ao bem-estar social, tendo-se

adotado, ainda, o ideal da justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Entretanto, coube à Constituição da República de 1988 proclamar uma nova visão da propriedade, alargando-se a ideia da sua funcionalização pela consagração de duas disposições expressamente dirigidas à regulamentação do instituto: numa delas, se garante o direito à propriedade privada (artigo 5º, XXII) e, na outra, é condicionado o exercício desse direito à observação do princípio da função social (artigo 5º, XXIII). Além disso, ao tratar dos princípios da ordem econômica, o artigo 170 da Constituição torna a se referir à propriedade privada e à sua função social.

Diante do panorama traçado, a visão outrora prevalecente, que outorgava ao proprietário um direito praticamente absoluto sobre a coisa, cede diante da matiz socializante inaugurada pela Constituição de 1988. Ao proprietário, continua sendo reconhecido o direito ao uso e gozo do que lhe pertence, mas o exercício do direito de propriedade somente se considera regular se o seu titular for capaz de balancear seus interesses individuais com a noção de utilidade social, que não condiz com o uso dos bens para fins puramente especulativos ou egoístas.⁵

Levando-se em conta a necessidade de concretização da função social, não somente foi a propriedade referida como direito e garantia individual e como princípio da ordem econômica, mas ganhou também, no expressar de ANDERSON SCHREIBER e GUSTAVO TEPE-DINO, a indicação de um conteúdo mínimo, particularmente no que tange à propriedade imobiliária. Assim, o artigo 186 da Constituição de 1988 traçou requisitos objetivos para o atendimento da função social da propriedade rural, por meio dos seguintes critérios: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que

5 Na feliz síntese de PAULO LÔBO, “a função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>. Acesso em: 15 abr. 2013).

favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. O mesmo ocorreu com a propriedade imobiliária urbana, que terá cumprida sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.⁶

Ademais, a Constituição de 1988 estabeleceu as sanções a que se sujeitam os proprietários de imóveis inertes na concessão da função social à propriedade. Em se tratando da propriedade urbana, elas podem passar pelo parcelamento ou edificação compulsórios, pela imposição do imposto progressivo no tempo e, em última instância, pela desapropriação do bem. Sendo rural a propriedade, caberá à União promover a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, tudo sem prejuízo do aumento progressivo do imposto territorial rural, de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas.

Consoante salienta PETER HÄBERLE,⁷ a ciência do direito constitucional é exercida, sobretudo, no âmbito teórico. Ela possui a tarefa de delinear um sem número de propostas teóricas para a compreensão geral e especial dos direitos fundamentais e de seus métodos de utilização. Com efeito, deve-se entender que a matéria constitucional do direito de propriedade norteia as relações privadas.

Essa ideia de norteamento, contudo, vem sofrendo várias mitigações, em decorrência das novas vertentes do direito privado. Cabe ponderar sobre a posição de GUSTAVO TEPEDINO que, com base no magistério do professor NATALINO IRTI, afirma ter ocorrido uma

*[...] transformação, no âmbito do direito privado, do monossistema, centralizado pelo Código Civil, para o polissistema, próprio da sociedade pluralista contemporânea, na qual se desfaz a unidade política, ideológica e legislativa, representada pela codificação, dando lugar ao conjunto de leis setoriais.*⁸

6 SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, LOCAL? ano VI, n. 6, p. 103-104, jun. 2005.

7 HÄRBELE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*. 3. ed. Heidelberg: Müller, 1983, p.83.

8 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.209.

Esse conjunto de leis setoriais nos remete a uma compreensão harmônica de todo o sistema jurídico e à confluência de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos institutos da posse e da propriedade, hoje devidamente funcionalizados, com fundamento na interpenetração das regras e dos princípios que conformam o Direito Civil e o Direito Constitucional.

Essa reviravolta no conceito de propriedade, calcada nas transformações sofridas pelas instituições de Direito Privado em geral, representa o alvorecer de novos tempos. A partir do momento em que a funcionalização da propriedade se tornou um princípio fundamental, o antiquíssimo instituto civil ganhou novas perspectivas. Não se fala em exercício útil desse direito se o seu titular desrespeitar as suas finalidades econômicas e sociais. Ao proprietário de um imóvel, cumpre extrair da propriedade as suas potencialidades e servir-se dela de forma a saciar seus interesses, sem descuidar do seu impacto social. Com isso, o proprietário deve atender às balizas constitucionais que preenchem o sentido da função social, o que prova a intolerância do ordenamento com a desídia em relação ao uso a ser conferido aos bens imóveis.

3. As limitações ao exercício do direito de propriedade

Ultrapassado o paradigma da propriedade enquanto direito (quase) absoluto e consagrada a funcionalização deste instituto, impõe-se atestar que a propriedade, para além de ser um mero conjunto de poderes concentrados nas mãos do seu titular, torna-se um autêntico poder-dever.⁹ O direito de propriedade deve servir não apenas para suprir as necessidades e interesses estritamente pessoais do seu titular, mas também para valer como um instrumento de pluralismo e promoção da pessoa e dos interesses da coletividade.

Com o preceito da função social, o legislador passou a se preocupar com a forma de exercício da propriedade e com as suas consequên-

9 Concepção que surgiu com o magistério de DUGUIT, que, ao rejeitar a visão de propriedade como direito subjetivo absoluto, erigiu a noção de propriedade-função, não com a finalidade de negar a existência da propriedade privada, mas para centrar-se em sua natureza de direito-função; não como poder incondicionado, mas como poder jurídico que tem uma razão de ser específica, da qual não pode esquivar-se, de satisfazer necessidades individuais e coletivas (JELINEK, Rochelle. **O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil.** Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>, p. 12. Acesso em: 15 abr. 2013).

cias sociais, o que deve ser encarado não apenas como uma barreira a impor limites negativos ao exercício da propriedade; mas mais do que isso, o princípio constitucional da função social impõe, num sentido positivo-comissivo, a promoção dos valores que servem de base para o ordenamento, como o direito social à moradia, o objetivo de construir uma sociedade justa e solidária e o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰ Assim, a função social não se contrapõe à noção de propriedade privada, mas a preenche, de modo a consistir no autêntico fundamento da atribuição desse direito a um titular.

Esmiuçando o parâmetro constitucional da função social da propriedade, o artigo 1.228, § 1º do Código Civil, logo após consagrar as prerrogativas de uso, gozo, disposição e sequela sobre a coisa – como fez o Código Civil de 1916 –, estabelece os limites ao exercício do direito, que deve estar em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e com a preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico e artístico. Estabeleceu-se, com isso, um meio de exercício da propriedade: faculta-se o aproveitamento da coisa e tutela-se a propriedade privada, mas a ela deve ser conferido uso compatível com os vetores indicados no próprio texto legal. Cumpre ao proprietário, desta maneira, tornar o exercício do seu direito proveitoso para si e para a sociedade.¹¹

Tais limitações ou imposições sobre o exercício do direito de propriedade, instituto privado por excelência, demonstram efetivamente que a figura passa a tangenciar novas perspectivas. Conclui-se, pois, que não há garantia irrestrita à propriedade no texto constitucional brasileiro, mas apenas àquela que atenda ao preceito da função social; com isso, a propriedade que atente contra os valores fundantes do ordenamento

10 ROCHELLE JELINEK cuida de apontar as dimensões abarcadas pela função social, que podem representar a privação de determinadas faculdades (não pode o proprietário contaminar o solo nem construir em áreas de reserva legal ou de preservação permanente), a obrigação de exercitar determinadas faculdades (obrigações de fazer, como de parcelar gleba de sua propriedade) ou um complexo de condições para o exercício de faculdades atribuídas, o que ocorre quando o texto constitucional enuncia os pressupostos que conduzem ao adequado aproveitamento do solo (JELINEK, op. cit., p. 24-28).

11 Daí a opinião de MARCO AURÉLIO VIANA, para quem “*um imóvel rural, por exemplo, só atende à sua finalidade econômica quando voltado para a produtividade compatível com sua potencialidade. (...) Referindo-se à finalidade social, o que se pretende é a oposição ao individualismo, dizendo que a utilização das coisas se faz de forma a gerar riquezas. Os bens devem ter uma utilização que os torne produtivos, ou seja, geradores de riqueza*”. VIANA, Marco Aurélio. **Comentários ao novo Código Civil**: dos direitos reais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39-40.

jurídico, nomeadamente aqueles contidos no texto constitucional, como a função social, não será digna de tutela.¹²

Nesta perspectiva, um dos mais inovadores aspectos do novo Código Civil brasileiro consiste na instituição da inédita figura prevista em seu artigo 1.228, §§ 4º e 5º, destinada a permitir a aquisição de propriedade em virtude da inércia de seu titular. Trata-se da denominada desapropriação judicial indireta, em que o proprietário, mediante o pagamento de justa indenização, será privado da coisa se o imóvel consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado obras e serviços de interesse social e econômico relevante. Vislumbra-se, no instituto, um caráter nitidamente social, que em respeito ao direito social à moradia, também constitucionalmente assegurado, pretende conferir propriedade a um numeroso contingente de pessoas que jamais teriam acesso à terra pela via da aquisição negocial a título oneroso.

Precisamente em virtude de sua importância, e tendo em vista o emprego na lei de diversas expressões de conteúdo deliberadamente impreciso, passa-se a analisar os elementos caracterizadores do instituto a desapropriação judicial indireta.

4. A desapropriação judicial indireta e sua natureza

A desapropriação judicial indireta foi incorporada ao texto do Código Civil de 2002, nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228, assim redigidos:

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Desde que inaugurado, o instituto em apreço ensejou uma série de indagações, para as quais ainda não há soluções consensuais e definitivas. A primeira e mais elementar delas consiste em tentar identificar a

12 SCHREIBER, op. cit., p. 105-106.

natureza jurídica da figura. Para tentar elucidar esta controvérsia, duas correntes doutrinárias foram elaboradas, cumprindo compreendê-las.

Segundo a primeira linha de pensamento, a desapropriação judicial indireta seria uma nova forma de usucapião coletiva. Esta modalidade de usucapião, a propósito, encontra guarida no artigo 10 da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), assim expresso:

As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para a sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Diante da análise desta norma, identificam-se os pontos aproximativos e distintivos entre a usucapião coletiva e o fenômeno da desapropriação judicial indireta. É perceptível que os núcleos dos dispositivos em parelho são idênticos: em ambos, há uma limitação ao direito de propriedade, em virtude da sua necessária funcionalização. No entanto, os procedimentos adotados rumo à consecução dessa limitação tomam veredas díspares.

Primeiramente, não há previsão de verbas indenizatórias na hipótese de usucapião coletiva, uma vez que é um meio de aquisição de propriedade que independe de qualquer pagamento; já a desapropriação judicial indireta exige que se pague uma justa indenização ao proprietário. Ademais, a posse permeada na usucapião independe de boa-fé, elemento crucial para a configuração da desapropriação judicial indireta. Estas distinções, por si, são suficientes para afastar as figuras.

Contrapondo-se à perspectiva anterior, uma outra vertente, embasada no entendimento de MIGUEL REALE,¹³ reconhece a aproximação dos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil ao instituto da desapropriação comum, eis que ambos são instrumentos de perda com-

13 Eis o entendimento de MIGUEL REALE, na exposição de motivos do Projeto do novo Código Civil acerca da desapropriação judicial indireta: “*trata-se de uma inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade implicando não só no novo conceito esta, mas também novo conceito de posse-trabalho*”. (REALE, Miguel, *apud* CASSETARI, Christiano. **Uma análise do instituto descrito no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil**: pontos divergentes e convergentes. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil** São Paulo: Método, 2008, p. 104. v. 7.

pulsória da propriedade, mediante pagamento de indenização, ainda que, evidentemente, haja distinções notórias entre as figuras: na desapropriação ordinária, o Estado passa a titularizar o direito de propriedade sobre o bem desapropriado, enquanto na desapropriação judicial indireta, o domínio da coisa é atribuído aos indivíduos que a mantêm em sua posse.

Seja como for, na gênese da desapropriação judicial indireta busca-se a concretização da justiça social e a vedação do abuso de direito por parte do proprietário, decorrente de sua postura antiética, perante o ordenamento civil-constitucional. Ademais, conforme os ensinamentos de Christiano Cassettari, busca-se:

[...] dar efetividade à função social da propriedade – prevista como mandamento constitucional integrante ao conceito de propriedade – para privilegiar o seu cumprimento, e estimular o respeito à produção, ao meio ambiente e às relações trabalhistas e sociais.¹⁴

Tem-se, pois, uma funcionalização da posse e da propriedade, no âmbito do direito público, alinhada ao princípio da boa-fé, no âmbito privado, resultando, então, nessa nova espécie de desapropriação, elencada nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil. Sendo tanto a desapropriação comum quanto a judicial indireta meios de privação da propriedade, mediante o pagamento de indenização ao proprietário que se vê privado da coisa. Entendemos, assim, ser esta uma forma especial de desapropriação, conforme os requisitos e elementos a seguir abordados.

5. Os elementos da desapropriação judicial indireta

O instituto da desapropriação judicial indireta é preenchido por diversas cláusulas abertas, cujo conteúdo deverá ser prudentemente apreciado à luz das circunstâncias em concreto. A fluidez dos conceitos que conformam a figura gera imensa controvérsia sobre sua aplicabilidade. O emprego de conceitos de teor indeterminado¹⁵ – extensa área,

14 CASSETTARI, Christiano. **Uma análise do instituto descrito no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil**: pontos divergentes e convergentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2008, p. 107.v. 7

15 Sobre tais conceitos vagos que permeiam o Código Civil de 2002, Miguel Reale assim afirma: *“Somente assim se realiza o direito em sua concretude, sendo oportuno lembrar que a teoria do Direito*

posse ininterrupta, boa-fé, considerável número de pessoas, interesse social e econômico relevante –, aliado à imposição da fixação de justa indenização pelo magistrado, como requisito para a prolação da sentença (que servirá como título hábil ao registro do imóvel), torna problemática a compreensão do alcance do instituto em apreço.

A propósito, já foi suscitada até mesmo a inconstitucionalidade dos dispositivos que consagraram a desapropriação judicial indireta. Tal arguição foi fruto de uma análise restritiva das funções que o Poder Judiciário deve exercer sobre a matéria. Preliminarmente, entendeu-se que somente o Chefe do Executivo teria legitimidade para promover a desapropriação judicial indireta – embora, caso prevalecesse tal entendimento, teríamos um retrocesso na funcionalização da propriedade e no desenvolvimento de um Direito Civil-Constitucional erigido para tutelar primordialmente as pessoas e seus valores existenciais. Reconhecida esta equivocada tese, ter-se-ia um verdadeiro “esbulho possessório”,¹⁶ a ser concretizado por via da discricionariedade do Poder Executivo, conforme sua competência (federal, estadual e municipal). Ademais, poderia ocorrer uma maior burocratização à efetivação da desapropriação indireta, o que, perceptivelmente, destoaria do seu interesse de funcionalização da propriedade e da posse em favor das partes hipossuficientes da demanda. Neste diapasão, louvavelmente, houve o reconhecimento da constitucionalidade do instituto na I Jornada de Direito do Conselho da Justiça Federal (CJF), em que foi consagrado o enunciado de número 82, com os seguintes dizeres: “*Art. 1.228: É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil*”.

concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de jurisconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados. Como se vê, o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma” (REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 11 abr. 2013.

16 Quanto à desapropriação, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO encara tal instituto, em especial a desapropriação pelo executivo, aqui aplicada por analogia, como um mecanismo autoritário e militarista. Primeiramente, por não existir prévia indenização. Segundo por não possuir a necessária declaração de interesse, o que deturpa a funcionalização da propriedade. Ou seja, a funcionalização da propriedade permearia as relações privadas, porém o Estado estaria imune por um sistema autoritário a suas ações e universal a seus bens. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Petrópolis: Lumen Juris, 2011, p.798.

Com efeito, nada há de irregular ou inconstitucional nas normas que regem a figura. Ao revés, elas são perfeitamente compatíveis com o espírito do texto constitucional, que consagra, em seu bojo, valores como a extirpação da miséria e a promoção da função social da propriedade. Assim, devemos interpretar o papel do magistrado, a quem compete apreciar os elementos da desapropriação judicial indireta e decretar a aquisição da propriedade a favor dos possuidores, como uma função legítima, derivada por norma legal, diversamente da tese de inconstitucionalidade, que trata tal função como específica do Executivo.

A partir dessa análise inicial, pode-se compreender melhor a terminologia do instituto da desapropriação judicial indireta. O sentido da expressão abarca tanto a compreensão da competência *indireta* do Poder Judiciário, proveniente de norma legal – eis que o magistrado decreta a aquisição da propriedade pelos ocupantes e determina o pagamento da indenização –, como também a noção de que a área desapropriada não passa a pertencer ao Estado, mas aos próprios possuidores que a reivindicam.

Percebe-se, pois, a pujança do princípio constitucional da função social da propriedade no fenômeno abordado. Como assinala o processualista LUIZ GUILHERME MARINONI¹⁷, a partir do momento em que os princípios se projetam sobre a realidade, eles servem de fundamento para normas específicas – em causa, o artigo 1.228 do Código Civil – que orientam concretamente a ação. Cumpre, enfim, atribuir eficácia à funcionalização da propriedade e da posse às partes reivindicantes, fazendo com que estas figuras jurídicas realmente exerçam a função social que delas se espera.¹⁸

Calha trazer à baila um ponto peculiar para a compreensão da desapropriação indireta. Uma discussão preliminar diz respeito à forma de interpretação do § 4º do artigo 1.228 do Código Civil, que se reporta à expressão “imóvel reivindicado”. Uma análise literal e restritiva do dispositivo legal conduziria ao entendimento de que a desapropriação, em tais casos, somente poderia ser deduzida em sede de ação reivindi-

17 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 48.

18 BRITO, Rodrigo Toscano de. “Desapropriação judicial” e usucapião coletivo: uma análise comparativa. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2008, p. 123. v. 7

catória, em que se discute a propriedade (e não diretamente a posse) de determinados bens. Por outro lado, uma leitura mais permissiva do dispositivo permitiria compreender que a matéria pode ser suscitada tanto em sede de ação possessória como no âmbito da ação reivindicatória. Para elucidar o entendimento sobre o tema, pontuam-se três enunciados que foram aprovados em diversas Jornadas de Direito Civil, com os seguintes dizeres:

- I Jornada, enunciado n. 84: “Art. 1.228: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”.
- IV Jornada, enunciado n. 310: “Interpreta-se extensivamente a expressão ‘imóvel reivindicado’ (art. 1.228, § 4º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório”.
- V Jornada, enunciado n. 495: “O conteúdo do art. 1.228, §§ 4º e 5º, pode ser objeto de ação autônoma, não se restringindo à defesa em pretensões reivindicatórias”.

A análise dos três enunciados referidos demonstra que o postulado inicial, segundo o qual a desapropriação judicial indireta apenas poderia ser alegada como matéria de defesa por parte dos ocupantes, quando o proprietário fosse o autor da ação reivindicatória, foi devidamente revisto. Os dois enunciados seguintes, de extrema importância para conferir efetividade ao instituto, permitem não apenas que ele seja deduzido, tanto em sede de ações reivindicatórias como possessórias, mas também que seja objeto de ação autônoma, em que os possuidores estarão legitimados a mover ação e pedir que a propriedade lhes seja concedida, não sendo necessário, pois, que aguardem até que o proprietário os demande judicialmente.

Finalmente, pondere-se sobre a própria essência da ação em que se discute a desapropriação judicial indireta – pouco importando, no caso, que a demanda seja promovida pelo proprietário, interessado na reivindicação da coisa, ou pelos possuidores, que pretendem ver reconhecido seu direito à aquisição da propriedade do imóvel. Qual seria, enfim, a natureza da demanda desta desapropriação?

Tomando por base o entendimento de PIEROTH e SCHLINK, reproduzido por GILMAR FERREIRA MENDES,¹⁹ a possibilidade de desapropriação mediante pagamento de justa indenização converte a garantia da propriedade em garantia do valor da propriedade. Diante deste panorama, a ação em que se discute a desapropriação judicial indireta se perfaz como de natureza real, eis que a causa da demanda recai sobre a propriedade do objeto em si, debatendo-se, afinal, sobre quem deve ser o titular do direito real de propriedade. Este é, essencialmente, o objeto da demanda, sendo meramente incidental a discussão sobre a indenização a ser paga (questão de natureza pessoal, por dizer respeito ao cumprimento de uma obrigação). Este debate, aliás, é de suma importância, conforme se extrai da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI-MC 2.260²⁰.

5.1. A posse ininterrupta e por cinco anos de extensa área

Para que se configure a desapropriação judicial indireta, é imprescindível que diversas pessoas exerçam posse ininterrupta, por cinco anos, de *extensa área*. Diante da ausência de parâmetros legais, como definir o que viria a ser uma área extensa, passível de ser desapropriada, nos termos da lei?

A exemplo dos demais elementos que preenchem o instituto em questão tem-se, mais uma vez, a previsão de um requisito de caráter eminentemente valorativo, a ser livremente apreciado pelo magistrado, segundo sua prudência e discricionariedade.

É preciso, contudo, ponderar segundo as circunstâncias do caso. A concretização do sentido da extensa área aludida pela lei levará em conta, entre outros critérios, a localização do imóvel e o confronto de sua medida em relação a outros imóveis situados na mesma região. Quanto ao tema, GLAUCO GUMERATO RAMOS²¹ presta seu contributo:

19 MENDES, Gilmar Ferreira *et. al.* **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 516.

20 Tal posicionamento diz respeito à desapropriação ao Estado. Logo, tendo a mesma causa de pedir, aplica-se analogicamente à nossa discussão: “a ação de desapropriação indireta tem caráter real e não pessoal, traduzindo-se numa verdadeira expropriação às avessas” (ADI-MC 2.260, Rel. Min Moreira Alves, julgada em 14/02/2001, Pleno, DJ de 02/08/2002).

21 RAMOS, Glauco Gumerato. Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre constituição, direito e processo. In: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência. São Paulo, v. 6, n. 76, abr. 2006, p.24.

Não é de considerar a ‘extensa área’ descrita no §4º, como área urbana ou rural de enormes proporções. O que deve ser levado em conta é o fato de a respectiva área ter sido ‘extensa’ o bastante para viabilizar que a ‘posse trabalho’ de várias pessoas tenha redundado em benfeitorias de relevante interesse social e econômico. Exigir que a ‘extensa área’ seja de proporções ‘latifúndicas’ [...], será a consagração de um racionalismo contrário à função social da posse e da propriedade.

Com efeito, o que se deve esperar é que a extensão da área ocupada pelos possuidores seja suficiente para propiciar-lhes a concessão da esperada função social.

Outras balizas que permitem identificar o significado da expressão “extensa área” podem ser extraídas da própria lei. Por analogia, é possível considerar as medidas estabelecidas para a caracterização da usucapião coletiva, cujo limite da área deve superar a extensão de 250 m². Vide, a propósito, o teor do artigo 10 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001):

As áreas urbanas com mais de 250 m², ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por mais de 5 anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Cabe afirmar, portanto, que o modo mais coerente para interpretar o sentido da cláusula aberta em apreço seria partir de uma estipulação elementar: a área extensa deve necessariamente superar a medida de 250 m². Há mesmo quem sustente a tese de que o parâmetro a ser utilizado pelo magistrado para na delimitação de “*algo que suplante no mínimo dez vezes os 250 m² (se em área urbana) ou 50 hectares (se zona rural)*”²² medidas básicas que encontram guarida nos arts. 1.239 e 1.240 do Código Civil, e que servem para estipular a extensão máxima para a usucapião rural ou urbana.

Malgrado certas tentativas de se conferir maior precisão ao conceito vago empregado na lei, o fato é que o legislador deliberadamente legou a tarefa de identificar o conceito de “extensa área” ao magistrado,

22 RIBEIRO, Alex Sandro. Posse “pro labore” do novo Código Civil. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, n. 23, mai./jun. 2003, p. 150.

consoante as vicissitudes do caso concreto, inexistindo parâmetros objetivos que permitam estabelecer aprioristicamente o sentido da cláusula geral em questão.

5.2. O considerável número de possuidores

Outro ponto importante, tratado com certa obscuridade pela lei, consiste na exigência de que a propriedade seja deferida a um “considerável número de pessoas”. Uma vez mais, inexistem critérios legais que permitam aferir o significado da referida expressão.

Apesar disso, é preciso conceber que o número de possuidores somente será considerável caso a quantidade de indivíduos que ocupem a área seja suficiente para permitir que ela atenda a sua função social. Assim, é imprescindível traçar uma ideia de proporcionalidade entre o número de ocupantes e a extensão do imóvel: quanto maior este, mais elevado será o contingente de possuidores necessários para atestar que a propriedade está sendo racional e adequadamente aproveitada. Trata-se de uma questão bastante capciosa, de cunho estritamente subjetivo, legada ao critério do livre convencimento do juiz para sua aplicabilidade em cada caso, singularmente averiguado.

Neste domínio, é lapidar a lição de Rodrigo Toscano de Brito, para quem o número de ocupantes será variável ao sabor das circunstâncias, sobretudo a extensão da área ocupada:

[...] é possível se afirmar que duas pessoas não satisfazem o conceito de ‘considerável número de pessoas’, mas dez pessoas, que representam, absolutamente, um número pequeno, podem ser relativamente à área de terra urbana considerada, um ‘número considerável’.²³

A partir desta correlação entre a noção do “considerável número de pessoas” e a extensão da área ocupada, é possível avançar e propor um modelo que permita estabelecer um parâmetro mais fiável para concretizar o sentido da cláusula geral em apreço. Embora não caiba recorrer a fórmulas matemáticas que, de algum modo, enclausurem o conteúdo das cláusulas gerais – eis que elas existem precisamente para atribuir discricionariedade ao magistrado, a quem caberá interpretá-las equitativamente –, é possível traçar certas balizas que possam servir

23 RAMOS, op. cit., p. 24.

como valiosos indicativos para a resolução dos conflitos que envolvam o instituto da desapropriação judicial indireta.

Em relação aos terrenos rurais – que, à partida, serão mais frequentemente objetos dos pedidos de aquisição de propriedade via desapropriação judicial indireta –, é sabido que vigora a noção de módulo rural, correspondente a uma unidade básica de extensão. Tal unidade, segundo a legislação pertinente (Estatuto da Terra, Lei n. 4.504/64) corresponde àquela quantidade de terra necessária para prover o trabalho e o sustento da entidade familiar.

Nesse sentido, a definição de módulo rural encontra previsão no artigo 4º do Estatuto da Terra:

Art. 4º - Para os efeitos desta Lei, definem-se: (...)

II - Propriedade Familiar, o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhado com a ajuda de terceiros;

III - Módulo Rural, a área fixada nos termos do inciso anterior.

Tal unidade de medida é fixada com base nos critérios determinados pelo artigo 11 do Decreto n. 55.891, de 31 de março de 1965, que contém os seguintes dizeres:

Art. 11. O módulo rural, definido no inciso III do artigo 4º do Estatuto da Terra, tem como finalidade primordial estabelecer uma unidade de medida que exprima a interdependência entre a dimensão, a situação geográfica dos imóveis rurais e a forma e condições do seu aproveitamento econômico.

Parágrafo único. A fixação do dimensionamento econômico do imóvel que, para cada zona de características ecológicas e econômicas homogêneas e para os diversos tipos de exploração, representará o módulo, será feita em função: da localização e dos meios de acesso do imóvel em relação aos grandes mercados;

b) das características ecológicas das áreas em que se situam;

c) dos tipos de exploração predominantes na respectiva zona.

Sendo assim, o módulo rural varia não apenas quanto à localização do imóvel, mas também com relação ao tipo de exploração nele existente, podendo o terreno, segundo a classificação do Incra, ser hor-

tigranjeiro, de cultura permanente, de cultura temporária, de exploração pecuária, de exploração florestal ou de exploração indefinida. Isto reforça a ideia de que o magistrado, para aferir com prudência o sentido da cláusula geral em apreço, deverá descer às minúcias do caso concreto e investigar qual a finalidade da utilização do imóvel ocupado.

Apesar da fluidez do critério em questão, cabe propor, a partir da definição do módulo rural, que esta medida seja utilizada como parâmetro numa equação padrão, a ser eventualmente considerada pelo magistrado, que tenha como suporte a consideração da extensão real da propriedade em relação a uma unidade básica (ou seja, o módulo rural). Portanto, num primeiro momento, caberia apreciar quantos módulos rurais estão contidos no terreno a ser desapropriado. Supondo-se ter o bem a medida de 200 hectares, e considerando, hipoteticamente, que o módulo rural da região corresponda a 35 hectares, caberá apontar que o imóvel em questão comporta 5,71 módulos rurais.

A consideração do que seria o número razoável de possuidores poderia ter como base o número de módulos rurais contidos na área a ser desapropriada, multiplicado pelo número médio de pessoas em cada família brasileira – que, segundo dados do IBGE de 2010, corresponde a 4 indivíduos. Ou seja, depois de obtida a quantidade de módulos rurais compreendidos no imóvel, caberá multiplicá-lo por 4. A partir do exemplo trabalhado, havendo 5,71 módulos rurais no terreno, e depois de multiplicado esse número por 4, será alcançado o número de 22,85 – por aproximação, 23. Este poderia ser um *número considerável de pessoas* a ocuparem um terreno de 200 hectares, numa região em que o módulo rural, por hipótese, seja equivalente a 35 hectares.

A fórmula proposta, naturalmente, não tem o condão de resolver previamente o problema da interpretação a conferir à norma, e deverá ser cotejada com as particularidades de cada situação em concreto. Não deixa de servir, contudo, como um parâmetro para auxiliar na concretização do significado do “considerável número de pessoas” a que alude o legislador.

5.3. O sentido da boa-fé referida no § 4º do artigo 1.228 do Código Civil

Para além de demandar que um considerável número de pessoas ocupe uma extensa área, exige a lei que a posse em questão seja de boa-fé – e talvez seja este o aspecto mais controverso de toda a disciplina.

Cumprir discutir qual o sentido da boa-fé a que se reporta o dispositivo legal. Num primeiro momento, ao apelar à ideia de posse de boa-fé, caberia empregar o significado contido no artigo 1.201 do Código Civil: possuidor de boa-fé seria aquele que ignora o vício que o impede de adquirir a propriedade. Vê-se, pois, que a boa-fé em questão se reveste de um notório carácter de subjetividade, eis que o possuidor, no caso, deverá desconhecer o óbice que macula sua posse.

É contestável, contudo, que a boa-fé exigida para a caracterização da desapropriação judicial indireta corresponda ao sentido estatuído pelo artigo 1.201 do Código Civil. Configurando-se tal desapropriação a partir do momento em que um considerável número de pessoas ocupa extensa área, é pouco provável que tais indivíduos ignorem que sua posse é indevida, eis que, no mais das vezes, ocuparão terreno sabidamente alheio. Caso o conceito de posse de boa-fé empregado no § 4º do artigo 1.228 do Código Civil corresponda à ignorância do fato de se possuir coisa alheia, o instituto da desapropriação judicial indireta perderá a sua eficácia e restará relegado ao ostracismo.

Por isso, é possível defender que a boa-fé aludida no preceito legal não é a subjetiva ou anímica, cabendo ser considerada sob um prisma objetivo: assim, a boa-fé dos ocupantes deve ser relacionada à sua conduta, e não ser encarada no plano intencional.²⁴ Noutras palavras, mais importará averiguar se os ocupantes conferem função social à posse que exercem e se demonstram verdadeiro ânimo de assim continuar procedendo a apurar se eles conhecem ou não a circunstância de estarem a ocupar imóvel de propriedade de outrem.

Colaborando para reforçar tal entendimento, foi aprovado o enunciado 309, oriundo da IV Jornada de Direito Civil, editado nos seguintes termos: “o conceito de posse de boa-fé de que trata o artigo 1.201

24 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*; direito das coisas. São Paulo: Método, 2008, p. 136.

do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no §4º do artigo 1.228 do Código Civil”.

Advogar o desapego à concepção subjetiva da boa-fé no âmbito possessório, contudo, é tarefa árdua. Isto se dá não apenas porque o sentido da posse de boa-fé empregado no artigo 1.201 do Código Civil é manifestamente subjetivista, mas também porque será preciso vencer uma tradicional e conservadora visão acerca da ocupação de terras no Brasil, para assegurar plena eficácia ao instituto da desapropriação judicial indireta.

Veja-se, a propósito, o teor da ementa de um julgado extraído do Tribunal de Justiça de Rondônia, em que se reconheceu a impossibilidade de ser decretada a desapropriação judicial indireta, em virtude do recurso à noção subjetiva da posse:

Reintegração de posse. Valoração das provas. Atribuição do juiz. Desapropriação pela posse-trabalho. Ausência de boa-fé. Compete ao magistrado apreciar livremente as provas, desde que decida motivadamente. Configurada a suspeição das testemunhas trazidas pela parte requerida, age corretamente o juiz ao atribuir valor relativo aos seus depoimentos, confrontando-os com as demais provas existentes. Havendo circunstâncias nos autos que permitam a presunção de que o possuidor não ignora que ocupa indevidamente o imóvel, mostra-se incabível a desapropriação judicial (CC, art. 1.228, § 4º) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. RO 100.001.2006.018386-0, Relator: Desembargador Kiyochi Mori, Data de Julgamento: 19/05/2009).

Tem-se, pois, que esta é a principal barreira a ultrapassar: conferir um traço objetivista e finalístico à boa-fé aludida no § 4º do artigo 1.228 do Código Civil, sob pena de se negar vigência à figura da desapropriação judicial indireta e tornar letra morta o importante preceito ali contido, que seguramente contribui para garantir efetivo cumprimento ao princípio constitucional da função social da propriedade.

5.4. As obras e serviços de relevante interesse social e econômico

Como derradeiro requisito contido no § 4º do artigo 1.228 do Código Civil para a caracterização da desapropriação judicial indireta, figura a exigência de que os possuidores da extensa área nela realizem,

em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de *interesse social e econômico relevante*.

Como se passa em relação aos demais pressupostos, salta aos olhos o caráter valorativo da medida: caberá ao juiz aferir, ao sabor das circunstâncias de cada caso em particular, quais obras ou serviços poderão justificar a aquisição da propriedade do imóvel, em virtude de sua relevância social.

Por um lado, é razoável a concessão de uma permissiva liberalidade do magistrado para apurar, em cada contexto, quais seriam as obras ou serviços socialmente relevantes. Isto permite a prudente averiguação das circunstâncias em concreto, o que poderá variar, inclusive, em função do local em que se situa o imóvel, pois o interesse social e econômico para promover o desenvolvimento e o bem comum em uma região não necessariamente será igual ou semelhante em relação a outros locais. De outra sorte, por vezes se contesta a atribuição de tamanha margem de discricionariedade ao juiz, uma vez que, a partir de tal dispositivo, a lei

[...] atribuiu ao juiz o papel de definir o que é ou não interesse social, extrapolando dessa forma a apreciação jurídica para adentrar propriamente na apreciação política, que é própria dos órgãos do poder executivo (onde o que prevalece é a discricionariedade) e não do judiciário, o qual é pautado puramente na legalidade.²⁵

Apesar das críticas cabíveis, a exigência de que o julgador apure em cada caso concreto quando será ou não cumprida a função econômico-social que se espera do exercício da posse e da propriedade, não destoaria do emprego das diversas outras cláusulas gerais contidas no mesmo dispositivo legal, como o “considerável número de pessoas”, a “extensa área” e a “posse de boa-fé”. É traço marcante do Código Civil de 2002, aliás, a previsão de conceitos jurídicos deliberadamente vagos, cujo conteúdo deve ser preenchido pelo intérprete. Não repugna à plena validade e eficácia da desapropriação indireta, portanto, que seja de competência do magistrado a aferição do cumprimento da função social do imóvel, atendendo-se, em qualquer circunstância, à necessidade de se conferir um tratamento adequado e racional ao solo.

25 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.146.

5.5. A justa indenização e seu pagamento

Conforme já se afirmou, a desapropriação judicial indireta exige, para que os possuidores que pretendem adquirir a propriedade da extensa área ocupada, que seja paga ao proprietário uma *justa indenização*.

Na atual organização econômica e social a indenização devida no instituto em estudo merece reflexões. Ressalte-se, de plano, que é devido o pagamento da indenização para o proprietário do imóvel, mesmo que este seja negligente e abdique do exercício das funções sociais de sua propriedade.

Uma vez estabelecido o valor a indenização, matéria que será por menorizadamente analisada em momento oportuno, pende a controvérsia sobre quem deverá pagá-la. Neste ponto, caberia concluir, num primeiro momento, que a obrigação deveria recair sobre os possuidores – futuros proprietários – do bem, pois eles usufruem do imóvel e lhe conferem função social, em atendimento aos preceitos sociais da comunidade. Neste sentido, conforme preleciona LUCAS ABREU BARROSO, “(...) *não nos parece que o legislador pudesse ter idealizado solução distinta senão a do pagamento da indenização pelos possuidores*”.²⁶ Reforça tal entendimento TEORI ALBINO ZAVASCKI, ao suscitar que “(...) *embora não seja expresse a respeito do dispositivo, não há dúvida de que tal pagamento deve ser feito pelos possuidores, réus da ação reivindicatória*”.²⁷

Desta posição, surgiu o enunciado n. 84 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, firmando o entendimento de que compete aos possuidores o pagamento da justa indenização ao proprietário. Eis a íntegra do aludido enunciado:

Art. 1.228: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.

A solução, à partida, parece razoável. Entretanto, cabe pressupor a baixa condição econômica das pessoas que irão adquirir a proprie-

26 BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 216.

27 ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição e no Projeto do novo Código Civil**. A reconstrução do Direito Privado. São Paulo: RT, 2002, p. 852.

dade, o que tornaria penoso o pagamento da indenização. Nos dizeres de CÉSAR FIUZA, “(...) o § 5º do art. 1.228 não diz quem deverá pagar esta indenização. Presumidamente, os adquirentes (...). Na prática, porém, pode tratar-se de pessoas muito pobres, o que inviabilizaria a dita indenização”.²⁸

Entende-se que, em conformidade com as diretrizes de políticas públicas e as questões fundiárias, quando impossibilitados os adquirentes, por suas baixas condições econômicas, para serem alvos do pagamento da justa indenização devida ao proprietário do bem imóvel, o Poder Público – no caso, o Ente Federado competente para a desapropriação do imóvel –, seria o responsável pelo pagamento da indenização. É o que defende LUCAS ABREU BARROSO:

[...] opinamos na direção de que, quando o imóvel reivindicado tiver como possuidores pessoas de baixa renda, uma vez declarada a desapropriação judicial e apurado o quantum indenizatório, o pagamento do mesmo deve ficar a cargo do ente federado que teria competência para desapropriá-lo por via administrativa.²⁹

Tal entendimento nos parece mais adequado, pois obedece ao princípio da operabilidade, basilar no atual Código Civil, evitando conflitos sociais, com fulcro na preservação da cidadania e da dignidade da pessoa humana. É o que restou consagrado no enunciado 308, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, *verbis*:

Art.1.228. A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.

É importante frisar que este enunciado estabelece a seguinte regra: o Estado somente pagará a indenização se os possuidores forem pessoas de baixa renda; caso contrário, cumprirá aos próprios possuidores o ônus de suportarem a indenização.

28 FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 798.

29 *Ibid.*, p. 217.

No que se refere ao *quantum*, visualizamos problemas para a fixação da indenização que deverá ser paga pelos possuidores ou pelo Poder Público. Se os valores forem irrisórios, prevalecerá a impressão de que se trata de punição ao proprietário desidioso, o que não deve constituir o norte para o caso. De maneira diversa, se o montante for elevado e incompatível com as condições sociais dos adquirentes, provocará frustrações econômicas e desordem social, em desconformidade com os ditames do ordenamento jurídico. Neste sentido, aliás, CÉSAR FIUZA se posiciona sobre o tema, aduzindo que “(...) ao fixar a ‘justa indenização’ ao proprietário, o juiz deverá levar em conta a condição socioeconômica dos possuidores, a fim de não inviabilizar a aquisição da propriedade por eles”³⁰.

Sobre o sentido da expressão “justa indenização”, foi aprovado o enunciado 240, por ocasião da realização da III Jornada de Direito Civil, a reconhecer que o pagamento não deve corresponder ao preço de mercado do bem: “Art. 1.228: A justa indenização a que alude o § 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios”.

Por fim, compete entender que o pagamento da indenização deve ocorrer antes de se deferir o registro do bem em nome dos possuidores. Mais uma vez, trata-se de entendimento consolidado por meio do enunciado 241, aprovado na III Jornada de Direito Civil:

Art. 1.228: O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, § 5º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz.

Conclui-se, portanto, que somente depois de proferida a sentença judicial sobre a procedência do pedido formulado pelo vasto número de ocupantes, e o completo exaurimento do instituto da desapropriação judicial indireta – inclusive mediante o pagamento prévio da indenização –, é que a decisão valerá como título para a procedência de registro do imóvel.

30 Ibid., p. 798.

6. Conclusões

O instituto da desapropriação judicial indireta consiste em um importante instrumento, apto a conferir a aplicabilidade concreta ao princípio da função social da propriedade. Trata-se de uma forma inovadora e especial de desapropriação, proposta pelo novo Código Civil, em que se assegura a possibilidade de que os possuidores de extensas áreas passem a ter o domínio do bem, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos na lei.

Apesar de sua notória relevância, o instituto não tem merecido a devida atenção por parte da doutrina, sendo também escassos os casos decididos pelos Tribunais Brasileiros sobre o tema.

Nas linhas acima tracejadas, foram identificados os diversos pressupostos para a incidência do instituto da desapropriação judicial indireta, todos eles consistentes em conceitos vagos e subjetivos, cujas definições devem ser estabelecidas pelo magistrado, a partir das circunstâncias de cada caso concreto.

A dificuldade de interpretar os pressupostos que preenchem a figura, contudo, não pode embaraçar o seu pleno desenvolvimento. Os novos horizontes do Direito Civil demandam, em especial, a incidência de instrumentos de promoção de valores como a dignidade humana, a justiça social e o direito social à moradia. Desempenhando a desapropriação judicial indireta destes papéis, é imprescindível dar vida ao instituto, sob pena de se recusar aplicação a um preceito legal de crucial relevância para a realização do princípio da função social da propriedade.

7. Referências

BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do direito civil**: entre normas jurídicas e práticas. Curitiba: Juruá, 2011.

BRITO, Rodrigo Toscano de. “Desapropriação judicial” e usucapião coletivo: uma análise comparativa. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2008. v. 7

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Petrópolis: Lumen Juris, 2011.

CASSETTARI, Christiano. Uma análise do instituto descrito no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil: pontos divergentes e convergentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2008. v. 7

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FIUZA, César. **Direito Civil:** curso completo. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HÄRBELE, Peter. **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz.** 3. ed. Heidelberg: Müller, 1983.

JELINEK, Rochelle. **O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil.** Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil.** Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>. Acesso em: 15 abr. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira *et. al.* **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Glauco Gumerato. Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre constituição, direito e processo. In: **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência.** São Paulo, v. 6, n. 76, abr. 2006.

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil.** Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em: 11 abr. 2013.

RIBEIRO, Alex Sandro. Posse “pro labore” do novo Código Civil. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, n. 23, mai./jun. 2003.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**.ano VI, n. 6, p. 103-104.jun. 2005.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**,: direito das coisas. São Paulo: Método, 2008. v. 4

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIANA, Marco Aurélio. **Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição e no Projeto do novo Código Civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

11

RESPONSABILIDADE AFETIVA DOS FILHOS

Dimitre Braga Soares de Carvalho¹
Jéssica Alessandra Barbosa Dantas²
ZurisdaiLidna Silva Guedes³

SUMÁRIO: Introdução - 1. A família e a constitucionalização do Direito Civil brasileiro - 2. A afetividade como direito e as implicações da sua omissão - 3. O direito do idoso à afetividade - 4. Da implementação do Projeto de Lei nº 4.294/08 e suas garantias - 6. Conclusões - 7. Referências Bibliográficas

Introdução

O Direito de Família tem passado - especialmente na última década - por um processo de releitura à luz dos princípios consagrados na Constituição da República de 1988. Diante deste fenômeno, as normas

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Buenos Aires - PUC- BA. Advogado Especializado em Direito de Família. Membro e Vice-Presidente Estadual do IBDFAM/PB. Membro da *International Society of Family Law* - ISFL. Professor de Direito de Família da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

2 Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

3 Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

não devem ser interpretadas unicamente em sua acepção literal, uma vez que acabariam por restringir o alcance da sua finalidade técnica e, conseqüentemente, deixariam de abarcar um direito que estaria assegurado, caso fosse levada em conta a sua interpretação teleológica.

Este novo olhar sobre as normas do ramo familiarista requer a compreensão e a aplicação dos princípios jurídicos nas relações que emergem do seio social. Sabe-se, então, que nestes moldes de interpretação constitucional, o denominado princípio da afetividade, consagrado doutrinária e jurisprudencialmente, tem chamado a atenção do nosso ordenamento jurídico e, mais precisamente, do Direito de Família, já que tem significativa intensidade na composição das relações entre as pessoas do nosso tempo.

Deste modo, o princípio da afetividade (segundo o qual se presume que no seio familiar deve haver não só o respeito, mas também o carinho, o amor e a atenção) tem servido de base para que se pleiteie perante o Judiciário a indenização pelo abandono afetivo. Isto significa dizer que, embora o amor ou o simples afeto não possam ser exigidos de forma real e efetiva pelo indivíduo, ou mesmo pelo próprio Poder Judiciário, a falta deles pode ensejar uma obrigação, na qual aquele que deixou de dar o afeto deverá “recompensar” de outro modo, o que se tornou carente deste apreço.⁴

4 Nesse sentido, a bela lição da Ministra Nancy Andrigui (STJ), ao interpretar a obrigação dos pais em relação ao vínculo de afeto para com os filhos como sendo um “dever de cuidar”:

“Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança”.

(...)

“Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”

(...)

“O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes”.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **STJ muda o entendimento sobre abandono afetivo e, em belo voto, a Min. Nancy Andrigui reconhece a obrigação do “cuidado”**. Disponível em: <http://dimitresoaes.blogspot.com.br/2012/05/stj-muda-o-entendimento-sobre-abandono.html>.

Note-se, assim, que os princípios informativos devem ser reconhecidos de maneira isonômica em relação a todas as pessoas, principalmente no cenário atual que insta à leitura constitucional das normas que estabelecem o escorço jurídico. Deste modo, se as normas jurídicas asseguram em seus preceitos proteção efetiva e igualitária a todos os cidadãos, a mesma regra deve ser aplicada quando se trata de um grupo minoritário e mais vulnerável à lesão nos seus direitos, como é o caso dos idosos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e o Código Civil em seus artigos 3º, 4º e 5º e 1.634, I e II, respectivamente, preveem o dever dos pais, juntamente com outras entidades, de zelar pela criança e pelo adolescente, garantindo-lhes os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana para que possam, assim, se desenvolver física, mental, moral, espiritual e socialmente em condições de dignidade. Assim, restando configurada a possibilidade de se reclamar o afeto pelas vias judiciais, nota-se que o foco da questão tem se dado em relação à responsabilidade que os pais têm sobre os seus filhos, deixando à margem a responsabilidade que os filhos também possuem em relação aos seus pais.

O idoso, portanto, encontra-se um tanto marginalizado frente a algumas questões relevantes do Direito de Família, como é o caso da responsabilidade afetiva dos filhos para com os pais. Não é que haja um esquecimento por parte do ordenamento jurídico, mormente o amparo legal é dado aos idosos por meio da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), a qual preceitua a efetivação de seus direitos fundamentais, bem como por meio de outras legislações presentes no ordenamento brasileiro. Contudo, não obstante o significativo avanço obtido pelo direito brasileiro com a criação destas leis, ainda há muito a ser considerado e efetivado sobre esta temática, principalmente quanto à responsabilidade afetiva que é devida ao idoso pelos filhos, posto que, até o momento, este tema tão relevante não tem recebido as discussões merecidas.

Enfim, o idoso, como sujeito de direitos que é, também tem a faculdade de exigir o afeto. Isto nada mais é do que corolário da visão principiológica que deve permear o emprego das normas jurídicas, garantindo, acima de tudo, o reconhecimento e a aplicação da própria ideia de “dignidade da pessoa humana”.

Neste diapasão, surge o projeto de Lei 4.294/2008, segundo o qual os pais idosos poderão requerer a indenização por abandono afetivo dos filhos. Estes, por sua vez, podem ser responsabilizados pelo descaso afe-

tivo. É razoável perceber que, assim como o menor, o idoso naturalmente se encontra em posição de fragilidade, estando muito mais carecedor de atenção, principalmente daqueles de quem, pelo próprio laço familiar, espera-se receber.

Ora, a valorização do idoso no contexto real da sociedade brasileira atual está longe de um nível satisfatório, o que faz com que seja necessária a intervenção do Estado para garantir-lhe o devido tratamento. Enxergamos a intenção da Lei supracitada como uma medida ajustada, capaz de influenciar diretamente nas relações familiares, visto que, ademais do amparo garantido pela Carta Magna no artigo 229, também o afeto é direito do idoso.

1. A família e a constitucionalização do Direito Civil brasileiro

A família pode ser entendida, hoje, como um núcleo constituído por pessoas que possuem o mesmo grau de parentesco, ou de afinidade, pautada, sobretudo, nos laços de afeto, para ensejar, assim, uma convivência coletivizada, partilhando os seus membros, na maioria das vezes, dos mesmos traços culturais, de religião e costumes.

Nas palavras de JACKELLINE FRAGA PESSANHA⁵, a família é uma construção social, formada por regras sociais, jurídicas e culturais, sendo base para a sociedade e possuindo o amor como elemento de ligação entre as pessoas que a constituem, firmando-se de todo modo nos laços do afeto.

Sabe-se, porém, que o conceito do que é família sempre foi um dos maiores desafios das Ciências Humanas. Além do forçoso reconhecimento de que a evolução social trouxe as mudanças necessárias para que uma nova concepção sobre este tema fosse desencadeada, principalmente frente à principiologia que rege a Constituição da República de 1988.

Como preleciona ARNOLD WALD:

A família era, simultaneamente, uma unidade *econômica, religiosa, política e jurisdicional* em que havia um patrimônio pertencente à família por completo, embora administrado unicamente pelo pater.⁶

5 PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/>>. Acesso em: 20 de Abril de 2013.

6 WALD, Arnold. **O novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.57.

Resta-nos evidente que a ideia de família que se tinha, antes da consagração dos valores fundamentais que dizem respeito à igualdade e a dignidade das pessoas, estava norteadada por papéis econômicos e procracionais que a instituição possibilitava, sendo o genitor quem proporcionava o sustento dos membros da entidade familiar. E a mulher, que permanecia no lar, comumente era submissa às vontades daquele que detinha o poder, isto é, o *pater familias*, que também detinha o jugo sobre os filhos.

O Direito de Família, todavia, encontra-se em processo constante de reconstrução, fortemente influenciado por fatores como a “despatrimonialização”, o reconhecimento dos valores éticos e, sobretudo, a valorização do vínculo afetivo nas relações pessoais.

A família brasileira, que teve sua origem pautada em regras severas, derivadas do antigo modelo romano, foi sendo progressivamente revigorada. A Carta Magna de 1988, como se sabe, assegurou proteção intensa e merecida às entidades familiares, reconhecendo a multiplicidade de modalidades de constituição de família na sociedade hodierna.⁷

Na contemporaneidade, não há sentido à existência de uma família baseada unicamente em alicerces que não corroborem com o valor afetivo, posto que o elo que faz surgir e perdurar o convívio na entidade familiar é aquele amparado na afinidade, que une pessoas de uma maneira intensa, subjetiva e profunda, independentemente do “vínculo de sangue” existente entre elas.

Segundo RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “o ambiente familiar hodierno é tido como um centro de realização das pessoas”⁸, passando o valor da afetividade a ser consagrado como elemento suporte para a construção das famílias modernas. Ou seja, os sentimentos de amor, solidariedade e cumplicidade devem ser a causa do surgimento da família e não uma mera consequência da convivência gerada em razão do tempo.

Tal remodelação da ideia de família foi ganhando força no cenário brasileiro somente a partir da Constituição de 1988, posto que esta Magna Carta permitiu, por meio do seu texto, a apreensão do

7 Texto de referência: LOBO, Paulo. **Entidades Familiares Constitucionalizadas para Além do Numerus Clausus**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>.

8 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/31424>>. Acesso em: 20 de Abril de 2013.

princípio da afetividade como fonte de interpretação do conceito de família, concedendo novo sentido e alcance aos dispositivos normativos e, conseqüentemente, consagrando a solidez dos arranjos familiares da modernidade.

Com a constitucionalização do Direito de Família, sobretudo com a elevação do afeto à categoria de princípio que embasa as relações familiares, a letra fria da norma jurídica já não é interpretada sem um olhar constitucional, ocasionando então o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, da contínua possibilidade de composição de inovadores arranjos familiares, que jamais seriam reconhecidos sem esse “olhar” constitucional às normas.

As famílias monoparentais, as uniões entre pessoas do mesmo sexo e as indenizações baseadas no desamparo afetivo podem ser utilizados como exemplos que resultam da leitura constitucional do Direito de Família, no âmbito da constitucionalização do Direito Civil.

Desta feita, então, a família não terá um fim em si mesmo, mas será baseada tão somente nos laços afetivos construídos entre as pessoas, como dialoga MARIANA BRASIL NOGUEIRA, entendendo que a família é *“lugar privilegiado, o ninho afetivo, onde a pessoa nasce incerta e no qual modelará e desenvolverá a sua personalidade, na busca da felicidade, verdadeiro desiderato da pessoa humana”*.

Posto isso, passaremos doravante, por meio de uma visão constitucionalizada das famílias, a falar sobre a importância da afetividade dentro do âmbito familiar, sobretudo quanto às implicações de sua omissão no que diz respeito ao idoso.

2. A afetividade como direito e as implicações da sua omissão

Princípio corolário da dignidade da pessoa humana, a afetividade encontra-se presente de modo implícito na Constituição Federal, sendo resguardada justamente por se constituir como o elemento imprescindível à existência e convivência da família. A afetividade se traduz nos laços de amor e solidariedade que permeiam o ambiente de realizações pessoais dos sujeitos integrantes de cada espaço de convívio.

A Constituição da República de 1988 preleciona, em seu artigo 226, que: *“a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*.

Sendo assim, percebemos que o Estado confere um importante amparo à família, e desse modo, também ao afeto.

Destarte, a afetividade passa a ter um valor na seara jurídica, adquirindo valor jurídico necessário a ser considerado pelo ordenamento pátrio, daí a sua elevação à categoria de princípio assegurado constitucionalmente. Ademais, até em conformidade com a própria teoria tridimensional do direito⁹, é cediço que a ordem jurídica opte pela proteção dos valores que se fazem mais relevantes e presentes na sociedade, já que fato, valor e norma deverão estar ordenados reciprocamente.

Fazendo *jus*, desta maneira, à afetividade enquanto princípio, o STJ ratifica esta ideia no sentido de se posicionar pelo reconhecimento da paternidade baseada no vínculo socioafetivo entre pais e filhos, pois para aquela Corte Superior, “o vínculo biológico não revela a falsidade da declaração de vontade no ato do reconhecimento, já que a relação sócio-afetiva não pode ser desconhecida pelo Direito”.¹⁰

Em contrapartida, este mesmo princípio, ao passo que confere direitos aos indivíduos, com guarida na ordem constitucional, também gera obrigações nas hipóteses em que é violado. Nesse diapasão, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹¹ afirma que, mais gravosa é a violação a um princípio consagrado pelo ordenamento jurídico, do que até mesmo o desrespeito a uma norma positivada, posto que quando se desconsidera um princípio, todo o ordenamento em comando passa a ser ultrajado.

As implicações da omissão do afeto, neste sentido, além de serem inúmeras, configuram “abandono” em relação a qualquer pessoa, mormente quando se trata de grupos mais vulneráveis, como é o caso das crianças e dos idosos.

O enfrentamento do “abandono afetivo” de crianças, em idade de formação psicológica e de caráter, importa na preservação da integralidade física e subjetiva para o exercício futuro da cidadania.

Nesse contexto, a jurisprudência dos Tribunais brasileiros atua no sentido de resguardar o direito ao afeto, conferindo indenização a título

9 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

10 O Acórdão do Recurso Especial citado está disponível em: http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=84986. Acesso em: 29 de abril de 2013.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007. Cap. II.

de dano moral quando existe o abandono afetivo nas relações entre pais e filhos. Todavia, cabe lembrar que o Superior Tribunal de Justiça tem o seu posicionamento no sentido de que o dano moral sofrido pela pessoa que “supostamente” foi abandonada deverá ser provado e não presumido, pois em se tratando de ato ilícito, a responsabilidade civil restará configurada e indenizável nos casos em que o dano ficar provado. Ademais, como expõe o próprio STJ:

[...] o dever de afeto, com efeito, não pode ser imposto, porquanto o sentimento, o amor, a consideração, o carinho são sensações intrínsecas ao ser humano, não podendo ser uma pessoa compelida a tanto (9199720772009826 SP 9199720-77.2009.8.26.0000, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 16/02/2012, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/02/2012).

O afeto, deste modo, não pode ser exigível, mas passível de indenização quando resta provado a existência de prejuízo à formação dos filhos, pela ausência afetiva do seu genitor.

Ainda no tocante à relação pais e filhos, a indagação que se apresenta aos operadores do Direito é a seguinte: a eventual indenização – a título de danos morais, no sentido dos pais cobrarem dos filhos o afeto devido à sua vivência após se tornarem idosos – também estaria resguardada pelo ordenamento jurídico brasileiro? Embora esta discussão de indenização por danos morais dos pais em face dos seus filhos não tome as mesmas proporções existentes, quando se fala no sentido contrário, torna-se importante esclarecer sobre a temática da garantia do afeto, em face dos idosos, na órbita jurídica.

3. O direito do idoso à afetividade

A análise dos artigos 229 e 230 da Constituição Federal permite inferir que o idoso tem garantido, expressamente, a proteção de seus direitos subjetivos e suas relações afetivas. Assim dispõe o texto constitucional:

Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
 § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. [...]

Por meio do Estatuto do Idoso, ainda teremos que:

Art. 10 – É obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

Resta indubitável, deste modo, que o ordenamento jurídico pátrio tem ensejado ao idoso amplo amparo à sua vivência através da Constituição Federal, bem como por meio de leis ordinárias vigentes. O afeto, desta feita, por fazer parte dos princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico, é um ponto crucial que deve ser respeitado e efetivado quando tratamos de possibilitar um convívio familiar e social mais digno à pessoa idosa.

Todavia, não obstante tais garantias, a realidade do tratamento conferido ao idoso em sociedade de modo geral, demonstra a vulnerabilidade desse grupo social. São muitos os idosos que passam por maus-tratos, que já não participam do convívio familiar e que não têm exercido o direito à prioridade, conforme previsto em lei.¹²

A jurisprudência brasileira tem enfrentado, não raro, casos de ação de alimentos manejada por pais idosos em face de seus filhos, gerando a responsabilidade destes de fornecer, pelo menos, o mínimo de amparo material aos pais que se encontram dependentes e necessitados. É o caso da seguinte decisão:

ACÇÃO DE ALIMENTOS - PESSOA IDOSA - NECESSIDADE COMPROVADA - CAPACIDADE DOS FILHOS EM PRESTAR O ENCARGO - CONDENAÇÃO MANTIDA. - Os filhos também têm o dever de prestar alimentos civis aos pais idosos que deles necessitem para viver de forma digna e de modo compatível com a sua condição

12 Muitas vezes o idoso é oprimido e desvalorizado, justamente por retratar a imagem de quem muito já viveu. Ao invés de ser enxergado como uma fonte de sabedoria e perseverança em viver, é visto, pelo contrário, como um ser débil, que já não possui força, “merecendo” ser marginalizado, já que os seus valores apenas se faziam presentes num passado já muito distante.

social, em decorrência dos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, do caput do artigo 3º do Estatuto do Idoso e dos artigos 1.694, 1.695 e 1.696, todos do Código Civil. Portanto, havendo comprovação da necessidade do idoso em receber alimentos e a capacidade financeira dos filhos em prestá-los, a condenação é medida que se impõe. (TJ-MG 103630501873520011 MG 1.0363.05.018735-2/001(1), Relator: EDUARDO ANDRADE, Data de Julgamento: 17/03/2009, Data de Publicação: 04/05/2009).

É possível, portanto, expandir o mesmo raciocínio para a hipótese de abandono afetivo. É plenamente sabido que se os idosos, em face de seus filhos, podem pleitear indenização a título *material*, com base nos direitos que a própria CF/88 e as leis ordinárias lhes resguardam.

É consabido que as necessidades material e afetiva andam juntas, e os seus respectivos suprimentos fazem parte da noção de “dignidade plena” do indivíduo. Observe-se, no entanto, que existem aspectos diferenciados entre o plano material e o afetivo. Aquele idoso que pleiteia indenização *material*, obviamente possui necessidades básicas a serem supridas, tais como: alimentação, saúde, lazer, higiene, moradia, entre outros. Como resposta a este pleito da pessoa idosa, ser-lhe-á oferecido ou negado, conforme o caso, este auxílio material, objeto do seu pleito. Note-se que não há referência à necessidade de afeto até aqui, mas tão somente a estas condições mínimas que foram pedidas.

Já quando o idoso pleiteia a indenização pelo abandono *afetivo*, ocasionado pelos seus filhos, em contrapartida, pode restar presumido que o mínimo material já está conquistado e por isso ele pugna por um direito que, sobremaneira, vai mais além daquilo que o mínimo existencial tem para oferecer.

Percebe-se, então, que quem concede o afeto, por consequência, também deveria proporcionar as condições que o idoso necessita para prover as suas carências materiais, afinal o afeto está amplamente ligado à dignidade da pessoa humana. Para que o idoso tenha a sua dignidade respeitada, faz-se necessário que se destine a ele o afeto, o qual, nas lições de CAVALIERI FILHO, se liga à dignidade da seguinte maneira:

“[...] temos hoje o chamado direito subjetivo constitucional à dignidade. E dignidade nada mais é do que a base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, ou qualquer outro direito

da personalidade, todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos fundamentais.”¹³

Embora a temática do abandono afetivo do idoso não seja verificada com a mesma intensidade com a qual o é o caso contrário, é indubitável o fato de que o idoso possui o direito a uma reparação civil, a título de dano moral, em desfavor dos filhos que porventura vierem a desampará-lo.

Frise-se que a indenização, objeto do pedido do idoso em face dos filhos, possivelmente não fará com que pais e filhos recuperem os laços familiares que se esvaíram no tempo, ou a depender das circunstâncias, até mesmo deem início à construção de um vínculo de afeto entre si.

Atente-se, desta maneira, que o afeto não demonstrado se torna afeto perdido. E o que se pleiteia no Judiciário, obviamente, não é o afeto no sentido da devolução deste sentimento desvanecido, e sim a indenização pelo prejuízo causado em razão da carência afetiva na vida do pai ou mãe idosos que foram desamparados.

4. Da implementação do Projeto de Lei nº 4.294/08 e suas garantias

Diante do que foi exposto, é interessante mencionar que está em trâmite o Projeto de Lei n.º 4.294/08, que tem por objetivo acrescentar ao nosso Código Civil de 2002, assim como ao Estatuto do Idoso¹⁴, normas que estabelecem a garantia de que os pais idosos que, porventura, não forem amparados afetivamente pelos seus filhos na velhice terão o direito de pleitear indenização, no tocante ao eventual dano moral que lhes couber, em face da conduta dos filhos.

De acordo com a própria justificativa trazida no projeto de lei, temos que:

13 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

14 De autoria do Deputado Carlos Bezerra - PMDB/MT, acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida. Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

Reforce-se que, na jurisprudência pátria, é ínfima a quantidade de julgados sobre indenizações a título de danos morais dos pais em face dos filhos que os desamparam na velhice, de modo que se torna muito importante que o ordenamento jurídico trate mais claramente deste tema. Finalmente, este PL supramencionado trará como garantias ao idoso a efetivação de direitos já previstos na ordem jurídica, concretizando, então, a possibilidade de reparação civil em desfavor dos filhos, quando se tratar de abandono afetivo por parte dos mesmos.

6. Conclusões

Com o processo de constitucionalização do Direito Civil e, conseqüentemente, o enfoque que tanto o princípio da afetividade quanto o da dignidade da pessoa humana têm recebido, vislumbrou-se a diminuição da força do patrimonialismo e do individualismo, predominantes anteriormente. O direito à indenização por abandono afetivo, então, apresentou-se como garantia resguardada aos cidadãos que possuem a sua dignidade ferida em razão de quaisquer prejuízos de ordem moral e afetiva ensejados pela omissão daqueles que possuem o dever, na forma lei, de ampará-los e deles cuidar.

O idoso, por se encontrar num grupo de pessoas que são consideradas vulneráveis e, portanto, mais carecedoras do cuidado do ordenamento jurídico (assim como da sociedade em geral), possui, sem embaraços de qualquer natureza, o direito de responsabilizar civilmente os seus filhos quando estes os fazem sofrer o abandono afetivo. Isso se dá pelo fato de entendermos que o vazio acarretado pela falta do afeto somente contribui para que se agrave a vulnerabilidade natural do idoso, de forma que este passa a se sentir rejeitado e sozinho com o passar do tempo.

Embora sejam poucos os julgados dos tribunais brasileiros no sentido de tornar alvo de debate esta temática (de forma que ela alcance a mesma intensidade daquela que propõe a indenização por abandono afetivo dos filhos em relação aos seus pais), há de se deixar claro a necessidade de reconhecimento de que o idoso também pode ser vítima do abandono de afeto.

Deste modo, é preciso que sejam efetivadas medidas impostas pela Constituição da República, pelo Estatuto do Idoso e pelas demais leis ordinárias que tratam da matéria, para que sejam asseguradas aos idosos as garantias fundamentais impostas pelo Direito.

Faz-se cediço, ainda, a efetivação do Projeto de Lei nº 4.294/2008, a fim de concretizar, por meio da positivação no ordenamento jurídico, a indenização, já anteriormente mencionada, a que se sujeitam os filhos em favor dos pais idosos quando do abandono destes.

Afinal, é necessário encontrar nos idosos a fonte de vida e sabedoria que a sociedade moderna (provavelmente por meio da sua “liquidez”¹⁵), gradualmente, deixou de vislumbrar. A verdadeira capacidade de desafiar este estágio da vida começa pelo reconhecimento irrestrito de sua dignidade, das suas vicissitudes e do seu complexo universo subjetivo.

7. Referências Bibliográficas

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. 16. ed. São Paulo: Rideel. 2013.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **STJ muda o entendimento sobre abandono afetivo e, em belo voto, a Min. Nancy Andrigui reconhece a obrigação do “cuidado”**. Disponível em: <http://dimitresoares.blogspot.com.br/2012/05/stj-muda-o-entendimento-sobre-abandono.html>.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

LANÇA, Hugo. **A Constitucionalização do Direito de Família**. 2011. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/hugolanca_constitucionalizacao dofamilia.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2013.

15 Em referência ao pensamento de **Zigmunt Bauman**.

LOBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas para além do *numerus clausus***. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>.

MARCO, Charlotte Nagelde; MARCO, Cristhian Magnus de. **O dano moral por abandono afetivo do idoso: Proteção a direitos fundamentais civis**. 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1489>>. Acesso em: 31 de maio de 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A família: conceito e evolução histórica e sua importância**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 de Abril de 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/31424>>. Acesso em: 20 de Abril de 2013.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/>>. Acesso em: 20 de Abril de 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

ROSA, Catarina Mariano; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **O afeto no Direito de Família**. Disponível em: <<http://intertemas.unitedo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1667/1594>>. Acesso em: 20 de abril de 2013.

SÃO PAULO (SP). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 9199720772009826 SP 9199720-77.2009.8.26.0000**. Apelante: Marciel Canuto do Nascimento. Apelado: Manoel Antônio do Nascimento. Relator: Teixeira Leite. São Paulo, 16 de fevereiro de 2012. Jurisprudência do TJ/SP.

WALD, Arnold. **O novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

12

NOIVADO COMO FATO SOCIAL E UNIÃO ESTÁVEL COMO ATO JURÍDICO EM SENTIDO ESTRITO

Olavo Nóbrega de Sousa Netto¹

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa²

Juliana Fernandes Moreira³

SUMÁRIO: Introdução - 2. Aspectos gerais do noivado e da união estável - 3. Regras pertinentes à definição de fato social e ato jurídico em sentido estrito - 3.1. Diretrizes legais e doutrinárias acerca dos fatos jurídicos - 3.2. Ato jurídico em sentido estrito e elementos caracterizadores - 4. Natureza jurídica do noivado e da união estável e efeitos decorrentes de tais vínculos - 4.1. O noivado como fato social - 4.2. A união estável inserida no universo dos atos jurídicos em sentido estrito - 4.3. Efeitos jurídicos decorrentes do noivado e da união estável - 5. Considerações finais - Referências

1 Advogado. Especialista em Direito Trabalhista.

2 Professora Assistente do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB.

3 Professora Assistente do Departamento de Gestão Pública da UFPB.

Introdução

Do interregno dos enlaces com pano de fundo negocial ao noivado e à união estável nos moldes em que se apresentam hodiernamente, percebe-se que os enlaces matrimoniais até o século XIX sempre tiveram como pano de fundo um fim econômico, em que casamentos arranjados com parentes e amigos com o fito de enrobustecer o patrimônio familiar ou preservar a nobreza do sangue de determinada família consistiam na principal forma de união matrimonial da época.

Essa visão econômica dada ao casamento também era amparada pelos dogmas religiosos da época, na qual, na visão da Igreja Católica, pré-século XIX, a indissolubilidade do casamento era usada para argumentar que a escolha do cônjuge jamais deveria amparar-se nos sentimentos, tendo em vista que a sexualidade se avizinhava ao pecado, sendo permitida apenas com o fim de gerar descendentes.

A realização pessoal só veio no século XIX, com a associação de amor e liberdade como coisas desejáveis. A partir daí, os casamentos arranjados por interesses econômicos ou familiares cederam passo à ideia de amor romântico que, por sua vez, ensejou raptos de noivas que relutavam em casar com os escolhidos por seus familiares em preferência aos escolhidos do coração. Esse suporte histórico do século XIX demonstra-nos as bases de formação da união estável, tal qual se apresenta no meio social e jurídico hodierno, e nos possibilita vislumbrar o quão vetusta é a figura do noivado.

Desta feita, na perspectiva do direito brasileiro moderno, o noivado consiste na promessa de um futuro matrimônio que duas pessoas fazem, tendo como vigência o lapso temporal existente entre a promessa de um futuro matrimônio e o momento que antecede a declaração feita pelos noivos de tornarem-se cônjuges no momento de realização da cerimônia de casamento perante a autoridade. No entanto, o noivado não se demonstra, na legislação pátria, como uma *conditio sine qua non* que antecede o matrimônio, afigurando-se como um ato volitivo dos futuros cônjuges com o fito de justificarem perante a sociedade a convivência estreita, contínua e íntima estabelecida entre os mesmos.

Diversamente do noivado, a união estável apresenta-se como a união livre de impedimentos entre duas pessoas que, por sua vez, optaram por não convolar núpcias. Com a entrada em vigor da Constituição

Federal de 1988, a união estável perde o *status* de sociedade de fato e passa a ser reconhecida como entidade familiar e objeto de proteção do Estado, devendo sua conversão em matrimônio ser facilitada pela lei.

Portanto, pode-se afirmar que a entidade familiar que fora mencionada alhures, apresenta-se perante a sociedade como uma convivência contínua e duradoura de duas pessoas, sem vínculo matrimonial, com o intuito de constituir família e livre de impedimento legal que inviabilize a conversão em casamento. Desta forma, a união estável apresenta-se como um pré-casamento, em que os companheiros terão a possibilidade de se conhecerem melhor, no que tange às qualidades e defeitos do outro, antes de convertê-la em matrimônio.

Diante do exposto, o presente trabalho visa a responder a seguinte indagação: onde incluir, a título de classificação, o noivado e a união estável dentre as grandes categorias jurídicas? Seria possível incluir a união estável, a título de classificação, nos atos jurídicos em sentido estrito e o noivado dentre os fatos sociais?

O trabalho, ora apresentado, será de fundamental importância para compreender a natureza jurídica dos dois institutos e, por conseguinte, viabilizar uma maior discussão acerca do tema, possibilitando o entendimento dos argumentos que conduzem ao vislumbre do noivado como um fato social e da união estável com um ato jurídico em sentido estrito.

2. Aspectos gerais do noivado e da união estável

O instituto dos esponsais, ou noivado, encontra suas bases no Direito Romano e no Direito Canônico, via de regra, o casamento haveria de ser precedido por uma promessa recíproca entre duas pessoas de sexos distintos, realizada de forma verbal, solene e feita pelos esponsos ou por seus pais. No entanto, mesmo nessa época, tal instituto não gozava do poder de executar forçosamente o prometido ao ponto de coagir os noivos a casarem-se, caso tal promessa não fosse cumprida. Porém, há de convir que já naquela época a ruptura unilateral e injustificada do noivado gerava dor psíquica ao noivo inocente e abandonado⁴.

4 Do dano moral no rompimento de noivado. Disponível em: www.meritoadv.com.br. Acesso em 22 de nov. de 2010.

Essa dor psíquica causada no noivo abandonado levou o Direito Romano a prever as arras esponsalícias como um modo de reparação pelo dano moral ocasionado por um dos noivos ao outro em decorrência da ruptura injustificada dos esponsais. As arras esponsalícias nada mais seriam do que uma indenização devida ao noivo inocente decorrente da ruptura do noivado, onde o causador da ruptura poderia as perder ou até mesmo pagá-las em triplo ou quádruplo, a depender do caso, nas situações de arrependimento injustificado⁵.

Ainda com relação aos esponsais no Direito Romano, as notícias históricas revelam que as consequências do mesmo se aproximavam, em muitos aspectos, às do casamento, pois o noivado criava entre um noivo e os parentes do outro quase que um parentesco por afinidade, nos moldes apresentados hodiernamente por ocasião da celebração do casamento, tendo em vista que ensejavam impedimentos para que um dos noivos convolasse núpcias com os parentes do outro, proibia também que um dos noivos testemunhasse contra o outro e que em caso de infidelidade da noiva a traição seria equiparada a adultério⁶.

Os esponsais também se encontravam disciplinados no Direito Canônico, mas assim como o Direito Romano, o mesmo não obrigava os noivos, uma vez feita tal promessa, a casarem-se. Contudo, o mesmo *Corpus Juris Canonici* previa que aquele que procedesse ao rompimento injustificado do noivado obrigava-se a reparar os danos morais causados ao outro, tendo em vista que tal rompimento era repudiado pela Igreja Católica sendo tido como uma afronta aos dogmas católicos da época⁷.

Logo, no período anterior à promulgação do Código Civil de 1916, àquele noivo que descumprisse o ajuste feito ser-lhe-ia aplicada uma indenização a ser paga em favor do noivo inocente, a título de danos morais. Sendo assim, os noivos não seriam coagidos a cumprir a promessa que fora feita, mas a indenizar o outro em caso de injustificado rompimento.

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, citado por MARIA HELENA DINIZ, faz as seguintes considerações acerca da Lei 06 de outu-

5 *Ibidem*, 2010.

6 *Ibidem*, item 4, 2010.

7 *Ibidem*, 2010

bro de 1784, que determinava a aplicação das regras contidas no Direito Canônico a respeito dos esponsais:

1) o contrato esponsalício deve ser reduzido à escritura pública, lavrada pelo tabelião do lugar; 2) a escritura pública deve ser assinada pelos contraentes, por seus pais e, na falta destes, pelos tutores ou curadores, e por 2 testemunhas ao menos; 3) todavia, residindo o tabelião a mais de 2 léguas do lugar da habitação dos contraentes, pode o contrato fazer-se por escritura particular, assinando, além das pessoas referidas, 4 testemunhas. O escrito particular, não sendo reduzido à escritura pública dentro de um mês, deixa de valer⁸.

Segundo o entendimento, observa-se que no antigo ordenamento jurídico o noivado apresentava-se como um instituto de cunho eminentemente contratual, cujo inadimplemento resultaria em perdas e danos. Com a promulgação da Lei n. 3.071 de 01 de janeiro de 1916, do Código Civil de 1916, os esponsais deixam de ser disciplinados nos diplomas legais de forma expressa. No entanto, as doutrinas *jus civilistas* ainda consagram o instituto, resguardando o direito da parte prejudicada pelo rompimento do noivado socorrer-se ao Poder Judiciário pleiteando perdas e danos. Apesar do Código Civil de 1916 não prever de forma expressa os esponsais, o mesmo reconhecia, de forma indireta, a sua existência quando da elaboração da redação do artigo 1.548 do mesmo diploma legal, senão vejamos:

Art. 1.548. “A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado:

I - se, virgem e menor, for deflorada;

II - se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças;

III - se for seduzida **com promessas de casamento**;

IV - se for raptada.”⁹ (grifo nosso).

Desta feita, segundo este comando normativo, que não encontra mais aplicabilidade na seara jurídica hodierna, à mulher seduzida com falsas promessas de casamento lhe será assegurada uma indenização, caso o ofensor não possa ou não queira reparar o agravo pelo matrimônio.

8 PEREIRA, 1956, p. 29 apud DINIZ, 2008, p.46.

9 BRASIL, 1916.

Na esteira do Código Civil de 1916, o novo Código Civil também não regulamentou a promessa de casamento nem trouxe em seu corpo legal regras específicas que disciplinem o noivado, o que nos faz concluir que tal instituto estará sujeito à regra geral da responsabilidade civil.

No que tange à união estável, com base na sua evolução histórica, desde o século XVIII até os tempos hodiernos, observa-se que houve uma evolução na sua aceitação pela sociedade, tendo a mesma se difundido em todas as classes econômicas e regiões do país, ao ponto de em 1988 ser alçada à categoria de entidade familiar pela Constituição Federal. Essa conquista foi decorrente da multiplicação das uniões de fato e de um olhar mais receptivo da sociedade para com elas. Vejamos, a esse respeito, o texto constitucional.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§3.º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.¹⁰

PEDRO LENZA, ao tratar da matéria, deixa transparecer a satisfação com que recebe o texto constitucional consagrador da união estável como uma forma de família alçada à categoria de entidade familiar. No entanto, não deixa de expressar a sua irrisignação pelo tratamento diferenciado entre companheiros e cônjuges. Vejamos:

O conceito de família foi ampliado pelo texto de 1.988, visto que, para efeito de proteção pelo Estado, foi reconhecida como **entidade familiar** também a **união estável** entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Embora fique clara a preferência do constituinte pelo casamento entre homem e mulher (uma vez que estabelece que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento), destacamos a importância deste novo preceito constitucional (união estável), ampliando o conceito de entidade familiar.¹¹

10 BRASIL, 1988

11 LENZA, 2009, p. 859

Corroborando o que fora dito anteriormente, MARIA BERENICE DIAS também tece, com bastante propriedade, algumas considerações a respeito da aceitabilidade, por parte da sociedade, das uniões de fato.

Com a evolução dos costumes, as uniões extramatrimoniais acabaram merecendo a aceitação da sociedade, levando a **Constituição** a dar nova dimensão à concepção de família e introduzir um termo generalizante: **entidade familiar**. Alargou a concepção de família, passando a proteger relacionamentos outros além dos constituídos pelo **casamento** [...].¹²

Dentro desta mesma perspectiva, vale esclarecer que a Constituição Federal (CF) de 1988, quando fez referência a algumas entidades familiares, dentre elas a união estável, não criou escalonamentos entre as mesmas, nem tão pouco estabeleceu classes familiares. Com efeito, MARIA BERENICE DIAS pontua que: “[...] O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela escala de prioridade entre eles”¹³. Sendo assim, o texto constitucional não fez outra coisa senão equiparar as entidades familiares e lhes conferir uma especial proteção do Estado.

3. Regras pertinentes à definição de fato social e ato jurídico em sentido estrito

Antes de adentrarmos nas especificidades deste marco teórico, norteado pelas ideias sociológicas acerca de fato social sob a teoria de ÉMILE DURKHEIM, faz-se necessário ressaltar o objeto de estudo da Sociologia no tocante a estes fatos supracitados. Não compete à Sociologia estudar, enquanto fato social, todo e qualquer acontecimento humano que esteja despojado das características que o constituem, pois nem todo comportamento humano poderá ser denominado de fato social. No entanto, esta mesma disciplina preocupa-se sim, com o estudo dos fatos sociais que, nas palavras de Durkheim, citadas por SEBASTIÃO VILA NOVA, “[...] consistem em maneiras de agir, de pensar e de sentir

¹² DIAS, 2009, p. 159

¹³ DIAS, 2009, p.160.

exteriores ao indivíduo, dotados de um poder de coerção em virtude do qual se lhe impõem”¹⁴

Da referência feita anteriormente, podemos extrair os elementos caracterizadores dos fatos sociais na doutrina do método sociológico, sendo os mesmos: a exterioridade (dotada de um poder coercitivo) e a generalidade. A exterioridade consiste em um poder imperativo exercido sobre um indivíduo que o faz comportar-se, quer queira ou não, segundo os ditames impostos pela coerção exterior vinda do meio social, levando este mesmo indivíduo a cumprir seu papel na sociedade e, ao mesmo tempo, amoldar-se a esta. Essa imposição social, consubstanciada em uma pressão exterior, pode fazer-se sentir ou não. Tal coerção pode incidir em um indivíduo na forma de preceitos morais, em que o ser humano fica vinculado a agir e portar-se segundo os costumes e a própria preceitabilidade moral. É o temor subjetivo, que se manifesta no íntimo do indivíduo, que o faz comportar-se segundo os ditames impostos pela sociedade, seja por temer a reprimenda social ou o remorso na sua própria consciência.

Para fins de maior clareza e auxílio no entendimento da matéria aqui versada, faz-se necessário discorrer e pontuar alguns aspectos acerca da moral, tendo em vista sua relação intrínseca com os fatos tidos como sociais. A moral, enquanto norma de adesão e fator regente do comportamento humano é sempre um dado histórico, logo, mutável pelo decorrer do tempo e vinculada a atos humanos, uma vez que a mesma manifesta-se como condutas advindas dos costumes (culturais ou históricos) aceitas pela sociedade como certo e normal, levando os indivíduos a aderirem a elas. Do exposto, pode-se observar que a moral, por ser mutável em uma dada sociedade, sempre obedecerá a limites temporais e territoriais.

Ressalta-se o fator temporal pelo fato de ser a moral um dado histórico que, com o decorrer do tempo, envelhece, caduca, podendo passar do campo da imoralidade para o da moralidade, ou vice versa, com o transcurso de tempo. No que tange ao limite territorial da moral, evidencia-se que um comportamento humano pode, no mesmo momento histórico, ser moralmente aceito por uma sociedade e não ser

14 NOVA, 1981, p.45

por outra. Assim sendo, pode-se chegar ao ponto de se afirmar que a moral é plural e subjetiva.

ÉMILE DURKHEIM, ao tratar do tema, tenta explicar a moralidade a partir do exame da incidência ou não de uma marca exterior que, por sua vez, traduz-se numa censura da opinião pública. Vejamos:

[...] Para decidir se um preceito é moral ou não, devemos examinar se apresenta ou não a marca exterior da moralidade; ela consiste numa sanção repressiva difusa, quer dizer, numa censura da opinião pública que vinga todas as violações do preceito. Sempre que estamos em presença de um fato que apresenta estas características não temos o direito de lhe negar a qualificação de moral porque ela prova que o fato é da mesma natureza dos outros fatos morais [...].¹⁵

Observa-se que o sociólogo citado, quando explica a reprimenda que um indivíduo sofre em face da sociedade quando adota posturas tidas como amorais, fez menção apenas às de cunho público ou exterior. No entanto, doutrinadores hodiernos como TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR trazem à baila outra forma de reprimenda, a autor-repressão.

[...] a moralidade dos atos repousa na própria subjetividade de quem age, enquanto o direito exige instâncias objetivas. Em consequência (sic), a imoralidade do ato exige arrependimento do agente, ou seja, o tribunal da moral é a própria consciência [...] Embora não se possa negar que o remorso é um importante e decisivo componente da moralidade, não resta dúvida de que o ato imoral vem frequentemente (sic) seguido de reprovação social [...].¹⁶

Corroborando com o que fora exposto, no que tange à percepção ou não da coerção exterior, vale transcrever um trecho da doutrina de NOVA.

[...] O poder de coerção dos fatos sociais não é necessariamente percebido como tal pelos indivíduos, a saber, como uma pressão externa sobre o seu comportamento, já que os fatos sociais, sendo coletivos, só atuam quando assimilados pelos indivíduos como modos de convívio, idéias (sic) e sentimentos tidos como indiscutivelmente normais, como

15 DURKHEIM, 2008, p.62

16 FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 357

se fossem algo que pertencesse à ordem inevitável das coisas. Quando me comunico, na minha sociedade, através de determinado idioma ou quando, à refeição, uso talheres, não me ocorre que eu esteja sendo pressionado por alguma força externa. E, no entanto, quer eu tenha ou não consciência da coerção que atua sobre mim, levando-me a me comportar de determinada forma, essa coerção externa é uma realidade¹⁷.

Assim sendo, quando o indivíduo está perfeitamente amoldado ou integrado a certos comportamentos, vendo-os como normais, será certo que o mesmo não sentirá a coerção exterior que tenta fazer com que o mesmo se integre. No entanto, quando o indivíduo resiste a estas manifestações impostas ou tende a violá-las, de certo será capaz de perceber a força coercitiva imposta pelo exterior. Um exemplo esclarecedor nos é dado por DURKHEIM, vejamos:

[...] Observe o modo que são educadas as crianças. Quando reparamos nos fatos tais como são, e como sempre foram, salta aos olhos que toda a educação consiste num esforço contínuo para impor à criança maneiras de ver, de sentir e de agir às quais ela não teria chagado espontaneamente. Desde os primeiros tempos da sua vida que a obrigamos a comer, a dormir, a beber nas horas certas. Obrigamo-la à limpeza, à calma, à obediência. Mais tarde, obrigamo-la a ter em conta os outros, a respeitar os usos, as conveniências, a trabalhar, etc., etc. Se, com o tempo, essa coerção deixa de ser sentida, é porque, pouco a pouco, engendrou hábitos e tendências internas que a tornam inútil, mas que só a substituem porque derivam dela [...]¹⁸.

A generalidade dos fatos sociais, por sua vez, exprime a ideia de que os fatos ditos como sociais possuem uma existência própria e são difundidos em uma sociedade ao mesmo tempo em que independem de aparições individuais. ÉMILE DURKHEIM instrui que a generalidade dos fatos sociais também é resultado dos costumes, dos modos, das práticas, das crenças passadas já feitas “[...] pelas gerações anteriores; recebemo-las e adotamo-las porque, sendo ao mesmo tempo uma obra

17 NOVA, 1981, p.46

18 DURKHEIM, 2008, p.35

coletiva e uma obra secular, estão investidas de uma particular autoridade que a educação nos ensinou a reconhecer e respeitar [...]”¹⁹

Desta feita, mesmo que estas práticas ou costumes não sejam impostos por meio da lei, não deixam de ter um dos atributos dos fatos sociais, a generalidade “[...] resultante da vida comum, um produto das ações e das reações entre as consciências individuais; e se ressoa em cada uma delas, é em virtude da energia especial que deve justamente à sua gênese coletiva”²⁰. Logo, para DURKHEIM:

Fato social é toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior: ou então, que é geral no âmbito de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independentemente das suas manifestações individuais.²¹

Desta definição, pode-se denotar que esse sociólogo nos traz, em poucas linhas, tudo o que fora exposto anteriormente acerca da exterioridade (consubstanciada em uma coerção do meio social) e da generalidade, todas enquanto características do fato social compreendidas em uma única aceção.

3.1. Diretrizes legais e doutrinárias acerca dos fatos jurídicos

Saindo do plano dos fatos sociais e desaguando na seara dos fatos jurídicos, passaremos a analisar a localização e o disciplinamento desse tema no Código Civil vigente. O disciplinamento dos fatos jurídicos no Código Civil de 2002 encontra-se esculpido na Parte Geral, Livro III, sendo rubricada pela expressão “Dos Fatos Jurídicos”. Não obstante a isso, o mesmo diploma legal não se preocupa em disciplinar os fatos jurídicos nos artigos que se seguem à abertura do Livro III da Parte Geral, deixando tal incumbência para a doutrina pátria e alienígena. Assim sendo, observa-se que o CC de 2002, ao tratar da matéria, deixa lacunoso o espaço codificado destinado aos “Fatos Jurídicos” para abrir “Título I” reservado aos Negócios Jurídicos que, por sua vez, integra a classificação daqueles.

¹⁹ Ibid., p.37

²⁰ Ibid., p.37

²¹ Ibid., p.40

Feitas tais pontuações, pode-se inferir que o Código Civil declinou da competência para definir e classificar os mesmos, dando azo para que a doutrina assim procedesse definindo-os e classificando-os como cresse de direito o jus civilista que, porventura, venha a estudar a matéria.

Assim sendo, faz-se necessário esboçarmos o conceito do que vem a ser um fato jurídico. Os fatos jurídicos tanto podem vir a ser acontecimentos naturais, como condutas humanas previstas em normas legais que, por consequência, lhes outorgarão efeitos jurídicos. Neste mesmo diapasão, MARIA HELENA DINIZ, citando o magistério de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, afirma que existem “[...] dois fatores constitutivos do fato jurídico: um *fato*, isto é, qualquer eventualidade que atue sobre o direito subjetivo, e uma *declaração da norma jurídica*, que confere efeitos jurídicos àquele fato [...]”²².

Porém, antes de adentrarmos na classificação dos fatos jurídicos, poder-se-ia inquirir quando um fato social deixa de sê-lo social para ingressar no plano dos fatos jurídicos. É nesse ponto que surge o brilhante magistério de MARCOS BERNARDES DE MELLO, no qual assevera que os fatos passam por uma espécie de valoração antes de adentrarem no mundo abstrato das leis. Tanto é assim que, um determinado fato humano ao adquirir importância ou relevância no plano jurídico passará a sofrer a incidência da norma juridicizante para, assim, discipliná-lo e, ao mesmo tempo, fazê-lo ingressar no mundo jurídico ou plano da existência²³.

Ainda no tocante ao entendimento do que vem a ser um fato jurídico, SÍLVIO DE SALVO VENOSA nos oferece um exemplo bastante esclarecedor, no qual, se fazendo um paralelo com o exposto alhures, ficará de fácil compreensão o momento em que um fato humano ou natural adquire relevância jurídica e, ato contínuo, ingressa no mundo abstrato das leis.

[...] são *fatos jurídicos* a chuva, o vento, o terremoto, a morte, bem como a usucapião, a construção de um imóvel, a pintura de uma tela. Tanto uns como outros apresentam, com maior ou menor profundidade, consequências jurídicas. Assim, a chuva, o vento, o terremoto, os

22 Id, 2009, p. 387

23 MELLO, 1988.

chamados *atos naturais*, podem receber a conceituação de fatos jurídicos se apresentarem consequências jurídicas, como a perda da propriedade, por sua destruição, por exemplo. Assim também ocorre com os fatos relacionados com o homem, mas independentes de sua vontade, como a nascimento, a morte, o decurso do tempo, os acidentes ocorridos em razão do trabalho. De todos esse *atos* decorrem importantíssimas consequências jurídicas. O nascimento com vida, por exemplo, fixa o início da personalidade entre nós [...].²⁴

Desta feita, pode-se perceber que não são todos os acontecimentos humanos ou naturais que devem ser denominados de fatos jurídicos, mas apenas os que são fruto de relações entre os indivíduos ou que interferem na órbita intersubjetiva destes. Daí decorrerá a necessidade do Direito regê-los, atribuindo-lhes efeitos e, ao mesmo tempo, regulando-os para que os discipline no âmbito da convivência social. Assim, no momento em que esses acontecimentos humanos ou naturais adquirem importância na seara jurídica, ao ponto de serem regulados por normas que lhe conferirão efeitos, deixam de ser puro e simplesmente *atos* para serem fatos jurídicos. O processo de ingresso dos acontecimentos humanos e naturais no mundo abstrato das leis é denominado pela doutrina jus civilista de juridicização. Nesta perspectiva, assevera LOURIVAL VILANOVA:

O direito é um processo dinâmico de juridicização e desjuridicização de fatos, consoante as valorações que o sistema imponha, ou recolha, como dado social (as valorações efetivas da comunidade que o legislador acolhe e as objetiva como normas impositivas).²⁵

Como o Código Civil vigente não se preocupou em discriminar sua própria classificação dos fatos jurídicos coube à doutrina tal incumbência. No entanto, dada a importância da matéria e o grande número de estudiosos do direito dispostos a se debruçarem sobre o conteúdo em explanação, ocorreu que cada tratadista esboçou sua própria classificação, resultando em uma confusão classificatória.

Assim, para efeitos meramente didáticos, optamos pela classificação esboçada pela Corrente Doutrinária Francesa que concebe a divisão dos fatos jurídicos em sentido lato, em fatos jurídicos em sentido estrito

24 VENOSA, 2009, p. 321

25 VILANOVA, 1995, p. 90

e atos jurídicos. MARCOS BERNARDES DE MELLO nos traz os precedentes históricos desta classificação, que tem suas raízes no século XVI. Assim vejamos:

[...] os fatos jurídicos (lato sensu) eram classificados em fatos jurídicos e atos jurídicos, uma divisão que tem suas origens no século XVI, quando começou a ser usada a expressão ato jurídico, desconhecida até aquela época. Os romanos, cujos ensinamentos jurídicos sempre dominaram o pensamento ocidental, não conheceram, como já nos referimos, uma teoria do fato jurídico. Nas fontes romanas encontramos várias expressões que correspondem à idéia (sic) de fato jurídico, tais como causa, negotium, gestum. Nenhuma, porém, que se assemelhe a fato jurídico ou ato jurídico²⁶.

Para definir fatos jurídicos, todas as considerações citadas serão válidas. Assim, fatos jurídicos são todos os acontecimentos naturais, ou condutas humanas, previstos em normas jurídicas que irão lhes conferir efeitos, efeitos estes, jurídicos.

Nesta esteira, observa-se que os fatos jurídicos em sentido lato subdividem-se em fatos jurídicos em sentido estrito e atos jurídicos. Parafraseando SÍLVIO DE SALVO VENOSA, pode-se afirmar que o primeiro é entendido como todo “[...] acontecimento natural, que independe de ato volitivo humano, passível de acarretar efeitos jurídicos. É o caso do nascimento e dos terremotos, que podem ocasionar a perda da propriedade”²⁷. Ainda com relação aos fatos jurídicos em sentido estrito, vale transcrever a conceituação dada aos mesmos por MARCOS BERNARDES DE MELLO, vejamos:

Todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático (sic), entram a penas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, *denomina-se* fato jurídico *stricto sensu*. O nascimento, a morte, o implemento de idade, a confusão, a produção de frutos, a aluvião, a avulsão, são exemplos de fatos jurídicos *stricto sensu*²⁸.

Conclui esse mesmo doutrinador que “[...] a interferência do fato na esfera jurídica de alguém, ampliando-a ou reduzindo-a, constitui o

26 MELLO, 1988, p. 114

27 VENOSA, 2009, p.322

28 MELLO, op.cit.,p. 131

dados suficientes para que o direito passe a regê-lo no plano do comportamento humano”²⁹, prescrevendo como devem portar-se os indivíduos afetados pelo fato jurídico em sentido estrito. Esses fatos naturais não podem ficar sem regulamentação, fora do mundo jurídico, sob pena de inviabilizar uma convivência social harmônica.

Já os atos jurídicos, que segundo Venosa, também podem ser denominados atos humanos ou atos jurígenos, são “[...] aqueles eventos emanados de uma vontade, quer tenham intenção precípua de ocasionar efeitos jurídicos, quer não”³⁰, observando-se que os mesmos traduzem-se por condutas humanas. Compreendem tanto os atos jurídicos lícitos como os ilícitos.

Os atos jurídicos ilícitos são objeto de estudo das doutrinas jus civilistas que versam sobre a responsabilidade civil. No Código Civil de 2002, a matéria encontra amparo nos artigos 186, 187 e 188. Ainda no tocante aos atos jurídicos ilícitos, marcados pela existência de uma sanção, vale destacar um trecho da doutrina de DINIZ, aclarando que o mesmo:

[...] produz efeitos previstos em norma jurídica, como sanção, porque viola mandamento normativo [...]. Como se vê, o ato ilícito não origina direito subjetivo a quem o pratica, mas sim deveres que variam de conformidade com o prejuízo causado a outrem.³¹

Já os atos jurídicos lícitos, segundo Venosa, “[...] são os praticados pelo homem sem intenção direta de ocasionar efeitos jurídicos”³². A disciplina legal dos mesmos encontra-se inserta no artigo 185 do Código Civil de 2002, em que este assim prescreve: “Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”³³.

Do comando normativo retro pode-se inferir, juntamente com o magistério de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, que “[...] o atual estatuto consolidou a compreensão doutrinária a manda que se aplique ao ato

29 Idid, p. 132

30 VENOSA, 2009, p. 322

31 Ibid, p. 389

32 Ibid, p. 322

33 BRASIL, 2002

jurídico meramente lícito, no que for aplicável, a disciplina dos negócios jurídicos”³⁴.

Ainda no que concerne aos atos jurídicos lícitos, é de fundamental importância evidenciar que os mesmos subdividem-se em atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos. No que tange aos negócios jurídicos, é de bom alvitre esclarecer ao leitor que este trabalho monográfico não tem como objetivo estudá-los exaustivamente, mas sim o suficiente para distingui-lo dos atos jurídicos em sentido estrito que, por sua vez, será trabalhado em momento específico. Desta feita, passemos à compreensão do que vem a ser um negócio jurídico.

Quanto aos negócios jurídicos, o Código Civil de 2002 dedicou um Título específico para os mesmos, a saber, Título I, inserto no Livro III da Parte Geral, com grande número de artigos disciplinando a matéria.

Assim sendo, o negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico lícito em que a vontade humana atua tanto na formação do negócio jurídico quanto na determinação de seus efeitos. Por este conceito, observa-se que o legislador pátrio consagrou, no campo dos negócios jurídicos, a autonomia privada.

[...] o negócio jurídico funda-se na “autonomia privada”, ou seja, no poder de auto-regulação dos interesses que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno. Apresenta-se, então, o negócio jurídico como uma “norma concreta estabelecida pelas partes”³⁵.

[...] não basta a mera manifestação da vontade para a aquisição de um direito (...). É necessário que tal efeito, visado pelo interessado, esteja conforme a norma jurídica; isto é assim porque a própria ordem jurídico-positiva permite a cada pessoa a prática de negócio jurídico, provocando seus efeitos. Este é o âmbito da “autonomia privada”, de forma que os sujeitos de direito podem auto-regular, nos limites legais, seus interesses particulares³⁶.

A noção de negócio jurídico pode ser perfeitamente entendida quando trazemos à baila o exemplo dos contratos.

34 VENOSA, 2009, p. 322

35 DINIZ, 2009, p. 449

36 Ibid, p. 449

Assim é que, por exemplo, nos contratos - que são a mais importante espécie de negócio jurídico - em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem³⁷.

MARCOS BERNARDES DE MELLO afirma que nos negócios jurídicos a vontade tem que ser manifestada para compor o suporte fático de uma categoria jurídica, categoria esta que fica a critério do indivíduo, com vistas à produção de efeitos jurídicos que podem ser predeterminados pelo ordenamento jurídico, como deixados livremente à escolha de cada indivíduo³⁸.

Isso é de tal modo, pois, segundo MELLO, a formação do conceito de negócio jurídico foi construída sob a égide do Estado Liberal, e, em consequência disso, a doutrina passou a vislumbrar nos negócios jurídicos a autonomia privada³⁹. Vejamos agora com as palavras do próprio autor.

O conceito de negócio jurídico foi, assim, construído sob a inspiração ideológica do Estado Liberal, cuja característica mais notável consiste na preservação da liberdade individual, a mais ampla possível, diante do Estado. Por isso, concebeu-se o negócio jurídico como instrumento de realização da vontade individual, respaldando uma liberdade contratual que se queria praticamente sem limites. Em consequência (sic) desse voluntarismo (que revela intenso voluntarismo) - tão exagerado que se transformou em *dogma* - a doutrina passou a ver no negócio jurídico um ato de *autonomia da vontade* - também dita *autonomia privada* - em razão do que:

- a) o negócio jurídico seria uma criação da vontade declarada das pessoas; mais ainda: a declaração da vontade negociai constituiria o próprio negócio jurídico;
- b) os seus efeitos jurídicos seriam uma decorrência da vontade negocial.⁴⁰

37 MELLO, 1988, p. 167

38 Ibid, p. 167

39 MELLO, 1988, p. 168

40 Ibid, p. 168

Feitas tais considerações acerca da classificação dos fatos jurídicos, considerações estas imprescindíveis para a compreensão do que vem a ser um ato jurídico em sentido estrito, adentremos nas especificidades deste, analisando sua concepção doutrinária, bem como seus elementos caracterizadores.

3.2. Ato jurídico em sentido estrito e elementos caracterizadores

Dissemos anteriormente que os atos jurídicos em sentido estrito são, juntamente com os negócios jurídicos, espécies do gênero ato jurídico lícito, consagrando a tese da teoria dualista. Discorreremos também sobre as noções gerais de negócio jurídico para melhor distingui-lo dos atos jurídicos em sentido estrito. Então, já adentrando no mérito deste tópico, pode-se asseverar que, ao contrário dos negócios jurídicos, nos atos jurídicos em sentido estrito, a presença da autonomia da vontade, tão marcante nos negócios jurídicos, é ínfima, ou melhor, inexistente.

Isso é assim, visto que nos atos jurídicos em sentido estrito a vontade humana, que pode consistir em uma manifestação, no modo como o sujeito se comporta, ou em uma declaração, expressão da vontade de forma escrita ou verbal, atua apenas na formação do ato jurídico, pois os efeitos são predeterminados na lei. Ainda no que diz respeito a essa espécie de ato jurídico, STOLZE GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2013) entendem não haver espaço para a autonomia da vontade acerca dos efeitos produzidos pelo atos, uma vez que estes já encontram previsão legal.

Assim, nos pronunciaries de GONÇALVES, para que se concretize o suporte fático de ato jurídico em sentido estrito, basta simples manifestação de vontade, seja na forma de declaração de vontade, seja com uma simples intenção ou comportamento do agente⁴¹. A partir daí, a norma jurídica conferirá seus efeitos, efeitos estes previamente esculpidos no ordenamento jurídico, sendo vedado ao agente atribuir outros efeitos que não os encravados na norma jurídica antecedente.

Em se tratando de atos jurídicos em sentido estrito, basta a manifestação de vontade de um indivíduo para que os efeitos predetermina-

41 GONÇALVES, 2006

dos nas normas jurídicas incidam sobre o mesmo e, ato contínuo, passe a reger o comportamento desse, não abrindo margem à autonomia da vontade. Da doutrina de CARLOS ROBERTO GONÇALVES, destacamos um importante trecho que diferencia o negócio jurídico dos atos jurídicos em sentido estrito.

Tanto o negócio jurídico como o ato jurídico em sentido estrito decorrem de manifestação da vontade. No negócio jurídico, essa manifestação visa diretamente a alcançar um fim prático permitido na lei, dentre a multiplicidade de efeitos possíveis. Constitui ele um instrumento da vontade individual, em que as partes têm a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica, aumentando-lhe ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem. Permite ele, enfim, a escolha da categoria jurídica almejada e o auto-regramento de condutas. Por essa razão não é necessária uma vontade qualificada, sem vícios.

No ato jurídico em sentido estrito, no entanto, o efeito da manifestação da vontade está previsto na lei e não pode ser alterado. O interessado apenas deflagra, com o seu comportamento despojado de conteúdo negocial, um efeito previamente estabelecido na lei. Não há, por isso, qualquer dose de escolha da categoria jurídica⁴².

Dito isso, tomando-se como exemplo o reconhecimento de paternidade, basta uma simples declaração de vontade para que neste suporte fático incida os efeitos previamente estabelecidos no ordenamento jurídico como, por exemplo, o dever de prestar alimentos, assegurar o direito à vida e à educação. Assim, aponta MELLO que:

No ato jurídico *stricto sensu*, como se conclui, a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação apenas produz efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, e invariáveis⁴³.

Para complementar este raciocínio, vejamos a consideração de ato jurídico em sentido estrito formulado por esse mesmo autor.

42 GONÇALVES, 2006, p. 303

43 MELLO, 1988, p. 162

[...] fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático (sic) manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas⁴⁴.

Destarte, pode-se observar que o ponto que permite diferenciar os atos jurídicos em sentido estrito dos negócios jurídicos é o poder de escolha da categoria jurídica. Enquanto nos negócios jurídicos há amplitude da autonomia da vontade, permitindo que as pessoas possam determinar os efeitos dos atos jurídicos lícitos, nos atos jurídicos em sentido estrito, essa determinação dos efeitos não existe, uma vez que os mesmos encontram-se predeterminados na lei.

4. Natureza jurídica do noivado e da união estável e efeitos decorrentes de tais vínculos

Feitas as considerações atinentes aos aspectos gerais tanto do noivado como da união estável, bem como das regras pertinentes à definição de fato social e ato jurídico em sentido estrito, atingiremos, neste capítulo, o ápice de nosso trabalho monográfico, em que iremos evidenciar a afinidade existente entre o noivado e o fato social do método sociológico de Durkheim, e a união estável e os atos jurídicos em sentido estrito.

Quando nos referimos à expressão *afinidade*, empregamo-la para designar a natureza jurídica tanto de um como de outro instituto jurídico. Grande parte dos doutrinadores pátrios, quando fazem alusão à natureza jurídica de um ramo do direito, não se preocupam em trazer a lume o que vem a ser o próprio sentido de *natureza jurídica*.

Assim sendo, a expressão citada anteriormente é utilizada pela doutrina para designar uma similitude existente entre um instituto e uma grande categoria jurídica, podendo aquele ser incluído nesta para fins de classificação dentro de um orbe jurídico. Ao final deste capítulo iremos traçar os efeitos jurídicos decorrentes do noivado e do vínculo de companheirismo.

44 MELLO, 1988, p. 162

4.1. O noivado como fato social

Discorremos anteriormente acerca da definição de noivado (ou esponsais como preferem designá-lo alguns autores) bem como de seus precedentes históricos na Lei 06 de outubro de 1.784 e no Código Civil de 1916, em seu artigo 1.548, inciso III. Tratamos ainda da compreensão de fato social segundo a teoria de Durkheim, evidenciando seus elementos caracterizadores.

Pois bem, é chegado o momento de demonstrarmos o nexos que une os dois institutos ao ponto de podermos articular que a natureza jurídica do noivado é de fato social. As doutrinas jus civilistas que versam sobre a matéria não se preocupam em noticiar a natureza jurídica do noivado, limitando-se em conceituá-lo e apontar as consequências jurídicas decorrentes de sua ruptura, elencando julgados dos Tribunais nesse sentido.

Por certo, observa-se que esta monografia é de fundamental acuidade, uma vez que aborda a natureza jurídica dos esponsais. No entanto, de quais argumentos podemos valer-nos para convencer os leitores da veracidade do que se afirma?

É sensato que não podemos identificar a natureza jurídica do noivado como sendo um fato jurídico. Para ser considerado como tal o mesmo teria que ser disciplinado pela norma jurídica, ante a sua relevância social, justificando, assim, seu ingresso no mundo jurídico.

O suscitado a pouco pode ser provado ante a ausência de norma juridicizante incidente sobre o noivado, pois não há em nosso ordenamento jurídico comandos normativos que venham a reger o noivado. É o que se deduz do trecho da doutrina de Mello, abaixo transcrita.

É preciso, ainda, ter em mente que os fatos, mesmo os que não sejam repudiados socialmente como prejudiciais, mas, ao contrário, sejam tidos como importantes, e, assim revistam as características da liceidade, não serão jurídicos em virtude disso. Se não houver uma norma jurídica que os juridicize, permanecerão *ajurídicos*, embora possamos dizer que são lícitos. Não há fato por natureza jurídico, mas, somente, por imputação das normas jurídicas⁴⁵.

45 MELLO, 1988, p. 118.

Afastada a natureza de fato jurídico do noivado, adentremos na identificação do mesmo como sendo um fato social. Nas palavras de Maria Berenice Dias “[...] o noivado é mero compromisso moral e social e significa que os nubentes têm a intenção de casar”⁴⁶. Ora, se o noivado é “mero compromisso moral e social”, decerto será regido pelas normas morais impostas pela sociedade.

É aqui onde podemos apontar o primeiro elemento caracterizador dos fatos sociais sob a teoria de Durkheim, que é a exterioridade. Esse elemento vincula os indivíduos a comportarem-se segundo os alvítes impostos pela sociedade, imposições estas todas de cunho moral com o fito de “[...] justificar à sociedade a convivência mais contínua e íntima dos noivos”⁴⁷.

Não há comandos normativos que possam impor às pessoas o estado de noivos para justificar uma convivência continuada e pessoal daqueles na fase que antecede ao matrimônio. Esta imposição é exterior, vinda da sociedade, que vincula aos indivíduos a amoldarem-se aos costumes da época. A exterioridade nos leva ao segundo elemento caracterizador dos fatos sociais, que é a coerção.

A coerção, que também advém do meio social, leva os indivíduos a comportarem-se segundo os costumes e os preceitos morais. Nas palavras de Maria Helena Diniz “(...) nada há que obrigue um promitente a respeitar seu comprometimento matrimonial”⁴⁸.

Porém, discordamos deste posicionamento, uma vez que acreditamos, mesmo não havendo dispositivo legal obrigando o promitente a honrar seu compromisso, que a sociedade faz bem o seu papel exercendo essa coerção sobre os noivos, para que os mesmos comportem-se segundo os costumes e as condutas moralmente aceitas pela sociedade. Nos dizeres de Artur Machado Paupério:

[...] a moral é a regra a que é compelido o homem para objetivar o bem, dentro do respeito de si próprio e dos outros... A moral frequentemente (sic) nos obriga ao cumprimento de deveres para com o próximo⁴⁹.

46 DIAS, 2009, p.120.

47 DINIZ, 2008, p. 46.

48 DINIZ, 2008, p. 46.

49 PAUPÉRIO, 2003, p. 54.

Neste diapasão, esta coerção incide no íntimo das pessoas, fazendo-as comportarem-se segundo a moral e os costumes, como já enfatizamos, seja por temerem a reprimenda social, ou a própria consciência.

O último, mas não menos importante elemento caracterizador dos fatos sociais é a generalidade. Esta se traduz em uma forma de comportamento difundida no meio social. O noivado apresenta essa característica tendo em vista que não é uma prática isolada de alguns indivíduos, mas sim um comportamento amplamente difundido nas mais diversas classes sociais.

Mesmo não sendo imposto por meio de lei, o noivado não perde uma de suas características primordiais, que possibilita-nos identificá-lo com os fatos sociais, qual seja: a generalidade. O noivado é geral por ato da própria sociedade e não por imposição legal.

Em síntese, podemos afirmar que na constância do noivado podemos identificar todos os elementos caracterizadores dos fatos sociais: a exterioridade, a coerção e a generalidade. Isso nos leva a asseverar, com convicção, que a natureza jurídica do noivado não é outra senão a de fato social.

4.2. A união estável inserida no universo dos atos jurídicos em sentido estrito

Discorreremos a pouco sobre a natureza jurídica do noivado como sendo fato social. No entanto, o segundo momento deste capítulo é dedicado à análise da natureza jurídica da união estável como sendo de ato jurídico em sentido estrito.

Em momento oportuno desta monografia laboramos acerca da definição de união estável, extraída a partir da exposição de seus elementos caracterizadores. Em seguida, evidenciamos o que vem a ser um ato jurídico em sentido estrito para trazer à baila a união estável inserida naqueles.

Pois bem, é certo que a união estável fora vista por largo tempo de uma forma discriminada por parte da sociedade, e essa rejeição refletiu na própria legislação da época; isso é assim, pois a construção normativa de uma época histórica é fruto das aspirações sociais.

Porém, a união estável não estava fadada a viver na inteira surdina, às margens da sociedade e da própria legislação. Aos poucos a

mesma passou a se dissipar entre aqueles que buscavam uma relação mais “aberta”, em que o início e o fim da relação se resumiriam em um simples passar pela porta da habitação dos companheiros.

Alguns autores, dentre eles Venosa, atribuem como fator para essa visão estigmatizada da união estável o fato de que em tempos passados o legislador via como única forma de constituição de família o casamento, amparado em concepções eminentemente religiosas.

[...] Durante muito tempo nosso legislador viu no casamento a única forma de constituição da família, negando efeitos jurídicos à união livre, mais ou menos estável, traduzindo essa posição em nosso Código Civil do século passado. Essa posição dogmática, em um país no qual largo percentual da população é historicamente formado de uniões sem casamento, persistiu por tantas décadas em razão de inescandível posição e influência da Igreja católica. Coube por isso à doutrina, a partir da metade do século XX, tecer posições em favor dos direitos dos concubinos, preparando terreno para a jurisprudência e para a alteração legislativa. Com isso, por longo período, os tribunais passaram a reconhecer direitos aos concubinos na esfera obrigacional⁵⁰.

Disseminada a união estável em meio à sociedade, doutrina e jurisprudência não desampararam sua existência e, além de reconhecê-la, disciplinaram-na. A união estável não passou pelo plano fático despercebida, foi valorada pela doutrina e jurisprudência, dada a sua importância jurídica, o que desaguou no ingresso deste instituto no mundo jurídico ao ponto de ser mencionado no próprio Texto Constitucional⁵¹.

Pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 conferiu à união estável, ou concubinato puro, como preferem alguns doutrinadores, o *status* de entidade familiar objeto de proteção por parte do Estado, e, além disso,

[...] emprestou juridicidade aos enlces extramatrimoniais até então marginalizados pela lei. Assim, o concubinato foi colocado sob regime de absoluta legalidade. As uniões de fato entre um homem e uma

50 VENOSA, 2009, p. 36.

51 Por certo é que hoje, a união estável assume um papel relevante como entidade familiar na sociedade brasileira, já que muitas pessoas, principalmente das últimas gerações, têm preferido essa forma de união em detrimento do casamento (TARTUCE: SIMÃO, 2007, p. 241).

mulher foram reconhecidas como entidade familiar, com o nome de **união estável**⁵².

Assim, dada a sua relevância, a união estável ganha relevo e ingressa no orbe jurídico não só como um fato jurídico, gênero do qual o ato jurídico em sentido estrito é uma espécie, como pontifica Venosa, ao dispor que “a união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico”⁵³.

Há que se ir além, pois se dermos à união estável a natureza jurídica de fato jurídico estaremos inserindo-a em um conceito que pode nos levar a equívocos, ao ponto de admiti-la como sendo um acontecimento da natureza sem assim o ser.

A renomada doutrinadora Maria Berenice Dias - que por seu estudo e trabalho doutrinário, em se tratando de “direito das famílias”, mostra-se, hoje, como a autora que apresenta a obra mais vanguardista acerca desse tema e a que mais se aproximou da matéria -, em comentário certifica que a união estável nasceu “[...] da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de **ato jurídico**, em face dos direitos que brotam dessa relação”⁵⁴.

Tendo em mente a citação supracitada, temos que ir além até chegarmos ao ponto de assegurarmos que a natureza jurídica da união estável e de ato jurídico em sentido estrito, pois se duas pessoas conviverem de forma pública, contínua, duradoura e com intuito de constituir família não poderão negar a existência de uma união estável alegando que se trata, por exemplo, de um simples namoro, uma vez que o suporte fático caracterizou aquela união como sendo estável. Assim sendo, seus efeitos ser-lhe-ão aplicados independentemente da vontade dos conviventes.

No entanto, a partir do reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, e seu disciplinamento pelo Código Civil de 2002, alastrou-se certo temor entre alguns casais que conviviam de modo tal a configurar as bases de uma união estável.

Logo, para se furtarem dos efeitos do reconhecimento de uma união estável, aqueles casais optaram por celebrar um contrato de namoro. Observemos o que Dias pontifica a esse respeito:

52 DIAS, 2009, p. 159.

53 VENOSA, 2009, p. 41.

54 DIAS, op.cit., p. 161.

Desde a regulamentação da união estável, levianas afirmativas de que simples namoro ou relacionamento fugaz podem gerar obrigações de ordem patrimonial difundiram certo pânico. Diante da situação de insegurança, começou a ser decantada a necessidade de o casal de namorados firmar contrato para assegurar a **ausência de comprometimento** recíproco e a **incomunicabilidade do patrimônio** presente e futuro. No entanto, esse tipo de avença, com o intuito de prevenir responsabilidades, não dispõe de nenhum valor, a não ser o de monetarizar singela relação afetiva. Distingue-se o namoro da união estável pelo nível de comprometimento do casal, e é enorme o desafio dos operadores do direito para estabelecer sua caracterização⁵⁵.

Todavia, há como se diferenciar no meio social uma união estável de um simples namoro *more uxorio*?

A resposta para a indagação poderá ser encontrada quando analisarmos e verificarmos a presença dos elementos constitutivos de uma união estável em uma relação existente entre dois indivíduos. Tartuce e Simão trazem a diferenciação entre os dois institutos, vejamos:

[...] A constituição de família é que diferencia cabalmente o namoro da união estável. Se há um projeto futuro de constituição de família, estamos diante de namoro. Se há uma família já constituída, com ou sem filhos, estamos diante da união estável.

No mesmo sentido, o TJRS vem entendendo que o mero namoro longo, em que não há o objetivo de constituição de família, não constitui união estável:

“Embargos infringentes. União estável. Caracterização de namoro. O namoro, embora público, duradouro e continuado, não caracteriza união estável se nunca objetivaram os litigantes constituir família” (TJRS, Processo 70008361990, data 13.08.2004, Órgão julgador 4º. Grupo de Câmaras Cíveis, rel. Juiz José Ataídes Siqueira Trindade, origem Comarca de Montenegro)⁵⁶.

Assim, como bem rebate Maria Helena Diniz, será tido como inválido o contrato de namoro quando o relacionamento dos conviventes apresentarem os elementos configuradores da união estável, ei-los: con-

⁵⁵ DIAS, 2009, p. 176.

⁵⁶ TARTUCE: SIMÃO, 2007, p. 247.

vivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família⁵⁷.

Presentes os elementos referidos alhures em uma relação de convivência, os companheiros não poderão controlar os efeitos jurídicos, tendo em vista que a união estável tem natureza jurídica de ato jurídico em sentido estrito.

Prontamente, a vontade dos conviventes irá atuar apenas na formação da união estável, a partir daí não haverá possibilidade de regulamentação privada de efeitos por parte dos companheiros, uma vez que os efeitos jurídicos desta união estão predeterminados, ou encravados, na legislação.

4.3. Efeitos jurídicos decorrentes do noivado e da união estável

Alcançado um dos objetivos desta monografia (identificar a natureza jurídica do noivado como sendo de um fato social e da união estável como ato jurídico em sentido estrito) passemos a fazer algumas considerações acerca dos efeitos que dali irá decorrer.

Quanto à união estável, é inequívoca que a mesma gere efeitos na seara jurídica até pelo fato de possuir natureza jurídica de ato jurídico em sentido estrito. No entanto, no que tange ao noivado, há de se analisar caso a caso para, ao final, vislumbrar-se a existência de efeitos jurídicos, principalmente decorrentes da dissolução do mesmo.

Iniciando pelos efeitos do noivado no orbe jurídico, deve-se esclarecer que enquanto o mesmo estiver em sua normal constância, ou seja, como uma fase que antecede ao matrimônio, sua natureza será apenas de fato social, não havendo interesse jurídico em regular o comportamento dos noivos na constância dos esponsais.

Porém, a partir do momento em que temos: uma promessa de casamento efetivamente feita pelos noivos, associada a uma estabilidade da relação; um rompimento injustificado; e um dano (devidamente demonstrado pela parte lesada), o noivado contrairá relevância jurídica ao ponto de haver ingresso no mundo jurídico, sobretudo no campo doutrinário e jurisprudencial.

57 DINIZ, 2008.

Nessa conjuntura, o noivado deixa de ter natureza jurídica de simples fato social e passa a ser um ato jurídico ilícito, marcado pela existência de uma sanção, mais precisamente, de reparação do dano sofrido, conforme dicção do artigo 927 do Código Civil de 2002. Nesse sentido elencamos o entendimento doutrinário:

O fato de nosso legislador não ter disciplinado os esponsais como instituto autônomo demonstra, conforme assinala a doutrina, que preferiu deixar a responsabilidade civil pelo rompimento da promessa sujeita à regra geral do ato ilícito⁵⁸.

A própria Constituição Federal de 1988, em conjunto com o Código Civil de 2002, viabiliza a reparação pelo dano moral experimentado em seu artigo 5º, inciso V e 186, respectivamente. Contemplando o que fora exposto, observemos o que dispõe Dias.

[...] quando se dissolve o noivado, com alguma frequência (sic) é buscada indenização, não só referente aos gastos feitos com os preparativos do casamento que se frustrou, mas também por danos morais pelo sonho acabado⁵⁹.

Contudo, a quebra de esponsais só é passível de ensejar indenização por danos morais quando houver grave humilhação e vexame. Angústia e desencanto pelo fim do relacionamento amoroso não ensejará danos morais, pelo contrário, só irá configurar mero aborrecimento ou dissabor a que está sujeito um indivíduo no perpassar de um relacionamento.

No entanto, não é todo e qualquer rompimento de noivado que acarretará efeitos na órbita da responsabilidade civil, mas só aquele em que restar patente à promessa de casamento feita pelos noivos - e não pelos seus pais - o rompimento injustificado e o dano (material e/ou moral) devidamente demonstrado (s) nos autos do processo⁶⁰.

Entretanto, alguns tratadistas vêm doutrinando no sentido de que deferir os pedidos de indenizações por rompimento de esponsais seria o mesmo que compelir os noivos a casarem-se para se liberarem da responsabilidade de arcar com o adimplemento de tais danos.

58 GONÇALVES, 2003, p. 62.

59 DIAS, 2009, p. 120.

60 DINIZ, 2008.

A resistência que alguns opõem a pretensões desta natureza se funda no argumento de que, a se deferir a indenização reclamada, estar-se-ia constringendo, indiretamente, o promitente à execução *in natura* da promessa feita, por meio do casamento, como opção liberatória daqueles danos, o que seria contrário aos princípios que regem a instituição matrimonial⁶¹.

Acreditamos que, quando o doutrinador supracitado referiu-se aos princípios que regem o matrimônio, estava a mencionar o princípio da liberdade que, no Direito de Família, assegura aos indivíduos:

[...] o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual. Há a liberdade de extinguir ou dissolver o casamento e a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio⁶².

Se ao casamento e à união estável é assegurada à liberdade ao indivíduo de dissolvê-las, decerto que, por analogia, no noivado igual direito assiste aos nubentes. No entanto, quando do rompimento do vínculo o nubente arrependido deverá proceder, no ato do rompimento, de forma discreta, sem humilhação, nem insulto, e com o mínimo de desumanidade⁶³.

Após as ponderações feitas acerca dos efeitos do noivado na seara jurídica, analisemos agora os efeitos relacionados à união estável. Parte dos efeitos decorrentes da união estável encontra-se encravados principalmente no Código Civil, onde o mesmo, em seu artigo 1.724, elenca alguns dos deveres impostos aos companheiros.

Quanto ao dever de lealdade é de bom alvitre fazermos algumas pontuações acerca do mesmo, uma vez que este não se confunde com o dever de fidelidade. Desta forma, está afastada a possibilidade de configuração de adultério na constância da união estável.

Não se atina o motivo de ter o legislador substituído **fidelidade** por **lealdade**. Como na união estável é imposto tão-só o dever de lealdade, pelo jeito inexistente a obrigação de ser fiel, assim como não há o dever da vida em comum sob o mesmo teto. Portanto, autorizado a lei a

61 GONÇALVES, 2003, p. 62.

62 DIAS, op.cit., p. 63.

63 BITTENCOURT, 1970.

possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de **vínculos paralelos**. Se os companheiros não têm o dever de serem fiéis nem viverem juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas⁶⁴.

No que tange aos efeitos patrimoniais da união estável, o artigo 1.725 do Código Civil de 2002 aplica a esta relação convivencial, na falta de disposição expressa em sentido contrário, o regime da comunhão parcial de bens.

Dessa forma, os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável serão reputados como adquiridos por ambos os conviventes. Assim, para estes bens haverá a formação de uma espécie de condomínio, nos moldes dos direitos reais, na qual a prova de esforço comum, para que o bem integre o patrimônio do outro companheiro, é desnecessária. Neste mesmo lamiré, segue trecho da doutrina de Tartuce e Simão.

Ainda quanto ao regime de bens da união estável, conforme Enunciado 115 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, há presunção de comunhão de aquestos na constância da união mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se comunicarem s bens adquiridos a título oneroso durante esse período. Como se pode perceber esse efeito é decorrente do próprio regime da comunhão parcial, em que, como vimos, a prova do esforço comum é desnecessária⁶⁵.

Maria Berenice Dias também nos esclarece que em caso de um dos conviventes ostentar o desejo de alienar um bem, adquirido a título oneroso na constância da união, não poderá fazê-lo antes da anuência do outro companheiro, vejamos:

Instala-se a co-titularidade patrimonial, ainda que somente um dos conviventes tenha adquirido o bem. O direito de propriedade resta fracionado em decorrência do condomínio que exsurge *ex vi legis*. Logo, o titular nominal do domínio não pode aliená-lo, pois se trata de bem comum. É necessária a concordância do companheiro. A constituição da união estável leva à perda da **disponibilidade** dos bens

64 DIAS, 2009, p. 169.

65 TARTUCE: SIMÃO, 2007, p. 261.

adquiridos, revelando-se indispensável a expressa manifestação de ambos os proprietários para o aperfeiçoamento de todo e qualquer ato de disposição do patrimônio comum⁶⁶.

A legislação, artigo 1.694 do Código Civil de 2002, também admite a possibilidade de um dos companheiros pleitear do outro o direito a “[...] alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Porém, para que seja deferida tal pretensão, há que se demonstrar nos autos o binômio: necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante. Já para Dias “[...] o único requisito para a concessão de pensão em favor do companheiro é a prova da necessidade do pensionamento”⁶⁷.

Um outro efeito decorrente da união estável diz respeito ao direito sucessório, aquele que resulta da morte de um dos companheiros, sendo que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 regulará a participação do companheiro ou companheira na sucessão do outro, no que tange aos bens adquiridos de forma onerosa na constância da união estável.

Do exposto, pode-se concluir que configurados os elementos caracterizadores de uma união estável é inequívoca a incidência da norma jurídica regulando os efeitos pessoais e patrimoniais previamente consignados na legislação. Sendo isso o que nos faz atribuir à união estável a natureza jurídica de ato jurídico em sentido estrito.

5. Considerações finais

Com a realização deste trabalho, percebeu-se que no decorrer dos anos que marcaram o século XVIII, o motivo que dava azo aos casamentos não era outro senão o único fim de agregar riquezas ao patrimônio das famílias envolvidas, resultando em um empecilho à indesejada dispersão patrimonial.

Também restou patente a existência de noivados curtos adstritos ao período que ia da promessa de casamento a celebração do mesmo. No que tange a união estável, evidenciou-se que a mesma encontrou

66 DIAS, 2009, p. 171.

67 Ibid., p. 182.

suas premissas nas classes menos favorecidas do século XVIII que, por razões econômicas, sempre postergavam o dia do casamento por questões eminentemente financeiras.

Verificou-se que o Código Civil de 1916 não disciplinou o instituto dos sponsais. No entanto, demonstrou em seu corpo legal que reconhecia a existência do mesmo, apesar de não regê-lo, cabendo à doutrina e jurisprudência da época tal incumbência. Já no que diz respeito ao Código Civil de 2002, denotou-se que o mesmo nem sequer fez alusão ao noivado em seus artigos.

Identificou-se os elementos basilares para a configuração conceitual tanto do noivado como da união estável. E, com o advento da Constituição Federal de 1988, ressaltou-se a relevante contribuição daquele diploma quando alçou à categoria de entidade familiar a união estável, conferindo-lhe especial proteção do Estado.

Observou-se a compreensão de fato social sob a teoria de Émile Durkheim, reconhecendo-se um fato social, como tal, aqueles que consagram os três elementos trazidos a lume por aquele sociólogo: exterioridade, coerção e generalidade.

Traçou-se as diretrizes legais dos fatos jurídicos, para se chegar aos atos jurídicos em sentido estrito, na qual o ato volitivo do indivíduo atua apenas na escolha da categoria jurídica, uma vez que seus efeitos encontrar-se-ão esculpido de forma prévia na lei.

Constatou-se que a doutrina quedou-se inerte em evidenciar a natureza jurídica tanto do noivado como da união estável, principalmente em relação àquele, enfatizando, quando muito, definições e alguns efeitos.

Discutiu-se que na constância do noivado, por não haver interesse jurídico em regular os efeitos pessoais e patrimoniais dos nubentes, houve a escusa do legislador em incluí-lo no universo jurídico, ocasionando um empecilho para que o mesmo seja incluído a título de classificação no orbe dos fatos jurídicos.

Diante da omissão doutrinária em incluir a título de classificação o noivado e a união estável em uma das categorias jurídicas, atribuindo-lhes as respectivas naturezas jurídicas, discutiu-se que no noivado a única “força reguladora” emana não de outra parte senão da própria sociedade que impõe aos indivíduos uma forma de comportamento, e essa força reguladora do noivado é o que podemos chamar de coerção

social, que por sua vez, faz com que os esposais sejam regidos pelo fator moral da sociedade.

Também fora declinado neste trabalho que a moral varia de cultura para cultura, obedecendo a limites temporais e territoriais. Temporal pelo fato de que a moral caduca pelo decurso de tempo e territorial pelo fato de cada povo ter a sua cultura e, conseqüentemente, uma concepção de que vem a ser moral.

Reitera-se que as normas sociais cogentes que regulam o noivado variam de lugar para lugar. Percebeu-se que o noivado, apesar de não ser imposto por lei é difundido no seio social, o que o faz merecedor da terceira característica dos fatos sociais que é a generalidade.

Com a regulamentação da união estável pela legislação pátria, muitos dos indivíduos que conviviam de modo a configurar as bases deste instituto optaram por celebrar um contrato de namoro, contrato este que sofreu rechaça dos Tribunais Pátrios quando os conviventes estabeleciam vínculo nos moldes a configurar aquele tipo de união.

Portanto, notou-se que apesar da existência do contrato de namoro, aos contratantes foram impostos todos os efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes da união estável.

Configurada a existência de convivência pública, contínua, duradoura, entre duas pessoas e com o objetivo de constituir família, ser-lhe-ão aplicados todos os efeitos legais declinados nessa monografia. Se dessa forma estão procedendo os Tribunais brasileiros, é inegável que para a união estável de natureza jurídica outra não lhe cabe senão a de ato jurídico em sentido estrito.

Notou-se em relação ao noivado um entendimento esboçado pelos Tribunais que, talvez, o faça desaparecer por completo do mundo jurídico, qual seja, o indeferimento dos pedidos que versem sobre ressarcimento de danos morais, uma vez que deferir tais pleitos seria uma afronta ao princípio da liberdade.

Deferir indenizações deste cunho seria coagir, indiretamente, o promitente a cumprir o avençado para se eximir de lançar a mão em seu patrimônio e indenizar um indivíduo que, em outra ocasião, haveria de ser seu cônjuge.

Concluindo, espera-se que este trabalho contribua para que aqueles que possuem afinidade e apreço pela matéria aqui versada, entendam a relevância de se compreender a natureza jurídica dos institutos postos

em análise, possibilitando a captação, a partir daí, da razão de existência jurídica de efeitos legais tanto do noivado como da união estável no universo jurídico.

Referências

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. Rio de Janeiro: Alba, 1970.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

_____. **Código Civil**: promulgado em 11 de janeiro de 2002. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

_____. **Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil. **Revogada pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Relator Ayres Britto. Brasília, julgamento em 04 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteúdo=178931>>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 26.ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2008. Tradução de Les Règles de la Méthode Sociologique, 1895.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003..

FREDERICO, Alencar. **A responsabilidade civil pelo rompimento do noivado**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1789>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Responsabilidade civil**. 8. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/8270/7836>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVA, Sebastião Vila. **Introdução à sociologia**. São Paulo: Atlas, 1981.

PAUPÉRIO, Artur Machado. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PORTO, Dino Gonçalves. **Do dano moral**. Disponível em: <<http://www.meritoadv.com.br/wp-content/uploads/imagens/evolucao-dano.htm>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

_____. **Do dano moral no rompimento de noivado**. Disponível em: <<http://www.meritoadv.com.br/wp-content/uploads/imagens/artigo-danomoral.htm>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

PRETTO, Cristiano. **Notas sobre responsabilidade civil pelo rompimento dos esponsais.** Disponível em: <<http://www.prettoribeirodovale.com.br/publicacoes/1>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: família.** São Paulo: Método, 2007..

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito civil: parte geral.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito.** São Paulo: Saraiva, 1995.

13

DA CATIVIDADE MARCÁRIA COMO NOVO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL

André Luiz Cavalcanti Cabral¹

SUMÁRIO: Introdução - 1. Da marca - 2. Dos grupos econômicos - 3. Da catividade marcária - 4. Da responsabilidade civil com fundamento na catividade marcária - 5. Exemplos consumeristas da aplicabilidade da catividade marcária - 6. Conclusões - 7. Referências

Introdução

Estudos e discussões ao longo dos anos acerca da responsabilidade civil não retiram a importância que merece ser dada ao tema da Cativeira Marcária. Para muito além do esgotamento, a vida contemporânea desafia novas formas de se enxergar e refletir o abraço do fenômeno da responsabilização. Afinal, principalmente na seara empresarial, a

¹ Mestre em Ciências Jurídicas com linha de pesquisa em Direito Econômico. Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB. Professor de Direito Empresarial e Civil da UFPB e do UNIPÊ. E-mail: cabral@crc.adv.br

responsabilidade civil está intimamente relacionada ao desenvolvimento econômico e à higidez dos postulados capitalistas da defesa da concorrência e da proteção da propriedade privada. O risco de qualquer atividade é fator a ser considerado, desde o plano de negócio até a contabilização dos resultados empresariais obtidos.

Com a evolução das relações empresariais, os agentes econômicos buscam novas formas de expansão de seus mercados. No contexto da globalização econômica há acirramento da conjuntura concorrencial, pois o capital é apátrida e nômade, desloca-se mais intensamente na busca da maximização dos resultados da atividade empresarial. A mundialização dos mercados é um fenômeno de conquistas de massas consumidoras e torna superlativas as ações do homem, intensificando a produção, a publicidade, as necessidades e os contratos.

Na conjectura atual (liberal, neoliberal, ou regulatória) o desenvolvimento econômico de um país pressupõe a sistematização de instrumentos de proteção das criações intelectuais e inventivas que são frutos do discernimento criativo humano. Assim, há a consolidação e a aceitação da ideia de que o efetivo resguardo dos bens intelectuais propicia valor agregado ao patrimônio empresarial; bem como, assegura sua estabilidade e credibilidade mercadológica. Dentre as diversas espécies de ativos imateriais ou intangíveis, destaca-se a necessidade de proteção da marca, tendo em vista sua função de identificação e remissão de origem dos produtos e/ou serviços perante o mercado consumidor.

O que se propõe, no presente ensaio, é um novo paradigma de responsabilização a partir da marca registrada; logo, se tratará da marca, sua catividade e os grupos econômicos. Em seguida, há a tentativa de demonstrar a utilização da marca como um novo condutor da responsabilidade civil no âmbito das atividades empresariais e sua fundamentação por um fenômeno socioeconômico e jurídico que se denomina de catividade marcária.

1. Da marca

Como consequência do liberalismo econômico, a propriedade privada se encontra sedimentada, constitucionalmente, como direito fundamental – artigo 5º, inciso XXII. No entanto, seu exercício encontra limites na função social da propriedade (artigo 5º, inciso XXIII). O

direito de propriedade pressupõe a faculdade de usar, dispor, gozar da coisa e reavê-la de quem injustamente a possua ou detenha², e ainda está albergado como princípio da ordem econômica – artigo 170, incisos II e III da Constituição Federal.

Resta superada a concepção liberal que considerava a propriedade como um direito individual absoluto, uma vez que a sua importância para o bem-estar geral e para a condução econômica está a demonstrar que o seu exercício há de ser relativizado com vistas a tais finalidades. No entanto, não se olvida de que a propriedade continua sendo sinônimo de poder.³

A marca⁴ é todo sinal distintivo que indica a ideia de origem de um bem, seja um produto ou serviço, cujo uso serve de orientação para o consumo e como referência à escolha de mercado, além de ter como funcionalidade a identificação dos bens aos quais é aposta, isto é, diferenciam-se os produtos e serviços que são marcados pelo símbolo escolhido para servir de marca.

As marcas podem ser classificadas segundo critérios diversos, contudo a principal classificação diz respeito à sua apresentação, podendo ser classificada como: nominativa, quando composta apenas de algarismos alfabéticos; figurativa, se formada exclusivamente por símbolos ou figuras sem dizeres ou palavras escritas; e mista ao associar elementos figurativos com nominativos concomitantemente.

No âmbito jurídico, a proteção marcária foi inserida em sede constitucional a partir da Constituição Federal de 1891⁵; entretanto, no

2 Cf. Artigo 1228 do Código Civil.

3 “Parece uma realidade que o poder econômico — seja representado pela detenção de propriedades imóveis, de bens de produção, de tecnologia ou valor mobiliário — constitui um dos pressupostos do poder político.” (TAVARES, 2003, p. 159).

4 [...] a marca é o sinal gráfico, figurativo ou de qualquer natureza, isolado ou combinado e que se destina à apresentação do produto e/ou do serviço ao mercado. Por isso deve ser distintiva, especial e inconfundível. Consistindo a marca num sinal qualquer, e empregada essa palavra genericamente, subentende-se que marca é tudo, dispensando-se assim qualquer forma enumerativa, exemplificativa ou restritiva. Este sinal comumente se apresenta de forma gráfica, tendo por objeto a letra, sílaba, palavra, conjunto de palavras; o número ou conjunto de números; o risco, traço, conjunto de riscos ou traços; a sua forma figurativa ou ainda o conjunto das primeiras com esta última.” (SOARES, 2000, p.16).

5 Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

atual ordenamento jurídico brasileiro há proteção constitucional no art. 5º, inc. XXIX. Essa proteção constitucional possui um desdobramento infraconstitucional, sendo disciplinada pela Lei nº 9.279 de 1996 ou o Código da Propriedade Industrial, um importante diploma legal que tem por objeto a proteção das criações intelectuais industriais, incluídas, além das marcas, as patentes, as indicações geográficas e os desenhos industriais.

A proteção atribuída no direito interno é lastreada por uma sólida base internacional da matéria com tratados internacionais, como a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP), incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n.º 75.572/1985, bem como o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio⁶.

A titularidade da marca, no caso do Brasil, ocorre com seu registro no INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, que atesta a viabilidade de apropriação dos símbolos e nomes requeridos como marca. São critérios para o registro marcário: a novidade, a veracidade, a capacidade distintiva e a licitude para a obtenção do registro. O registro passa a ser o fato gerador do direito de exclusividade por um decênio, passível de renovações sucessivas.⁷

Note-se que a essência imagética marcária emerge facilmente perceptível pelo sentido da visão que é uma fonte informativa para o raciocínio humano. Assim, o mercado reconhece na marca a matriz informativa que atribui qualidade ao produto ou ao serviço auxiliando na escolha que o consumidor deve realizar entre todos os bens ofertados, logo sua natureza jurídica⁸ é de bem móvel imaterial⁹.

6 Chamado de TRIPS, do inglês *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), integrante do conjunto de Acordos assinados em 1994, no encerramento da Rodada Uruguai do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), que criou a Organização Mundial do Comércio (OMC), recepcionado no Brasil pelo Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

7 Lei nº 9.279/96 (LPI) - Art. 133. O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.

8 [...] para as empresas as marcas representam uma propriedade legal incrivelmente valiosa que pode influenciar o comportamento do consumidor, ser comprada e vendida e, ainda, oferecer a segurança de receitas futuras e estáveis para seu proprietário [...] (KOTLER, 2006, p. 269).

9 Negrão afirma que “Do ponto de vista do estabelecimento e identificando sua natureza jurídica, a marca pode ser conceituada como um direito de propriedade incorpóreo, integrante do estabelecimento, que tem como funções distinguir produtos e serviços e, em alguns casos, identificar sua origem e atestar o atendimento desses quanto a certas normas e especificações

A construção teórica e legal da proteção marcária pode ser entendida em contexto multidisciplinar abrangendo elementos de economia, antropologia, ciências sociais, psicologia, direito e outros, por isso infere-se dela como fenômeno típico da globalização. Dessa maneira, a marca recebe o profissionalismo típico do ambiente empresarial, assim ela é pensada por *experts* de *marketing*, com base em perfis psicológicos dos consumidores de acordo com os *targets* ou nichos de Mercado¹⁰ que se almeja.

Infere-se disso que, quando se fala em uma marca, raramente está se falando de um acaso, em razão delas serem bens construídas a partir de valores preconcebidos e para valorar bens de interesse empresarial; portanto, percebe-se que ela é a provocadora por excelência de associação com o produto ou serviço ao qual adere. Afinal, as pessoas buscam a experiência prometida na publicidade, seja ela sucesso, poder, elegância ou prazer¹¹.

As marcas são faróis mercadológicos fincados na mente dos consumidores por meio da associação de valores, experiências e discursos que os capturam, desde a infância até o último suspiro. As imagens, como elementos vitais do processo de cognição humana, são adaptáveis às necessidades da velocidade e da transitoriedade do corpo social. Dessa forma, elas são idealizadas para servirem de ofertas preconcebidas aprisionadoras da atenção do consumidor que está preso à teia publicitária, sendo sujeito passivo de um bombardeio imagético¹². A globali-

técnicas.” (NEGRÃO, 2010, p.167).

10 [...] com frequência tem imagens claramente definidas, ou ‘personalidades’, criadas pela propaganda do produto, por sua embalagem, pela caracterização visual da marca e por outras estratégias de marketing. (SOLOMON, 2011, p. 32).

11 Batey argumenta que “Vale repetir que uma marca é criada não só como resultado das atividades de um marqueteiro (o estímulo, ou *input*), mas também – e isso é o principal – como resultado da leitura e da reação do consumidor a essas atividades (o que ele depreende da mensagem). Do ponto de vista do marqueteiro, a marca é uma promessa, um pacto. Da perspectiva do consumidor, é uma série de associações, percepções e expectativas que existem em sua cabeça. [...] Com o tempo, experiências e encontros vão formando um conjunto de associações, influenciado a percepção da marca e gerando a rede associativa, ou *engrama da marca*.” (BATEY, 2010, p. 27 e 28)

12 A cultura de hoje é feita de *ofertas*, não de *normas*. Como observou Pierre Bourdieu, a cultura vive de sedução, não de regulamentação; de relações públicas, não de controle policial; da criação de novas necessidades/desejos/exigências, não de coerção. Esta nossa sociedade é uma sociedade de consumidores. E, como o resto do mundo visto e pelos consumidores, a cultura também se transforma num armazém de produtos destinados ao consumo, cada qual concorrendo com os outros para conquistar a atenção inconstante/errante dos potenciais consumidores. (BAUMAN,

ção pode ser conceituada como um conjunto de relações sociais com intensificação das interações transnacionais¹³; assim, nesse contexto, a publicidade e as marcas vão sendo lançadas à esfera global.

A supervalorização do fator marcário, de certa forma, é produto das estratégias nacionais e internacionais de adaptação do sistema capitalista e converge para a ampliação dos beneficiários da exploração de uma marca, pois surgem estratégias de compartilhamento marcário. A marca compartilhada por diversos contratos, a exemplo das espécies de franquia, concessão, representação, acaba por se propagar mais rapidamente, como também, permite-se seu fortalecimento no segmento de atuação que se publiciza. A necessidade inata de troca entre os grupos estimula o instituto da *marca*, como fenômeno integrante da globalização econômica.

Entretanto, há um desafio de compatibilização do interesse de imersão no fenômeno global, mas de se preservar quanto aos riscos próprios do universo econômico empresarial, sendo certo que o desenvolvimento das relações comerciais, também, deve resguardar a justiça social e buscar a solidariedade nas relações. Isso em respeito à Constituição Federal, que no art. 3º, I, pondera que o desenvolvimento pressupõe a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A valorização do trabalho, ao lado de outras formas de relativização da livre iniciativa, como por exemplo, a função social da propriedade, indica a relevância de valores sociais na condução econômica, o que reflete ainda no matiz principiológico da ordem econômica.

A igualdade de condições de mercado é pressuposto formal de condições iniciais de partida sem interferências estatais ou de outras ordens. No entanto, a concorrência exige dos empresários diversas estratégias de diferenciação para que possam ser percebidos em um mercado, cada vez mais global. Ou seja, embora haja o pleito de um direito à igualdade, há, de certa maneira, um direito à desigualdade ou de diferenciar-se, sendo este último muito mais resguardado e efetivo, porque dele resulta a construção das relações de poder¹⁴. A igualdade não

2010, p. 33-34).

13 Santos entende a globalização como um “[...] conjunto de relações sociais que se traduzem na intensificação das interações transnacionais, sejam elas práticas interestatais, práticas capitalistas globais ou práticas sociais e culturais transnacionais.” (SANTOS, 2002, p. 85).

14 “Em resumo, o mercado dos bens simbólicos tem as suas leis, que não são as da comunicação

é um princípio de atuação no mercado, já que são os desiguais que se destacam e conquistam espaços diferenciados. Infere-se, então, ser por meio da desigualdade que mercados são dominados e que se conquista a preferência de mais consumidores. Nessa realidade, a marca é um ativo econômico central dos mais relevantes, o que resultou em um reconhecimento legal da necessidade de sua proteção.

A atração implementada pelos signos distintivos é determinante para o sucesso das atividades mercadológicas, seja na captação inaugural do consumidor, seja na manutenção de sua fidelidade. A dimensão do presente estudo perpassa o âmbito empresarial, visto que as estratégias que embasam esse poder atrativo marcário atuam sobre as mais diversas esferas e passam a ser não apenas um vetor econômico, pois ganham ares de valor cultural e social¹⁵. O signo marcário remete o bem grafado à suas origens, denunciando os responsáveis pela sua oferta, isto é, esclarece aos consumidores e concorrentes, que dividem o ambiente de mercado, qual a procedência daquele bem marcado¹⁶.

A marca consiste em um importante fator de influência nas escolhas feitas pelo consumidor, o que valoriza a marca como ativo intangível do capital empresarial, permitindo e incentivando o gasto de grandes fortunas em campanhas publicitárias que as expõem e atraem o consumidor. Cria-se um sistema de retroalimentação em que a publicidade, como espécie de comunicação social de massa, fortalece a marca que ostenta e, por outro lado, a marca fortalece a própria publicidade que a propaga.¹⁷

universal entre sujeitos universais: a tendência para a partilha indefinida das nações que impressionou todos os observadores compreende-se se se vir que, na lógica propriamente simbólica da distinção – em que existir não é somente ser diferente mas também ser reconhecido legitimamente diferente e em que, por outras palavras, a existência real da identidade supõe a possibilidade real, juridicamente e politicamente garantida, de afirmar oficialmente a diferença – qualquer unificação, que assimile aquilo que é diferente, encerra o princípio da dominação de uma identidade sobre a outra, de negação de uma identidade por outra.” (BOURDIEU, 2010, p. 129)

15 Ademais, como aduz NUNES, a lógica da sociedade de consumo é no sentido de que as necessidades são pretextos para vender aquilo que se produz. Assim, se não há necessidades, inventam-se e os desejos são produzidos juntamente com os bens. (NUNES, Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 58).

16 No reconhecimento de Kotler a “[...] marca é uma oferta de uma fonte conhecida.” (KOTLER, 2006, p. 22).

17 Dominique Quessada exprime o seguinte pensamento: “Por seu trabalho de imposição de ordens e de vetorização da ordem (de organização da ordem), a publicidade consiste fundamentalmente na criação e na definição de territórios (os territórios das marcas) aos quais aderem pessoas.” (In:

2. Dos grupos econômicos

A condição de empresário é própria apenas dos sujeitos de direito personificados. Quanto às possibilidades jurídicas de personificação, têm-se como empresários pessoas físicas (empresários individuais) e os que são pessoas jurídicas. Na segunda hipótese, encontram-se tanto as sociedades empresárias (em sua imensa maioria estruturadas como LTDA ou S/A), como também as EIRELI¹⁸.

Os grupos econômicos são, justamente, resultados das relações entre empresários, principalmente, entre as sociedades empresárias. Essas relações consistem em negócios jurídicos que possibilitam concentração da exploração da atividade econômica e diminuição dos custos, mas podem limitar ou prejudicar a livre concorrência e gerar domínio de mercado.

Entre as relações societárias mais comuns se evidencia as *sociedades de simples participação, coligadas ou filiadas, controlada e controladora*. A primeira ocorre quando uma sociedade participa como sócia de outra com menos de 10% (dez por cento) do seu capital com direito a voto (CC, art. 1.100). Já a segunda, consiste nas situações em que uma sociedade participa com 10% (dez por cento) ou mais do seu capital em uma outra sociedade, mas sem controlá-la, ou seja, sem ser isoladamente determinante em sua gestão. Nas coligadas ou filiadas, portanto, as sociedades mantêm as relações societárias entre si, contudo tidas como isoladas e sem organização conjunta (LSA, art.243,§1º / CC, art. 1099).

Por sua vez, na terceira forma, a *controlada* é aquela cujo capital outra sociedade participa com maioria do seu capital, como sócia majoritária e, dessa forma, com capacidade de controlá-la por meio de eleição da maioria de seus administradores (LSA, art.243,§2º / CC, art. 1098). Finalmente, a *controladora* é, exatamente, a sociedade que participa da maioria do capital social de uma outra sociedade (controlada), com capacidade de controlá-la, isto é, de elegerem a maioria de seus administradores (LSA, art. 246), assim essas seriam as modalidades

O poder da publicidade na sociedade consumida pelas marcas: como a globalização impõe produtos, sonhos e ilusões. Tradução de Joana A. D. Melo. São Paulo: Futura, 2003, p. 12).

18 Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada ou EIRELI consiste na nova espécie de pessoa jurídica de direito privado criada pela Lei Nº 12.441, de 11 de julho de 2011 que a inseriu no art. 44, VI e no art. 980-A do Código Civil.

mais comuns de grupos econômicos de fato.¹⁹ A sociedade controladora e suas controladas podem constituir grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização comuns. Dessa forma, constituem grupos econômicos de direito²⁰.

Há, ainda, o *Consórcio* (LSA, art.278) definido como sociedades, sob o mesmo controle ou não, que unem-se para executar determinado empreendimento e compartilhar lucros e responsabilidades daí decorrentes e na forma pactuada entre elas²¹. É importante ressaltar que não há a personificação do consórcio, a ele não é outorgada personalidade jurídica por sua formalização.

Essas relações ocorrem por meio de operações societárias que provocam tanto concentração como a desconcentração de empresas, sendo todas essas operações regulamentadas pelo Código Civil. Nesse sentido, tem-se: (i) a transformação (mudança do modelo societário de uma sociedade, de uma limitada para sociedade anônima, consoante elucida os arts. 1113/1115); (ii) fusão (união de duas ou mais sociedades que se extinguem dando lugar à criação de uma nova, que as sucede em todos os direitos e obrigações, sendo regido pelos arts. 1119/1121); (iii) Incorporação (operação na qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, segundo arts. 1116/1118); (iv) Cisão (consiste no desdobramento da sociedade existente em, pelo menos, duas novas sociedades, criadas para suceder a transmitente extinta, conforme art. 229 da LSA).

Esta pequena revisão das possibilidades de configuração dos grupos econômicos é importante para que se possa visualizar a proposta da catividade marcária que virá em seguida. Afinal, nas relações societárias descritas, muitas vezes, muito além de recursos meramente financeiros

19 Para BORBA: “O grupo será considerado de fato ou de direito, segundo tenha ou não tenha sido objeto de um ato formal de constituição.” (BORBA, 2007, p. 533).

20 Negrão entende o grupo de direito como a holding. “O grupo de direito, também chamado *holding* [...] se estabelece mediante convenção pela qual as sociedades se obrigam a combinar recursos ou esforços para a *realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. [...] A ligação entre elas identifica-se com a expressão “grupo de sociedades” ou, simplesmente, “grupo”, criando uma nova estrutura administrativa e, ainda, podendo instituir órgão de deliberação colegiada e cargos de direção geral.” (NEGRÃO, 2010, p. 511).

21 No consórcio, há a definição de suas “[...] obrigações entre as sociedades às condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.” (NEGRÃO, 2010, p. 512).

são compartilhados, outros ativos também são repartidos, entre eles, dar-se destaque, aqui, a marca.

3. Da catividade marcária

Para definição e entendimento do fenômeno da catividade marcária faz-se necessário compreender a realidade contemporânea da força das marcas. Pode-se denominar o contexto atual de nossa realidade como a *era Times Square*²², em homenagem ao local ou ponto turístico mais visitado no mundo.²³

Um importante questionamento acerca desse contexto, já descrito até o momento, é: Qual o motivo de milhões de pessoas, todos os anos, ficarem postadas na *Times Square*? A paisagem, que se observa nela, não é uma rara criação natural fruto de elementos únicos de um ecossistema, também não é um feito isolado humano, como um grande monumento em homenagem a um grande feito, pessoa ou povo. Na *Times Square*, a grande atração consiste apenas nas marcas e suas publicidades. A paisagem mais visitada do mundo consiste em uma série de prédios com gigantescos telões e painéis luminosos que, de forma ininterrupta, vinte e quatro horas por dia, anunciam marcas, promoções por meio de publicidades comerciais.

Na *era Times Square*, todo lugar é mercado, o discurso é publicitário, o patrimônio mais valioso é intangível²⁴, todos são consumidores, e o fim é o poder econômico. Só se tem significado o que se associa a um valor consumível, as pessoas pertencem às tribos sociais que ostentam seus totens (suas marcas) como senhas essenciais de inserção e permanência em seu seio coletivo. O indivíduo é o que consome, seja vestindo, bebendo, viajando etc.²⁵

22 A famosa praça de Manhattan, Nova York que consiste numas das áreas mais valorizadas da cidade. Cf. BBC. **Times Square vira zona de pedestres**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/multimedia/2009/05/090525_timesquareebc.shtml>. Acesso: 05 de Abril 2013.

23 Estima-se que quase 40 milhões de turistas estiveram na Times Square em 2010. CF. APPLETON, Kate; RICO, Beattie; ADRIEN, Glover; LYNDSEY, Matthews; JOSUÉ, Pramis; SHIELDS, Ann. **Abraçar a sabedoria das multidões, adicionando atrações do mundo mais visitados turísticas à sua lista de balde**. Disponível em: <<http://www.travelandleisure.com/articles/worlds-most-visited-tourist-attractions/1>>. Acesso: 05 de Abril 2013.

24 A própria marca é contabilmente um ativo intangível.

25 Nesse sentido, QUESSADA afirma que, “As marcas jogam, assim com a ameaça de invisibilidade [...] A pessoa se cobre de marcas para significar sua existência; ela se cobre de marcas para não

A marca é uma linguagem de mercado e como tal se sujeita as características gerais da linguagem²⁶. As marcas são símbolos dotados de conteúdo prévio que não se esgota na fonética ou grafia, porque é constituído de valores e sentimentos pretéritos apreendidos pelos consumidores por meio da publicidade e das experiências pessoais de consumo, muitas das quais motivadas pela tentativa de vivenciar aquelas sensações transmitidas pela propaganda²⁷. No desejo de expandir seus mercados, os empresários delineiam novas relações jurídicas, contratuais ou não, como consequência das estratégias de conquista de novos espaços. Sendo o contrato um instrumento de formalização de uma ou mais relações negociais²⁸.

Logo, surgem contratos múltiplos, conexos, cativos, entre outros, numa denúncia da proliferação de novas formas de se relacionar no mercado da pós-modernidade. Os contratos cativos consistem numa série de contratos ou relações contratuais que criam relações jurídicas complexas de longa duração envolvendo agentes econômicos de uma cadeia de fornecimento e impondo uma posição de dependência ou catividade dos consumidores.²⁹ Isso se coaduna com o perfil atual de indução ao consumo de bens materiais ou não através de exposição à publicidade agressiva, além de outras estratégias de *marketing*, que expõem os consumidores a graves riscos na vida em sociedade e produ-

desaparecer.” (QUESSADA, 2003, p. 134).

26 “Um sistema linguístico é uma série de diferenças de sons combinadas com uma série de diferenças de idéias; mas essa confrontação de um certo número de signos acústicos com outras tantas divisões feitas na massa do pensamento engendra um sistema de valores; e é tal sistema que constitui o vínculo efetivo entre os elementos fônicos e psíquicos no interior de cada signo. Conquanto o significado e o significante sejam considerados, cada qual à parte, puramente diferenciais e negativos, sua combinação é um fato positivo; é mesmo a única espécie de fatos que a língua comporta, pois o próprio da instituição linguística é justamente manter o paralelismo entre duas ordens de diferenças [...] Na língua, como em todo sistema semiológico, o que distingue um signo é tudo o que o constitui; a diferença é o que faz a característica, como faz o valor e a unidade.” (SAUSSURE, 1995, p. 139, 140 e 141).

27 Essa relação é exaltada por SOLOMON, quando afirma que as “[...] pessoas quase sempre escolhem um produto porque gostam de sua imagem ou porque acreditam que sua ‘personalidade’, de alguma maneira, corresponde à delas.” (SOLOMON, 2011, p. 32). Essa “personalidade” do produto de que fala SOLOMON é percebida por meio da publicidade que exhibe os valores eleitos pelo produtor como elementos característicos do produto ou serviço atrelado à marca.

28 GRAU ressalta o papel dos contratos na “[...] jurisdicização de uma ou mais relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam”. (GRAU, 2005, p. 15).

29 Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Rt, 2006, p. 91-92.

zem grande insegurança quanto ao futuro, portanto são exemplos desses contratos cativos os bancários, fornecimento de água, luz e telefone, entre outros.³⁰

É avulta de importância e atualidade a questão da conexão contratual que, explicado por KONDER³¹, como mais do que uma pluralidade de contratos, significa a vinculação capaz de produzir efeitos especiais, no âmbito jurídico e não apenas no econômico, aos contratos por ele interligados. Há ainda a ideia citada por LORENZETTI³², sobre redes contratuais, que destaca a complexidade das múltiplas relações envolvidas destacando o seu caráter sistêmico, de forma que o efeito em um dos elementos reflete nos demais. Finalmente, a realidade de compartilhamento marcário por sua força atrativa alinha-se ao pensamento exposto acerca dos contratos cativos onde citamos MARQUES³³.

A *catividade marcária* é fundamentada no fato de que as escolhas e preferências dos consumidores se pautam na marca, pois nela se deposita o conceito ou renome como variante de decisão de aquisição. Variante qualitativa, seja pelo atributo de procedência, de antiguidade no mercado, ou mesmo, associativa, que remete às experiências pretéritas de consumo e de satisfação de necessidades similares anteriormente manifestadas. A *catividade marcária*, sob a perspectiva socioeconômica, é a faculdade das marcas de atrair consumidores e adquirentes em geral, pela sedução do discurso publicitário criador de valores e necessidades que se desenvolvem na aprisionadora rede de ofertas a que todos estão sujeitos.

A marca tornou-se o elemento central da escolha do consumidor. Contudo, ao se deparar com um acidente de consumo ou mesmo dano, nem sempre a indicação de procedência da marca é suficiente para a devida reparação ou compensação ao lesado. Muitas vezes, inclusive, a marca, como bem móvel negociável que é, passa a ser compartilhada por outros empresários que se beneficiam todos com a propagação cole-

30 Idem, *ibidem*.

31 KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 96.

32 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires-Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 41. Tomo 1.

33 MARQUES, op. cit., p. 91-92.

tiva do símbolo marcário que fortalece a sua catividade³⁴ em relação ao mercado de consumo. Alguns compartilhamentos marcários surgem, justamente, das relações de grupos econômicos vistos acima, porém, identificam-se várias hipóteses contratuais em que a marca é repassada ao uso ou benefício de outrem.

Nessas relações plurais e complexas, a marca serve como uma espécie de uniforme identificador das equipes partícipes do jogo concorrencial. Entretanto, há nítida dificuldade de se identificar os contornos dessas relações e suas consequências no direito econômico e do desenvolvimento. Para isso é necessário um aprofundamento do tema, e é o que se fará no tópico seguinte.

4. Da responsabilidade civil com fundamento na catividade marcária

Devido à sua importância para a estabilidade das relações comerciais e fixação das empresas no mercado com o domínio de sua clientela, desenvolveu-se uma preocupação quanto à proteção concorrencial do direito marcário. A marca era uma arma vital na batalha contra a concorrência. Nesse aspecto, protegeu-se a marca como patrimônio empresarial, mas os efeitos dessa tutela interessa tão somente ao seu titular ou proprietário, aquele detentor dos direitos decorrentes do registro marcário.

A sociedade identifica os grupos ou blocos empresariais pelas marcas que são seus estandartes nos desfiles mercadológicos. Porém, há uma carência de estudos mais aprofundados acerca dos efeitos jurídicos do compartilhamento de marca. O triunfo de uma marca perante as suas concorrentes e a credibilidade que ela ostenta são ativos inquestionáveis, embora de difícil mensuração na solidez de um empreendimento empresarial. A marca passa a ostentar um valor em si, passando a ser objeto das mais diversas relações empresariais. Logo, sua ampla negociabilidade traz uma aparente autonomia que seria capaz de isentar das consequências do seu uso alguns agentes negociais partícipes das cadeias de fornecimento.

Nos limites das relações entre aqueles que possuem a titularidade da marca ou o simples uso dela por meio de licenciamento e os que

34 Neste ensaio, inspira-se na ideia de catividade contratual, para identificar o que denominamos de *catividade marcária*.

obtêm vantagens indiretas referenciais, bem como na sua capacidade de integrar diversos negócios jurídicos empresariais lícitos ou ser objeto de atos ilícitos, situa-se a zona grise sobre o tema da responsabilidade pelos atos daí consequentes.

Essa delimitação se coloca como essencial não apenas para a instrumentalidade regulatória, contudo, também, como fator de realização da verdadeira justiça social consumerista, pois afeta toda a massa de consumidores sujeita às ofertas de mercado³⁵. Nesse sentido, assevera-se que

É, de certa forma, a economicidade como princípio do Direito Econômico de que fala CAMARGO³⁶ e de sua regra do interesse social. O estudo da responsabilização civil no fenômeno marcário como instrumento regulatório empresarial avulta de importância nas relações massificadas em que a vulnerabilidade do consumidor³⁷ é acentuada, especialmente em face da intensa atração exercida pelas marcas.

Como assevera BARROSO³⁸, o direito não mais se contenta com a visão patrimonialista que renega a contextualização abrangente das relações, pois a dignidade da pessoa humana como espectro axiológico do sistema e base central da ordem jurídica internacional tem como corolário o princípio da solidariedade social, extraído do art. 3º, I da CF, com o Direito promovendo a intensa cooperação entre os indivíduos na realização dos fins da sociedade contemporânea, como afirmado por HIRONAKA³⁹. O próprio Direito Civil ganha contornos existenciais, numa visão mais solidarista⁴⁰, visto que alguém usufruiu das vantagens e não arcou com os ônus da exploração de determinada atividade ou relação.

35 “[...] o reconhecimento dos direitos do consumidor como direitos fundamentais confere nova direção ao desenvolvimento da atividade econômica”. (BOTREL, 2009, p. 55).

36 CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico**: aplicação e eficácia. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, pp. 101-102.

37 [...] o mito da *soberania do consumidor* é um reflexo do mito liberal do contratualismo, que reduz toda a vida em sociedade – nomeadamente a vida econômica – a *relações contratuais* livremente assumidas por indivíduos livres, independentes e iguais em direitos, cada um dos quais dispõe de informação completa sobre todas as alternativas possíveis e sabe perfeitamente o que quer. (NUNES, 2003, p. 57)

38 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

39 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: USP, 2002, p. 116- 117.

40 ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton e MARANHÃO, Ney Stany Moraes. Responsabilidade

Costuma-se aduzir que a responsabilidade extracontratual decorre do dever geral de não lesar outrem, enquanto que a responsabilidade contratual tem como pressuposto a existência de uma relação negocial anterior que una os sujeitos. Atualmente, esse conceito é estendido, entendendo-se, majoritariamente, que a responsabilidade contratual abarca os danos pré-contratuais e pós-contratuais, como afirma DALLEGRAVE.⁴¹ Segundo KONDER⁴², a questão se mostra ainda mais conturbada em tempos de interligação acentuada entre contratos, de mitigação do princípio da relatividade contratual e do instituto da oponibilidade dos efeitos contratuais, tudo à luz da funcionalização dos contratos, quando conceitos como partes e terceiros precisam ser revisitados.

Já para MARTINS COSTA⁴³, se a função social atua enquanto fundamento do contrato e no modo de seu exercício, também deve ela incidir nos efeitos daí advindos, o que abrange a responsabilização. Esses conceitos crescem de importância na questão da catividade marcária, em que todos os componentes da cadeia contratual obtêm vantagens diretas e indiretas com a marca aposta - ainda que não tenham sido partes de contrato que tem a marca como objeto imediato - e com a atração que ela exerce perante o público-alvo, sejam consumidores ou outros empresários, logo há a necessidade de ponderações de ordem econômica e empresariais⁴⁴ para melhor compreender a questão.

Dessa forma a noção de repartição de riscos é ínsita a de exploração conjunta de determinado empreendimento, porque permite essa redistribuição e o verdadeiro desenvolvimento o que pode ser visto como processo de expansão⁴⁵.

civil e violência urbana – considerações sobre a responsabilização objetiva e solidária do Estado por danos decorrentes de acidentes laborais diretamente vinculados à insegurança pública. **Revista LTR**. São Paulo, v. 75, n. 09, p. 75-79, 1053- 1070, set. 2011

41 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito no trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 193

42 KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 69.

43 MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social do contrato. **Revista literária de Direito**. n. 37. São Paulo: Jurídica Brasileira, ago/set 2004, p. 191.

44 “[...] muito mais do que instrumento para o desenvolvimento a idéia de redistribuição integra o próprio conceito de desenvolvimento”. (CALIXTO FILHO, 2002, p. 39)

45 “[...] um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” (SEN, 2000, p. 52).

Como afirma BITTAR⁴⁶, a complexidade inerente às relações econômicas também é sentida na impossibilidade de ter-se uma legislação cuja amplitude semântica seja capaz de abarcar todos os comportamentos econômicos possíveis, mormente em tempos de globalização e de atipicidade das diversas formas de estabelecimento de relações contratuais.

No direito, as mudanças não configuram necessariamente rupturas. Conforme FEITOSA, as transformações experimentadas pelo contrato, ao longo dos tempos, não foram rupturas com a tradição anterior.⁴⁷ No entanto, a dificuldade de exaustão legislativa não significa a impossibilidade de identificação de diretrizes que sejam capazes de reequilibrar relações disformes, de modo a efetivar a tutela de direitos lesados ou exercidos de modo abusivo.

Assim, a responsabilidade civil existe enquanto há poder para manter a propriedade, já que ela é o fim maior da responsabilidade civil ao determinar o dever de recomposição patrimonial do agente causador do dano em favor do lesado. A questão que se debate, nessa oportunidade é qual é o poder maior, qual a propriedade que deve ser privilegiada, a do consumidor mais vulnerável, ou a do fornecedor que se beneficia das marcas que compartilha⁴⁸.

Certamente, pode-se utilizar, nesse sentido, da responsabilidade civil para a propagação da justiça social e do reequilíbrio da relação consumerista, promovendo um desenvolvimento socioeconômico obrigatoriamente sustentável para os consumidores com base na catividade marcária ; portanto, um novo poder em favor do consumidor vulnerável.

46 BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 117.

47 FEITOSA, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer. **Paradigmas Inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007, p. 569.

48 O poder não é, justamente, uma substância, um fluido, algo que decorria disto ou daquilo, mas simplesmente na medida em que se admitia que o poder é um conjunto de mecanismos e de procedimentos que têm como papel ou função e tema manter – mesmo que não o consigam – justamente o poder. É um conjunto de procedimento, e é assim e somente assim que se poderia entender que a análise dos mecanismos de poder dá início a algo como uma teoria do poder [...] as relações, esse conjunto de relações, ou antes, melhor dizendo, esse conjunto de procedimento que têm como papel estabelecer, manter, transformar os mecanismos de poder, pois bem, essas relações não são autogênicas, não são auto-subsistentes, não são fundadas em si mesmas. O poder não se funda em si mesmo e não se dá a partir de si mesmo. (FOUCAULT, 2008, p. 4)

5. Exemplos consumeristas da aplicabilidade da catividade marcária

Primeiramente, imagine que há um problema de aquisição na compra de um produto de uma marca preferida no exterior - seja a tal diretamente em uma viagem internacional ou em uma compra pela internet -, e ao chegar no domicílio do brasileiro, o consumidor observa um defeito no produto e constata que foi lesado.

A escolha do produto pautou-se na marca, porém a indústria fabricante no Brasil é outra pessoa jurídica distinta, com quadro societário diverso e não se responsabiliza pelo produto adquirido no exterior. O caso em exame demonstra a dificuldade prática de responsabilizar o contratante direto, bem como de caracterizar uma relação de grupo econômico entre o fornecedor estrangeiro e o nacional que se utiliza da marca no Brasil.

Algumas vezes, pode-se ter uma relação direta societária, o que se permitiria uma desconsideração da personalidade jurídica ordinária ou inversa, mas em outras vezes não há nada além de um mero contrato de licenciamento marcário. Contudo, reforçar-se que a marca foi o atrativo e decisivo fator de escolha que levou o consumidor a escolher o produto.

Em semelhante caso concreto ao exemplo formulado o STJ decidiu sobre a força da marca e da publicidade no mercado global. Há na ementa a menção expressa à “respeitabilidade da marca” e a necessidade de um equilíbrio distributivo entre o ônus das “deficiências dos produtos” e o bônus do beneficiamento “de marcas mundialmente conhecidas” (Resp 63.981 SP⁴⁹). Ocorre que tanto no exemplo concreto,

49 DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (“PANASONIC”). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

como no hipotético, a catividade marcária poderia ser fundamento objetivo e mais eficiente para o vínculo de responsabilização⁵⁰. Em outro precedente pautado na marca, a primeira turma recursal cível do TJRS reconheceu o vínculo por meio da marca entre fabricante estrangeira e importadora nacional⁵¹.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, **a respeitabilidade da marca**.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.

(REsp 63.981/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 296)

50 Veja-se uma possível ementa hipotética com base na catividade marcária: “DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL COMPARTILHADORA DA MESMA MARCA (“PANASONIC”). **CATIVIDADE MARCÁRIA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda **formadora de uma cadeia de ofertas com base nas marcas**, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, **a marca**.

III - A catividade marcária advém do contexto socioeconômico em que a marca é o fator decisivo de escolha do consumidor e se torna, portanto, vínculo jurídico de responsabilização entre os partícipes de mercado que compartilham os signos registrados com exclusividade.

IV - Se empresas nacionais compartilham marcas internacionais e se beneficiam de seu renome, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos **com as marcas** que anunciam e comercializam **em seu segmento de mercado**, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

(REsp BRASIL, Rel. Ministro Exemplo, Rel. p/ Acórdão Ministro Exemplo II, TURMA, julgado em breve, DJ futuro)

51 “É legítima passivamente a importadora exclusiva de produto estrangeiro, uma vez é parte integrante de negócio globalizado, com extensão mundial, prevalecendo-se da confiança depositada na marca para efetuar seus negócios. Se a empresa nacional beneficia-se da marca do produto defeituoso, deve também honrar com a sua garantia legal” BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71001234657 da 1ª Turma Recursal Cível. Relator: Ricardo

Percebe-se o reconhecimento jurisprudencial de que nosso ordenamento jurídico deve ser hábil a dar respostas aos problemas advindos da ordem globalizada, logo se impõe a elasticidade de conceitos, de forma a permitir a efetiva proteção do consumidor, que não está adstrito a delimitações territoriais estanques, mas exposto a um contexto concorrencial da globalização que ultrapassa as fronteiras.

A universalidade das trocas de bens apoia-se nas informações também globais, o que gera a internacionalização da publicidade empresarial e de suas marcas; assim, há que se considerar que as marcas mundialmente difundidas repercutem nas relações jurídicas travadas em cada mercado consumidor nacional conquistado ou em disputa.

Contudo, esse fenômeno de aprisionamento das preferências dos consumidores não ocorre apenas na seara internacional global, porque ele se reproduz, nacionalmente e, até, regionalmente, sendo isso perceptível quando se adquire um veículo em uma concessionária de uma grande rede automotiva, cuja marca atrai pela antiguidade no mercado, mas o carro apresenta problemas graves, após os serviços de reparo em uma colisão.

Ao procurar à concessionária, o consumidor se depara com o seu fechamento por falência e, sendo seu crédito quirografário pouco privilegiado, há possibilidades consideráveis de não ser ressarcido. Porém, uma nova concessionária da marca da rede automotiva acaba de ser instalada na cidade em outro local, com grupo totalmente distintos de sócios investidores. Haveria sucessão de responsabilidade?

Pelo estabelecimento empresarial a resposta é negativa, pois a nova concessionária instala-se em local diverso. Dessa forma, pela composição societária distinta, a teoria da desconsideração também seria ineficiente, entretanto a marca do carro foi o elemento central da escolha do consumidor.

Infere-se disso que a nova concessionária certamente se beneficiará dos casos de sucesso da antiga e do renome construído pela marca, mas por que não compartilha os deveres oriundos dos casos de insucesso? A catividade marcária poderia ser o fundamento de responsabilidade entre as concessionárias, como também entre essas e a concedente automotiva, pois todos compartilham a marca, são co-utentes dela em

suas atividades. Portanto, a internacionalidade não pode ser posta como fragmento essencial para a composição da catividade marcária.

Precisa-se, assim, desenvolver-se uma teoria que possa dar uma resposta efetiva aos problemas, tanto do comércio global quanto do nacional, com vistas à proteção ao consumidor pelos danos sofridos por produtos ou serviços defeituosos. Nesse percurso, exige-se uma abrangência semântica como forma de responder as necessidades de uma nova realidade mais complexa. Por isso, faz-se necessário uma reflexão maior acerca de conceitos como o de “cadeia produtiva”, ou mesmo de “grupos econômicos de fato”. Nesse sentido, a teoria aqui exposta da catividade marcária está apta a fundamentar novas configurações de grupos econômicos fáticos pelo compartilhamento de marcas, sejam elas estrangeiras ou nacionais.

6. Conclusões

Observou-se que a marca exerce influência fundamental perante os consumidores, que encontram nela a maior referência para as suas escolhas mercadológicas. A marca é o verdadeiro farol no oceano de consumo, indicando onde os consumidores navegantes são desejados, convidando-os para atracar. Da essência liberal de sua origem, a marca como toda propriedade também deve ser reinterpretada por uma função social. Para além dos argumentos clássicos de instrumento que serve de fomento ao desenvolvimento econômico, a função social marcária pode construir sólido pavimento no processo de responsabilização empresarial. Estar-se-ia, tão somente, socializando-se a marca por meio de assunção de riscos empresariais entre aqueles que patrocinam e fruem de seu compartilhamento.

Nesse norte foi apresentada a teoria da catividade marcária como novo fundamento para a responsabilização empresarial por compartilhamento marcário nas relações de consumo. Assim, conceitos tradicionais de responsabilização podem ser adaptados para atender a nova realidade de cadeias de fornecimento complexas em prol da parte mais vulnerável da relação de consumo.

Para novas realidades, novas ações são necessárias. Os grupos empresariais se aliam em complexas redes de contratos orquestrando-se interesses comuns. O mercado consumidor, no entanto, não consegue

visualizar a forma organizacional dos grupos econômicos formais e informais com clareza, seja por desconhecimento das formalidades legais, seja pelas dificuldades burocráticas de acesso aos documentos necessários a tal intento.

Nesse contexto, a marca pode constituir esse elemento de identificação ou associação entre empresários de forma objetiva e de fácil identificação, portanto há nítida potencialidade de consolidação de uma nova concepção de uma organização empresarial não formal ou grupo econômico de fato, pelo fenômeno de compartilhamento das marcas.

O estabelecimento de uma fundamentação jurídica para promover o desenvolvimento socioeconômico do mercado consumerista ao redistribuir os ônus empresariais entre os propagadores das mesmas marcas responde à justiça distributiva, já que esses mesmos sujeitos repartem os benefícios da marca comum. Ao promover uma redistribuição dos ônus empresariais entre os membros da cadeia de fornecimento, a catividade marcária contribui para a efetiva tutela reparatória do consumidor.

Para a comunidade jurídica, o tema avulta de importância e atualidade, visto que se afina com os entendimentos vanguardistas acerca da redefinição da regulação econômica em busca do desenvolvimento humano e sua sintonia com as novas relações engendradas na sociedade globalizante, de forma a evitar que as injustiças sociais sejam aprofundadas, constituindo-se o Direito num instrumento de pacificação social e equilíbrio das relações.

Nosso sistema normativo não pode fugir das interferências operadas pela ordem globalizada impondo-se a elasticidade de conceitos de forma a permitir a efetiva proteção do consumidor que não está adstrito a delimitações territoriais estanques, mas exposto a um contexto concorrencial da globalização que desconhece fronteiras.

Respaldando-se em posicionamentos jurisprudenciais intentou-se demonstrar que o campo de aplicabilidade da catividade marcária é amplo e merece ser mais investigado. Por último, a redefinição do conceito da responsabilidade atende a tutela dos direitos e aos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade mais justa e solidária, embora não refratária da manutenção do sistema econômico e concorrencial, com base na propriedade privada, mas com efetiva função social.

7. Referências

ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton e MARANHÃO, Ney Stany Moraes. Responsabilidade civil e violência urbana – considerações sobre a responsabilização objetiva e solidária do Estado por danos decorrentes de acidentes laborais diretamente vinculados à insegurança pública. **Revista LTR**, São Paulo, v. 75, n 09, p. 75-79; 1053- 1070, set. 2011

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATEY, Mark. **O significado da marca: como as marcas ganham vida na mente dos consumidores**. Rio de Janeiro: Best Business, 2010.

BAUMAN, Zigmunt. **Capitalismo parasitário**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 10 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BOTREL, Sérgio. **Direito Societário Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico: aplicação e eficácia**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

NETO, José Affonso Dallegrave. **Responsabilidade civil no direito no trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: curso dado no Collège de France**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: USP, 2002.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KOTLER, Philip. **Administração de marketing**. Tradução de Mônica Rosenberg, Brasil Ramos Fernandes, Cláudia Freire. 12 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

LISBOA, Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**, RT, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires-Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1999. Tomo 1.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Rt, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Notas sobre o princípio da função social do contrato. **Revista literária de Direito**, São Paulo: Jurídica Brasileira, n. 37, ago/set 2004.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa: teoria geral da empresa e Direito Societário**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

QUESSADA, Dominique. **O poder da publicidade na sociedade consumida pelas marcas: como a globalização impõe produtos, sonhos e ilusões**. Tradução de Joana A. D. Melo. São Paulo: Futura, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. (coord) **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. (org). **A globalização e as ciências sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 1995.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOARES, José Tinoco. **Marca vs nome comercial: conflitos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo**. Tradução de Luiz Carlos de Queiroz Faria. 9 ed. Porto Alegre: Bookman, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.