
DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

A RESSIGNIFICAÇÃO DA FUNÇÃO DOS
INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CIVIL
CONTEMPORÂNEO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Coordenação Científica

Gustavo Tepedino (UERJ)

Luiz Edson Fachin (UFPR)

Paulo Lôbo (UFPE)

Organizadores

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Eduardo Nunes de Souza

Joyceane Bezerra de Menezes

Marcos Ehrhardt Júnior

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

**A RESSIGNIFICAÇÃO DA FUNÇÃO DOS
INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CIVIL
CONTEMPORÂNEO E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Construção dialógica dos grupos de pesquisa da UFPR, da UERJ, da UFPE e da UNIFOR

Este livro foi publicado com recursos do Programa de Apoio a Eventos No País/PAEP

CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior



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 Gediel
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

D597

Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências / Organizadores: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk; Eduardo Nunes de Souza; Joyceane Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt Junior - Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. 612p.

ISBN 978-85-7874-385-7

1. Direito Civil-Constitucional 2. Pessoa 3. Propriedade 4. Contrato
I. Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski II. Souza, Eduardo Nunes de III. Menezes,
Joyceane Bezerra de, Ehrhardt Junior, Marcos (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

APRESENTAÇÃO

A presente coletânea reúne os artigos científicos levados à discussão por ocasião do encontro intitulado ***Princípios constitucionais e Direito Civil: reflexão dialógica dos grupos de pesquisa da UFPR, UERJ, UFPE E UNIFOR***, realizado entre os dias 01 e 03 de maio de 2014, no campus da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), sob o apoio institucional desta e financiamento do Programa de Apoio a Evento no País, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior (PAEP/CAPES).

Esse evento teve origem nos encontros anuais dos grupos de pesquisa em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Federal do Paraná (UFPR), liderados pelos Professores Doutores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, respectivamente. No ano de 2013, o grupo de pesquisa da Universidade Federal de Pernambuco, sob a liderança do Professor Doutor Paulo Lôbo, passou a ter parte no evento que, naquele mesmo ano, também envolveu pesquisadores de outras instituições, como a UFAL (Universidade Federal de Alagoas), a UFPB (Universidade Federal da Paraíba) e a Unifor (Universidade de Fortaleza). Ao longo dos anos, os diálogos que foram se travando entre os pesquisadores desses grupos, sob o eixo temático do direito civil constitucional, contribuiu para uma releitura dos institutos tradicionais, denunciando a insuficiência da análise meramente formal-dogmática.

Em virtude da dimensão interinstitucional que tais encontros têm assumido, findaram por expressar o trabalho de uma rede de pesquisadores em Direito, que vem contribuindo para densificar e expandir a metodologia do direito civil constitucional para as diversas regiões em que se estuda o Direito Civil no país, em sede de pós-graduação *stricto sensu*.

Dentre os saldos específicos do evento realizado em 2014, apresenta-se este livro, que conduz quarenta capítulos da lavra dos pesquisadores vinculados aos grupos citados. Em comum, todos oferecem uma releitura dos tradicionais institutos do direito civil sob a lente dos princípios constitucionais, posicionando a pessoa como núcleo axiológico.

Lançamos à comunidade acadêmica a presente coletânea, fazendo votos de uma boa leitura, ao mesmo tempo em que agradecemos o apoio institucional da Unifor, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), por

meio do PAEP e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ). Em tempo, informamos que cabe apenas aos autores a responsabilidade sobre o conteúdo de seus respectivos artigos.

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Eduardo Nunes de Souza

Joyceane Bezerra de Menezes

Marcos Ehrhardt Júnior

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 5

1

A TUTELA COMPROMISSÓRIA DA CONSTITUIÇÃO NA CORTE SUPREMA 13

Luiz Edson Fachin

2

SEGURANÇA JURÍDICA ENTRE OURIÇOS E RAPOSAS 15

Luiz Edson Fachin

3

METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL..... 19

Paulo Lôbo

I

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE PERSONALIDADE

4

SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS E JUSFUNDAMENTALIDADE..... 31

Eduardo Rocha Dias

5

A CAPACIDADE DOS INCAPAZES: O DIÁLOGO ENTRE A CONVENÇÃO DA ONU
SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO..... 51

Joyceane Bezerra de Menezes

6

O DIREITO À ORTOTANÁSIA NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL 75

Maria Carla Moutinho Nery

7

BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO..... 87

Renata C. Steiner

8

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS LIBERDADES COMUNICATIVAS: OS
CRITÉRIOS DO LUGAR PÚBLICO E DA PESSOA PÚBLICA 103**

Rodrigo Eduardo Camargo

II

CONSTITUIÇÃO, PESSOA E MERCADO: A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS

9

**A TUTELA DA AUTONOMIA PRIVADA E A UTILIZAÇÃO ATÉCNICA DOS NOVOS
PRINCÍPIOS CONTRATUAIS 121**

*Aline de Miranda Valverde Terra
Helen Cristina Leite de Lima Orleans*

10

A HIPERVULNERABILIDADE NO CONSUMO DE CRÉDITO..... 137

Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira

11

**A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE
IMÓVEIS URBANOS..... 151**

Demétrius Coelho Souza

12

GLOBALIZAÇÃO, INTERNET E COMÉRCIO ELETRÔNICO 173

Geraldo Frazão de Aquino Júnior

13

**O FAVOR DEBITORIS E A TENDÊNCIA HISTÓRICA DE FAVORECIMENTO DO DEVEDOR
VULNERÁVEL 187**

Gustavo Henrique Baptista Andrade

14

OS NOVOS PARADIGMAS AMBIENTAIS DO DESENVOLVIMENTO NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	201
---	-----

*Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa
Alfredo Rangel Ribeiro*

III

RESPONSABILIDADE CIVIL

15

PRESCRIÇÃO E REPARAÇÃO DO DANO MORAL	223
--	-----

*Daniel Bucar
Daniele Chaves Teixeira*

16

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS.....	233
--	-----

*Fernanda Nunes Barbosa
Renata Vilela Multedo*

17

O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A PROTEÇÃO DOS DADOS CLÍNICOS DO PACIENTE.....	247
--	-----

*Fernanda Paes Leme Peyneau Rito
Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira*

18

EMPRESAS DE COLETA E ARMAZENAMENTO DE CÉLULAS-TRONCO E PERDA DE UMA CHANCE	265
--	-----

Fernanda Schaefer

19

RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS NEGOCIAL E A RESCISÃO IMOTIVADA DOS CONTRATOS DE SEGURO DE VIDA: O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	279
--	-----

Glenda Gonçalves Gondim

20

RESPONSABILIDADE CIVIL: DESAFIOS E PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS.....	291
--	-----

Luciana Fernandes Berlini

21

RESPONSABILIDADE CIVIL OU DIREITO DE DANOS? BREVES REFLEXÕES SOBRE A INADEQUAÇÃO DO MODELO TRADICIONAL SOB O PRISMA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL	303
---	-----

Marcos Ehrhardt Júnior

22

POSSÍVEIS SENTIDOS PARA A CAUSALIDADE JURÍDICA NA RESPONSABILIDADE POR DANOS	315
--	-----

Pablo Malheiros da Cunha Frota

23

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL E CONTRATUAL: RAZÕES E FUNÇÕES DA DISTINÇÃO	337
---	-----

Paulo Nalin

Diogo Rodrigues Manassés

24

A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA E POSSÍVEIS INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO: A AUTOTUTELA E AS DESPESAS PREVENTIVAS.....	357
--	-----

Thaís G. Pascoaloto Venturi

IV

DIREITO DAS COISAS

25

A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL SEM REGISTRO: ENSAIO SOBRE UMA REALIDADE A PARTIR DA DIMENSÃO FUNCIONAL DO DIREITO CIVIL.....	377
---	-----

Alexandre Barbosa da Silva

26

PROPRIEDADE: A INVENÇÃO DA IRREGULARIDADE	399
---	-----

Daniele Regina Pontes

Giovanna Bonilha Milano

27

A AUTONOMIA DA POSSE FRENTE À PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO E A HIPÓTESE DOS PARÁGRAFOS 4º E 5º DO ARTIGO 1.228 DO CÓDIGO CIVIL	415
---	-----

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Felipe Frank

V

FAMÍLIA, LIBERDADE E TUTELA CONSTITUCIONAL

28

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO-PARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO 437

*Antonio dos Reis Júnior
Juliana de Sousa Gomes Lage
Vitor Almeida*

29

SOLIDARIEDADE E TUTELA DO IDOSO: O DIREITO AOS ALIMENTOS..... 453

*Denis Franco Silva
Fabiana Rodrigues Barletta*

30

A RESPONSABILIDADE DOS PAIS E A PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS 467

Fabiola Albuquerque Lobo

31

ALIENAÇÃO PARENTAL: “ACERTOS” E “DESACERTOS” SOB A ÓTICA JURÍDICA 481

José Barros Correia Junior

32

A PROTEÇÃO DA PESSOA NAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS 495

*Luciana Brasileiro
Maria Rita Holanda*

33

CÔNJUGE: HERDEIRO DESNECESSÁRIO 509

Marcos Alves da Silva

34

ABANDONO AFETIVO: REFLEXÕES A PARTIR DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA..... 527

Ricardo Lucas Calderon

VI

CONTRATEMPO ENSINO JURÍDICO

35

O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: SEUS EFEITOS SOBRE O DIREITO CIVIL 547

Francisco Luciano Lima Rodrigues

36

A INTERDISCIPLINARIDADE COMO FORMA DE ANALISAR A COMPLEXIDADE NO ENSINO DO DIREITO CIVIL: A INTERFACE SOCIEDADE/NATUREZA NA PROPRIEDADE RURAL 563

Katya Regina Isaguirre-Torres

37

FILÓSOFOS DO DIREITO E CIVILISTAS EM COLABORAÇÃO: A SUPERAÇÃO DA VISÃO AGOSTINIANA NO ESTUDO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL 575

*Marcus Eduardo de Carvalho Dantas
Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri*

38

O PROCESSO DE ENSINO COMO DIÁLOGO: UMA VISÃO AUTOGESTACIONAL À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL..... 589

*Marcos Alberto Rocha Gonçalves
Rafael Correa*

39

NÃO MENCIONE O CÓDIGO DE NAPOLEÃO! ANÁLISE CRÍTICA DA PESQUISA NO AMBIENTE DAS PÓS-GRADUAÇÕES EM DIREITO CIVIL 605

Venceslau Tavares Costa Filho

1

A TUTELA COMPROMISSÓRIA DA CONSTITUIÇÃO NA CORTE SUPREMA

Luiz Edson Fachin¹

Dúvida não há sobre a primazia do debate que reclama tutela efetiva dos direitos, especialmente daqueles consagrados – explícita ou tacitamente – pelo constituinte como fundamentais. Deve ser um imperativo do Estado – e conseqüentemente de suas Cortes Supremas - este comprometimento.

Nada obstante, suscita-se “um mal-estar constitucional” (ao qual a literatura jurídica constitucionalista denomina de *frustração do sentimento constitucional causada principalmente pela insinceridade normativa*) já que o Estado Democrático de Direito não se efetivou em termos substanciais no plano sócio-econômico.

Esse *mal-estar* deve servir de impulso à transformação da função estatal, incluída aí a atuação do Poder Judiciário capitaneada pela Corte Superior – que tem o “poder/dever” de cuidar da máxima efetividade da Constituição.

É justamente neste influxo que se erige o papel das Cortes Supremas no horizonte brasileiro contemporâneo e, conseqüentemente, o nexu da presente reflexão. A aldeia habitada por tais conceitos pode reduzir a defesa da Constituição ao aparato instrumental que, sem prejuízo de sua relevância, arma o texto constitucional positi-

1 Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR (Universidade Federal do Paraná); Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); pós-doutorado no Canadá pelo Ministério das Relações Exteriores do Canadá; professor convidado de diversas instituições nacionais e estrangeiras; foi procurador do Estado do Paraná; membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional, do IDCC (Instituto de Direito Constitucional e Cidadania), do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), do IAP (Instituto dos Advogados do Paraná); integrou a comissão do Ministério da Justiça sobre a Reforma do Poder Judiciário; colaborou no Senado Federal na preparação do novo Código Civil brasileiro; membro do Instituto de Altos Estudos da UFMG; membro da Associação Andrés Bello de juristas franco-latino-americanos; autor de diversas obras e artigos.

vado; a nosso ver, a proteção implica também atuação promocional que chama a si a tarefa de realizar direitos e não apenas conservá-los.

Essa atuação prestacional deve ser balanceada com o respeito à esfera de atuação do Poder Executivo e assentada no *limite real da reserva do possível*. O Juiz, por certo, não pode nem dever substituir o executor de políticas públicas, o que transbordaria a bem-vinda *constitucionalização* para uma criticável *judicialização hipertrofiada*.

No cenário do Estado Democrático de Direito as Cortes Superiores ocupam *locus* de significativo relevo. Isto porque a atividade destas Cortes é geralmente vinculada à discussão e fixação dos pontos controvertidos no que toca à matéria constitucional. Por esta razão são geralmente cognominadas de *cortes constitucionais*.

É o caso do Supremo Tribunal Federal (STF) na estrutura jurídica brasileira, conforme consta no art. 102 da Constituição Federal.

Esse *leiaute* de tribunais superiores como protetores da Constituição, em que pese as importantes raízes romano-germânicas do direito pátrio, está assentado na experiência do sistema *commom law*, mais precisamente no exemplo americano.

Tal função defensiva da Constituição não remete apenas à Corte Suprema. Indireta e genericamente, a cada organismo público e social, inclusive aos cidadãos, incumbe esta tarefa. A todos aqueles que estão inexoravelmente ligados à sujeição legal, impõe-se, antes e acima de tudo, um dever prestacional constitucional.

É neste contexto que compreendemos a ligação umbilical que há entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático, sem prescindir do processo histórico formativo dessa racionalidade.

Além de reflexo salutar, os textos normativos também atuam como limites à força estatal. Neste influxo, os Tribunais Superiores – usualmente alcunhados de Cortes Constitucionais – também possuem esta função *controle* no rol de suas competências, podendo eles integrar o ápice da pirâmide jurisdicional ou ser órgão político fora do tripé conformado pela clássica divisão dos poderes.

Ser guardião da Constituição significa que a Corte Constitucional é guardião também, em seus limites, do Estado Democrático de Direito, assegurando a existência e o desenvolvimento de pessoas e instituições capazes de manter o processo democrático em funcionamento, sem retrocesso. Isso interessa a todos os cidadãos, à sociedade e ao Estado contemporâneo.

2

SEGURANÇA JURÍDICA ENTRE OURIÇOS E RAPOSAS

Luiz Edson Fachin¹

Os enunciados normativos, ao servirem como instrumento, devem propiciar segurança como importante valor, coerente com a sociedade plasmada na Constituição brasileira. A centralidade daquele valor assentada na legalidade constitucional recolhe da metáfora grega de Archilochus o sentido do ouriço, tal como descrito em Dworkin (em *Justice for Hedgehogs*): o ouriço sabe uma coisa muito importante. Seu universo, portanto, é unitário.

Nada obstante, na tarefa de aplicação, os enunciados se revestem de polissemia: de um mesmo enunciado podem emergir diversas normas como também distintas interpretações. Essa possibilidade de respostas diferentes e às vezes incompatíveis entre si repõe em cena, a partir da mesma metáfora antes mencionada, o significado da raposa, tal como exposta pioneiramente por Isaiah Berlin (no ensaio que escreveu sobre Tolstoi): a raposa sabe muitas coisas. Seu mundo é, pois, plural.

Se, de uma parte, a prestação jurisdicional demanda legitimamente espaço de solução do caso concreto, tem havido, de outra, choques em termos de limites e possibilidades de atuação dos julgadores, especialmente das Cortes Superiores no Brasil.

1 Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR (Universidade Federal do Paraná); Visiting Researcher at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); pós-doutorado no Canadá pelo Ministério das Relações Exteriores do Canadá; professor convidado de diversas instituições nacionais e estrangeiras; foi procurador do Estado do Paraná; membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional, do IDCC (Instituto de Direito Constitucional e Cidadania), do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), do IAP (Instituto dos Advogados do Paraná); integrou a comissão do Ministério da Justiça sobre a Reforma do Poder Judiciário; colaborou no Senado Federal na preparação do novo Código Civil brasileiro; membro do Instituto de Altos Estudos da UFMG; membro da Associação Andrés Bello de juristas franco-latino-americanos; autor de diversas obras e artigos.

Observa-se, em razão disso, adesão progressiva no Judiciário aos ‘precedentes’ como sustentação da razão de decidir, o que traduziria, nesse horizonte, busca pelo respeito à autoridade dos julgados. Almeja-se, pois, estabilização.

Tal estabilidade tem sido garantida? Diante de expressivo número de julgados, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, calha ressaltar que a almejada segurança não se coaduna com juízos estritamente pessoais nem com a imotivada negação do passado. A continuidade, assim, não é absoluta, mas pode ser sintoma de compromisso com a justiça. Vem daí que a jurisprudência, pois, não merece tal nome se variar ao sabor das percepções pessoais momentâneas.

A realidade social e econômica tem se mostrado dinâmica, especialmente diante das inovações tecnológicas incessantes ou de mudanças normativas no plano internacional. Logo, é perfeitamente compreensível (e desejável) que a conformação dos casos concretos demande novas soluções. Assim o fez o STF ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, concernente às células-tronco, bem assim o STJ, quer ao homologar sentença eclesiástica de anulação de casamento religioso, com base no acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé, quer ao alterar a orientação sobre a contribuição previdenciária sobre o valor do salário-maternidade e de férias gozadas.

Segurança jurídica, pois, não significa imutabilidade, mas sim um mínimo indispensável de previsibilidade, em patamares compatíveis com o dinamismo e o cosmopolitismo. Eis, então, o desafio: como encontrar a solução correta no texto constitucional e nas normas infraconstitucionais? Como não sucumbir ao reducionismo simplista da metáfora sobre ouriços e raposas?

O que se espera é que tanto o STF, em matéria constitucional, quanto o STJ, no campo da legislação federal, não apenas formalmente afirmem suas competências como consolidem a unidade do sistema jurídico, cumprindo com a missão de expor, com nitidez, as razões de seu decidir, adequadas como tradução da previsibilidade e da coerência. Os denominados ‘precedentes’, cujo sentido não é unívoco, podem contribuir, nesse limite, com esse desiderato.

Será isso suficiente? Há, a rigor, compromisso ainda mais elevado com a segurança jurídica e que vem marcado pela obediência à legalidade constitucional. Não basta o encadeamento formal de precedentes (mesmo aqueles realmente merecedores de tal denominação), antes e acima de tudo, cumpre ser a imagem especular do ordenamento jurídico constitucional.

Trata-se, assim, tanto da legalidade constitucional quanto da compreensão sobre a natureza jurídica de tais precedentes. Quanto a estes, anote-se que, sim, a decisão pode não ter somente efeito meramente persuasivo. O precedente poderia se apresentar como impeditivo de recurso, assim seria para certos efeitos, mas sem aniquilar a relevância da função jurisdicional de base. Impende reconhecer a aproximação dos sistemas do civil *law* do *common law*, especialmente no redesenho atual e mitigado do *stare decisis*.

Estabilidade e simplificação foram os princípios à época indicados pelo Ministro Victor Nunes Leal, que, no Supremo, construiu a finalidade da súmula correspondente ao enunciado de entendimento predominante, inclusive no terreno da declaração de inconstitucionalidade. O julgador, contudo, não se substitui ao legislador. A lei constitui fonte e baliza do sistema jurídico.

Hoje, ainda com maior ênfase, a ética da confiança no direito positivado a equilibrar-se com a estabilidade de entendimentos jurisdicionais, os quais, por si só, se imutáveis indefinidamente ou mutáveis imotivada ou constantemente também geram insegurança. Tal temperamento passa pelo rigor da fundamentação racional das decisões, e alcança o sentido da segurança não apenas como garantia de legítimas expectativas, mas também como incidência material da legalidade constitucional.

De quantos corpos se comporia, então, a segurança jurídica plena? A resposta se agasalha na complexidade que pode ser arrostada pela metáfora de Kantorowicz ao divisar os dois corpos do rei.

Com efeito, a dupla imagem fornece o primeiro passo para apreender o que se revela dentro do continente que compõe a concepção de segurança plena. No primeiro corpo está o terreno da raposa, das vicissitudes da conjuntura em que se vive; numa palavra: nele se apresenta o campo das efemérides humanas, vertidas nos pronunciamentos jurisdicionais, (i) ora vinculados pelo julgado que, face às efetivas peculiaridades do caso concreto, não configura precedente, (ii) ora pelo precedente julgado que, ao consolidar entendimento predominante, consiste em pronunciamento vinculante, (iii) ora marcado por nova orientação (overruling), motivadamente assentada; no segundo corpo, está a senda do ouriço, a unidade desejável que se exerce, também despida de sentidos insolúveis, na expressão da legalidade constitucional; nesta se compreende a Constituição formal, substancial e prospectiva.

Diante dessa dualidade, é a segurança jurídica um cavaleiro de duas épocas: tanto segue ou arrosta os arquétipos legislativos, bem como, sem preconceitos nem cópias colonizantes, apreende a força construtiva dos fatos sociais complexos.

Sob o oxigênio da Constituição, essa plenitude imprime à segurança jurídica o destino do que afirmou Ihering: “não é a vida que é o conceito, antes os conceitos existem por causa da vida”. Por essa dogmática jurídica crítica, a confiança na jurisdição pressupõe respeito à lei e julgamentos sólidos sem surpresas.

3

METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Paulo Lôbo¹

Se eu pudesse dizer em uma palavra qual o objeto central do Direito Civil Constitucional, no momento em que vivemos hoje no Brasil, diria que é “humanismo”, ou seja, ter a pessoa humana como foco central da investigação, da aprendizagem e da aplicação do Direito Civil. Num plano mais próximo de nosso objeto: a afirmação das garantias de efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Eu trouxe para vocês alguns tópicos problemáticos, na convicção de que há muitos caminhos para encontrarmos nosso objeto. Muitos caminhos para o desenvolvimento do Direito Civil Constitucional. Não há um só caminho. Ele é necessariamente plural.

A primeira vez em que tratei em público sobre este assunto foi no final dos anos 1990, a convite do professor Francisco Amaral, que organizou o congresso, na época, de Direito Civil Comparado Luso-Brasileiro, no Rio de Janeiro. No mesmo painel estávamos eu e a professora Maria Celina Bodin de Moraes, tratando igualmente da interlocução do Código Civil e da Constituição. Após essa palestra, terminei publicando, em 1999, um artigo na Revista de Informação Legislativa sobre a Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro.

Mas este não foi o primeiro momento em que me debrucei sobre o tema. Na verdade, ele me acompanha desde minha formação em direito. Quando eu fui fazer o mestrado, na década de 1970, a minha preocupação era relacionar a evolução do Direito Civil com o processo de constitucionalização. Não necessariamente em uma determinada constituição, mas no processo do constitucionalismo moderno.

¹ Doutor em Direito Civil (USP) e líder do Grupo de Pesquisas “Constitucionalização das Relações Privadas” (CNPq/UFPE).

Recentemente, um grande publicista italiano, Luigi Ferrajoli, fez uma afirmação muito interessante: a de que estamos vivenciando uma nova etapa, a qual ele chamou de terceira geração do constitucionalismo, que se caracteriza justamente pela garantia da efetivação dos direitos fundamentais. Acrescentou, ainda, que a Constituição Brasileira, para ele, é uma das mais avançadas do mundo. Ou seja, enquanto vemos a nossa Constituição recebendo críticas de todos os lados, no Brasil, os juristas estrangeiros veem a nossa Constituição como uma das mais avançadas do mundo, no que é importante, isto é, a garantia nela existente da efetivação dos direitos fundamentais, inclusive com a incorporação dos direitos sociais no rol de direitos fundamentais.

Mas os direitos fundamentais que dizem respeito ao Direito Civil resultam da migração de direitos subjetivos civis fundamentais para o âmbito constitucional, por escolha dos representantes constituintes, num momento histórico em que a sociedade elegeu aqueles que são seus valores essenciais e fundamentais, e os verteu em normas constitucionais. Quando isso ocorreu, em 1988, noventa preceitos constitucionais fundamentais passaram a conformar o direito civil, relativos a direitos da personalidade, às pessoas (físicas e jurídicas), aos contratos, à propriedade, aos contratos, ao direito das sucessões, enfim, a todos os segmentos em que nossa disciplina se divide.

Assim, decidi trazer a vocês alguns pontos problemáticos para nossa reflexão, mais do que respostas. É claro que, respeitando o estágio de estudo em que cada um de nós se encontra, há de se ter uma resposta ao menos provisória, pois amanhã poderemos ter outra completamente diferente e isto não deve causar estranheza.

O PRIMEIRO ponto problemático diz respeito à própria denominação, que me atribuíram, a esta palestra: metodologia do direito civil constitucional. Por que metodologia? O Direito Civil Constitucional é uma disciplina autônoma em face do Direito Civil? O Direito Civil Constitucional compete com o Direito Civil? A resposta é não.

O Direito Civil Constitucional é uma metodologia de estudo, de pesquisa e de aplicação do Direito Civil. Não há, portanto, que se falar em competição, a partir de uma visão distorcida, que contestadores apressados fazem do Direito Civil Constitucional. Segundo eles, o Direito Civil Constitucional teria deixado para trás toda a evolução do Direito Civil, bem como as categorias históricas e fundamentais que o singularizam.

Na verdade, o Direito Civil Constitucional representa a ressignificação dessas categorias, desses conceitos fundamentais, criados ao longo de milênios, para atender a uma sociedade em mudanças e fazer com que o Direito Civil encontre sua vocação histórica, que é de ser um Direito de todo o povo, e não apenas de um segmento do povo.

Esta é sua vocação histórica e essa metodologia de estudo e pesquisa nos permite chegar a esse ponto. Por isso inicio assim, para que tenhamos uma compreensão exata do papel da matéria (lembrando que ela não antagoniza ou compete com o Direito Civil em geral). Não faz, portanto, o menor sentido trabalhar o Direito Civil Constitucional como algo autônomo e descolado do Direito Civil, especialmente

quando se busca nele uma função prática e operacional, destinada a uma sociedade complexa.

O SEGUNDO ponto que gostaria de tocar, apenas superficialmente, diz respeito ao fenômeno inevitável do constitucionalismo moderno, ao qual, há pouco, fiz referência, principalmente com o advento do Estado Social. Como os senhores sabem, o Estado Moderno, até agora, passou por três fases: a do Estado Absolutista, o do Estado Liberal e o que ainda estamos vivenciando agora, como experiência do século XX que continua no XXI, o Estado Social.

O que o caracteriza o Estado Social, sob o ponto de vista do Direito e do constitucionalismo moderno? É a incorporação de um terceiro segmento, inexistente na experiência anterior do constitucionalismo, que é a ordem econômica e social. Na fase do Estado Moderno Liberal, a preocupação central foi com o controle do Poder Político. Depois, veio à afirmação dos direitos e garantias individuais, fase esta que indica o segundo segmento. Na época, não se cogitava, evidentemente, da existência de garantias sociais, resultado da experiência, ainda em construção em nosso tempo, sofrendo todo tipo de resistência e reações, especialmente após a maré montante do conservadorismo nos países centrais da década de 1980 em diante, particularmente com a doutrina de Reagan e Thatcher. A experiência do Estado Social, ao longo do século XX, tem em comum, tanto nas vertentes democráticas, quanto nas totalitárias, a afirmação dos direitos econômicos e sociais. Daí chamar-se de constitucionalismo econômico e social.

Essa é uma característica que permanece e nos interessa fundamentalmente. A crítica que se fez à Constituição de 1988 foi justamente pelo fato de eleger esses direitos subjetivos fundamentais e insculpi-los em seu corpo. Porque a visão conservadora pretendia que eles permanecessem onde estavam, fora da Constituição. Portanto, o surgimento - se pudermos visualizá-lo historicamente - do Direito Civil Constitucional no Brasil, data da década de 1930, com o advento da Constituição de 1934. E não por acaso, o nosso grande codificador do início do século, Clóvis Beviláqua, escreveu, talvez, o primeiro artigo sobre constitucionalização do Direito Civil, logo após a Constituição de 1934. Evidentemente não concordando muito com o que aquela Constituição trazia de direitos nos campos econômico e social. Até porque, como sabemos, o Código Civil de 1916 tinha como parâmetro uma Constituição absentista, em relação à ordem econômica e social. Nada havia a respeito das relações econômicas, de cultura e família, dos direitos fundamentais, dos direitos sociais e assim por diante.

O TERCEIRO ponto problemático que eu trago a vocês é a referência básica do Direito Civil Constitucional (e isso tem me preocupado ultimamente). Eu pergunto a vocês, independentemente do necessário diálogo entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, na perspectiva interdisciplinar: a nossa referência é à Constituição ou às categorias e conceitos do Direito Constitucional? Por que nós, civilistas, temos que trabalhar a partir das categorias e conceitos construídos pelos constitucionalistas?

São eles respostas adequadas às relações privadas? Hoje, cada vez mais, me convenço que não. A nossa referência é a Constituição, diretamente, sem intermediários.

É a forma como estabelecemos e compreendemos o Direito Civil inspirado, iluminado, pela Constituição e pelas normas constitucionais. Durante muito tempo, nós - eu, inclusive - trabalhamos muito esses conceitos e categorias que os constitucionalistas desenvolveram, mas o resultado não foi bom.

E vou fazer alusão a alguns deles. Os constitucionalistas cuidam, essencialmente, das relações do poder político. Do e para o poder político. É por isso que podem pensar em variadas modalidades de princípios, não só em normas constitucionais de conduta, mas em normas constitucionais de organização, de fins ou metas e de normas sobre normas. Claro, pela ótica essencial da organização do Estado. Agora, essa multiplicidade de situações próprias da organização do Estado, das quais surgiram, e surgem, os conceitos e categorias que os constitucionalistas tanto fazem referência, são importantes e pertinentes para as relações privadas? Penso que não. E daí a resistência que os constitucionalistas, com influência em alguns civilistas, fazem à aplicabilidade imediata das normas constitucionais nas relações privadas. Com acusações infundadas, digo-o com todo o respeito, pois tenho amigos fraternos entre os constitucionalistas do Brasil, razão porque me sinto distanciado, não deles, mas de seus postulados.

E uma das coisas que me marcaram, recentemente, foi a resistência de constitucionalistas jovens e bem formados, com obras de peso no Brasil, que merecem nossa consideração, reagirem à resolução do Conselho Nacional de Justiça contra o nepotismo, sob o argumento formalista, extremadamente positivista, como se isso ainda existisse em algum país do mundo, da separação dos poderes. Contudo, foi invocada a aplicação direta - eu fui o autor da proposta no CNJ - dos princípios da moralidade, principalmente, e da impessoalidade, que estão no art. 37 da Constituição. Esses princípios não precisam da intermediação de legislador nenhum para ser aplicados. Não precisam. Esses nossos amigos escreveram artigos dizendo que nós, no CNJ, tínhamos legislado. Que tínhamos invadido o campo próprio do poder legislativo.

Há uma descrença, portanto, dos constitucionalistas do papel fundamental dos princípios. E começam a denominar de principiologismo, de banalização etc. Estão incomodados com o fato de que enquanto nós civilistas avançamos, eles estão olhando para trás; enquanto estamos fazendo cada vez mais com que o Direito Civil seja mais rente à realidade social, que atenda realmente ao processo de mudança social, tanto mais pugnamos pela aplicabilidade direta dos princípios jurídicos nas relações privadas. O que nos interessa na Constituição, diferentemente dos nossos colegas constitucionalistas, é a identificação, aí sim, das normas constitucionais fundamentais que dizem respeito às condutas das pessoas entre si. Daí a investigação preferencial das normas de conduta nas relações privadas.

O QUARTO ponto problemático é a aplicabilidade direta das normas constitucionais. Os constitucionalistas estão marcadamente influenciados pela doutrina alemã e reducionista da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*). Olhando para a Alemanha, para a experiência alemã, dando as costas para a experiência brasileira, tem cada vez mais, se afirmado que não há que se cogitar de aplicação imediata e direta, porque a norma-princípio envolveria a mediação da norma-regra, ou do legislador infraconstitucional. Por isso postulam essa interposição necessária do Estado legislador ou do Estado juiz.

Porém, nós temos, no Brasil, uma norma constitucional clara, que é o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição, que diz: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Esta norma não existe na Constituição alemã. Nem de longe. A norma equivalente que há na Constituição alemã diz que os direitos fundamentais vinculam, como direito diretamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial. Ponto. A oponibilidade, pela Constituição alemã, só se pode dar ante o Estado. E por isso as construções cerebrinas, até mesmo de um civilista extremamente sagaz, como Canaris, que buscou um *by pass* para a aplicação dos direitos fundamentais entre os privados, que é o dever de proteção. De quem é esse dever? O sujeito do dever? O Estado. Então não há uma aplicação direta das normas constitucionais entre os privados, ou ao menos eles não admitem que haja, sem essa mediação estatal do legislador ou do Estado juiz. Conseqüentemente, a oponibilidade nunca se dá de particular com particular. E os nossos juristas, formados segundo essa corrente da doutrina alemã dominante, que, portanto, só admite essa aplicação mediata, têm tentado traduzir e interpretar o Direito Civil Constitucional brasileiro, dando as costas para a experiência exitosa do Brasil, desde 1988. É como se esta não existisse. Eles dizem: não, não pode haver aplicabilidade imediata e direta dos princípios constitucionais ou dos direitos fundamentais entre privados. Todos os nossos constitucionalistas que escreveram sobre a matéria, escreveram mal. Dão as costas para a realidade brasileira. Uma realidade que brotou ou da intuição, ou da indução, muito mais do que da dedução, mas cujos resultados são fantásticos.

Se essa tese fosse a que prevalecesse, nenhuma norma da Constituição poderia ter sido aplicada, após o advento da Constituição, como o direito à igualdade entre homens e mulheres na relação conjugal. Aliás, juristas respeitáveis chegaram a afirmar que, enquanto não mudasse o Código Civil, deveria continuar tal como estava, mantendo direitos e deveres do homem de um jeito, direitos e deveres das mulheres de outro.

Mas o que vimos assistindo na experiência brasileira? Advogados batendo às portas dos Tribunais, suscitando a aplicação imediata das normas constitucionais, pedindo-lhes que apliquem o que está na Constituição, pois a Constituição é Lei, não é um programa, e os juízes aplicando corretamente ou incorretamente ou intuitivamente ou abusivamente, pouco importa, mas aplicando diretamente as normas constitucionais, não apenas o Supremo Tribunal Federal. Isso foi realmente o que

propiciou um grande avanço, uma grande transformação, na compreensão e na aplicação do Direito Civil brasileiro, nesses últimos tempos.

Faz-se questão de relembrar que não se pode enxergar esse processo de constitucionalização do Direito Civil apenas a partir de 1988, porque isso é um simplismo. É claro que a Constituição Federal de 1988 conseguiu traduzir muito das aspirações de nosso povo, dos valores sociais essenciais e pôr nela. Mas isso não significa que só depois dela é que podemos tratar e falar em constitucionalização do Direito Civil.

A experiência brasileira apontou para a força normativa das normas constitucionais em três pontos essenciais. O primeiro, da revogação das normas anteriores, fossem elas de quaisquer matizes. Segundo, a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais supervenientes, com elas incompatíveis. E o terceiro, que é o mais importante, a interpretação em conformidade com a Constituição, de qualquer norma infraconstitucional. Por quê? Porque a compreensão revolucionária que se deu nas últimas décadas, com relação ao princípio, foi de tirá-lo do ostracismo, da supletividade a que era relegado pela lei de Introdução e pô-lo no ápice do sistema jurídico. Portanto, hierarquicamente, os princípios estão acima das leis ordinárias, acima de qualquer código e toda norma ao ser aplicada não pode ferir ou malferir um princípio constitucional.

O QUINTO ponto que eu gostaria de tratar com vocês é com relação à querela das regras e princípios constitucionais, que nós temos também discutido em nosso meio. E eu confesso a vocês que cada vez mais eu me distancio dessa querela, cada vez mais eu estou achando que não faz jus à fama que tem. E agora, inclusive, recentemente tive a oportunidade de ler uma bela obra, que os meus colegas do grupo de pesquisa me agradeceram, do Marcelo Neves, em que ele inverte a metáfora de Dworkin do juiz Hércules, que não é, para ele, o que vai buscar a afirmação contrafactual mais correta possível do princípio. Ele inverte, entendendo que o juiz Hércules é aquele que aplica as regras, reduzindo a complexidade do princípio. No mito grego, Hércules cortava a cabeça da Hydra e outra surgia no lugar; não tinha solução, até que ele pediu ao seu companheiro que, assim que ele cortasse a cabeça, viesse com fogo fervendo para evitar que outra surgisse no lugar. Marcelo Neves chega a utilizar a expressão “domesticação dos princípios”, que se daria pelas regras. Um trabalho engenhoso, bem feito, mas prejudicado por sua formação alemã. Porque, no final das contas, ele vai concordar com Alexy no sentido de que os princípios não são razões da decisão final, razões fundamentais da decisão final, pois dependem da intermediação das regras. Alexy afirma isso. Até anotei um trecho em que ele diz que “o princípio é fundamento de uma regra” [...] “e em si mesmos os princípios nunca são razões definitivas” Ou seja, ele mesmo dá argumento favorável ao que ele criticou: a redução da força normativa da Constituição.

Eu louvo - e acho que devemos ressaltar a importância para os nossos estudos no Brasil - as obras desses grandes autores que trouxeram à discussão jurídica a importância do papel normativo dos princípios, particularmente Dworkin e Alexy. Mas

eu cada vez mais me pergunto se os critérios utilizados por esses grandes autores são pertinentes à experiência brasileira, relativamente ao peso ou importância do princípio em conflito com outra norma constitucional, ou do tudo ou nada para a regra e mandamento de otimização para o princípio, ou até mesmo da ponderação. Porque a ponderação é um afazer que ocorre para o julgador tanto para o princípio quanto para a regra. Senão vejamos: se o julgador se depara com um conflito em um determinado contrato em que uma parte afirma que é um contrato de comodato e a outra diz que é um contrato de compra e venda, ele está lidando com uma mesma fonte básica, que é o contrato. Está lidando, portanto, com um conflito de regras. E tem de ponderar, em razão do que está interpretando, qual direito que se aplica. Tanto faz se é entre princípios, ou entre regras; eu não vejo mais novidade nisso.

Prefiro retomar um caminho que sempre me foi dado, do grande e genial Pontes de Miranda. A partir das lições de Pontes, eu vejo claramente que não faz sentido essa discussão. Ou é norma ou não é. Ou é norma jurídica ou não é. Porque há na norma jurídica um suporte fático abstrato, que é a hipótese normativa. Esta aguarda que haja a realização na vida, no mundo da vida, dessa hipótese normativa, que ele denomina de suporte fático concreto. Ora, a norma incide quando esse suporte fático concreto ocorre. E dela vão surgir os efeitos a partir da configuração do fato jurídico. Quais são esses efeitos? Relações jurídicas, direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, etc. Ora, isso ocorre apenas nas regras, nas ditas regras? Não! Nos princípios também!

Outra coisa, o argumento de vagueza e ambiguidade tanto se aplica ao princípio, quanto se aplica à regra. Já há muito tempo abandonamos aquele axioma medieval de que se a norma jurídica for clara não cabe interpretação. Toda norma jurídica exige interpretação! Toda!

Eu vou mais para atrás e procuro subsídio na lição de equidade dos antigos gregos e vou encontrar nela a forma de solução desse eventual conflito, especialmente quando cada parte sustenta em juízo idêntico princípio como fundamento de sua pretensão. A equidade dos antigos tem como significado a justiça do caso concreto, que não se confunde com o conceito contemporâneo de justiça como equidade de John Rawls, que é a conformação da equidade ao plano político, como critério da sociedade bem ordenada. Este último não é o conceito de justiça no caso concreto dos antigos, que ilumina, aponta o caminho da solução e permite identificar a norma jurídica que incide: se é a norma jurídica do contrato de comodato, ou se é a norma jurídica do contrato de compra e venda.

Então, desde os antigos, e isso está bem expressado na *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, havia uma preocupação com relação à aplicação da norma abstrata. Porque toda norma é produzida em plano abstrato, para produzir efeitos no futuro; nesse sentido é abstrata, porque não se edita uma norma para dizer: o caso está aqui, e a norma que vai ser editada pelo legislador é essa, para atender a esse interesse particular! Por isso que há a necessidade de uma ambientação da norma jurídica ao caso concreto. A lição vem dos antigos e continua atual. Aponta-se um caminho que,

afinal, se nós bem pensarmos, é o que está acontecendo no Brasil, na aplicação das normas constitucionais nas relações privadas.

Outro ponto problemático, o SEXTO, e ainda com relação aos princípios, é o sentido, significado e alcance de princípios jurídicos. Os colegas bem sabem que na antiguidade, o princípio era o ponto de partida, era um conceito de ponto de partida, tendo ultrapassado séculos. A ciência moderna mudou essa concepção e passou a afirmar que princípios são as premissas básicas de qualquer saber.

Ora, princípio jurídico tem uma dimensão diferente do ponto de partida, ou das premissas básicas. Por quê? Porque se volta à regulação de conduta, em uma textura deôntica, em uma textura que alguns chamam de deontológica, segundo uma estrutura básica que envolve um preceito e uma consequência jurídica. Se não há consequência jurídica, de princípio jurídico não se trata! Pode-se tratar de premissa, de postulado, de orientação, de diretriz, até de máximas ou axiomas, mas, de princípios jurídicos não.

A falta dessa precisão franqueia a acusação de banalização. Porque tudo é chamado de princípio. Erro, aliás, em que incorreu Pontes de Miranda. Porque ele fala o tempo todo em princípios, em suas obras, quando em verdade muitos são máximas, são orientações, são diretrizes.

Como exemplo, no direito de família, alguns autores se referem ao princípio da menor intervenção do Estado na vida privada, que não é princípio jurídico. É uma diretriz, uma meta. Não se estabelece para o Estado uma situação de dever jurídico. Às vezes, ele vai no sentido contrário, intervém muito mais do que se espera. Ocorreu isso com a Lei Maria da Penha, com a Lei de Alienação Parental, atendendo-se a demandas sociais. Em contrapartida, toda vez que houver conflito nas relações entre pai e filho, o que ilumina a decisão a ser tomada é o princípio do melhor interesse da criança. Estamos diante de um caso de princípio jurídico, que não pode ser afastado. Princípio que está na Constituição, no artigo 227 e na Convenção Internacional de Direitos da Criança, que o Brasil foi signatário; está também no Código Civil e no ECA.

Outro ponto, o SÉTIMO, que se deve evitar é a confusão com os sistemas conexos, tais como os sistemas econômicos, político, social, religioso, moral etc. Cada um desses sistemas tem princípios próprios: o princípio jurídico, o princípio religioso, o princípio econômico. Uma coisa é o Direito dialogar com os outros saberes – e deve fazê-lo para sua exata compreensão – e outra é abrir mão de sua autonomia e admitir o avassalamento de seu próprio campo pelos princípios alheios. Exemplifico com a tese funesta da análise econômica do Direito – que me perdoem os corifeus dessa corrente, e sei que existem partidários dessa posição aqui, mas estamos em um diálogo aberto e me sinto à vontade para falar – em que os princípios econômicos suplantam e submetem os princípios jurídicos, principalmente através do princípio que deu origem a essa corrente, que diz respeito à Teoria dos Custos Sociais, desenvolvida pelo economista anglo-americano Ronald Coase, sobre as “externalidades negativas”, inclusive das leis e decisões judiciais. Se há custos sociais na decisão que

faz valer o princípio da dignidade humana, tem que prevalecer tal princípio jurídico, independentemente dos custos sociais. Se a decisão da maioria do STF, por exemplo, relativamente à (im)penhorabilidade do bem de família tivesse sido fundada em princípio jurídico e não no princípio econômico dos custos sociais, o resultado seria outro e, ao meu ver, o único juridicamente sustentável.

Então, me parece que essa distinção é importante para evitarmos a acusação no meio jurídico, não só no Direito Civil Constitucional, desse principiologismo porque faz tábula rasa de singularidades que são fundamentais. Até mesmo alguns que admitam princípios programáticos, finalísticos ou teleológicos, alguns constitucionalistas principalmente, devem distinguir aquilo que denomina de princípio do que corresponde, de fato, a princípio jurídico. Um julgamento teleológico nada tem a ver com a aplicação do princípio jurídico; é a negativa dessa aplicação.

Por fim, dois pontos, só para encerrar. O OITAVO diz respeito à necessidade de fazer um esclarecimento no uso largo que temos no Brasil da denominação “repersonalização” e “despatrimonialização”, que nada têm a ver com a negativa ou a desimportância do patrimônio. É preciso deixar claro que o patrimônio está a serviço da pessoa, e esta não é uma atitude antipatrimonial; é a compreensão do seu papel primordial, considerando-se a primazia da pessoa.

O último ponto, o NONO, é algo que tem me preocupado há algum tempo; é o que venho chamando de “jurisprudencialismo”, com o conseqüente empobrecimento da doutrina e do ensino do direito no Brasil. É uma apropriação funesta do sistema de *Common Law*. Toda a nossa história e o desenvolvimento do nosso Direito centenário e milenar são fundados na força criativa da doutrina. A doutrina aponta para o futuro, a jurisprudência, para o passado, pois lida com fatos e condutas passados. Não pode jamais a jurisprudência determinar os rumos da doutrina. É justamente o contrário, é a doutrina que deve orientar os caminhos da jurisprudência dos tribunais. Estou ficando cada vez mais descrente dessa rotatividade jurisprudencial, inclusive do STJ, que leva nossas obras a serem tidas como obsoletas imediatamente, porque basta que um ministro mude em uma turma, para que todo o entendimento mude junto. É uma opção sofrível em obras que se publicam sem análises críticas; são reproduções pobres da jurisprudência. Pior é ensinar assim aos nossos alunos, não abrir suas cabeças para que compreendam o que é essencial em cada ramo do Direito: as suas teorias gerais, os seus conceitos, os seus fundamentos. Esse, me parece, é o grande problema não só da formação, mas da aplicação do Direito. Os que vão fazer os concursos mostram-se preocupados apenas em reproduzir as últimas decisões dos tribunais, o que se reflete no mau ensino do Direito. É a mensagem que eu deixo para vocês. Muito obrigado!



DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE PERSONALIDADE

4

SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS E JUSFUNDAMENTALIDADE

Eduardo Rocha Dias¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A concepção de jusfundamentalidade formal e material – 3. Dos direitos de personalidade às situações – existenciais e a cláusula geral de tutela da pessoa – 4. Limites ao reconhecimento da fundamentalidade – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. Introdução

A discussão relativa ao chamado direito civil-constitucional assume como premissa a ocorrência de um verdadeiro giro copernicano a partir da Carta Magna de 1988, reafirmando, em suma, o primado da Constituição diante da legislação ordinária, a impor o controle de validade de institutos jurídicos tradicionais do direito civil à luz do texto constitucional, “despatrimonializando” o direito privado, com a revalorização de situações existenciais diante das situações patrimoniais, chegando-se mesmo a defender a prevalência daquelas sobre estas em caso de conflito, e a aplicabilidade direta da Constituição no âmbito das relações privadas².

Muito embora não se insira nas dimensões deste trabalho proceder a uma re-censão de tais pressupostos³, e reconhecendo a correção, em termos gerais, do ponto

1 Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Procurador Federal. E-mail: eduardordias@hotmail.com.

2 Sobre estas e outras características do novo cenário iniciado pela Carta de 1988, examinar BODIN DE MORAES, Maria Celina (*Na medida da pessoa humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 3 e seg., especialmente p. 12-18).

3 Para esta finalidade, examinar SILVA, Virgílio Afonso da (*A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais*

de vista segundo o qual a dignidade da pessoa assume posição central no sistema jurídico, cumpre destacar que se pretende examinar as chamadas situações jurídicas existenciais. Trata-se de concepção proposta por Pietro Perlingieri como mais adequada em relação à tradicional referência aos direitos de personalidade, fundada no reconhecimento de que a pessoa se realiza mediante diferentes situações subjetivas, com o que se superaria a noção tradicional de direito subjetivo e se permitiria destacar que a esfera do “ser” não pode ser tratada com as mesmas categorias da esfera do “ter”⁴.

Pretende-se neste estudo destacar os limites ao reconhecimento de tais situações como posições jurídicas jusfundamentais. Ou seja, diante da irradiação sobre todo o ordenamento jurídico dos valores personalísticos decorrentes da dignidade da pessoa e de sua autonomia, mostra-se cada vez mais frequente a invocação de um caráter “jusfundamental” a diversas posições jurídicas que assentariam na autodeterminação existencial da pessoa, seja pela atuação da jurisprudência, nacional e internacional, do legislador e mesmo da Administração. Pense-se no reconhecimento, por via judicial, nos Estados Unidos, do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, a despeito de, nas consultas populares realizadas em trinta e um Estados daquela Federação, haver, em todos os casos, prevalecido, como vontade da maioria, a manutenção da fisionomia tradicional do casamento⁵.

No caso brasileiro, por ocasião do julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277, em que se atribuiu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, para efeito de excluir qualquer interpretação que impeça o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, foi indicado que o vocábulo “família”, constante da Constituição, deve ser interpretado de forma ampla, de maneira a alcançar uniões homoafetivas, o que se trataria de um direito fundamental fora do catálogo, ou seja, decorrente do § 2º do art. 5º da Carta Magna. Outros exemplos identificados na doutrina estrangeira se encontram na referência aos “direitos reprodutivos”, a um

nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 171-172). Analisando especificamente o direito de propriedade e sua função social, e destacando que sua constitucionalização e funcionalização a interesses coletivos são muito anteriores à Carta de 1988, examinar RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Propriedade e função social: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil. In VERA-CRUZ PINTO, Eduardo; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo (Org.). Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. 3, p. 61-90). O autor, à página 71, menciona quatro sentidos mais comuns para a expressão “constitucionalização” do direito civil: a) interpretação do direito ordinário de acordo com as normas constitucionais; b) controle de constitucionalidade das normas de direito ordinário; c) transposição para o texto constitucional de normas de direito ordinário; e d) eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

4 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar; 3a. Edição, 2007, p. 153-155

5 Sobre o tema, examinar ANTONINI, Luca (Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali. In <http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>, p. 3, consulta em 23/04/2014). O autor destaca a crise entre os poderes que tal postura engendrou e alude ao caso californiano, em que muito próximo ao reconhecimento judicial do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, se aprovou uma emenda à Constituição do Estado vetando tais uniões.

“direito a morrer”, ao “direito de ter filhos”, dentre outros⁶, quase sempre associados à autodeterminação e à dignidade da pessoa.

A ampliação dos direitos fundamentais, em sede de temas ligados à personalidade, pode decorrer ainda de convenções internacionais, como a que versa sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York em março de 2007. Referido ato foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, com força de emenda constitucional, e promulgada pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Pense-se, por exemplo, no teor de seu art. 23, item 1, alíneas “a” e “b”, que impõem aos Estados Partes tomar medidas efetivas para eliminar a discriminação e assegurar às pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, o direito a casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes, bem como a decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos. Referidas disposições da Convenção acarretam nítidas implicações sobre as normas do Código Civil referentes à capacidade e ao casamento, impondo sua reinterpretção. Mas será que todas as disposições do aludido ato se revestem de estatura jusfundamental? Qual é o papel do legislador na implementação do que dispõe a Convenção?

Cumpra, portanto, examinar quando uma situação jurídica existencial alcança o *status* de uma posição jurídica jusfundamental, atraindo o caráter de trunfo contra o poder político, oponível judicialmente, e quando se trata de um interesse ou desejo privado, passível de disciplina e reconhecimento jurídico, dentro da margem de conformação do legislador, mas sem ter caráter fundamental.

Para esse fim, será, inicialmente, abordado o que se entende por jusfundamentalidade, destacando seus aspectos formal e material. Em seguida, far-se-á uma referência às situações jurídicas existenciais, buscando concluir quando se poderá afirmar que estarão alcançadas por aquele atributo da fundamentalidade.

2. A concepção de jusfundamentalidade formal e material

O discurso que prega a ampliação dos direitos fundamentais obedece a uma lógica, destacada pela doutrina⁷, fulcrada na ideia de progresso da humanidade, mas que tem como contraponto paradoxal a dificuldade crescente de atender a todos os direitos que essa ampliação enseja. A “panjusfundamentalização”, ou seja, a banalização da afirmação de posições jurídicas fundamentais⁸, acarreta o risco de tornar mais

6 ANTONINI, Luca (Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali. In <http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>, p. 1, consulta em 23/04/2014).

7 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 52 e seguintes, especialmente 62-64. Fala Bobbio em uma evolução que agrega novos direitos, e que passa por processos de positivação, generalização, internacionalização e especificação (afirmação de âmbitos particulares de vigência). O mesmo autor reconhece, porém, que “uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhe uma proteção efetiva”. E arremata: “à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se mais difícil”.

8 A expressão é de NABAIS, José Casalta. Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais, in *Revista*

difícil distinguir os direitos que devem e os que não devem ser assim considerados, reduzindo sua eficácia. A afirmação de novas situações jurídicas individuais experimentou significativo incremento no contexto da “pós-modernidade”, marcada pela desideologização crescente da sociedade, orientada cada vez mais para particularismos em detrimento das grandes narrativas emancipatórias, pelo relativismo, complexidade e pluralismo, o que leva a se falar também de um “direito pós-moderno”, flexível e adaptável. Critica-se o reconhecimento por cortes constitucionais – cujos membros não se sujeitam à responsabilização política e à legitimação pelo voto – de direitos cada vez mais “insaciáveis”, e que seriam melhor qualificados como possibilidades, faculdades, opções ou mesmo desejos privados, mas que muitas vezes se fundam em uma visão egoística que ignora os laços de sociabilidade que unem as pessoas e a necessidade de redescoberta de uma dimensão objetiva e positiva da subjetividade, que reconheça como fundamentais apenas os direitos “razoáveis”¹⁰.

Daí a conveniência de buscar critérios para o reconhecimento da jusfundamentalidade de posições jurídicas. A noção de fundamentalidade de um direito constitui uma categoria ligada à atribuição de uma especial dignidade de proteção, tanto sob a perspectiva material como formal¹¹. Tal atribuição pode decorrer não apenas do reconhecimento da dignidade da pessoa, mas também de outros valores e princípios constitucionais. A fundamentalidade formal significa que as normas que consagram direitos fundamentais situam-se no ápice do ordenamento jurídico, submetendo-se a procedimentos agravados de revisão, constituindo muitas vezes limites materiais da própria revisão, além de vincularem os poderes públicos e servirem como parâmetros de atuação dos órgãos legislativos, jurisdicionais e administrativos. A fundamentalidade material aponta para o caráter constitutivo das estruturas da sociedade e do Estado detido pelo conteúdo dos direitos fundamentais.

Sob outra perspectiva argumentativa¹², é de se lembrar que uma concepção formal geral de direitos fundamentais permite vislumbrá-los como posições tão importantes para o Direito Constitucional que sua concessão ou denegação não pode ficar nas mãos da maioria parlamentar. É possível também uma abordagem material geral, determinada pelo conceito de dignidade da pessoa, no entanto nem da concepção formal, nem da material, nem de sua combinação se podem inferir enunciados

de Direito Público da Economia, Ano 6, n. 22, abril/junho de 2008, Editora Fórum: Belo Horizonte, p. 74 e seguintes. Conferir, também, OTERO, Paulo. *A Democracia Totalitária*. Cascais: Principia, 2001, p. 153 e seguintes.

9 CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, n° 3, maio/junho de 1998, Paris, LGDJ, p. 659 seg.

10 Muito embora ainda reste por determinar o que se entende por essa razoabilidade. ANTONINI, Luca (Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali. In <http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>, p. 2 e 17, consulta em 23/04/2014).

11 ALEXY, Robert (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 503-506) e CANOTILHO J.J. Gomes (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378-379).

12 Afirmada por ALEXY, Robert (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 432-435).

jusfundamentais. Seria tarefa da argumentação constitucional atribuir um conteúdo à concepção formal geral acima referida, bem como explicar a concepção material geral ou básica.

O tema da fundamentalidade é indiscutivelmente ligado à afirmação de direitos fora do catálogo, ou seja, decorrentes da norma de *fattispecie* aberta encontrada tanto no artigo 5º, § 2º, da CF/88, quanto no artigo 16, nº 1, da Constituição da República Portuguesa¹³. Tais dispositivos referem a inclusão, entre os direitos fundamentais, daqueles decorrentes das leis e do direito internacional, no caso português, e do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais, no caso brasileiro.

Ressalte-se que no Brasil, em virtude da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi acrescentado um § 3º ao artigo 5º da CF/88, o qual passou a prever que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Até a presente data, apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada segundo tal sistemática¹⁴.

Ou seja, quer pela via do § 2º do art. 5º, quer pela previsão do § 3º do mesmo dispositivo, se introduz o problema de definir quais são os direitos com dignidade suficiente para merecerem tal qualificação. Ora, somente os direitos cuja importância e objeto sejam equiparáveis aos direitos fundamentais formalmente constitucionais devem a eles ser aproximados¹⁵. A identificação de um direito fundamental não escrito depende de sua substancial equivalência com relação a direitos fundamentais previstos no catálogo constitucional, como forma de evitar a vulgarização da categoria dos

13 Previsões que se inspiraram na IX Emenda à Constituição Americana, de 1791, segundo a qual a “enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”.

14 Tal dispositivo aparentemente explicita entendimento adotado por PIOVESAN, Flávia (*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*: São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 111) e por MELLO, Celso de Albuquerque (O § 2º do Art. 5º da Constituição Federal, in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 1 e seg.) de que o § 2º do artigo 5º da CF/88 já atribuiria aos tratados de direitos humanos o *status* de norma constitucional. Apesar de abrir a possibilidade de integração na CF/88, como direitos fundamentais, das disposições atributivas de posições de vantagem estabelecidas em referidos atos internacionais, as quais passarão a constituir parâmetros de aferição da constitucionalidade da legislação ordinária, o parágrafo introduzido foi omissivo no tocante aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados anteriormente à sua vigência, que tenham ou não sido submetidos ao *quorum* qualificado exigido. Tal omissão enseja incertezas e discriminações, ante a não-consideração como normas constitucionais de direitos fundamentais de importantes disposições constantes de atos internacionais já aprovados pelo Congresso brasileiro. Por outro lado, ao pretender resolver o problema com fundamento em uma perspectiva formalista e positivista (somente teriam o caráter de normas constitucionais as disposições de tratados que fossem aprovadas de acordo com determinados requisitos), a Emenda consagra um retrocesso. Com efeito, há a possibilidade de se reconhecer como normas materialmente constitucionais aquelas previstas em atos infraconstitucionais e em tratados aprovados pelo Congresso que, mesmo sem a observância dos ditos requisitos, tutelem aspectos nucleares da dignidade da pessoa, que tenham, em um dado momento histórico, alcançado um reconhecimento e uma sedimentação consensuais. Ou seja, remanesce a possibilidade de se reconhecer normas materialmente fundamentais com fundamento no § 2º do artigo 5º da CF/88.

15 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 167-168.

direitos fundamentais. Tal equivalência abrange tanto o conteúdo como a importância do direito em um determinado ordenamento e em um dado momento histórico.

Por exemplo, como justificativa para o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, é possível invocar-se a circunstância de se tratar de uma ampliação do âmbito do direito à liberdade, posição prevista expressamente no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988¹⁶. Assim, é possível afirmar a existência, por exemplo, como direito materialmente fundamental, de um direito à autodeterminação bioética, que ampare a decisão do indivíduo a doar ou não seus órgãos ou a exigir o consentimento informado para se submeter a tratamentos experimentais. Principalmente levando em conta os progressos da biomedicina e o risco que novas tecnologias trazem para a pessoa. Daí a necessidade de atualização da proteção decorrente do texto constitucional, de forma a fazer reconhecer como jusfundamentais pretensões de defesa da pessoa ante tais “novos poderes”, sejam eles exercidos por entidades públicas ou privadas. O mesmo se pode afirmar relativamente ao direito à autodeterminação informativa, no contexto em que o Estado e entidades privadas acabam obtendo e armazenando dados individuais por meio de tecnologias cada vez mais invasivas, que permita à pessoa conhecer e controlar quais dados são detidos e como são utilizados.

No tocante às posições previstas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, além de dispositivos que não revestem a característica de direitos humanos ou, após sua internalização, de direitos fundamentais, por serem atinentes ao Direito Internacional Público (por exemplo, normas sobre denúncia e sobre ratificação da Convenção), tem-se que as normas que merecem a referida qualificação acabam por se manifestar com caráter aberto e passível de conformação pelo legislador (pense-se nas previsões que vedam discriminação constantes de seu art. 5º) e demandam uma harmonização de valores conflitantes. É o caso do seu art. 23, item 1, alínea “b”, que, ao mesmo tempo que consagra a liberdade de ter filhos, aponta para a responsabilidade decorrente do exercício de tal direito (“decidir livre e responsavelmente”). Ou seja, a necessidade de concretização e de ponderação com outros bens e direitos acaba se manifestando também no tocante à referida convenção. Como assegurar o exercício de tal liberdade no caso de um casal de pessoas com deficiência que não tenha meios de sustentar a prole que pode advir de tal união? O acesso à informação e à educação, em matéria de reprodução e de planejamento familiar, previsto na alínea “b” do item 1 do mencionado art. 23, acaba levando à conclusão de que a única resposta não é sempre permitir a concepção e o nascimento de um filho, mas considerar a existência de condições para que ele seja responsavelmente gerado e criado.

A afirmação de posições jurídicas materialmente fundamentais deve se basear em uma argumentação que aponte para cumprimento de uma das tarefas ou funções

16 SARLET, Ingo Wolfgang considera adequada à sistemática da Constituição de 1988 a afirmação de um direito fundamental não escrito a partir da ampliação do âmbito de proteção de um direito formalmente reconhecido como tal (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 140-143).

consideradas inerentes aos direitos fundamentais. São elas: a) função de defesa, ante os poderes estatais; b) função de prestação social, pela qual se obtém algo por meio do Estado; c) função de proteção do indivíduo ante terceiros, que estabelece deveres de proteção dirigidos ao Estado; e d) função de proibição de tratamento discriminatório, dirigida ao Estado¹⁷.

Essa afirmação não prescinde, antes exige, uma argumentação adequada e a demonstração da importância do reconhecimento da fundamentalidade de um direito no contexto examinado. Assim, por exemplo, a função de vedação de tratamento discriminatório leva ao reconhecimento da impossibilidade de se discriminar as pessoas por razões de preferência sexual, assim como proíbe discriminações por razões políticas e ideológicas, em decorrência do que prevê o art. 5º, *caput*, e seu inciso I, da Constituição. O reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivam e compartilhem projetos de vida, também parece se impor, para fins previdenciários¹⁸ e também para partilha de bens, em virtude da igualdade e da dignidade da pessoa, a exigir respeito ao próprio projeto de vida e à maneira de expressar sua sexualidade e afetividade. As decisões proferidas na ADPF 132 e na ADI 4277, por sua vez, que fixaram uma interpretação para o art. 1.723 do Código Civil que veda discriminações entre uniões homo e heteroafetivas, impõem ao Congresso Nacional reconhecer a plena igualdade entre a união entre pessoas que têm o mesmo sexo e o casamento? Ou seria possível disciplinar diferentemente tais uniões, por exemplo, não se prevendo a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, opção seguida em Portugal, que aceita a união entre pessoas do mesmo sexo mas rejeitou a possibilidade de adoção e de “co-adoção”¹⁹? Ou seja, trata-se de matéria aberta à conformação do legislador ou se trata de imposições jusfundamentais que vinculam o Congresso?

17 CANOTILHO J.J. Gomes (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407 e seguintes).

18 Lembre-se que, desde o ano 2000, o INSS reconhece a união estável para fins previdenciários, em virtude de decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, conforme se verifica no art. 322 da Instrução Normativa 45/2010.

19 A “co-adoção” seria a adoção por casais do mesmo sexo, casados ou em união de fato, de crianças que já vivem nessas famílias e que perderam seu pai ou mãe biológicos, correndo o risco de ser retiradas do cônjuge sobrevivente por não manterem com ele qualquer vínculo jurídico. Foi rejeitada em Portugal em 2014. Anteriormente, em 2013, a retirada de restrições existentes à adoção plena por casais homoafetivos foi rejeitada naquele país. Resta lembrar, como destacado pelo Ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto na ADPF 132, que “a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante ‘homo’ ou ‘heteroafetivo’”. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental? Ou seja, aparentemente o voto do Relator abre o caminho a considerações acerca da restrição à possibilidade de adoção com fundamento na proteção do adotando e do melhor interesse da criança.

Antes de buscar oferecer uma possível resposta a tais indagações, cumpre examinar o *locus* específico onde se tem buscado afirmar a existência de direitos fundamentais fora do catálogo, decorrentes da dignidade da pessoa e da sua autodeterminação, que são os temas ligados aos direitos de personalidade ou, na lição de Perlingieri, às situações jurídicas existenciais.

3. Dos direitos de personalidade às situações existenciais e a cláusula geral de tutela da pessoa

Os direitos de personalidade são tradicionalmente regulados pelo direito privado, identificados com os “direitos essenciais”, sem os quais a pessoa não existiria como tal e os demais direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, constituindo a “medula da personalidade”, o seu conteúdo essencial e imprescindível²⁰. Têm por objeto modos de ser físicos e morais da pessoa²¹. Não se confundiriam com os direitos fundamentais, dado que estes pressupõem relações de poder e incidem em relações de direito público, muito embora também tenham eficácia perante particulares, ao passo que os direitos de personalidade incidem em relações de direito privado em que tende a haver igualdade²².

Pode haver uma sobreposição ou uma subposição entre uns e outros, havendo uma tendência à sua aproximação. Alguns direitos fundamentais são também direitos da personalidade (é o caso do direito à vida, à integridade pessoal e à intimidade). Mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade (é o caso do direito de acesso ao Judiciário e dos direitos dos administrados) e há manifestações não-essenciais ou periféricas dos direitos de personalidade que não correspondem a direitos fundamentais²³. Muito embora os direitos de personalidade possam ser objeto de um tratamento dogmático específico sob a perspectiva civilista, é possível abordá-los a partir da Teoria da Constituição e sob a óptica dos direitos fundamentais²⁴. Diante da supremacia da Constituição, as normas ordinárias de direito privado devem com ela ser compatíveis. Não se discute, portanto, a circunstância de o direito civil disciplinar não apenas a aquisição da personalidade, mas também direitos a ela relacionados. O que se pretende afirmar é a submissão de tal disciplina efetuada pelo Código Civil à Constituição²⁵, o que impõe reconhecer a existência de um direito

20 DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Livraria Morais, 1961, p. 17-18.

21 DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Livraria Morais, 1961, p. 22-23.

22 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 62; SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 581-586.

23 SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 584-585.

24 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 394; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 58-62; CORDEIRO, António Menezes. Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa. In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, dezembro de 2001, Lisboa, p. 1229-1256.

25 OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 31 seg.

geral de personalidade como direito fundamental. Nesse sentido, Paulo Ferreira da Cunha leciona que “o que as constituições consagram em geral, antes de mais, e para além de direitos concretos, é o direito geral à personalidade (o caso alemão parece claro). Os direitos de personalidade são aplicações, concretizações, especialidades desse direito natural e humano tornado fundamental pela constitucionalização”²⁶. Mais à frente, o autor expressa a posição de que “pelo menos a maior parte dos direitos de personalidade são algo como uma versão privatística de direitos fundamentais *stricto sensu*; donde, serão verdadeiros direitos fundamentais, com ou sem ‘duplicação’ em sede de *constituição formal*. Porque nos não devemos esquecer da constitucionalidade material. Na Constituição Portuguesa, os direitos de personalidade podem considerar-se perfeitamente integrados nos ‘quaisquer outros constantes de leis’ que acrescem aos formalmente constitucionais, segundo o Art.º 16.º, n.º 1”²⁷.

O autor mencionado conclui que “os direitos de personalidade são a manifestação privatística de direitos fundamentais, e que estes não são apenas a sua versão publicística, mas, ao invés, de entre todos, os Direitos *fundamentais*, em geral – independentemente de atinências mais publicísticas ou privatísticas”²⁸, não se limitando ao direito público, ou às relações em que uma das partes seja um ente público, mas valendo também nas relações privadas (muito embora ainda se possa discutir de que forma). Diversamente, José de Oliveira Ascensão defende mais marcadamente a diferença entre as categorias, destacando que os direitos fundamentais se estendem também a pessoas jurídicas e se destinam a delimitar uma esfera do indivíduo frente ao Estado²⁹. Há direitos fundamentais que não são direitos de personalidade, muito embora haja direitos de personalidade cujo conteúdo corresponde a um direito fundamental³⁰. Critica a multiplicação dos direitos fundamentais e defende que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não seria um direito fundamental, por ausência de referência constitucional específica, mas sim um direito de personalidade autônomo³¹. Tal entendimento, porém, não parece se sustentar, diante da possibilidade de se invocar a dignidade da pessoa, a igualdade e mesmo a liberdade como fundamentos para um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. Pense-se, ainda, na cláusula de abertura do § 2º do art. 5º, da Constituição de 1988.

26 CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas. In <http://works.bepress.com/pfc/44>, 2006, p. 13, acesso em 29/04/2014.

27 CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas. In <http://works.bepress.com/pfc/44>, 2006, p. 17, acesso em 29/04/2014.

28 CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas. In <http://works.bepress.com/pfc/44>, 2006, p. 18, acesso em 29/04/2014.

29 ASCENSÃO, José de Oliveira In http://www.fd.ulisboa.pt/portals/0/docs/institutos/icj/luscommune/ascensao_joseoliveira10.pdf, p. 12, acesso em 29/04/2014. Lembre-se, por outro lado, que, na forma do art. 52 do Código Civil Brasileiro, os direitos de personalidade se aplicam, no que couber, às pessoas jurídicas.

30 ASCENSÃO, José de Oliveira In http://www.fd.ulisboa.pt/portals/0/docs/institutos/icj/luscommune/ascensao_joseoliveira10.pdf, p. 16, acesso em 29/04/2014.

31 ASCENSÃO, José de Oliveira In http://www.fd.ulisboa.pt/portals/0/docs/institutos/icj/luscommune/ascensao_joseoliveira10.pdf, p. 17, acesso em 29/04/2014.

Mesmo em Portugal, a ausência de previsão constitucional expressa não impediu o reconhecimento de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Somente a partir da Revisão de 1997 é que houve sua consagração explícita³². Antes mesmo de tal Revisão, porém, o Tribunal Constitucional português, no acórdão n. 6/84, de 18 de janeiro³³, considerou o direito ao desenvolvimento da personalidade uma consequência do princípio da dignidade da pessoa. Por meio de outro acórdão, de n. 288/98, de 17 de abril³⁴, o mesmo Tribunal pronunciou-se sobre o conteúdo de tal direito como incluindo “a autonomia individual e a autodeterminação” e a liberdade de cada um “traçar o seu próprio plano de vida”.

O direito ao desenvolvimento da personalidade seria, portanto, uma liberdade dotada de maior generalidade ante as liberdades específicas expressamente referidas pela Carta Magna. Funda-se no reconhecimento da pessoa como razão de ser do direito, o que afasta sua instrumentalização a serviço de alguma ideologia, valor, visão do mundo ou do homem. A personalidade, nesta perspectiva, relaciona-se com o caráter dinâmico do ser humano globalmente considerado, ao qual se deve reconhecer a faculdade de autodesenvolvimento e realização. Constitui um *prius* em relação ao direito, devendo este reconhecê-la por exigências lógicas e axiológicas. Tem como características sua inadiabilidade, sua inexpressabilidade, sua indisponibilidade e sua ilimitabilidade³⁵.

Como um direito de liberdade, decorrente da dignidade da pessoa, o direito ao desenvolvimento da personalidade apresenta duas dimensões: a primeira, como liberdade geral de ação, em que se protege a livre decisão de agir ou de se omitir; a segunda como um direito à tutela das diferentes dimensões da personalidade contra agressões por terceiros³⁶.

Quanto ao conteúdo de mencionado direito, destaquem-se duas posições³⁷: a) uma concepção ampla, que abrange todas as formas de conduta humana, incluindo

32 A qual alterou a redação do artigo 26, n. 1, da Constituição da República Portuguesa para: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

33 Boletim do Ministério da Justiça (BMJ), n. 340, novembro de 1984, p. 179. Na doutrina, também se defendia o caráter de direito fundamental, materialmente constitucional, do direito geral de personalidade, com fundamento no artigo 16, n. 1, da Constituição da República Portuguesa. Neste sentido, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA. Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p 619-622.

34 Diário da República de 18 de abril de 1998, I-A, p. 1.714 (21) e 1.714 (24).

35 PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 165-166.

36 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 333-334; PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 163-164.

37 OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento” – Ensaio sobre um caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 79 seg; PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 167-171. Para este último autor, o direito geral de personalidade constitui uma liberdade geral de ação,

as que se revestem de reduzida importância para a formação e a expressão da personalidade; b) uma concepção restrita, em que o conteúdo de tal direito somente abrangeria aquelas condutas essenciais para a personalidade, os “âmbitos de vida especialmente importantes ou postos em perigo, que afixam mais do que o direito de fazer aquilo que não está proibido”³⁸.

Um entendimento amplo do âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade parece mais adequado, ante os problemas de delimitação que uma tentativa de definir quais seriam as condutas “essenciais” protegidas poderia ensejar. O subjetivismo e a dificuldade de obter o consenso apontam para essa solução. No entanto, como não se pode tratar de um direito absoluto, isso não impede a necessária ponderação de tal direito com outros direitos ou bens constitucionais protegidos ou com exigências de solidariedade quando estiverem em conflito.

Os problemas de delimitação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade se estendem às situações jurídicas existenciais. Perlingieri critica a concepção tradicional sobre os direitos de personalidade, fulcrada na divisão entre as teorias que reconhecem um “direito geral de personalidade” e teorias que defendem que existem múltiplos direitos de personalidade (concepções atomísticas). Nestas últimas, há quem defenda a atipicidade dos direitos de personalidade, ou seja, haveria uma série aberta de direitos, e os que defendem uma tipicidade fechada. A limitação dos direitos de personalidade a hipóteses expressamente previstas reflete uma opção ideológica pela restrição da importância de tais direitos a seu aspecto patrimonial, à reparação dos danos aos direitos expressamente previstos.

O advento da Constituição não teria alterado esse quadro, mas apenas acrescentado novas previsões de situações típicas. No entanto, há interesses não previstos no Código Civil, que podem sê-lo em leis especiais, e mesmo na Constituição. Com fundamento nesta última, há mesmo uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, que não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição. A pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas por meio de uma complexidade de situações (poderes, interesses legítimos, direitos subjetivos, faculdades e assim por diante). Para o autor, devem ser superadas as discussões que privilegiam o direito subjetivo, decorrente de sua consideração tradicional patrimonialística (direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”), e

defendendo uma concepção ampla para ele no tocante à ordem jurídica portuguesa, que também é a que predomina na jurisprudência e na doutrina alemãs. Entende que qualquer restrição valorativa de seu âmbito de proteção, além de suscitar problemas insolúveis de delimitação, conduziria a uma perda do espaço de liberdade para o cidadão, bem como que os riscos de “banalização” também existem no tocante aos direitos especiais de liberdade. Tal entendimento parece ser o mais correto, diante da ilimitabilidade da personalidade humana e da sua vinculação à dignidade da pessoa, à qual repugna qualquer tentativa de procurar definir aprioristicamente os seus contornos, instaurando uma visão do homem restritiva. É claro, porém, que o direito geral de personalidade não é absoluto, coexistindo com outros bens e valores constitucionais com os quais deve ser coordenado, cabendo ao legislador e ao judiciário procederem à harmonização e à concordância prática entre eles.

38 HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 328.

que levam a uma dificuldade no tratamento da categoria do “ser” com base em esquemas conceituais elaborados para as coisas. Na categoria do “ser” não há dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, a titularidade é institucional e orgânica. O objeto da tutela é a pessoa, o que impõe mudar o enfoque. A unidade de valor da pessoa não pode ser dividida em tantos interesses, bens ou situações, como nas concepções atomísticas. A personalidade não é um direito, mas um valor fundamental do ordenamento e está na base de múltiplas situações existenciais, mutáveis, que tornam mutável também a exigência de proteção. Nenhuma previsão especial seria exaustiva a ponto de abarcar as múltiplas manifestações da personalidade humana³⁹. Na Constituição Italiana, essa cláusula geral de tutela da pessoa decorreria do seu art. 2º⁴⁰; na Constituição Federal de 1988, decorreria do seu art. 1º, inciso III, e da admissibilidade de outros direitos além dos expressamente previstos (art. 5º, § 2º)⁴¹.

As situações existenciais se opõem às situações patrimoniais. Nestas, busca-se efetivar a livre iniciativa, como é o caso dos institutos ligados à empresa, à propriedade e ao crédito, enquanto naquelas se pretende tutelar direta e imediatamente a dignidade humana por meio do livre desenvolvimento da personalidade. Há, porém, situações em que as dimensões patrimonial e pessoal se confundem e se interpenetram, podendo-se falar em uma “zona de obscuridade” que dificulta a classificação e que leva à necessidade de apreciar, nos casos concretos, qual função prevalece⁴².

4. Limites ao reconhecimento da fundamentalidade

Verifica-se que o recurso à dignidade e à autonomia da pessoa acaba se tornando o fundamento para a invocação do caráter fundamental tanto a direitos de personalidade quanto a situações jurídicas existenciais. No entanto, a dignidade e a autonomia da pessoa são concepções também passíveis de diferentes interpretações, decorrentes de posições filosóficas e de visões de mundo e do direito diversas.

Fabien Bottini destaca bem a ambiguidade a respeito do conceito de dignidade da pessoa, afirmada tanto como direito oponível aos outros, seja o Estado sejam outros indivíduos, quanto como direito oponível a si mesmo; também há referências à dignidade como direito subjetivo, beneficiando individualmente cada um, e como uma obrigação objetiva incidente coletivamente sobre todos⁴³. Para o autor, tal

39 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª edição, 2007, p. 153-155.

40 Dispositivo que tem a seguinte redação: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se **desenvolve a sua personalidade**, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”.

41 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 124 e 128-129.

42 Sobre o tema, examinar TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24.

43 BOTTINI, Fabien. C’est est grave docteur? À propos du caractère “schizophrénique” de la notion de “dignité

ambiguidade, a revelar o caráter “esquizofrênico” da noção de dignidade humana, decorre da adesão a uma determinada visão do que vem a ser o direito, recortando quatro concepções diferentes: uma visão jusnaturalista clássica, de raízes judaico-cristãs; uma visão jusnaturalista moderna, de cariz mais filosófico; uma abordagem positivista jurídica, que reveste uma dimensão formal, e uma perspectiva positivista sociológica, inspirado por fundamentos materiais⁴⁴. As abordagens jusnaturalistas teriam em comum o fato de adotarem uma visão abstrata da pessoa, dela deduzindo uma concepção apriorística e tendencialmente imutável de dignidade, ao passo que as concepções positivistas partem de uma reflexão concreta sobre a pessoa humana, construindo *a posteriori* uma noção de dignidade evolutiva. No entanto, a concepção jusnaturalista clássica e a positivista jurídica têm em comum o fato de partirem de uma noção de dignidade fixada “de cima para baixo”, ou seja, Deus no jusnaturalismo clássico ou a autoridade normativa no positivismo jurídico. Já o jusnaturalismo moderno e o positivismo sociológico examinam o tema de “baixo para cima”, ou seja, a amplitude da dignidade é definida por cada um individualmente ou por todos coletivamente.

O jusnaturalismo clássico e o positivismo jurídico autorizam ainda a afirmação de uma dualidade de funções para a dignidade da pessoa, considerada fonte tanto de direitos a serem exercidos frente aos outros como de deveres em relação a si próprio, deveres referidos ao respeito à vida humana como mandamento divino e de observar o direito positivo, independentemente de seu conteúdo⁴⁵.

A sacralidade da vida humana, afirmada pela visão jusnaturalista clássica de raízes religiosas é superada pelo positivismo jurídico, de caráter laicizante e que permite fundar direitos sem referência a uma ordem metapositiva. Esta última visão, porém, traz o risco de se instaurar a arbitrariedade, limitando a liberdade individual a partir de uma certa concepção de dignidade humana adotada pelo legislador ou pelo julgador⁴⁶.

Para a concepção jusnaturalista moderna e para o positivismo sociológico, a dignidade somente pode ser fonte de direitos frente a outras pessoas, ou seja abandona-se a concepção de que a dignidade pode impor deveres a cada um. Os direitos reconhecidos podem decorrer quer do respeito à liberdade e à autonomia de cada um (primeira corrente)⁴⁷ quer da vinculação da consciência coletiva aos direitos e

humaine”. In *Revista Pensar*. Fortaleza. V. 18, n. 1, jan./abr. 2013, p. 102-103.

44 BOTTINI, Fabien. C’est grave docteur? À propos du caractère “schizophrénique” de la notion de “dignité humaine”. In *Revista Pensar*. Fortaleza. V. 18, n. 1, jan./abr. 2013, p. 103 e seguintes.

45 BOTTINI, Fabien. C’est grave docteur? À propos du caractère “schizophrénique” de la notion de “dignité humaine”. In *Revista Pensar*. Fortaleza. V. 18, n. 1, jan./abr. 2013, p. 105.

46 BOTTINI, Fabien. C’est grave docteur? À propos du caractère “schizophrénique” de la notion de “dignité humaine”. In *Revista Pensar*. Fortaleza. V. 18, n. 1, jan./abr. 2013, p. 109. O autor refere decisão do Conselho de Estado francês que proibiu um espetáculo de “arremesso de anões”, limitando a liberdade de disposição daqueles que se prestaram a participar do evento, instaurando uma ordem moral autoritária que restringe o poder das pessoas sobre si mesmas.

47 Pense-se, aqui, na noção kantiana de liberdade como autonomia, isto é, como capacidade de legislar para si

liberdades essenciais da pessoa (segunda corrente)⁴⁸. Para o positivismo sociológico, o único direito é o direito positivo e ele deve estar de acordo com as expectativas da sociedade⁴⁹. Ou seja, diversamente do positivismo jurídico, se busca afirmar um determinado conteúdo para o direito, decorrente da realidade social. A opinião pública acaba desempenhando um papel no preenchimento da noção de dignidade humana, identificada pelo autor na ligação do povo francês à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e à Constituição de 1946, que levam à afirmação da dignidade não como fonte de restrições, mas sim como garantia de seus direitos e liberdades.

É certo que é possível restringir a liberdade individual, como na exigência de conduzir veículos usando cinto de segurança e na proibição de ingerir bebidas alcoólicas antes de dirigir. Tais restrições não seriam, porém, uma tentativa de proteger a pessoa contra si mesma, mas sim de fazê-la respeitar a dignidade de outros indivíduos que podem sofrer danos em virtude da conduta irresponsável de condutores. A dignidade humana seria sempre e apenas fonte de direitos, mesmo que em um primeiro momento dela possam decorrer restrições à conduta de alguém, mas que se justificam na medida em que protegem a dignidade de terceiros. Diferentemente do jusnaturalismo moderno, o positivismo sociológico não se dispõe a defender apenas a liberdade-autonomia de cada um isoladamente, mas sim o conjunto de direitos e liberdades dos indivíduos nas suas relações com o Estado e entre si⁵⁰.

O autor conclui o trabalho, destacando ser possível identificar uma evolução no conceito de dignidade: se na antiguidade e na Idade Média, o conceito servia para garantir a vida face aos poderosos, na Idade Moderna passou a significar viver com liberdade e atualmente significaria viver bem. A busca pela qualidade de vida, ou pela eliminação do sofrimento, pode mesmo amparar o respeito à decisão individual de interromper um tratamento médico ou de morrer com dignidade. Muito embora se possa questionar a concepção positivista sociológica, ante a dificuldade de identificar qual é a opinião pública e mesmo diante do perigo de fazer os direitos dependerem de uma realidade tão fluída, ela tem o mérito de chamar a atenção para a necessidade de fundar o sistema de direitos em uma dimensão de sociabilidade que admite a limi-

próprio conforme uma lei universal racional, em oposição a um “Estado eudemonista”, que inclui entre suas tarefas a busca da felicidade dos súditos. Kant, portanto, critica o paternalismo, valorizando a autonomia do sujeito na busca da sua felicidade. Nesse sentido, examinar BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 86 e 89-90.

48 BOTTINI, Fabien. C’est grave docteur? À propos du caractère “schizophrénique” de la notion de “dignité humaine”. In *Revista Pensar*. Fortaleza. V. 18, n. 1, jan./abr. 2013, p. 110. A concepção jusnaturalista moderna inspira-se inicialmente em pensadores italianos e alemães, como Maquiavel e Lutero, desenvolvendo-se posteriormente na Inglaterra com filósofos como Locke, e leva à afirmação de um poder total da pessoa sobre si mesma. O recurso a meios de contracepção, o direito a recusar tratamento médico, o direito ao aborto, entre outras manifestações, se inseririam na afirmação de dignidade da pessoa professada por essa corrente.

49 BOTTINI, Fabien. C’est grave docteur? À propos du caractère “schizophrénique” de la notion de “dignité humaine”. In *Revista Pensar*. Fortaleza. V. 18, n. 1, jan./abr. 2013, p. 113. Dentre os autores que inspiraram essa corrente, tem-se Durkheim e Duguit.

50 BOTTINI, Fabien. C’est grave docteur? À propos du caractère “schizophrénique” de la notion de “dignité humaine”. In *Revista Pensar*. Fortaleza. V. 18, n. 1, jan./abr. 2013, p. 115.

tação ao poder de autodeterminação de alguns com o fim de evitar lesões a direitos de terceiros⁵¹. Chama a atenção também para o risco de os poderes constituídos, seja o legislador, seja o próprio Judiciário, pretenderem impor deveres da pessoa para consigo mesma a partir de uma determinada visão de mundo.

A autodeterminação individual também constitui fonte de afirmação de novos direitos. Na perspectiva anglo-saxônica, sob a vertente da *privacy*, lembre-se que foi em 1890 que se publicou na *Harvard Law Review* o célebre artigo de Warren e Brandeis, intitulado “*The right to privacy*”, em que se definiu tal pretensão como o “direito a ser deixado só” (*the right to be left alone*). De nítida inspiração iluminista, tal concepção propugnava a construção de uma esfera de intangibilidade da pessoa frente aos poderes públicos e privados⁵². Posteriormente, a tutela da *privacy* se estendeu a outros domínios, em virtude, sobretudo, da atuação da jurisprudência, chegando a alcançar a autodeterminação individual em domínios como o uso de contraceptivos (*Griswold vs Connecticut*), o aborto (*Roe vs Wade*) e a união entre pessoas do mesmo sexo (*Goodridge vs Department of Public Health*)⁵³. A eutanásia e a suspensão de hidratação e de alimentação de pacientes em estado vegetativo constitui outro campo em que se invoca o direito à autodeterminação⁵⁴.

A autodeterminação se manifestaria como o núcleo essencial da dignidade humana, concretizando-se na capacidade de decidir sobre as próprias ações e o próprio destino⁵⁵. É de se questionar, porém, se tal concepção não se assentaria em uma visão individualista e sobre uma antropologia “negativa”, que acaba por afirmar direitos cada vez mais insaciáveis, delegando ao Estado, muitas vezes, a disciplina da autodeterminação em variados domínios, por meio de regras minuciosas que acabam por limitar a mesma liberdade que se pretendia proteger⁵⁶. Propõe-se, em contrapartida, uma “antropologia positiva”, que afirme a existência de valores minimamente compartilhados que, respeitando a subjetividade, não decaia no subjetivismo, e permita afirmar “parâmetros comuns” a serem contrapostos à exaltação de “todas as necessidades e de todos os desejos”. Mesmo para quem defende o multiculturalismo é possível afirmar que condutas como o canibalismo, os sacrifícios humanos e as mutilações genitais, praticadas em mulheres em países africanos, por exemplo, são evidentemente

51 BOTTINI, Fabien. C'est grave docteur? À propos du caractère “schizophrénique” de la notion de “dignité humaine”. In *Revista Pensar*. Fortaleza. V. 18, n. 1, jan./abr. 2013, p. 117.

52 A propósito, examinar ANTONINI, Luca (Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionale, p. 4, in <http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>, acesso em 23/4/2014).

53 ANTONINI, Luca (Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionale, p. 5, in <http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>, acesso em 23/4/2014).

54 ANTONINI, Luca (Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionale, p. 5, in <http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>, acesso em 23/4/2014).

55 ANTONINI, Luca (Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionale, p. 7, in <http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>, acesso em 23/4/2014).

56 ANTONINI, Luca (Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionale, p. 14, in <http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>, acesso em 23/4/2014).

te lesivas da dignidade humana. Assim, mesmo que não se entre facilmente de acordo quanto a tais valores é evidente que eles existem⁵⁷.

Malgrado a dificuldade de afirmar, em sociedades pluralistas, os limites para o reconhecimento como fundamentais de pretensões oriundas da autodeterminação da pessoa, e considerando a necessidade de evitar decisionismos e subjetivismos, se propõe um sistema móvel de critérios para identificar tal caráter jusfundamental. De início, é de se lembrar a prevalência da liberdade individual quanto às decisões relativas ao próprio plano de vida. Na medida em que tal capacidade de decisão não afete direitos e interesses de outras pessoas, maior seria o dever do Estado e da sociedade de reconhecê-los. Principalmente se de tal reconhecimento decorrer o afastamento de situações discriminatórias ou a afirmação de aspectos essenciais à identidade da pessoa. Assim, por exemplo, merecem ser consideradas a união entre pessoas do mesmo sexo e a admissão da cirurgia de transexualização, incluída como procedimento no âmbito do Sistema Único de Saúde brasileiro⁵⁸, além da respectiva mudança do sexo no registro civil, como forma de permitir ao indivíduo fazer sua aparência corresponder à sua sexualidade. Mais problemática, porém, se mostra reconhecer como jusfundamental pretensão direito à amputação que venha a ser buscado por pessoas portadoras de apotemnofilia, ou *body integrity identity disorder*, uma condição que afeta pessoas fisicamente sãs mas que desejam ter um membro amputado ou parte do corpo alterada⁵⁹. A ausência de exigência médica para tal procedimento e a diminuição permanente e grave da integridade física que dele decorre levam a afastar tal reconhecimento, impedindo também que se busque o seu custeio por meio do Sistema Único de Saúde, o que acarretaria impacto sobre toda a sociedade e o orçamento dedicado à saúde.

Quanto maior o grau de afetação de interesses e direitos de terceiros também menor deve ser a possibilidade de se invocar um caráter jusfundamental a partir das ideias de dignidade e de autodeterminação. Nesse sentido, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu art. 23, item 2, muito embora assegure “os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças” impõe que em todos os casos “prevalecerá o superior interesse da criança”. Na concretização de referido dispositivo, o legislador e o julgador deverão ponderar adequadamente se o interesse da criança será salvaguardado pela adoção pretendida, podendo haver casos em que se reconheça que a adoção por pessoa com deficiência não será a melhor via para a proteção do interesse da criança. Ou seja, mesmo que se reconheça como formalmente fundamental o direito à adoção, ele há de ser ponderado com o interesse da criança. Diante da constitucionaliza-

57 ANTONINI, Luca (Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionale, p. 16, in <http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>, acesso em 23/4/2014).

58 Conforme Portaria 2.803, de 19 de novembro de 2013, do Ministro de Estado da Saúde (DOU de 21 de novembro de 2013, Seção 1, p. 25).

59 Sobre tal situação, examinar BODIN DE MORAES, Maria Celina (*Na medida da pessoa humana*. Estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 130-131).

ção formal, em virtude de sua aprovação segundo o rito do § 3º ao artigo 5º da CF/88, da prevalência do interesse da criança no caso de adoção por pessoa com deficiência, será que, por exigências de igualdade, tal interesse também não deve ser considerado preponderante no caso de adoção por casal homoafetivo? A resposta somente há de ser positiva.

A condição da pessoa humana sobre a Terra impõe considerar os vínculos que unem os indivíduos. Viver, lembra Hannah Arendt, é “estar entre os homens”, *inter homines esse*⁶⁰. Tal circunstância impõe afastar o reconhecimento dos direitos fundamentais do individualismo egoísta e reiterar as exigências de solidariedade e de sociabilidade que aproximam as pessoas.

5. Conclusão

Os critérios propostos para o reconhecimento da fundamentalidade de posições individuais decorrentes da autonomia da pessoa e de sua dignidade sem dúvida alguma são incompletos, não dão conta de todas as situações existenciais e merecem ser aprofundados. Constituem, porém, um passo no sentido de chamar a atenção para as exigências decorrentes da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. A necessidade de se considerar posições jurídicas de terceiros, afastando do mero capricho individualista a afirmação de novos direitos fundamentais, leva também à necessidade de com frequência se recorrer à ponderação e à apresentação de argumentos convincentes para a afirmação da fundamentalidade de uma situação existencial. Em consequência, há de se concluir que afirmações decisionistas, como a de que as situações existenciais devem sempre prevalecer sobre as patrimoniais, não se mostram adequadas constitucionalmente, porque muitas situações patrimoniais revestem-se também da condição de direitos fundamentais, ligados à proteção da propriedade e da livre iniciativa, por exemplo. Reafirma-se ainda a necessidade de uma hermenêutica adequada no tocante aos temas acima referidos, que considere a vinculação da norma à realidade na atribuição de sentido e na concretização dos dispositivos constitucionais, bem como a devida apreciação das circunstâncias do caso a ser decidido.

6. Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANTONINI, Luca. Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionale, in <http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf>, acesso em 23/4/2014.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

60 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 16.

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BOTTINI, Fabien. C'est grave docteur? À propos du caractère "schizophrénique" de la notion de "dignité humaine". In *Revista Pensar*. Fortaleza. V. 18, n. 1, jan./abr. 2013, p. 98-121.
- CANOTILHO J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique, in *Révue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, n° 3, maio/junho de 1998, Paris, LGDJ, p. 659-690.
- CORDEIRO, António Menezes. Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa. In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, dezembro de 2001, Lisboa, p. 1229-1256.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas. In <http://works.bepress.com/pfc/44>, 2006, acesso em 29/04/2014.
- DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.
- HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do Art. 5º da Constituição Federal. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-33.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- NABAIS, José Casalta. Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais, in *Revista de Direito Público da Economia*, Ano 6, n. 22, abril/junho de 2008, Editora Fórum: Belo Horizonte, p. 61-95.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O direito geral de personalidade e a "solução do dissentimento"*. Ensaio sobre um caso de "Constitucionalização" do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- OTERO, Paulo. *A Democracia Totalitária*. Cascais: Principia, 2001.
- _____. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª edição, 2007.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 149-261.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil. In VERA-CRUZ PINTO, Eduardo; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo (Org.). *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. 3, p. 61-90.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *Diálogos sobre direito civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24.

5

A CAPACIDADE DOS INCAPAZES: O DIÁLOGO ENTRE A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO¹

“Se o homem amoldara as cousas a seu jeito, não admira que amoldasse também o homem.”

Machado de Assis

Joyceane Bezerra de Menezes²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A ressignificação da noção de status e a tutela da pessoa – 3. A Convenção da ONU sobre as pessoas com deficiência e o modelo social de abordagem – 4. Os efeitos da Convenção da ONU sobre a sistemática tradicional da Capacidade no Código Civil Brasileiro – 4.1. Capacidade de agir relativamente às questões existenciais – 4.2. A teoria da incindibilidade da capacidade civil – 5. Conclusão – 6. Referências.

1 Estudo realizado no âmbito do Projeto intitulado A simbiose entre o público e o privado no Direito civil-constitucional: uma discussão sobre o espaço da autonomia ético-existencial, intimidade e vida privada”, no.: 552337/2011-0. Chamada Pública MCT/CNPq/MEC/CAPES - Ação Transversal nº 06/2011 - Casadinho/Procad.

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora Adjunta do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado/Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) com a disciplina de Direito de Personalidade. Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará, nas disciplinas Direito de Família e Direito das Sucessões. Email <Joyceane@unifor.br>

1. Introdução

O sofrimento psíquico é um fato comum entre nós, pois já atinge cerca de 10% (dez por cento) da população adulta, em todo mundo. Dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) apontam que cerca de 25% (vinte e cinco por cento) da população mundial apresenta algum tipo de transtorno mental ou comportamental.³ No Brasil, o Censo Demográfico de 2010⁴ informou que um total de 45.606.048 milhões de pessoas (o equivalente a 23% da população brasileira) declararam apresentar alguma das deficiências indicadas no questionário.⁵ Desse universo, 1,4% (um vírgula quatro) se autodeclarou com deficiência psíquica ou intelectual. Estima-se, porém, que o número real de pessoas com esse tipo de deficiência seja bem superior. Por temor do preconceito, é possível que alguns hajam ocultado eventuais limitações psíquicas e intelectuais.

Ao longo do tempo e nas diferentes culturas, a loucura teve explicações pautadas nas mais variadas causas, mas sempre foi objeto de repulsa e preconceito sociais. Por razões místicas ou religiosas, entendia-se que o estado da loucura era resultante de maldição ou de possessão demoníaca, justificando-se o alijamento dos loucos como se faziam com os leprosos e os criminosos. Somente no século XVIII, em razão do desenvolvimento da psiquiatria, o sofrimento psíquico passou a ser interpretado como um problema de saúde mental. E muito mais tarde, com o avanço da neurociência, as pesquisas concluíram que a origem dos transtornos psíquicos e dos déficits intelectuais não estão relacionados apenas aos fatores genéticos, mas também a causas ambientais e sociais.⁶

Em consequência do avanço da ciência, o enfrentamento dos problemas correlatos à deficiência psíquica e intelectual passou a demandar a articulação de saberes multidisciplinares que extrapolam o âmbito exclusivo da medicina. Igualmente, pas-

3 OMS. The World health report: 2001: Mental health: new understanding, new hope. Disponível em http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_en.pdf. Acesso em 07 de julho de 2013.

4 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico de 2010**. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em <http://loja.ibge.gov.br/censo-demografico-2010-caracteristicas-gerais-da-populac-o-religi-o-e-pessoas-com-deficiencia.html>. Acesso em 07 de julho de 2013.

5 No Censo Demográfico 2010, as perguntas formuladas buscaram identificar as deficiências visual, auditiva e motora, com seus graus de severidade, através da percepção da população sobre sua dificuldade em enxergar, ouvir e locomover-se, mesmo com o uso de facilitadores como óculos ou lentes de contato, aparelho auditivo ou bengala, e a deficiência mental ou intelectual.

6 Do original, extrai-se o seguinte trecho "For years, scientists have argued over the relative importance of genetics versus environment in the development of mental and behavioural disorders. Modern scientific evidence indicates that mental and behavioural disorders are the result of genetics plus environment or, in other words, the interaction of biology with psychological and social factors. The brain does not simply reflect the deterministic unfolding of complex genetic programmes, nor is human behaviour the mere result of environmental determinism. Prenatally and throughout life, genes and environment are involved in a set of inextricable interactions. These interactions are crucial to the development and course of mental and behavioural disorders." (WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The World health report 2001**: Mental health, new understanding, new hope. Switzerland: WHO Library Cataloguing in Publication Data. 2001, p.12 e segs. Disponível em: http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_en.pdf . Acesso em: 10 de maio de 2013).

saram a requerer mudanças comportamentais e estruturais na sociedade com o fim de se reduziremos obstáculos sociais à capacidade do sujeito com deficiência. Pois é consabido que as limitações físicas e psíquicas impostas pela deficiência são severamente agravadas pelas limitações sociais e institucionais.

Um cego, por exemplo, ainda que esteja na absoluta administração de seu juízo crítico, é impedido de testar nas modalidades de testamento particular e cerrado. Só poderá fazê-lo por meio de testamento público, em vista da limitação imposta pelo art.1867 do Código Civil Brasileiro. Ora, se o estrangeiro pode testar na modalidade particular ou cerrada, usando o seu idioma *mater*, porque não poderia o cego fazê-lo em *braille*? Paulo Lôbo⁷ entende que essa restrição já não faz sentido, diante da possibilidade plena e escorreita de sua comunicação por meio da linguagem *em braille*. Em outro exemplo, destaca-se a Lei no. 8.213/91 que obriga as empresas com um número de empregados superior a 100 (cem), a contratar pessoas com deficiência física, psíquica ou intelectual, sob pena de multa.⁸ Na maioria dos casos, quando o deficiente psíquico ou intelectual é contratado, os empregadores desacreditam de suas habilidades e competências. Se cumprem a exigência legal é para se afastarem da multa, e não em virtude de um compromisso assumido com a inclusão ou o aproveitamento do potencial da pessoa com deficiência.

É necessário evoluir-se do chamado *modelo médico*, segundo o qual a deficiência psíquica e intelectual é qualificada como uma patologia essencialmente física que implica na incapacitação e exclusão definitiva do sujeito, para o *modelo social*, no qual a deficiência é compreendida como resultante da influência de um conjunto de fatores físicos, psicológicos, sociais e ambientais.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) segue o modelo social de abordagem da deficiência, definindo-a como o conjunto de limitações impostas pelas estruturas do corpo e/ou pela influência de fatores sociais e ambientais.⁹ Dada à complexidade dos fatores que atuam para a limitação da pessoa, impõe-se a utilização de recursos que vão além dos fármacos e da atenção multidisciplinar em matéria de saúde. Isso implica em uma reengenharia das estruturas sociais para a superação dos obstáculos

7 LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013, p.222.

8 Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.....	5%.

9 Considera a saúde mental como o bem-estar subjetivo que permite ao sujeito o exercício de suas habilidades e competências, autonomia, competências, mediante o autocontrole do seu desenvolvimento intelectual e emocional na vida de relação com os demais. (WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The World health report 2001**: Mental health, new understanding, new hope. Switzerland: WHO Library Cataloguing in Publication Data. 2001, p.05. Disponível em: http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_en.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2013).

institucionais e um esforço educacional severo para aniquilar o preconceito que desqualifica o deficiente psíquico ou intelectual como uma pessoa capaz de agir.

No plano jurídico, a remoção desses obstáculos sociais começa pelo reconhecimento de sua personalidade e de sua capacidade, assegurando-lhe uma tutela direta e específica, comum à segunda fase de proteção dos direitos humanos.¹⁰

Em vista desses objetivos é que a Organização das Nações Unidas propôs a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.¹¹ Neste documento, a pessoa com deficiência é definida como aquela que “têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”. E a ela se reconhece a capacidade legal para todos os aspectos da vida, em igualdade de condição com as demais.¹²

Importa analisar os efeitos dessa Convenção sobre a ordem civil brasileira, especialmente, para avaliar o reconhecimento da capacidade de agir das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual em face dos artigos 3º. e 4º. do Código Civil Brasileiro, que estabelecem a classificação das incapacidades.

O desenvolvimento da análise perpassa, necessariamente, a ressignificação da noção de *status* em face da ampla tutela da pessoa que propõem os documentos internacionais e as normas constitucionais brasileiras. Por equivocada e insuficiente, abandona-se qualquer interpretação isolacionista dos institutos de Direito Civil, especialmente quando o objeto da análise é a pessoa natural, titular de direitos humanos na ordem internacional e de direitos fundamentais na ordem interna. A correlação entre Direitos Humanos e o Direito Civil é tão estreita que permite afirmar os primeiros como o gênero do qual o último é espécie.¹³ Nesse contexto, será forçoso abandonar aquela noção de *status*, de matiz romanista, utilizada para limitar a titularidade, o gozo e o exercício dos direitos pelas pessoas. Ao final, serão analisados os efeitos da Convenção da ONU sobre regime das incapacidades no Brasil, considerando, especialmente, a influência do modelo social de abordagem da deficiência.

A hipótese central é a de que aquele documento sustenta a incindibilidade entre a capacidade civil de gozo e a capacidade de exercício no que toca às questões existenciais.¹⁴ O que permite à pessoa com deficiência decidir autonomamente sobre

10 PIOVESAN, Flávia, Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S. e LEITE, Glauco S. (Coord). São Paulo: Saraiva, 2012, p.43.

11 No Brasil, a presente Convenção foi ratificada por meio do Decreto no.186/2008, com *quorum* qualificado de três quintos nas duas casas do parlamento federal, em dois turnos, conforme instrui o art.5o. §3o., da Constituição Federal, logrando com isso, a hierarquia de Emenda Constitucional. Por meio do Decreto Presidencial no. 6949/2009, o Presidente da República sancionou aquele decreto legislativo.

12 “Art.12. (...)3. Os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.”

13 OLIVEIRA, Almir de. Os direitos humanos e o direito civil brasileiro. *In Estudos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.183.

14 Nos termos do que, no Brasil, já afirma Paulo Lôbo (**Direito Civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010).

as coisas que lhes dizem respeito, especialmente àquelas questões de natureza existencial, situadas no plano do ser.

2. A resignificação da noção de status e a tutela da pessoa

O reconhecimento dos direitos humanos na sociedade ocidental tem raízes muito anteriores às declarações do século XVIII. No período axial da história já se falava na igualdade essencial entre os homens, embora esta não fosse extensiva a todos os seres humanos. Destinava-se a uma classe restrita de sujeitos, identificados a partir do *status* que ocupavam na comunidade organizada. Por muito tempo, o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae* condicionaram o efetivo acesso dos indivíduos à igualdade e à liberdade.¹⁵

Na Antiguidade, os escravos não eram titulares de direitos porque não eram *persona*, faltava-lhes o *status libertatis*. Até um passado recente, as mulheres e as crianças também não tinham o gozo pleno daqueles direitos, por lhes faltarem a cidadania ou a capacidade civil. As pessoas com deficiência psíquica ou intelectual foram as mais prejudicadas, na medida em que a incapacidade absoluta ou relativa praticamente lhes subtraía a condição de sujeito de direitos.

A igualdade universal entre os homens somente foi proclamada formalmente após vinte e cinco séculos da hominização na Terra, primeiro pela Declaração da Virgínia (1776), seguida da Declaração Universal de Direitos Humanos, na França de 1789. Inobstante, essas declarações não lograram suprimir o quadro de desigualdade, pois apenas os sujeitos masculinos, brancos, adultos, cidadãos, capazes e proprietários gozavam da condição de sujeitos *optimo iure*.¹⁶ Foi longo o percurso evolutivo que progressivamente quebrou a subordinação dos direitos humanos à ideia de *status* de ascendência romana.¹⁷

Até mesmo no século XX, quando se enalteceu o valor pessoa no Direito, a noção de *status* ainda condicionava o gozo das liberdades. Sem o *status civitatis*, os apátridas eram expulsos da humanidade e de pouco lhes valiam os direitos humanos, cuja eficácia ainda se operava apenas no âmbito das comunidades políticas e em consideração ao vínculo de cidadania.¹⁸ Quando os judeus foram perseguidos pelo

15 A sistemática romanística já descrevia uma gama de posições jurídicas que o indivíduo poderia assumir em termos de *status libertatis*, *civitatis* e *familiae*, demarcando sua pertinência como sujeito jurídico no âmbito daquela comunidade social e política. (PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status. **Civilística.com**. A.2., n.1, 2013, p.12. Disponível em: <<http://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/>>. Acesso em: 12 maio de 2013)

16 FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p.23.

17 PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status. **Civilística.com**. A.2., n.1, 2013, p.3. Disponível em: <<http://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/>>. Acesso em: 12 maio de 2013.

18 “Não é por acaso que os nazistas iniciaram a perseguição aos judeus privando-os do *status civitatis*, para poder convertê-los em “inimigos objetivos”. Não é também por acaso que o território mais usual dos apátridas, nos anos 30, tenha sido o campo de internamento – o limbo, como foi visto no capítulo III, no qual são recolhidos, mesmo em regimes não-totalitários, os “elementos indesejáveis”. (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.147-148).

regime nazista, privados do *status civitatis*, converteram-se em um nada jurídico, cuja conexão com o mundo se dava somente pelo fato natural de sua existência.

Foi refletindo sobre o holocausto e a dispersão dos judeus que Hannah Arendt identificou a importância do *direito a ter direitos*. Defendia que este deveria ser o primeiro direito humano a ser resguardado como forma de evitar a morte civil do indivíduo desvinculado de sua comunidade política.¹⁹

No pós-guerra, a idéia ganhou importância para o Direito Internacional Público e o homem passou a gozar da mais ampla proteção, independentemente de seu vínculo nacional.²⁰ Nesse compasso, a cidadania se desvinculou do *status civitatis*, passando a se consubstanciar como *um direito a ter direitos* até mesmo perante a ordem internacional.²¹

Restou esgarçada a compreensão romanística de *status* como pressuposto-fonte de direitos e deveres.²² Atualmente o *status* corresponde a um aspecto singular da pessoa, ao complexo de suas qualidades juridicamente relevantes, independentemente de sua atividade social, de seu vínculo nacional ou de sua posição na estrutura familiar. O *status* está muito mais correlacionado ao catálogo dos direitos de personalidade a que o sujeito tem acesso pelos simples fato de existir.²³

Sendo a personalidade um atributo inseparável do homem, é ela própria que lhe confere a condição de pessoa-sujeito de direitos e de obrigações.²⁴ A nacionalidade, a condição familiar ou mesmo a capacidade civil não podem justificar a restrição ao exercício e ao gozo dos direitos existenciais, funcionam muito mais como fórmu-

19 LAFER, Celso. Op.cit., p.153-154.

20 Na explicação de Flávia Piovesan, “essa concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do Pós-Guerra”. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.” Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”. (PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S. e LEITE, Glauco S. (Coord). São Paulo: Saraiva, 2012, p.37-38).

21 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 155.

22 Em respeito à tradição romana, o estado civil serviria para informar a qualidade da pessoa que justifica sua posição em face do Direito, como titular de direitos e de deveres. São exemplos de estado civil: a nacionalidade, o matrimônio e a posição do sujeito na família, a idade e a incapacidade. (Cf. DÍEZ-PICAZO, Luis. **Instituciones de Derecho Civil**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.131-132).

23 PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status. **Civilistica.com**. A.2., n.1, 2013, p.14. Disponível em: <<http://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/>>. Acesso em: 12 maio de 2013.

24 DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p.169.

las descritivas de situações jurídicas específicas.²⁵ A cidadania é condicionante para o exercício de muitos direitos políticos, como a elegibilidade e o direito de votar; a posição do sujeito na família, informa a sua condição de *pater* ou de *filius*; já a capacidade civil é determinante para a prática de atos jurídicos potestativos, a exemplo da compra e venda de bens imóveis, do casamento, do testamento etc. Nenhuma dessas posições, porém, poderá implicar na supressão ou restrição de direitos existenciais.

A noção de capacidade civil importa no acolhimento integral das dimensões física e psíquica da pessoa. Tradicionalmente, é bipartida em capacidade de gozo e capacidade de exercício, sendo a última reservada àqueles que tem aptidão ou idoneidade para a realização eficaz dos atos jurídicos, nos termos definidos por lei ou por sentença.²⁶ Eventuais restrições à capacidade de exercício estão, em geral, associadas à idade ou à falta de aptidão da pessoa para se autogovernar e/ou compreender o trânsito negocial da vida civil.

É comum o legislador graduar a restrição à capacidade, conforme a intensidade das limitações do sujeito para discernir os efeitos das suas escolhas ou manifestar escorreiamente a sua vontade. No exemplo do Código Civil Brasileiro, o art.3º.²⁷ arrola os que são considerados absolutamente incapazes e o artigo 4º.²⁸ aponta aqueles que identifica como relativamente incapazes para a prática dos atos da vida civil.

A mitigação da capacidade civil para decidir quanto às questões existenciais, sempre trará prejuízos ao desenvolvimento da pessoa moral. Representa uma limitação à autodeterminação. Ademais, relativamente às questões existenciais, a titularidade do direito atrai a legitimidade para o seu exercício.²⁹ Por isso, ainda que o sujeito não tenha competência para praticar atos civis de natureza patrimonial, deve ter a

25 Na construção de Francesco Prospero, “Le considerazione svolte consentono, dunque, di concludere che la nozione di *status*, fuori del significato tradizionale di commisurazione della stessa capacità giuridica dei soggetti in relazione alla loro appartenenza ad una determinate categoria sociale, inaccettabile nei moderni ordenamenti ispirati al principio dell’eguaglianza dei cittadini, assume un valore puramente convenzionale, di formula sinteticamente descrittiva di una serie di effetti o situazione piuttosto che altre.” (In . Rilevanza della persona e nozione di status. *Civilistica.com*. A.2., n.1, 2013, p.14. Disponível em: <<http://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/>>. Acesso em: 12 maio de 2013).

26 DÍEZ-PICAZO, Luis. **Instituciones de Derecho Civil**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.126.

27 Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

28 Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

29 “Posto, infatti, che l’effettivo esercizio dei diritti personali non può comunque avvenire prima del conseguimento da parte del titolare della capacità di discernimento, l’affermata inscindibilità tra momento della titolarità e quello dell’esercizio condurrebbe necessariamente all’paradossale conclusione che i diritti esistenziali si acquistano successivamente alla nascita” (PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status. *Civilistica.com*. A.2., n.1, 2013, p.17-18. Disponível em: <<http://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/>>. Acesso em: 12 maio de 2013).

possibilidade de decidir sobre as matérias de conteúdo existencial. Nessa perspectiva, Paulo Lobo³⁰ assegura que a restrição da capacidade de exercício não se aplica aos direitos não patrimoniais.

Toda pessoa tem direito ao pleno desenvolvimento de sua vida privada, merecendo proteção quanto ao exercício da autonomia para realizar escolhas existenciais.³¹ A pessoa e não mais aquele sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio, constitui o valor central do ordenamento jurídico. Essa é a base axiológica que sustenta a Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência.

3. A Convenção da ONU sobre as pessoas com deficiência e o modelo social de abordagem

É fácil perceber a ética da alteridade permeando o texto dessa Convenção, característica comum aos direitos humanos da segunda fase,³² voltados para a tutela de grupos vulneráveis, a exemplo das crianças, adolescentes, mulheres, idosos e portadores de deficiências físicas e mentais.³³ Traduz uma ética que “vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolvimento as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena.”³⁴

Dentre os objetivos primordiais do documento, está o reconhecimento da capacidade civil da pessoa com deficiência e a proibição da discriminação em virtude da limitação funcional, mental ou intelectual que sofre. Define as pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (art.1o.). Propõe uma ruptura com o chamado modelo médico de abordagem que compreende a deficiência como uma limitação puramente individual, passível de tratamento e cura. Na atual perspectiva, o foco está na inclusão da pessoa na sociedade e não em sua adaptação às condições do entorno.

30 Em transcrição *in verbis*, “A capacidade de exercício não abrange os direitos não patrimoniais, que emerge exclusivamente do estado da pessoa humana, como o direito à identidade pessoal ou ao nome, cujo exercício não depende da capacidade do titular”. (LÓBO, Paulo. **Direito Civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p.120).

31 MORAES, Maria Celina Bodinde. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.190).

32 Nesta fase, verifica-se um processo de especificação do sujeito de direito, marcada pela proteção específica por meio de tratados internacionais que visam a eliminação de toda forma de discriminação. (PIOVESAN, Flávia. **Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S. e LEITE, Glauco S. (Coord). São Paulo: Saraiva, 2012, p.43).

33 MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.84.

34 PIOVESAN, Flávia. **Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S. e LEITE, Glauco S. (Coord). São Paulo: Saraiva, 2012, p.34.

Em vista desses objetivos, a Convenção inscreve um conjunto de princípios que enfatiza a necessidade do respeito à dignidade e à autonomia da pessoa para realizar suas escolhas; a não discriminação; sua plena participação e inclusão social; o respeito à diferença como parte da diversidade humana; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade e a mobilidade; a igualdade entre homens e mulheres; o respeito ao livre desenvolvimento e à identidade das crianças (art.3). Tudo em consonância com o chamado modelo social de abordagem, para o qual a deficiência não decorre apenas das limitações físicas e psíquicas inerentes ao indivíduo, mas também da interação dessas limitações com as barreiras sociais. Triparte essas barreiras em três modalidades distintas: *as barreiras de atitude*, representadas pelo medo, pela ignorância e pelas baixas expectativas; *as barreiras do meio*, resultantes da inacessibilidade física presentes no entorno e *as barreiras institucionais* que são as discriminações dotadas de amparo legal, justificando a exclusão de alguns direitos às pessoas com deficiência.

A Convenção procura confrontar as *barreiras de atitude* pela promoção da educação (art.24) e pela conscientização das pessoas em sociedade (art.8), pelo repúdio à discriminação (art.5); pelas garantias à vida (art.10), pela proteção contra a violência, a exploração e o abuso (art.16), dentre outros. Em vista das *barreiras do meio*, impõe a garantia de acessibilidade (art.9º.) e mobilidade pessoal (art.20). Para vencer as *barreiras institucionais*, institui uma série de direitos envolvem a tutela da vida (art.10), da igualdade (art.12), da liberdade em suas diversas modalidades (arts.14, 18, 21), da saúde (art.25), o direito à vida e à inclusão comunitária (art.19), o direito à privacidade (art.22), o direito de constituição de família (art.23), o direito ao trabalho e emprego (art.27), à assistência social.³⁵

Interessa ao presente estudo, a estratégia prevista no art.12, que impõe o reconhecimento da personalidade jurídica e da capacidade legal das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais. Por meio dessa disposição, intenta resgatar a autonomia do indivíduo e combater a desigualdade e a discriminação em virtude da deficiência (art.1º.).

4. Os efeitos da Convenção da ONU sobre a sistemática tradicional da Capacidade no Código Civil Brasileiro

O principal efeito da Convenção sobre a sistemática tradicional da capacidade civil, está em denunciar seu viés discriminatório e patrimonialista. A disciplina da capacidade civil na legislação civil é, atualmente, incompatível com a sistemática dos direitos humanos, na medida em que pode prejudicar o exercício correto dos direitos de personalidade por aqueles que sofrem uma limitação de ordem psíquica ou intelectual. E é para assegurar os interesses da pessoa com deficiência que a Con-

35 A esse respeito, ver o artigo intitulado “A involução dos direitos previdenciários das crianças e adolescentes: uma leitura a partir dos direitos humanos” das autoras Nívia Cardoso Guirra Santana e Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima, publicado pela Pensar, Revista de Ciências Jurídicas. V. 18, n. 1, p. 210-238, jan./abr. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2013.

venção enfatiza a necessidade de se respeitarem-lhe a dignidade e a personalidade, utilizando-se de várias estratégias, dentre as quais, o reconhecimento de sua capacidade de agir.

Considerando que essa norma internacional foi ratificada pelo Congresso Nacional, mediante quórum qualificado, recebeu *status* de norma constitucional e, conseqüentemente, superioridade hierárquica à legislação civil. Isso implica na necessária modificação de qualquer lei civil que lhe for contrária, seja por meio de outra lei³⁶ ou, quando suficiente, pela interpretação conforme os direitos consignados naquele documento ratificado.

Reitera-se que a capacidade civil é o atributo da personalidade que confere à pessoa a habilidade para ser sujeito de direitos;³⁷ enquanto a autonomia, seu conteúdo substancial, é uma necessidade humana que suscita o surgimento de vários direitos.³⁸ É inalienável, indisponível e imprescritível. Inobstante a sua importância, o Código Civil brasileiro permite a restrição da capacidade de exercício para a prática dos atos da vida civil por aqueles que não tem o necessário discernimento, independentemente de tais causarem repercussão na esfera patrimonial ou existencial. Justifica essa restrição no fato da imaturidade ou da *anormalidade* da pessoa e, conseqüentemente, na premência de se lhes dispensar maior proteção.

Embora a pessoa seja considerada um valor jurídico fundamental,³⁹ o regime jurídico da capacidade civil e a sua articulação com os mecanismos de suprimento das incapacidades (a exemplo da tutela, da curatela e do poder familiar) não estão perfeitamente ajustados. Historicamente, a disciplina da capacidade civil tem ligações profundas com a lógica do direito patrimonial. E isso resulta em alguma dificul-

36 A Convenção orienta, no art.4, item 1, alínea b, que os Estados Partes devem “adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência”.

37 “Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade de relações jurídicas.” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.27).

38 Na explicação de Gustin (1999, p.30) “Da mesma forma, o pensamento atual sobre a correlação necessidade/direito tem-se conduzido para a concepção das necessidades como tema de grande valor normativo e que facilita a compreensão de sua potencialidade argumentativa e da relação que é capaz de estabelecer entre ser e dever ser. Assim, as necessidades concedem ao indivíduo razões e argumentos sobre a justiça e justeza das coisas e dos fatos; portanto, sobre a sua legitimidade. E esse indivíduo deve ser preservado em sua dignidade e autonomia no sentido de que, frente ao direito, é dono de seus atos e de suas decisões. O campo identifica a pessoa como portadora de responsabilidade e, por conseguinte, de deveres. Essa atribuição de responsabilidade já supõe, portanto, autonomia”.

39 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.48.

dade para o seu alinhamento às demandas decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana,⁴⁰ notadamente relacionadas às questões existenciais.⁴¹

De toda sorte, sempre se reconheceu o prejuízo que a declaração de incapacidade pode trazer ao exercício da autonomia e à personalidade do indivíduo, razão pela qual a interdição é “encarada *stricti iuris*, e sob a iluminação do princípio segundo o qual *a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção*”.⁴² Quanto a isso, a jurisprudência não vacila.⁴³

Mas é necessário um cuidado maior. Já não se pode tratar o instituto sob o prisma exclusivo do direito privado nacional, pois a discussão sobre a capacidade ou a incapacidade do sujeito transborda a ordem jurídica interna para suscitar uma proteção internacional. Envolve uma discussão sobre a titularidade e o exercício de direitos humanos que é superior à discussão sobre o poder de agir na esfera patrimonial ou negocial.

Nesse esteio, a Convenção aposta na vontade jurígena das pessoas com deficiência. Preservando alguma competência mental para decidir, o indivíduo deve ter a sua capacidade de exercício respeitada, a fim de não se reproduzir o tratamento discriminatório que lhe nega a personalidade jurídica e autoriza a substituição da sua vontade pela do representante legal.⁴⁴

40 Em vista do conjunto de direitos humanos que ingressam na ordem civil pátria, tantas vezes, com o *status* de norma constitucional, cumpre-se realizar os devidos ajustes no campo do direito civil para evitar prejuízos à unidade axiológica e organização sistemática da ordem jurídica. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes aduz que “Deve-se, no entanto, e isto é imprescindível, explorar mais detalhadamente a dimensão atribuída, no ordenamento jurídico vigente, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque tal parece ser o único princípio capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática necessária à recriação dos institutos e das categorias do direito civil” (In **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.84).

41 Ainda não foi incorporado que “a noção de autonomia privada sofre uma profunda e marcante transformação conforme a sua incidência ocorra no âmbito de uma relação patrimonial ou de uma relação pessoal, não patrimonial”. No plano de sua existência, a pessoa tem direito ao pleno desenvolvimento, merecendo proteção constitucional reforçada tudo aquilo que diz respeito às suas escolhas existenciais, por natureza, indispensáveis à exequibilidade da dignidade da pessoa (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.190).

42 PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.226.

43 Apelação Cível - Ação de Interdição - Necessidade de prova robusta da incapacidade - Laudos conflitantes - Depoimento pessoal da interditanda - Conclusão da perita - Incapacidade não demonstrada. I - A interdição refere-se ao ato através do qual o juiz, declarando o interditando como pessoa civilmente incapaz, total ou parcialmente, para a prática dos atos da vida civil, retira-lhe a administração e a livre disposição de seus bens, consistindo numa medida eminentemente protetiva, com vistas a resguardar o patrimônio daquele que não possui mais o necessário discernimento para tanto. Entretanto, ante a drasticidade da medida, a sua adoção deve ser precedida de prova robusta da incapacidade do interditando, pois a decisão implicará na privação da sua capacidade para exercer os atos da vida civil; II - No caso dos autos, diante da contradição entre os laudos periciais lavrados, e sobretudo diante do depoimento pessoal da interditanda e da conclusão da médica perita, verifica-se que o quadro patológico apresentado pela mesma não se enquadra na categoria de doença mental grave suscetível de processo de interdição, e que, mesmo diante das limitações impostas pela doença que possui, ainda possui capacidade de discernimento para exercer a sua capacidade civil, sem a necessidade de um curador para assisti-la, necessitando tão somente de acompanhamento médico e psicológico; III - Recurso conhecido e desprovido. (TJ-SE - AC: 2012211609 SE, Relator: DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 10/07/2012, 2ª. CÂMARA CÍVEL).

44 “Art. 12 - 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em

Enquanto uma necessidade humana, a autonomia⁴⁵ (substância da capacidade civil) é indispensável à construção da identidade. E para esse processo de autocriação, é importante assegurar a integridade daquele que tem capacidade de realizar escolhas e não apenas o seu bem-estar. É fundamental assegurar à pessoa “o controle de sua própria vida, mesmo quando se comportar de um modo que, para ela própria, não estaria de modo algum de acordo com seus interesses fundamentais”⁴⁶

A concepção de autonomia centrada na integridade⁴⁷ não pressupõe que o sujeito mantenha sempre, uma irretocável coerência entre a sua conduta e os seus valores. Tampouco que realize sempre as melhores escolhas ou que invariavelmente conduza a sua vida de modo refletido e estruturado. No processo de autocriação, é admissível que se possa fazer escolhas proveitosas e acráticas.

Porém, na medida em que o sujeito perde a capacidade de autopercepção e passa a realizar, sistemática ou aleatoriamente, decisões contraditórias, incoerentes e sem objetivos discerníveis, é possível que sua autonomia esteja comprometida, ainda que a curto prazo.⁴⁸

Nesses casos, senão estiver gozando de competência mental⁴⁹ para decidir, sua capacidade poderá sofrer alguma restrição, respeitado o devido processo legal. Mes-

qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. 3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetem os direitos e interesses da pessoa. 5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.”

45 GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**. Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

46 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**, aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.319.

47 DWORKIN, Ronald. Op.cit. p.315 e segs.

48 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**, aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.320

49 Não se trata aqui de definir, por critérios abstratos e objetivos, o que seja um homem normal ou anormal. O conteúdo dessa análise envolve aspectos históricos e culturais. Para Pietro Perlingieri, “La nozione (di normalità), dunque, entra in crisi nello stesso momento in cui si tenta d’attuarela, perché non esiste una normalità o un uomo normale fueri della storia o comunque non esiste un uomo normale che può essere (non) definite tale da altri uomini: la storia ha insegnato che la normalità è stata tale o considerate tale in una certa epoca, quando si giudicava anormale chiunque si esprimesse in senso opposto a quella normalità; nell’epoca successive, invece, la definizione magari s’inverteva, o meglio s’invertiva il valore della normalità, cioè il criterio in base al quale si voleva individuare il valore dell’uomo”. (*In Lapersonalitàumananelordinamentogiuridico*. Camerino-Napoli:EdizioniScientificheItalia ne,1972, p.24).

mo para esses casos, a Convenção recomenda a utilização dos mecanismos de apoio e de salvaguarda⁵⁰ que, repita-se, devem ser manejados, sempre em seu favor e de acordo com o princípio da beneficência, cotejando dos interesses fundamentais da pessoa sujeita à proteção e não da vontade do seu representante legal.

Entenda-se por interesse fundamental⁵¹ àquilo que se estima ser o ponto de vista da própria pessoa sobre os assuntos a ela pertinentes. Para a sua apuração, exige-se uma observância acurada do conjunto de valores que a pessoa cultivava e do modo de vida que mantinha antes do comprometimento integral de seu sistema volitivo. O interesse fundamental corresponde à memória do sujeito que perdeu a volição, em virtude do estado de coma, do estado vegetativo permanente ou dos distúrbios que comprometeram sua consciência, temporária ou permanentemente.⁵² A solução pautada no respeito ao interesse fundamental da pessoa incapaz é estranha ao tradicional instituto da curatela, segundo o qual o representante legal decide, conforme sua própria vontade, os destinos do curatelado.⁵³

Considerando a hipótese na qual o indivíduo não teve a oportunidade de construir uma identidade, a exemplo daqueles que vieram ao mundo sem qualquer potencial para se desenvolver e lograr discernimento, em virtude de completo déficit psíquico, não haverá como identificar o seu interesse fundamental nos termos descritos anteriormente. Inobstante, por ser considerado uma pessoa moral e titular de dignidade, defende-se a sua autonomia como um aspecto nominal da personalidade, ainda que não seja ela exercitável ou exteriorizável.⁵⁴ Todas as decisões que lhes dis-

50 Art. 12, item 4. “Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.” Sobre o tema, ver Patricia Cuenca Gomez. In La incapacidad juridical de las personas con discapacidad: el art.12 de La Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español. **Derechos y libertades**. N. 24, Época II, enero 2011, p.221-257. Disponível em: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/rejur/numero10/cuenca.pdf>. Acesso em 12 de abril de 2013.

51 Sobre o assunto tem-se a análise de Ronald Dworkin (in **Domínio da vida**, aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.271 e segs.).

52 “A preservação da memória de tais pacientes poderia ser exercida autonomamente, não por eles, mas através de outros indivíduos, com os quais mantiveram vínculos antes da perda da memória, com base em histórias contadas por tais pacientes no passado ou por escritos deixados por eles, em que revelaram seus valores e sua própria identidade, antes do acidente que ocasionou o coma permanente ou o avanço da demência.” (BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. Algumas reflexões sobre os fundamentos dos discursos de direitos humanos e de justiça social para pessoas com deficiência mental ou cognitiva severa ou extrema. **Revista de Direitos fundamentais & Justiça**. Ano 7, no.22, 2013, jan/mar, PUCRS, 2013, p.80-97, p.93).

53 Na explicação de Caio Mário, os absolutamente incapazes são afastados de qualquer atividade do mundo jurídico, “naqueles atos que se relacionam com seus direitos e interesses, procedem por via de representantes, que agem em seu nome, falam, pensam e querem por eles”. (Instituições de Direito Civil. Vol. 1. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.229).

54 Considerar a leitura de Johan Gottlieb Fichte, citado por Ana Paula Barbosa-Fohrmann (In Algumas reflexões sobre os fundamentos dos discursos de direitos humanos e de justiça social para pessoas com deficiência mental ou

serem respeito serão confiadas a um terceiro que sempre as exercerá em respeito aos seus direitos e em atenção à sua dignidade.

No Brasil, o art.3º., do Código Civil estabelece que são absolutamente incapazes para praticar pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

O dispositivo elenca três circunstâncias distintas para suprimir toda capacidade de exercício do sujeito: a idade inferior a dezesseis anos; a deficiência psíquica de nascença ou desenvolvida ao longo da vida, que afeta o discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil e, por fim, a impossibilidade, ainda que temporária, de manifestação da vontade.

No inciso I, o legislador afasta a capacidade civil dos menores de dezesseis anos, ainda que eles estejam em dia com seu desenvolvimento intelectual e não apresentem qualquer déficit psíquico. Presume que nesta faixa etária, estabelecida arbitrariamente,⁵⁵ o menor ainda não alcançou a maturidade necessária para a prática dos atos da vida civil. Sua representação legal é feita pelos pais, titulares do poder familiar. Na falta destes, pelo tutor, nos termos do direito protetivo, caso não sejam incorporados a uma família substituta.

Inobstante a isso, sua vontade jurígena é admitida por diversos dispositivos: a Constituição Federal dispõe sobre o seu direito à convivência familiar, o que envolve a participação e o direito de ser ouvido (art.227); reconhece-lhe o direito ao trabalho, como menor aprendiz (art.7º., XXXIII); o Estatuto da Criança e do Adolescente exige o consentimento do menor, com mais de doze anos, entre os pressupostos da adoção (art.45, §2º., Lei no.8.069/90); e, por fim, o Código Civil permite, em caráter excepcional, o casamento do menor impúbere, mediante autorização do juiz (art.1.520, CC).

O inciso II afasta a capacidade de exercício das pessoas que não tem discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil pelo fato de estarem acometidas por *enfermidade* ou *doença* mental. À revelia da linguagem utilizada nos documentos internacionais sobre direitos humanos e sem considerar os avanços do saber médico em matéria de saúde mental, o Código de 2002 repetiu expressões como *enfermidade* e *doença mental* empregadas pelo antigo diploma civil.

cognitiva severa ou extrema. **Revista de Direitos fundamentais & Justiça**. Ano 7, no.22, 2013, jan/mar, PUCRS, 2013, p.94).

55 No direito comparado é possível identificar soluções diversas. Na Argentina, a total abstenção para os atos da vida civil acaba aos quatorze anos (art.127, Código Civil Argentino). O Código Civil Francês não faz separação entre a incapacidade absoluta ou relativa dos menores de 18 anos, confiando ao juiz à avaliação do discernimento do menor. Para o Código Civil Italiano, a cessação da incapacidade absoluta se dá aos dezoito anos, salvo os casos especiais descritos por lei, estabelecendo uma idade inferior (art.2).

A Constituição Brasileira de 1988 adotou a terminologia “pessoa portadora de deficiência” em quinze dispositivos distintos. Enquanto a Convenção sob análise utilizou a expressão “pessoa com deficiência”, procurando salientar a deficiência como limitação e não um *status*.⁵⁶

Na explicação de Caio Mário, a etiologia da incapacidade absoluta está na ausência completa e permanente do discernimento. Para o art.3º., II do Código Civil, a incapacidade absoluta decorre da “deficiência mental congênita ou adquirida, qualquer que seja a razão: moléstia no anencéfalo, lesão somática, traumatismo, desenvolvimento insuficiente etc – atingindo os centros cerebrais e retirando ao paciente a perfeita avaliação dos atos que pratique.”⁵⁷ A depender do grau da deficiência e da intensidade das limitações que o sujeito sofre, ele poderá ser considerado absoluta ou relativamente incapaz para a prática de certos atos da vida civil. Por esta razão, a deficiência mental também é abordada no art.4º., do Código Civil.

No inciso III, incluem-se entre os absolutamente incapazes, aqueles que não podem expressar sua vontade, ainda que devido a causa transitória. Nesta hipótese há uma inaptidão para decidir, independentemente da existência de uma deficiência psíquica ou intelectual. Como exemplo citam-se aqueles que estão em coma, em estado vegetativo permanente, sob efeito de drogas etc. Ressalta-se, porém, que a interdição somente será aplicável nos casos em que o comprometimento da vontade tiver raiz em uma causa duradoura(art.1767, II, CC).

São considerados relativamente incapazes a certos atos ou a maneira de exercê-los, as pessoas descritas no art.4º., do Código Civil:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos.

Neste dispositivo, a limitação do discernimento imposta pela idade, vício, deficiência psíquica ou intelectual justifica apenas uma parcial restrição à capacidade de exercício. Relativamente às áreas nas quais o sujeito sofre maior limitação intelectual ou psíquica para decidir, a sua capacidade de exercício poderá ser afetada com o fim de se lhe garantir especial proteção. Se, apesar da restrição à capacidade, o indivíduo relativamente incapaz lograr concluir um negócio jurídico, poderá apenas pleitear a sua anulação e não a nulidade.⁵⁸

56 Tramita no Congresso Nacional um projeto de lei (PLS 25/2013), propondo a alteração de quatro leis federais para que passem a adotar a mesma expressão utilizada na Convenção.

57 PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.232.

58 Ressalta-se, porém, que se menor concluir um negócio jurídico, omitindo dolosamente a sua idade, não poderá pleitear a ulterior anulação, visando a se desobrigar de uma obrigação (Art. 180, CC).

Para o legislador, os menores entre 16 e 18, dada a imaturidade comum a essa faixa etária,⁵⁹ tem maturidade para a prática de certos atos civis,⁶⁰ mas ainda não gozam de capacidade plena, necessitando de assistência.

Outro fator que pode implicar na incapacitação relativa é a *redução do discernimento* pela drogadição, pelo alcoolismo ou deficiência psíquica. Provada a inabilidade ou incompetência para decidir, o negócio jurídico perpetrado por estes indivíduos também poderá ser anulado (art.171, I, CC), independentemente de uma prévia interdição. Em razão da incapacidade parcial, a sentença que decretar a interdição deverá estabelecer os limites claros da restrição à capacidade de exercício, a fim de evitar o malferimento do poder de agir do sujeito quanto às demais esferas de sua vida.

Sob essa argumentação, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acolheu a alegação de vício de consentimento e anulou o ato reconhecimento de filiação por pessoa diagnosticada com transtorno bipolar, em crise de euforia.⁶¹ O caso retratava a situação de um médico, atuante na cidade de Chapecó, que sob os efeitos de uma crise de euforia, registrou como sua a filha da faxineira que prestava serviço em sua residência. Reestabelecido da crise interpôs as medidas cabíveis tendentes à anulação daquele ato praticado quando estava sem a devida lucidez.

O Código Civil de 2002 manteve a prodigalidade como uma outra causa de incapacidade relativa, independentemente de sua configuração como uma deficiência psíquica ou não. Pródigos são aqueles que dilapidam o seu patrimônio. A decretação de sua incapacidade visa a proteger os interesses da família, daí justificar-se a legitimidade do cônjuge ou de qualquer parente para a interposição da ação de interdição. A interdição por prodigalidade somente privará o indivíduo de praticar, sem a assistência do curador, atos que possam trazer impacto ao seu patrimônio como a alienação, a doação, o empréstimo a fiança etc. (art.1782).

Essa figura tem origem remota no direito romano, onde o patrimônio individual era considerado uma copropriedade da família.⁶² Nos dias atuais, a solução não

59 APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO - PROCURAÇÃO POR INSTRUMENTO PÚBLICO - ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - NEGÓCIO REALIZADO POR MENOR, SEM ASSISTÊNCIA DE REPRESENTANTE LEGAL - MANDATÁRIA QUE TRANSFERE O DOMÍNIO PARA SI MESMA - DOLO CARACTERIZADO - NEGÓCIO JURÍDICO INVÁLIDO - RECURSO NÃO PROVIDO. O ato jurídico para ser válido necessita de três requisitos: a capacidade do agente, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei. "É anulável o ato jurídico: I - Por incapacidade relativa do agente (art. 6º). II - Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (arts. 86 a 113)." (art. 147 do Código Civil de 1916) (TJSC, Apelação Cível n. 2002.013620-0, de Itajaí, rel. Des. Dionízio Jenczak, j. 03-06-2005).

60 Já podem, contudo, ser testemunhas (art.228, I, CC); mandatários (art.666, CC); casar-se, sob a autorização dos responsáveis (art.1517, CC), administrar seus recursos profissionais (art. 1.693, II); e, celebrar testamentos (art.1.860, parágrafo único).

61 O número do processo não foi divulgado, mas a notícia foi publicada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=2717> Acesso em 20 de maio de 2013.

62 PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.238.

tem cabimento se considerada a tutela especial dispensada à propriedade individual, direito fundamental por excelência. Seria um assistencialismo desarrazoado, interferir na autonomia financeira e patrimonial de uma pessoa livre para protegê-la de si mesma e garantir os dividendos aos seus familiares. Ainda que eventual intervenção tivesse por escopo a proteção do patrimônio mínimo,⁶³ seria uma alternativa excessivamente extremada. Outros caminhos poderiam ser trilhados para garantir essa proteção de forma menos agressiva. A legislação brasileira elenca como exemplo a nulidade da doação universal (art.549, CC), a proteção ao bem de família legal (Lei no.8.009/90), a impenhorabilidade da verba alimentar, dos instrumentos de trabalho (art.823, “d”, CPC), do módulo rural (art.649, X, CPC), dentre outros.

Na medida em que o comportamento do indivíduo resultar de uma vontade independente e orientada, sua conduta deve ser respeitada. É bem certo que as consequências jurídicas correspondentes devem lhe ser imputadas, pois não existe liberdade sem responsabilidade. Entretanto, se o comportamento perdulário resultar de um desequilíbrio psíquico que rouba o discernimento efetivo, a exemplo do que ocorre na euforia ou mesmo nos episódios de mania, comuns ao transtorno bipolar, é preciso reconsiderar a validade de suas decisões. Mesmo nessa hipótese, desconfie-se da eficácia protetiva da interdição. Para esse extremo, é necessário que o déficit no sistema volitivo corresponda a um estado duradouro. Talvez a anulação dos negócios jurídicos fosse a alternativa mais apropriada e adequada ao princípio da dignidade da pessoa humana, aos direitos de personalidade, ao catálogo dos direitos humanos e fundamentais.⁶⁴

4.1. Capacidade de agir relativamente às questões existenciais

Dito isto, cumprem-se destacar dois pressupostos igualmente válidos: a presunção de igual capacidade para todos os homens e a possibilidade de se fulminar, por meio da anulação ou nulidade, os efeitos do negócio jurídico praticado pela pessoa incapaz. Na explicação de Caio Mário, “a enfermidade mental é uma circunstância de fato a ser apreciada em cada caso, e, verificada a participação do alienado em um negócio jurídico, poderá este ser declarado inválido”.⁶⁵ Se já houver a interdição, esta é uma pré-constituição da prova de insanidade. Não existindo

63 A respeito, veja-se a publicação de Luis Edson Fachin (**O estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

64 É necessário romper com aquela ânsia de qualificar as pessoas pela loucura a partir da peculiaridade de seus atos. Evitar a síndrome de Simão Bacamarte, personagem de Machado de Assis, na obra “O alienista” que trancafiava no manicômio “Casa verde” todas as pessoas que se comportavam de modo contrário aquilo que ele reputava por *razão*. Com esse afã, determinou a internação de Costa, um estimado cidadão da cidade de Itaguaí que, após receber uma herança, vinha dissipando-a por meio de empréstimos pessoais aos amigos, sem estipulação de juros e, muitas vezes, sem cobrança ulterior. Sentenciou, para justificar a medida perante uma prima do paciente que aquele digno homem: “não estava no perfeito equilíbrio das faculdades mentais, à vista de modo como dissipara os cabedais que...” (*In O alienista*. São Paulo: Ática, 2011, p.25).

65 PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.233.

prévia interdição, a incapacidade deve ser muito bem comprovada para justificar a invalidade do negócio.

Observa-se, contudo, que essa possibilidade de invalidação dos negócios jurídicos praticados pelos incapazes remonta o viés patrimonialista da restrição à capacidade (art.166, I, CC). Visa proteger o patrimônio daquele ato negocial mal elaborado, mal avaliado pela ausência de discernimento. Considerando a Convenção sob exame, até no aspecto patrimonial, tocante à administração de seus bens e de suas finanças, é possível reconhecer a capacidade legal da pessoa com deficiência.⁶⁶

Toda restrição à capacidade de agir pode trazer prejuízos graves aos direitos de personalidade e à dignidade da pessoa, na medida em que afeta a liberdade para a condução da vida e as escolhas de cunho existencial. Para estes casos, como já referido, entende-se que a sistemática tradicional da capacidade civil não foi sensível, ao contrário do que se vê na Convenção da ONU.

As questões de conteúdo existencial são aquelas que pertencem ao plano do *ser* e, por isso, são relacionadas aos direitos de personalidade.^{67 e 68} Sua tutela não se efetiva apenas por um punhado de direitos subjetivos, deveres jurídicos, direitos potestativos, sujeição, ônus, poder-dever etc. É necessária uma cláusula aberta apta a encampar uma proteção integral do sujeito em desenvolvimento.

Dada a sua importância para o desenvolvimento da pessoa, os direitos de personalidade são caracterizados por sua indisponibilidade, intransmissibilidade e irrenunciabilidade (art.11, Código Civil.). Nesta medida, o direito à honra, à integridade psicofísica, à constituição de família, à crença e ao culto, enfim, a autodeterminação são irrenunciáveis e intransmissíveis.

4.2. A teoria da incindibilidade da capacidade civil

É sob esse aspecto que a Convenção da ONU reconhece amplos direitos dos deficientes para a constituição de família pelo casamento, à privacidade, ao pleno emprego, à integridade e proteção contra violência e o abuso etc. Parece adotar a teoria da incindibilidade entre titularidade do direito e capacidade de exercício quando aborda as situações subjetivas existenciais, cujo desenvolvimento se credita aos auto-

66 Art.12, 5. “Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.”

67 PERLINGIERI, Pietro. **Perfil de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.115.

68 GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.113.

res italianos Pietro Perlingieri,⁶⁹ Pascoale Stanzone⁷⁰ e Gaspare Lisella⁷¹. No Brasil, são seus seguidores: Rafael Garcia Rodrigues,⁷² Ana Carolina Brochado Teixeira⁷³, Rose Melo Vencelau Meireles⁷⁴ e Paulo Lôbo.⁷⁵

Visa evitar que a lógica patrimonialista dotada de objetividade e operatividade seja transposta para as situações existenciais que se caracterizam pela subjetividade e especificidade. Defende a incidibilidade entre capacidade civil e capacidade de agir no plano das situações existenciais por entender que, nessas questões, o exercício do direito se confunde com a própria titularidade.

Mesmo sem citar essa teoria, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou a possibilidade de o curador autorizar a doação de um rim do tutelado absolutamente incapaz ao próprio irmão, reformulando a decisão do juízo de primeira instância que havia deferido essa possibilidade. O TJSP fundamentou sua decisão na impossibilidade extrema daquele incapaz em se manifestar sobre a doação de órgão, matéria de natureza personalíssima.⁷⁶ Negou ao curador o direito de substituir a vontade do tutelado em questão de natureza existencial como é aquela que toca à disposição das partes do corpo.

O Código Civil Suíço traduz essa incidibilidade no art.12,⁷⁷ quando dispõe que o titular dos direitos civis é também capaz de adquirir direitos e de contrair obrigações com atos próprios. Abandona critérios objetivos fundados na idade ou na saúde fisiopsíquica, em si, para observar a aptidão subjetiva do sujeito em decidir sobre a questão específica.

No Brasil, o direito dos incapazes para decidir sobre questões existenciais tem sido mais reconhecido pela doutrina do que pela jurisprudência. No campo da bioética, a ideia parece ser ainda mais fluente como se pode observar nas razões que sustentam o parecer CREMEC-Ceará nº 5746/05.⁷⁸ No caso, o Conselho reconheceu

69 PERLINGIERI, Pietro. **La personalità una nan ell'ordinamento giuridico**. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972 (1972)

70 STANZIONE, Pasquale. *Persona física. Diritto Civile. In Diritto civile e situazione esistenziali*. AUTORINO, Gabriella; STANZIONE, Pasquale (Org.). Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

71 LISELLA, Gaspare. **Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali**. *Rassegna di Diritto Civile*, Nápoli, n.3, 1982.

72 RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p24.

73 TEIXEIRA, Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas de. *Autonomia privada da criança e do adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidade. Revista de Direito de Famílias e Sucessões*. Rio de Janeiro, n.0, p.61-65, out/nov, 2007.

74 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

75 LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

76 TJSP, Ap. 76.123-1, 5ª. Câmara, j. 24-8-1986.

77 Art. 12. II. Capacity to act. 1. Nature. A person who has capacity to act has the capacity to create rights and obligations through his actions. Disponível em <http://www.admin.ch/ch/e/rs/210/a12.html>. Acesso em 28/06/2012.

78 BRASIL . Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. *O direito do paciente de recusar tratamento. Parecer CREMEC nº 5746/05, de 26 de dez. de 2005. Relatores: Dalgimar Beserra de Meneses e Urico Gadelha de Oliveira Neto*. Ceará.

a autonomia de uma jovem relativamente incapaz, portadora de *Osteossarcoma de Fêmur Esquerdo* para recusar a intervenção médica eletiva de amputação do membro inferior, em oposição ao que autorizavam os seus pais e recomendava o médico.

Contrariamente, as decisões jurisprudenciais são muito mais tímidas. Para sustentar a validade do casamento de pessoa incapaz,⁷⁹ em vista de deficiência psíquica, que anteriormente já vivia união estável com aquele que veio a ser seu cônjuge, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal adotou como argumento principal a presença e a assistência do curador em todas as fases do ato. Somente de modo secundário, mencionou os princípios da dignidade da pessoa e da igualdade e a possibilidade de conversão da união estável em casamento. Esse entendimento permeia a maioria das decisões.

Em outra decisão, tratando sobre a pertinência do pedido de pensionamento por filha incapaz ante a morte da mãe, o Tribunal Regional da 2ª. Região defendeu, incidentalmente, a validade do casamento daquela mulher relativamente incapaz, interdita por deficiência psíquica. Embora a decisão tenha sustentado a validade do casamento da filha incapaz para lhe negar o direito à pensão, fez menção ao reconhecimento de sua capacidade de agir no plano das questões existenciais. *In verbis*, dispôs que “são válidos os casamentos de portadores de anomalias psíquicas que podem manifestar, com um mínimo de discernimento e direção a sua própria vontade, maxime na concretização de situações existenciais, ditadas pelo afeto em que consubstancia o

79 CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. ALVARÁ JUDICIAL. SUPRESSÃO DE CONSENTIMENTO. CASAMENTO. INCAPAZ. REPRESENTADO POR CURADOR. LEGALIDADE. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. I - O CASAMENTO CONSTITUI NA UNIÃO LEGAL, FORMAL E SOLENE, ENTRE HOMEM E MULHER, COM O PROPÓSITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA, A PARTIR DA COMUNHÃO PLENA DE VIDA, E COM BASE NA IGUALDADE DE DIREITOS E DEVERES DOS CÔNJUGES. II - ESTANDO O INTERESSADO INCAPAZ DEVIDAMENTE REPRESENTADO POR CURADOR LEGAL, NÃO HÁ RAZÕES PARA SE INDEFERIR PEDIDO DE SUPRESSÃO DE CONSENTIMENTO PARA CASAMENTO, MORMENTE SE JÁ CONVIVE MARITALMENTE COM A INTERESSADA POR APROXIMADAMENTE CINCO ANOS, POSSUINDO PROLE EM COMUM, ATÉ PORQUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL IMPÕEM A FACILITAÇÃO DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. ALÉM DISSO, ENTENDIMENTO CONTRÁRIO PODERIA IMPLICAR EM VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA E DE INVIOABILIDADE DA HONRA DAS PESSOAS, BEM COMO DOS FUNDAMENTOS REPUBLICANOS DA CIDADANIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. III - DEU-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (TJ-DF - APL: 237941420108070007 DF 0023794-14.2010.807.0007, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 23/03/2011, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 31/03/2011, DJ-e Pág. 288).

vínculo conjugal.” (grifo intencional).⁸⁰ Esta foi a única decisão sobre a matéria que mencionou a capacidade de agir em questões existenciais.⁸¹

Entende-se que é para essa direção que se deve conduzir a sistemática da capacidade civil, mormente com o advento da Convenção citada. É necessário reconhecer à todas as pessoas, com um mínimo discernimento, a possibilidade de decisão sobre os assuntos pertinentes aos direitos de personalidade que, em última análise, correspondem aos aspectos existenciais. A autonomia é uma necessidade sem a qual a pessoa não se plenifica como sujeito de sua própria história. Enquanto não se creditar à pessoa com deficiência psíquica e intelectual o exercício desse poder de agir, não se romperão as barreiras institucionais que já se impõe, no plano jurídico, a partir dos artigos terceiro e quarto do Código Civil.

5. Conclusão

A aproximação entre os Direitos Humanos e o Direito Civil promove uma significativa alteração na noção de *status*, demandando profundas modificações na sistemática da capacidade civil. Relativamente aos direitos de personalidade, em especial, à autodeterminação do sujeito em questões subjetivas existenciais, há uma incidibilidade entre capacidade de agir e titularidade do direito.

80 ADMINISTRATIVO. CIVIL. ANOMALIA PSÍQUICA. CURATELA. CASAMENTO. NULIDADE. MORTE DA MÃE CURADORA. SERVIDORA CIVIL DA UNIÃO. PENSÃO POR MORTE. COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA. NECESSIDADE. 1. A autora interdita, por anomalia psíquica, apela da sentença que lhe negou pensão estatutária por morte da mãe, convencido de inexistir dependência econômica, afora o estado civil de casada, com filhos. 2. O art. 1548, I, do C.Civ/2002, com o mesmo sentido do art. 207 do C. Civ. /1916 somente é aplicável a casamentos de deficientes mentais absolutamente incapazes, nos termos do art. 3º, II. **Consequentemente, são válidos os casamentos de portadores de anomalias psíquicas que podem manifestar com um mínimo de discernimento e direção a sua própria vontade, máxime na concretização de situações existenciais, ditadas pelo afeto em que consubstancia o vínculo conjugal.** 3. Por outra abordagem, mas com esse mesmo sentido, no caso concreto, não é razoável supor que os pais da apelante, médicos de formação, pudessem consentir na jornada de um casamento ante um quadro patológico de completa insanidade, tal como sugere o laudo que lastrou a interdição, cujo valor apenas se credita à vista do estado clínico do tempo da sua elaboração, todavia sem correspondência direta e necessária com o estado anterior, da época do casamento, que perdurou por 7 (sete) anos, com a geração de três filhos normais, todos hoje maiores de 30 anos de idade, os quais, no contexto do processo, aparecem sublimados. 4. É verdade que a norma da Lei nº 8.212, art. 217, II, •a–, apenas cogita da condição de invalidez do filho, mas aí, indubitavelmente, para cobrir as hipóteses de continuidade da relação de afeto e dependência, e nunca o elástico que se pretende de subsistir como ancorar em porto seguro a que os filhos possam permanentemente recorrer segundo a ordem de suas vicissitudes e/ou circunstâncias personalíssimas. Não se confunde a obrigação de prestar alimentos, que a lei impõe nas relações familiares parentais, com os fundamentos éticos legais que inspiram o pensionamento. 5. Não pode a autora optar pela via aparentemente mais cômoda e proveitosa do pensionamento materno, pois era curial que demonstrasse com provas positivas e convincentes a indigência do marido, que a desposou, que também é servidor público, e de quem não se divorciou apesar do suposto abandono; dos filhos, e do pai se vivo for, como detentores primários da obrigação de prestar-lhe alimentos, nos termos da lei civil. Conclusão em sentido contrário sensibiliza como filantropia, mas não como dado de justiça, pois a proteção eventualmente devida à autora não encontra amparo na Lei nº 8.212, mas sim na lei civil, que obriga os parentes a prestarem-se, entre si, alimentos. 6. Apelo improvido e agravo retido prejudicado. **Grifo intencional.** (TRF-2 - AC: 201051010133371, Relator: Desembargadora Federal NIZETE LOBATO CARMO, Data de Julgamento: 03/12/2012, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 11/12/2012).

81 Resultado de pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos dos tribunais pátrios, cujas expressões de busca foram: capacidade de agir; situações subjetivas existenciais; questões existenciais; discernimento e capacidade.

A Convenção da ONU, ratificada pelo Brasil por meio de *quorum* qualificado, parece adotar essa incidibilidade, na medida em que determina o reconhecimento da capacidade legal da pessoa deficiente, seja por limitações físicas, psíquicas ou intelectuais. Sua fundamentação filosófica está na afirmação da autonomia como uma necessidade humana.

Considerando o *status* de norma constitucional que essa norma internacional alcançou, é inegável a sua superioridade hierárquica em face do Código Civil. Assim, a incidência das normas internacionais sobre o ordenamento pátrio resulta na necessária emergência de um regime específico da capacidade civil para as situações subjetivas existenciais. Sendo a pessoa, um sujeito de direitos humanos, sua capacidade não poderá se restringir à uma possibilidade ou não de praticar negócios jurídicos. Muito mais que isso, deve justificar a condição da pessoa como de titular de direitos humanos, cujo exercício nem sempre poderá ser confiado a terceiros.

As decisões jurisprudenciais sobre o assunto já anunciam a recepção desta ideia, ainda que de modo tímido e pulverizado. A doutrina, por sua vez, especialmente aquela que orienta a metodologia do direito civil-constitucional é pacífica na defesa da capacidade de agir dos incapazes em questões subjetivas existenciais.

6. Referências

ASSIS, Machado de. **O alienista**. São Paulo: Ática, 2011.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. Algumas reflexões sobre os fundamentos dos discursos de direitos humanos e de justiça social para pessoas com deficiência mental ou cognitiva severa ou extrema. **Revista de Direitos fundamentais & Justiça**. Ano 7, no.22, 2013, jan/mar, PUCRS, 2013, p.80-97.

BRASIL . Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. O direito do paciente de recusar tratamento. Parecer CREMEC nº 5746/05, de 26 de dez. de 2005. Relatores: Dalgimar Beserra de Menezes e Urico Gadelha de Oliveira Neto. Ceará.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico de 2010**. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em <http://loja.ibge.gov.br/censo-demografico-2010-caracteristicas-gerais-da-populacao-religi-o-e-pessoas-com-deficiencia.html>. Acesso em 07 de julho de 2013.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Instituciones de Derecho Civil**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**, aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FACHIN, Luis Edson. **O estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**. Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.147-148.

LISELLA, Gaspare. **Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali**. *Rassegna di Diritto Civile*, Nápoli, n.3, 1982.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil**. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013, p.222.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Almir de. Os direitos humanos e o direito civil brasileiro. *In Estudos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.179-206.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità una na nell'ordinamento giuridico**. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972.

_____. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.115.

PIOVESAN, Flávia, Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S. e LEITE, Glauco S. (Coord). São Paulo: Saraiva, 2012, p.33-51.

PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status. **Civilistica.com**. A.2., n.1, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/>>. Acesso em: 12 maio de 2013.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. *In* TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

ROIG, María José Añón. **Necesidades y derechos**, un ensayo de fundamentación. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1994.

SANTANA, Nívia Cardoso Guirra e LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. “A involução dos direitos previdenciários das crianças e adolescentes: uma leitura a partir dos direitos humanos”. **Pensar**, Revista de Ciências Jurídicas. V. 18, n. 1, p. 210-238, jan./abr. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2013.

STANZIONE, Pasquale. Persona física. Diritto Civile. **InDiritto civile e situazione esistenziali**. AUTORINO, Gabriella; STANZIONE, Pasquale (Org.). Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEIXEIRA, Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas de. Autonomia privada da criança e do adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. **Revista de Direito de Famílias e Sucessões**. Rio de Janeiro, n.0, p.61-65, out/nov, 2007.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The World health report 2001**: Mental health, new understanding, new hope. Switzerland: WHO Library Cataloguing in Publication Data. 2001. Disponível em: http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_en.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2013.

6

O DIREITO À ORTOTANÁSIA NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Maria Carla Moutinho Nery¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A ortotanásia sob a ótica constitucional – 3. A ortotanásia à luz do Código Civil – 4. Conclusões – 5. Referências.

1. Introdução

A evolução científica no ramo da medicina, notadamente, na busca de cura de doenças viabilizou de modo progressivo o prolongamento da existência, olvidando-se do essencial: cuidar do enfermo e não da doença a ele acometida.

A prática médica muitas vezes se depara com situações em que o profissional necessita optar entre utilizar técnicas de reavivamento ou prestar um atendimento cujo objetivo seja minorar a dor e o sofrimento de pacientes terminais enquanto vida neles existir.

Por outro lado, o advento da medicina paliativa teve por escopo trazer o paciente para o centro das atenções médicas, viabilizando tratamentos cuja primeira preocupação é o conforto físico e psicológico do enfermo.

É nesse cenário em que a prática da ortotanásia está inserida, pois, uma vez afastadas as chances de cura, espera-se a morte chegar, proporcionando ao paciente a minimização da dor e a maximização do bem-estar dentro do contexto da doença por ele vivenciada.

¹ Analista Judiciária do TJPE. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil (Desde 2013). Assessor Técnico Judiciário do Gabinete do Des. Eduardo Sertório com atuação na 3ª Câmara Cível no TJPE. Mestre em Direito pela UFPE (2014). Membro do Conselho Editorial da Revista Fórum de Direito Civil.

Apesar de não haver uma lei ordinária específica para regulamentar as questões relativas à terminalidade da vida, alguns dispositivos contidos na Constituição Federal e no Código Civil Brasileiro merecem destaque na discussão sobre o tema.

Neste trabalho, pretende-se reconhecer o direito à ortotanásia, por meio de uma abordagem da doutrina civil-constitucional. Para tanto, os dispositivos do Código Civil, que regulam os direitos da personalidade, serão abordados de forma sistemática sob o prisma da Constituição Federal.

2. A ortotanásia sob a ótica constitucional

O artigo 5º, *caput*, da Carta Constitucional de 1988, ao enumerar alguns dos direitos fundamentais da pessoa humana, dispõe, 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: (...).

A doutrina² mais conservadora, ao discorrer sobre a interpretação que deve ser dada a este dispositivo, notadamente quanto à inviolabilidade do direito a vida, é no sentido de que este direito é pressuposto existencial para os demais direitos fundamentais, levando a crer que o direito à vida é indisponível, absoluto e encontra-se em patamar superior em relação aos demais direitos ali contidos.

Assim, não haveria um direito subjetivo à ortotanásia, revelando-se inconstitucional, inclusive, quaisquer das práticas relativas à terminalidade da vida (ortotanásia, eutanásia e suicídio assistido), ainda que com o objetivo de minorar o sofrimento do paciente em estágio terminal. Em razão disto, será sempre vedado ao Poder Público qualquer tipo de consentimento com relação a estas práticas.

Diversamente, porém, o sentido dado ao artigo 5º da Constituição Federal é o de que ele protege a inviolabilidade do direito à vida contra a atuação de terceiros, sem que isto resulte na indisponibilidade deste direito por parte do seu titular.

Isso porque a inviolabilidade não se confunde com a indisponibilidade. Àquela, como dito, refere-se à atuação arbitrária de terceiros, esta, por seu turno, atinge especificamente o indivíduo, que não pode se despojar de certos direitos a ele concedidos de forma discricionária. O constituinte, no artigo 5º, *caput*, preferiu utilizar o termo ‘inviolabilidade’, ao invés da ‘indisponibilidade’ do direito à vida (BASTOS, 2011, pp. 39 e 40).

2 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007; MENDES, Gilmar. COELHO; Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 6ª Ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012. FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

Por outro lado, enxergar a vida como um valor absoluto também não é a melhor leitura a ser dada ao art. 5º em comento, pois, os direitos fundamentais, embora de relevância ímpar, não devem ser compreendidos assim.

Tais direitos reúnem um caráter principiológico, em razão do qual se exige um procedimento de ponderação para cada decisão no caso concreto. Em razão disto, independentemente da robustez que eles representem, não há como lhes reconhecer um caráter absoluto, podendo, a depender da hipótese em questão, ceder espaço a interesses em sentido oposto (CAMBI, 2009, p. 103).

Assim, visto como um direito fundamental, o direito à vida deve conviver em harmonia com os demais direitos individuais positivados na Constituição Federal, podendo vir a ser limitado se, por hipótese, houver colisão entre quaisquer dos valores ali descritos.

Impende registrar que o texto constitucional excepciona essa inviolabilidade do direito à vida, ao admitir a pena de morte em caso de guerra declarada, no artigo 5º, inciso XLVII, alínea 'a', cujas hipóteses estão descritas no Código de Processo Penal Militar.

A legislação infraconstitucional também apresenta exceções quanto a essa inviolabilidade. O Código Brasileiro da Aeronáutica, no artigo 303, permite a derrubada de aeronaves consideradas hostis ao espaço aéreo brasileiro, pela autoridade administrativa brasileira, o que, em conseqüência, ocasionaria a morte dos seus ocupantes.

No mesmo sentido, o Código Penal, além das excludentes genéricas de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito), contidas o artigo 23, traz como excludentes específicas, no artigo 128, o aborto terapêutico, quando a vida da gestante está em risco, e o aborto humanitário, em que a gravidez decorreu de estupro.

A inconstitucionalidade destes dispositivos não foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal. Ao invés, tanto no julgamento da ADI 3.510/DF como no da ADPF 54/DF, o STF consignou ser inquestionável o caráter não absoluto do direito à vida, razão pela qual a validade e a eficácia dos dispositivos são plenas.

Na primeira ação, a Corte declarou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança) no que concerne à viabilidade de pesquisas com células-tronco. Discutiu-se o início e o fim da vida, além dos inúmeros avanços que as pesquisas em embriões inviáveis podem trazer para o tratamento e a cura de doenças.

Já na ADPF 54/DF conferiu-se interpretação conforme a Constituição Federal, também com fundamento na relatividade do direito à vida, para afastar a incidência do crime de aborto, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico.

A laicidade do Estado ficou evidenciada em ambas as ações. Explicitou-se que a opção por um estado leigo não implica tão somente na tolerância à liberdade de diversos cultos ou ao direito de não acreditar em deus algum, mas, sobretudo, no de-

ver de não guiar as decisões estatais atinentes aos direitos fundamentais de toda uma sociedade sob a influência de pré-compreensões confessionais.

Desta forma, afastou-se a supremacia e o absolutismo do direito à vida para permitir a pesquisa em células-tronco e autorizar antecipação terapêutica do parto, utilizando-se, dentre outros fundamentos, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Consagrar o direito à vida como absoluto, com base na sua sacralidade, demonstra-se antidemocrático porque segrega minorias. No presente caso, os agnósticos e os ateus. Se a vida é sagrada porque é um bem de Deus, o que dizer da sacralidade da vida daqueles que não acreditam em Deus?

As convicções sobre o caráter absoluto do direito à vida são subjetivas e, no mais das vezes, traduzem as pré-compreensões individuais de cada um, cabendo ao Estado, no exercício do seu dever de laicidade, respeitar tais acepções, garantindo o cumprimento da escolha pessoal do indivíduo.

Nesse aspecto, esse dever de laicidade estatal é decorrência do direito à liberdade de consciência e de crença, também garantido pelo artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal³.

A regra é bem abrangente, pois abarca não só o direito do indivíduo crer em um ou em vários deuses, mas também a liberdade de não crer em deus algum, permitindo que os ateus sejam também reconhecidos pelo ordenamento jurídico como livres nas suas convicções.

Por outro lado, é certo reconhecer que a vida humana guarda um valor peculiar, inerente ao homem. Porém, a materialização deste direito não deve ser vista de forma isolada dos demais preceitos constitucionais, mas dentro de uma perspectiva civil-constitucional, por meio de uma leitura sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal não impôs qualquer prevalência do bem jurídico 'vida' em detrimento dos demais bens positivados no transcrito artigo 5º (liberdade, igualdade, segurança e propriedade). Além disso, todos os direitos ali assegurados devem estar em conformidade com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, deve-se ter em mente que esse princípio, positivado como fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, é "*conformador da ordem jurídica brasileira*" (LÔBO, 2010, p. 87), isto é, o valor fundante da dignidade humana é arcabouço para as demais disposições normativas do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, o aludido princípio serve de substrato normativo e valorativo para todos os direitos existenciais, de modo que, ao se conceber o direito à vida, deve-se idealizá-lo como um direito a uma vida com dignidade (FACHIN, 2006, p. 631).

Dentro desta interpretação sistemática do texto constitucional, não se deve olvidar, ainda, que a vedação ao tratamento desumano e degradante, contida no inciso

3 Art. 5º, inciso VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

III do artigo 5º da Constituição Federal⁴, não se restringe às práticas de tortura ocorridas durante o período da ditadura militar e ao dever de se respeitar a integridade física dos encarcerados.

A interpretação do dispositivo, ao invés, deve ser ampla e irrestrita. Desse modo, a degradação de um enfermo, mediante o prolongamento do seu sofrimento, por meio de utilização de técnicas de ressuscitação, sem o seu consentimento ou contrariando sua vontade declarada, é inconcebível.

Nesse mesmo espírito, a promoção do bem estar de todos é objetivo da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal⁵, devendo o poder público estar atento às questões da terminalidade da vida, de modo a incentivar práticas legislativas e governamentais que assegurem a integridade do paciente terminal em sua inteireza.

3. A ortotanásia á luz do Código Civil

Sob o prisma do Código Civil, partindo da perspectiva do Direito Civil-Constitucional, existem dois vieses argumentativos para a admissão do direito à ortotanásia.

O primeiro é considerar o reconhecimento da relativa disponibilidade dos direitos da personalidade, mitigando a disposição das características contidas no artigo 11 do Código Civil⁶, em favor da materialização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O direito à vida é um dos tipos de direitos da personalidade e, como tal, dentre outras características, é intransmissível, irrenunciável e insuscetível de limitação voluntária, além de absoluto, conforme entendimento assente na doutrina⁷.

Deve-se esclarecer, de logo, que o caráter absoluto dos direitos da personalidade, notadamente, do direito à vida, refere-se a sua oponibilidade *erga omnes*, isto é, a sua eficácia é contra todos.

Desta forma, tanto a coletividade como o Estado têm o dever jurídico de respeitar estes direitos, sem que, em razão disto, a sua garantia se torne ilimitada, ante a necessidade de se conceder a toda a sociedade, ainda que minimamente, a sua eficácia.

Assim, se, por hipótese, houver colisão de direitos fundamentais entre privados, a regra da ponderação há de ser utilizada, com o fito de garantir a todos a apli-

4 Art. 5º, inciso III - Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

5 Art. 3º, inciso IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

6 Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

7 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Civil: LICC e Parte Geral**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

cabilidade desses direitos existenciais, preservando a característica da oponibilidade contra todos.

Por outro lado, de acordo com a literalidade do aludido artigo 11, os direitos da personalidade são indisponíveis, pois não se admite a sua cessão a terceiros (intransmissibilidade) ou a sua abdicação (irrenunciabilidade), além de não ser possível a sua limitação por vontade própria, ressalvadas as hipóteses previstas em lei.

A interpretação literal do dispositivo em questão inviabiliza o exercício de alguns dos direitos inerentes à pessoa humana, tais como, o direito à cirurgia de transgenitalização, o direito à recusa de transfusão de sangue pelos adeptos da Igreja Testemunhas de Jeová ou, ainda, o direito à ortotanásia.

Pode-se admitir uma disponibilidade moderada dos direitos existenciais, quando, dentro da esfera da autodeterminação, haja o respeito e a realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesta linha de pensar, a cessão do uso de direitos autorais, nos termos da Lei 9.610/98, e a permissão para utilização dos direitos de imagem de artistas são uma forma de abrandamento do atributo da intransmissibilidade desses direitos.

Apesar disso, impende registrar que, nestas hipóteses, o que ocorre é a cessão da repercussão patrimonial, decorrente do exercício do direito personalíssimo, e não a alienação do direito em si (LÔBO, 2010, p. 144).

Por outro lado, os direitos da personalidade, na seara da relativização moderada, podem ser considerados renunciáveis e, portanto, disponíveis. Esclareça-se, por essencial, que o sentido de disponibilidade adotado neste trabalho é o de disponibilidade relativa, utilizado por Roxana Borges, significando a *“liberdade jurídica de exercer certos direitos de personalidade de forma ativa ou positiva, não apenas na forma negativa”* (BORGES, 2009, p. 112).

Prefere-se, no entanto, utilizar a expressão ‘disponibilidade moderada’ para conceder um grau de proporcionalidade à abordagem da liberdade do indivíduo, isto é, expressando uma liberdade proporcional dos direitos da personalidade, afastando-se da idéia de uma liberdade ínfima.

Nesse aspecto, a disposição do próprio corpo é consentida pelo artigo 13 do Código Civil⁸ desde que, por exigência médica, não haja a diminuição permanente da integridade física do indivíduo e não ofenda os bons costumes.

Em entendimento concorde, as Jornadas de Direito Civil elaboraram os Enunciados 04 e 139⁹, autorizando a limitação voluntária dos direitos da personalidade

8 Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

9 Jornadas de Direito Civil: **Enunciado 04** - O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral. **Enunciado 139** - Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

por parte do seu titular, desde que não seja permanente ou geral e não contrarie a boa-fé e os bons costumes.

Apesar da vedação quanto ao caráter permanente da limitação, por orientação dos enunciados e do artigo 13 do Código Civil, há hipóteses em que a limitação voluntária por parte do indivíduo será imutável, sem que, para tanto, a conduta se torne contrária à norma jurídica.

A Lei 9.434/97, por exemplo, permite a disposição gratuita de órgãos duplos e de partes destacáveis do próprio corpo, para fins de tratamento ou de transplantes. Consideram-se destacáveis, para os efeitos da lei, as partes organicamente renováveis como, por exemplo, o sangue, a medula óssea e a pele. No entanto, a disposição de órgãos, ainda que duplos, é permanente e não se renova.

Outra hipótese relevante de disponibilidade moderada de direitos existenciais é o das cirurgias de transgenitalização, em que há a redesignação do estado sexual da pessoa. Em princípio, o procedimento para mudança de sexo ofenderia a vedação contida no artigo 13 do Código Civil, ante a disposição de caráter permanente do próprio corpo.

Porém, esta não é a melhor interpretação a ser adotada, pois impor que o indivíduo fique preso a um corpo cuja mente não o reconhece, sofrendo preconceitos e problemas psicológicos, ofende não só o Princípio da Autonomia da Vontade, mas, sobretudo, o da Dignidade da Pessoa Humana.

Em razão disto, a cirurgia de transgenitalização é permitida¹⁰, inclusive por meio de hospitais públicos, mediante avaliação de equipe médica multidisciplinar, nos termos da Resolução 1.652/2002, que dispensa a necessidade de determinação judicial para tanto.

Hipótese recente de disposição permanente do próprio corpo, sem que houvesse diagnóstico da existência de doença degenerativa, foi a da atriz norte-americana Angelina Jolie que achou por bem retirar definitivamente as duas glândulas mamárias e os ovários, diante da possibilidade de ser acometida por câncer nestas regiões.

No artigo ‘Minha escolha clínica’ (tradução livre)¹¹, publicado no jornal ‘The New York Times’, a atriz relata que sua mãe faleceu, vítima de câncer de mama, aos 56 anos. Temerosa sobre a possibilidade de vir a sofrer com o mesmo mal, ela descobriu, por meio de exames, que teria 87% de chances de desenvolver a doença nas mamas e 50% de probabilidade da enfermidade se desenvolver nos ovários.

Em razão disto, retirou as duas mamas e, após a recuperação deste procedimento, fará outra cirurgia para a retirada dos ovários. Ademais, achou por bem dividir a sua experiência, por meio do artigo, pois, apesar de ser uma decisão difícil, a

10 Enunciado 276 – O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

11 Disponível em: < http://www.nytimes.com/2013/05/14/opinion/my-medical-choice.html?hp&_r=0>. Acesso em 29 de mai. 2013.

atriz se disse feliz com sua escolha, já que, agora, a probabilidade de ela desenvolver a enfermidade reduziu para 5%. Certamente, não tardará muito para que este tipo de intervenção cirúrgica seja permitida no Brasil, ainda que sem regulamentação específica neste sentido.

É de se ver, portanto, que os direitos da personalidade são, em regra, indisponíveis, porém a sua disponibilidade moderada, ainda que em caráter permanente, é permitida, quando o ato de disposição é voluntário, não ofende a ordem pública e se presta para realizar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no caso concreto.

É em razão disto que se deve ter cautela na interpretação do artigo 15 do Código Civil¹², que consagra o princípio da autonomia do paciente, isto é, concede o direito de escolha deste, quanto aos tratamentos que deseja se submeter, desde que seja prévia e adequadamente informado.

Sendo assim, uma leitura apressada desse dispositivo, indicaria que o paciente poderá ser compelido a se submeter a terapias ou procedimentos cirúrgicos, ainda que contra a sua vontade, desde que estas intervenções não resultem em risco de morte.

No entanto, ressalvadas as hipóteses em que há justo receio de mácula ao interesse público, a exemplo da prevenção de contágio de doenças por meio de campanhas de vacinação, a permissão do paciente deve ser obtida (SCHREIBER, 2011, p. 54).

É aqui que se trava a discussão sobre a imposição de transfusão de sangue dos seguidores da Igreja Testemunhas de Jeová. Com a devida vênia às opiniões dissonantes¹³, constranger pacientes a se submeterem à transfusão de sangue, desrespeitando as suas convicções religiosas, com fundamento na indisponibilidade do direito à vida, afronta não só a liberdade de crença, mas, sobretudo, a dignidade humana.

Desta maneira, em cumprimento ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, deve-se observar não somente à integridade física, psíquica e intelectual do indivíduo, mas também respeitar a sua esfera mínima de liberdade, dentre as quais se destaca, a liberdade de credo, cujo desrespeito implica violação ao próprio conceito de vida digna (CHAVES; ROSENVALD, 2006, pp. 120-121).

Registre-se que, a Constituição Federal assegurou ao indivíduo não só o direito à vida e à liberdade de consciência e de crença previstos nos já citado artigo 5º, *caput* e inciso VI, mas também garantiu a escusa de consciência, positivada no inciso VIII do mesmo artigo 5º, para que ninguém seja preterido do exercício de direito seu, em virtude de suas convicções, sejam elas religiosa ou filosófica.

Tanto a vida como a liberdade de crença são direitos formadores da personalidade do indivíduo, cabendo a este, e não a terceiros, decidir o que é fundamental para si (TEPEDINO, 2002, p. 144). Desta maneira, não há como impor ao indivíduo

12 Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

13 Por todos: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Civil: LICC e Parte Geral**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

a submissão a tratamento contra a sua vontade, notadamente quando esta vontade está lastreada na sua convicção mais íntima.

Obrigado um religioso a ser transfundido e compelir que ele conviva com o sentimento de estar em pecado permanente, sendo rejeitado pela comunidade em que vive, é o mesmo que submeter uma gestante, também religiosa, contra a sua vontade, a realizar um aborto, sob o argumento de que a gravidez é fruto de estupro ou, *a contrario sensu*, negar à mesma gestante o direito de abortar e impor que ela conviva com um filho fruto desta violência sexual.

Apesar disto, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.021/80 e, com o aval dos tribunais pátrios, tem autorizado os médicos a sedar seus pacientes e realizar as transfusões de sangue que entenderem necessárias, mesmo sem o consentimento daqueles.

Por outro lado, seria irracional pensar que o paciente pode recusar certos tratamentos médicos, nos termos do artigo 15 do Código Civil, ainda que esta renúncia resulte na abreviação lenta e dolorosa de sua vida e, ao mesmo tempo, negar-lhe o direito à ortotanásia, ao argumento de que tal conduta resultaria em prática ilícita.

A situação do paciente terminal, no âmbito da doutrina civil-constitucional, deve manter a mesma abordagem da disponibilidade moderada até então desenvolvida, isto é, pode-se dispor de uma vida – que já alcançou o seu estágio terminal – em favor da preservação da dignidade do seu titular.

Tais atos de disposição, contudo, apesar de permanentes, não contrariam a boa fé e os bons costumes, pois os cuidados paliativos são mantidos, afastando-se, tão-somente, a obstinação terapêutica, para que o direito de viver sem o prolongamento artificial seja a materialização da dignidade humana, na seara da terminalidade da vida.

Em contrapartida, apesar de todo o exposto, para deixar livre de dúvidas de que os pacientes terminais têm direito à ortotanásia, a posição mais acertada é considerar que ela não constitui ato de disposição do direito à vida.

A disponibilidade acontece nos casos de eutanásia, suicídio assistido e de distanásia, mas não na ortotanásia. Nos dois primeiros a disposição seria para abreviar a vida; na distanásia, para prolongá-la. Declarar que não deseja ter o prolongamento artificial de sua vida, mediante a morte natural, não é ato disposição, ao invés, é a aceitação do curso natural do ciclo vital.

A utilização artificial de aparelhos para manutenção das pessoas vivas é que contraria a naturalidade do processo de existência porque provoca o prolongamento antinatural da vida, impedindo o fenecimento espontâneo.

Neste sentido, Paulo Lôbo pondera que: “*Não se considera antecipação ou violação do direito à vida, a pretensão à morte natural, quando a vida é mantida artificialmente mediante o uso de equipamentos ou medicações.*” (LÔBO, 2010, p. 148).

Assim, o direito de viver sem prolongamento artificial não macula a indisponibilidade do direito à vida, pois a ortotanásia, vista como morte natural, não viola a vida, ao invés, a integra.

4. Conclusão

Esse trabalho teve por objetivo trazer alguns esclarecimentos sobre a terminalidade da vida, notadamente, quanto ao direito à ortotanásia sob a perspectiva do direito civil-constitucional.

Esse instituto, materializado na medicina paliativa, tem como missão permitir que o processo de morte ocorra naturalmente, com o mínimo sofrimento possível e o máximo de conforto prestado ao paciente em estágio terminal.

Este artigo contribuiu para que o direito fundamental à vida, assegurado pela Constituição Federal de 1988, seja visto no mesmo patamar valorativo dos demais direitos ali previstos. Nesse aspecto, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana garante que ninguém venha a ser privado do direito à vida, por meio de investidas arbitrárias, sem que, para tanto, àquele seja atribuído caráter absoluto e indisponível.

Do mesmo modo, os dispositivos do Código Civil foram analisados para demonstrar que é possível se extrair do sistema jurídico um direito à ortotanásia, seja por meio do alcance da disponibilidade moderada dos direitos da personalidade, seja porque a espera da morte natural não configura ato de disposição.

Permitir que a finitude da vida aconteça sem prolongamentos, de forma suave, com o mínimo de sofrimento possível, nada mais é do que atender ao escopo da ortotanásia, isto é, do morrer corretamente.

Por fim, deve-se ter em mente que a última linha de uma história de vida terrena é mais um estágio do ciclo vital e pode terminar com louvor, por se ter alcançado à fase última do acontecimento humano, como quem atinge um ponto de chegada, sem sofrimento.

5. Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In **Revista Bioética e Responsabilidade**. Coordenadores: Judith Martins-Costa e Leticia Ludwing Möller. Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 423-445. 2009.

BARBOZA, Heloísa Helena. Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia? In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloísa Helena (Orgs.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

BARROSO, Luís Roberto e MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro, MPRJ, n. 40, p. 103-139, abr./jun. 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas.

- In* PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). **Doutrinas essenciais: direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Parecer.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM - Aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Editora Juruá, 2009.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Civil: LICC e Parte Geral**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. *In* TARTUCE, Flávio e CASTILHO, Ricardo (Orgs.). **Direito Civil: Direito patrimonial e direito existencial**. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Editora Método, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S/A, 2004.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais em espécie: direito à vida. *In* MENDES, Gilmar. COELHO; Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 6ª Ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012.

RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Trad. Carlos Nelson Konder. Texto original publicado *In Perché laico*. Bari: Laterza, 2010

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

TELLES, Marília Campos Oliveira e e COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A morte digna sob a ótica judicial. *In* PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloísa Helena (Orgs.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional Brasileiro. *In* **Temas de Direito Civil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. Minorias no direito civil brasileiro. *In* **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Editora Padma, v. 10, p. 135-155, abr/jun 2002.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. O extremo da vida. Eutanásia, accanimento terapêutico e dignidade humana. *In* **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Padma, vol. 39, p. 3-17, jul/set 2009.

7

BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Renata C. Steiner¹

SUMÁRIO: 1. A problemática – 2. A liberdade de imprensa – 3. Direito ao esquecimento e a ser esquecido: desafios – 4. Soluções possíveis no Direito brasileiro – 5. Conclusões inacabadas.

1. A problemática

A sociedade descrita em “1984” é comandada pelo Grande Irmão e pelos seus inúmeros tentáculos, as *teletelas*.² Tudo e todos não passam despercebidos das engenharias do partido. Pensamentos, gestos e sentimentos são controlados em todos os seus aspectos. Não há privacidade: o Grande Irmão está de olho em você.

A constante tensão entre o interesse (e direito) público à informação e a proteção dos direitos individuais, especialmente àqueles ligados à personalidade, é assunto de reavivada importância na sociedade atual. Se desde 1989 Gustavo TEPEDINO já advertia sobre os perigos do chamado *computador bisbilhoteiro*³, o que dizer dos tem-

1 Doutoranda em Direito Civil na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Integrante do Grupo de Pesquisas Virada de Copérnico. Pesquisadora visitante, durante Mestrado, na Universidade de Augsburg, Alemanha. Associada ao Instituto de Direito Privado (IDP). Advogada em Curitiba. Endereço eletrônico: renata.carlos.steiner@gmail.com.

2 ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

3 O autor referia-se à memória eletrônica dos computadores e sua habilidade de casar e sobrepor informações pessoais: compras com cartões de créditos, telefonemas realizados, hospedagem em hotéis, mudanças de endereços. (TEPEDINO, Gustavo. *Computador Bisbilhoteiro*. In: Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 479-481). Antes disso, em 1890, Samuel WARREN e Louis BRANDEIS publicaram paradigmático texto sobre o direito à privacidade, consubstanciado na famosa expressão *right to be let alone*, no qual se encontra a seguinte fundamentação:

pos atuais, nos quais não apenas a informação é eternizada e disponibilizada em um *click*, como se desconhecem fronteiras, geográficas e temporais, de sua abrangência.

A intimidade e a proteção à privacidade na era *Google* ganham novos contornos. O *site* de buscas, ao mesmo tempo em que representa a diluição de fronteiras do conhecimento, possibilitando o acesso à informação em velocidade e facilidade impressionantes, é a janela pela qual o nome e a imagem dos indivíduos é *vaporizada*, para utilizar-se da expressão cunhada por George Orwell, em seu emblemático e instigante romance. Afinal, “*a internet não esquece*”, como afirma Anderson SCHREIBER.⁴

O presente ensaio dedica-se ao estudo das perspectivas atuais do direito ao esquecimento, tema que bem congrega ao seu redor o pensar em torno de diferentes direitos fundamentais. Sob esta rubrica se trata, nos limites do texto, a existência do direito à retirada de notícias (direito ao esquecimento, em sentido estrito), ou proibição de sua revisita (direito a ser esquecido)⁵, anos após a ocorrência dos fatos retratados, especialmente quando alterado o panorama fático que justificava a publicação – com especial aplicação a casos envolvendo fatos criminais.⁶

A pesquisa que se propõe parte da consideração multifacetada da discussão para estudar as perspectivas de respostas possíveis à temática.⁷ Uma leitura constitucional, pautada na necessidade de tutela da pessoa humana e de seus atributos, reaviva ainda mais a complexidade do tema, máxime quando se reconhece, nas lições de Virgílio Afonso da SILVA, que a colisão de direitos fundamentais entre particulares é mais frequente em relações não contratuais, nomeadamente em relação à liberdade

“há anos há o sentimento de que o Direito deveria prover remédios contra a circulação não autorizada de imagens de pessoas privadas e do perigo da invasão da privacidade pelos jornais” (WARREN, Samuel e BRANDEIS, Louis Dembitz. *The right of privacy*. in: *Harvard Law Review*, 1890, p. 195).

4 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 164. Não se pode descurar que a velocidade da informação e a possibilidade de acesso fazem com que, paradoxalmente, a quantidade de informação produzida leve à facilidade de seu esquecimento. A afirmação feita no texto, assim, há de ser compreendida objetivamente, a partir da possibilidade de acesso a qualquer tempo e de rememoração de fatos passados.

5 A existência de duas possibilidades dentro do mesmo tema pode conduzir à uma separação de nomenclaturas. Tal como aponta Rolf H. WEBER, o que é chamado entre nós por direito ao esquecimento (*right to forget*) seria a impossibilidade de revisita de fatos pretéritos. Na voz passiva, por sua vez, o direito a ser esquecido (*right to be forgotten*) estaria ligado à “pretensão de um indivíduo de ter certos dados deletados para que terceiros não possam rastreá-los” (WEBER, Rolf H. *The Right to Be Forgotten: More Than a Pandora’s Box?* 2 (2011) *JIPITEC* 120, para. 1., p. 120-121).

6 A ressalva do escopo do trabalho é importante na medida em que o direito ao esquecimento não se limita apenas à temática ora tratada, sendo mais amplo. Em outras palavras, direito ao esquecimento não se refere apenas a notícias jornalísticas (encontrando também aplicação em críticas ou mesmo postagens em redes sociais, por exemplos) e nem se circunscreve apenas a questões criminais (podendo dizer respeito a outros aspectos da vida privada).

7 Isso porque a discussão transcende os limites estritamente jurídicos, encontrando abrigo também em outras áreas do conhecimento. Em interessante trabalho, Enrique Serra PADRÓS analisa o papel da *memória* em uma sociedade “marcada pela aceleração do instantâneo, pelo efêmero e pela crescente e notável diminuição da densidade temporal entre os acontecimentos e a sua percepção” (PADRÓS, Enrique Serra. *Usos da memória e do esquecimento na História*. *Letras* n. 22 – *Literatura e Autoritarismo*. Programa de Pós-Graduação em Letras da UFSM, p. 79). Como outro lado da moeda, e em relação ambígua, o *esquecimento*.

de expressão.⁸ Some-se a isso, ainda, o fato de que a solução não pode ser pré-concebida, sendo necessária a ponderação de princípios no caso concreto.⁹

Como a construção histórica do direito ao esquecimento é bastante anterior à informação na era digital¹⁰, o trabalho se inicia com algumas considerações sobre ato ilícito e a imprensa – delimitando o tema, que se refere ao direito ao esquecimento na imprensa, ainda que se reconheça, por evidente, que não se pode limitar sua aplicação apenas a este âmbito. Parte-se, assim, de uma construção da liberdade de imprensa e expressão em geral (item 2), para somente então se adentrar ao direito ao esquecimento e os desafios da era digital (item 3).

E, exatamente porque o tema específico é o diálogo entre o esquecimento e a *Internet*, não se pode deixar de se sublinhar a ausência de tratamento específico da temática na recém publicada Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).¹¹ Assim, apresentado o pano de fundo do trabalho, as propostas de soluções são construídas à luz deste novo arcabouço legislativo, conformado com aquele já existente (item 4), fechando-se o trabalho com conclusões que se dizem inacabadas, justamente porque ainda em curso a construção dos limites e das possibilidades do esquecimento.

2. A liberdade de imprensa

O direito à liberdade de expressão e a própria existência de imprensa livre são indissociáveis do Estado Democrático de Direito. No seu aspecto de liberdade de informação, ou expressão, chega-se a noção relevante do ponto de vista democrático vez que, conforme afirma Pietro PERLINGIERI, “a informação, em uma sociedade democrática, representa o fundamento da participação do cidadão na vida do País e, portanto, do próprio correto funcionamento das instituições”.¹²

8 SILVA, Virgílio Afonso. A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 166.

9 É este o entendimento de Luís Roberto Barroso, ao afirmar que “uma regra que estabeleça uma preferência abstrata de um direito fundamental sobre o outro não será válida por desprezar o direito preterido de forma permanente e violar a unidade da Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão *versus* direitos de personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critério de ponderação. In: Temas de Direito Constitucional. Tomo III. 2ª ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 87).

10 Em algumas situações, os fatos narrados ou ilustrados são tão marcantes que se tornam impossíveis de esquecimento, mesmo sem a velocidade da rede mundial de computadores. Phan Thi Kim Phuc tinha nove anos quando foi fotografada em 1972, na Guerra do Vietnã, correndo de explosões na vila onde morava. Passados 40 anos da fotografia, célebre e conhecida por muitos, a então criança retratada afirmou em entrevista que “sempre quis escapar dessa imagem” que, não obstante, já está impregnada na visão de todos aqueles que a conhecem, perpassando gerações. Vide: “Sempre quis escapar dessa imagem”, diz personagem de foto histórica da Guerra do Vietnã”, in: <http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2012/06/01/sempre-quis-escapar-daquela-menhina-diz-personagem-de-foto-historica-da-guerra-do-vietna.htm>, acesso em 01.06.2012.

11 Lei Federal publicada em 24.04.2014 e que entrará em vigor 60 (sessenta) dias após a publicação (art. 32), fato ainda não ocorrido até a finalização deste artigo. Sobre a evolução da polêmica entre os convenientes e inconvenientes de regulação da *internet* pelo Estado, vide HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Ecodemocracia. A proteção do meio ambiente no ciberespaço. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 86-97.

12 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 186.

Não haveria Democracia sem liberdade e a defesa deste direito fundamental é uma das formas de defesa da própria Democracia. Conforme afirma Ingo SARLET, a Constituição brasileira pode ser tida como uma constituição de liberdade, congregando no rol de direitos fundamentais não apenas liberdades específicas, das quais se destaca a liberdade de expressão, como também um direito geral de liberdade.¹³

Seu substrato constitucional é encontrado tanto no art. 5º, IX, rol (não taxativo) dos direitos fundamentais, quanto no art. 220, ambos da Constituição Federal, ao tratar do direito da comunicação social. Como qualquer direito, ainda que fundamental, a ampla liberdade de expressão não pode ser considerada absoluta, nem mesmo interpretada como um fim em si mesma. Fala-se, então, da aposição de limites, justificados pela proteção dos direitos de personalidade.

A questão é sensível e diz respeito à responsabilidade pelo excesso, ou abuso, que deve guiar a própria existência de tal direito. É dizer: a liberdade constitucional há de ser exercida dentro de parâmetros razoáveis, sob pena de configuração de ato ilícito. Na ausência de parâmetros legais para a verificação de situações limítrofes¹⁴, os Tribunais têm exercido relevante papel na interpretação do conceito de ato ilícito ligado a questões envolvendo imprensa.

São em suma três os critérios utilizados para definição da ilicitude (ou ilícito) de reportagens jornalísticas, dando conteúdo concreto aos dispositivos do Código Civil que definem o ato ilícito e as regras de responsabilidade civil.¹⁵ Fala-se em veracidade, atualidade e *animus narrandi*, expressão não homogênea utilizada como sinônimo de ausência de intuito ofensivo, ou seja, configurando-se intenção de informar fatos objetivamente (em outras palavras, a inexistência de culpa). Resta saber como estes parâmetros dialogam com o direito ao esquecimento.

Na análise efetuada pelos Tribunais, e aqui se toma em consideração especialmente o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁶ e o Superior Tribunal de Justiça, a

13 Ingo Wolfgang Sarlet. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2012, p. 429. A conclusão por um direito geral de liberdade é, porém, objeto de críticas, trazidas por Ingo Sarlet com base em Robert Alexy e Ronald Dworkin. O primeiro, ao afirmar que a ideia geral de liberdade seria regra sem suporte fático determinável. O segundo, por entender possível a existência, tão somente, de liberdades específicas, vez que a liberdade geral estaria em conflito com o direito à igual consideração e ao respeito. (*Idem*, p. 430). Para Sarlet, no entanto, o direito geral de liberdade não é objeto de muitas controvérsias na positivação brasileira, concluindo poder ser vista “como uma vantagem institucional que tem o condão de reforçar a proteção das liberdades ao oferecer um apoio normativo sólido em nível constitucional” (*Ibidem*).

14 A partir do julgamento da ADPF 130 o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) não fora recepcionada pela Constituição da República de 1988, pelo que o direito de imprensa passou a ser regulado pelas disposições do Código Civil, sem prejuízo da disciplina constitucional.

15 Novamente aqui, necessário fazer um recorte conceitual para dizer que apenas e tão somente se refere a reportagens nitidamente jornalísticas, isto é, informativas. A liberdade de crítica não pode restar aprisionada aos critérios ora discutidos e nem será tratada no presente texto, dada suas peculiaridades.

16 Representando os inúmeros casos, destacam-se os seguintes julgados: TJPR, AC n.º 614539-7, 10.ª Câmara Cível, Relator Desembargador Nilson Mizuta, julg. 14.04.2010; TJPR, AC n.º 702985-0 e TJPR 9.ª Câmara Cível, Relator Desembargador D'Artagnan Serpa Sá, julg. 04.11.2010, sendo que deste último, retira-se o seguinte excerto: “A simples notícia dos fatos reais, sem intenção de injuriar, difamar ou caluniar, e sem qualquer deturpação ou exagero, não gera responsabilidade do jornal, até porque o exercício equilibrado do ‘*jus narrandi*’ não configura atuação ilícita”.

veracidade das informações tem sido considerada pedra de toque para a configuração ou não do abuso na liberdade de imprensa. Mas não só isso. A forma e a linguagem da informação são também relevantes.

Não basta, por evidente, informar algo verdadeiro utilizando-se termos pejorativos ou ofensivos. Nestes casos, haverá excesso, o qual deverá ser reparado à luz do caso concreto. Na lição de Anderson SCHREIBER, “não se deve, contudo, imaginar que a honra somente pode ser atingida pela divulgação de fatos que não se afigurem verdadeiros (...) no campo civil não há dúvidas de que a difusão da verdade pode gerar responsabilidade, dependendo do contexto e do modo como vem apresentada”.¹⁷ A ideia motriz deste pensamento é a própria essência da liberdade constitucional, que é indissociável da responsabilidade pelo abuso.

Transportando, preliminarmente, o requisito da veracidade ao tema objeto deste texto, é certo que esta não se perde com o tempo, ainda que modificado o substrato fático da publicação anteriormente realizada. Em especial, a conclusão é verdadeira quando se observa, para se exemplificar casos envolvendo a prática criminosa, narrativas que indicam a existência de processo criminal, ou qualificam o envolvido como *suspeito* ou *acusado*. Da mesma forma, não se vislumbra lesividade na publicação de notícia verdadeira, afastado eventual excesso, à época de sua ocorrência.¹⁸ Sua manutenção, no entanto, ainda mais com a velocidade da informação na era da *internet*, pode representar, sim, ato ilícito na medida em que se inclui, ao lado da veracidade, também a atualidade como baliza de avaliação.

É dizer: embora se tenha construído visão que dê relevo especial à veracidade da informação, que efetivamente não se modifica com o passar do tempo, certo é que a atualidade também pode desempenhar relevante papel para avaliação de eventual ilícito.¹⁹ Na discussão a respeito do tema do direito ao esquecimento, veracidade e

17 SCHREIBER, Anderson. *op.cit.*, p. 80. Conforme opinião defendida por Vladimir Passos de Freitas, a ideia de permanência da informação independe do fato de ser esta “certa ou errada, nova ou antiga, boa ou má”. (FREITAS, Vladimir Passos de. *Internet, direito ao esquecimento x pena perpétua*. In: Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-nov-06/segunda-leitura-internet-direito-esquecimento-pena-perpetua>, acesso em 30.03.2012).

18 Foi este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. CONTEÚDO OFENSIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE IMPRENSA EXERCIDA DE MODO REGULAR, SEM ABUSOS OU EXCESSOS. (...) A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. 5. A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público. 6. O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará. 7. Ainda que posteriormente o magistrado tenha sido absolvido das acusações, o fato é que, conforme apontado na sentença de primeiro grau, quando a reportagem foi veiculada, as investigações mencionadas estavam em andamento. (REsp 1297567/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23.04.2013, DJe 02.05.2013).

19 Com efeito, não se pode transmutar o termo de adequação da notícia a outro futuro, sob pena de se criar uma obrigação de cuidado e diligência impossível de ser cumprida, na justa medida em que a veracidade da informação só pode ser auferida no momento da sua redação e publicação.

atualidade caminham de forma indissociavelmente juntas, especialmente porque a primeira não se apaga com o tempo; a segunda, inevitavelmente.

Quando se aponta o requisito da atualidade da notícia para verificação de eventual abuso, não se está a impedir a revisita de fatos pretéritos. Apenas se sublinha a impossibilidade de que esta revista seja feita em dissonância com parâmetros que a justificam e tutelam. A análise casuística, conforme se verá abaixo, parece ser relevante neste contexto, em especial porque o conceito de atualidade é fluida, e depende das circunstâncias que a cercam.²⁰

Chega-se, então, a um derradeiro parâmetro, o chamado *animus narrandi*, que estaria presente na ausência de intuito ofensivo ou difamatório. O reconhecimento da presença do *animus* afastaria a configuração de ilícito pela inexistência de *culpa*, sendo esta relevante para a configuração da responsabilidade da imprensa.²¹ O critério dialoga de maneira estrita com os antecedentes, até mesmo porque a veracidade e atualidade são considerados parâmetros para configuração da intenção de mera narrativa.²²

Tais parâmetros, separada ou conjuntamente, não são suficientes para dar conta da complexidade do tema ora estudado. Utilizando por empréstimo a afirmação de Samuel WARREN e Louis Dembitz BRANDEIS, feita logo no início de paradigmático texto, “mudanças políticas, econômicas e sociais ocasionam o reconhecimento de novos direitos”.²³ A transmissão de informações na era *Google* demanda uma ressignificação do padrão de comportamento da imprensa e da responsabilidade que lhe é inerente, ainda que tal não importe o abandono das soluções já edificadas.

3. Direito ao esquecimento e a ser esquecido: desafios

Não é necessário rememorar-se a ampla proteção aos chamados direitos de personalidade no Direito brasileiro que, especialmente após a ordem constitucional de 1988, foram erguidos à categoria de verdadeiros direitos fundamentais, em diálogo

20 Em outras palavras, a atualidade a que se refere não é meramente temporal, ou seja, não se esta a determinar que as notícias de hoje guardem relação direta e estreita com acontecimentos imediatamente ocorridos. Ao se elucidar que a atualidade é contextual, quer-se dizer que o requisito há de ser analisado a partir de dados outros que não apenas o tempo cronológico.

21 É neste sentido a manifestação do TJPR, exemplificativamente: “A veiculação da reportagem é legítima, em razão de sua veracidade, da presença de *animus narrandi* e do evidente interesse social da matéria, não comportando a indenização por dano moral porque desprovida de potencial lesivo” (TJPR, AC n.º 567478-4, 9.ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, julg. 06.08.2009) e “A simples notícia dos fatos reais, sem intenção de injuriar, difamar ou caluniar, e sem qualquer deturpação ou exagero, não gera responsabilidade do jornal, até porque o exercício equilibrado do *‘jus narrandi’* não configura atuação ilícita” (TJPR, AC n.º 702985-0, 9.ª Câmara Cível, Relator Desembargador D’Artagnan Serpa Sá, julg. 04.11.2010).

22 “A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que não se configura o dano moral quando a matéria jornalística limita-se a tecer críticas prudentes - animus criticandi - ou a narrar fatos de interesse público - animus narrandi. Há, nesses casos, exercício regular do direito de informação.” (AgRg no AREsp 226.692/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16.10.2012, DJe 23.10.2012)

23 WARREN, Samuel e BRANDEIS, Louis Dembitz. *op.cit.*, p. 193.

go com o princípio basilar da dignidade da pessoa humana (e premissa *sine qua non* de estudos na perspectiva civil-constitucional). Dentre estes direitos se sobressai, no interesse ora discutido, a ideia de privacidade da qual se extrai, conforme lição de Anderson SCHREIBER²⁴, o direito ao esquecimento.

O Código Civil de 2002, embora criticado por seu comedido avanço no âmbito da proteção da personalidade, protege a vida privada e a põe a salvo de violação, dando ao juiz o direito-dever de impedir ou fazer cessar injustas ameaças (art. 21, CC). O rol de direitos de personalidade ali inscrito é meramente elucidativo, devendo-se nele incluir também a proteção desta esfera mais privada, em especial no que toca à proteção de dados pessoais.

Nesse sentido, importante marco doutrinário da aceitação do direito ao esquecimento no Direito brasileiro encontra-se na edição do Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil, no qual se afirma que, na leitura do art. 11 do Código Civil, “*a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*”. Da justificativa do texto, vê-se claramente a necessidade de proteção de dados que digam respeito à vida pretérita do retratado.²⁵

Tratar do tema faz com que seja necessária a delimitação, no campo de estudos do direito da imprensa, da abrangência do conceito de ato ilícito. Isso porque, ainda que os critérios de atualidade, veracidade e *animus narrandi* possam ser utilizados como balizas para sua configuração, certo é que são insuficientes para, por si sós, protegerem o direito ao esquecimento – pois este pode existir ainda que presentes estes pressupostos. A solução dependerá do momento em que se faz a análise respectiva.

Na insuficiência de tais critérios, a técnica da ponderação assume especial relevância quando de seu estudo. É o que se expressa já na ementa do famoso caso *Lebach*, julgado pela Corte Constitucional alemã em 1973 e que representa o ponto de partida de inúmeras discussões subsequentes a respeito da temática. Ali, constata-se que a liberdade de expressão de ideias é protegida constitucionalmente pela Lei

24 SCHREIBER, Anderson. *op.cit.*, p. 164.

25 ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex- detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados

Fundamental alemã, de 1949²⁶, mas, como todo direito não absoluto, encontra limites quando em conflito com outros bens jurídicos igualmente protegidos.²⁷

Trata-se de caso emblemático levado ao Poder Judiciário alemão. Às vésperas da soltura de condenado por participar de massacre anos antes, uma emissora de televisão e rádio produziu documentário rememorando os acontecimentos passados. Na visão a Corte Constitucional, reformando entendimento da instâncias inferiores, o relato seria inadmissível, especialmente por colocar em risco a reinserção do preso na sociedade.²⁸

Caso semelhante foi objeto de análise, no Brasil, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2008. O autor, acusado de participação na Chacina da Candelária, foi absolvido pelo Tribunal do Júri. Posteriormente a tal fato, seu nome foi vinculado contra sua vontade em programa policial, *Linha Direta*, o que teria reacendido na comunidade em que vivia a desconfiança de todos.²⁹ Na ponderação entre o direito de informar e o direito ao esquecimento, acolhido pelo Tribunal como derivado da dignidade da pessoa humana, este deveria prevalecer, a impor a restrição da informação referente à (já elucidada) não participação no crime.

Como parâmetros de análise, a Corte analisou a possibilidade de veiculação do programa sem menção ao nome do autor, havendo abuso no direito de informação a violar a vontade de “quem deseja prosseguir no esquecimento”. O caso *Lebach* é rememorado no inteiro teor do acórdão, como paradigma a ser aplicado, especialmente pela perda do critério de atualidade da informação prestada.³⁰

26 “Art. 5, Lei Fundamental alemã:

(1) Todos têm o Direito de livremente expressar e tornar pública sua opinião por palavra, escrito ou imagem e de ser informados por fontes acessíveis a todos e sem oposição. A liberdade de imprensa e a liberdade de comunicação por rádio e filmes é garantida. A censura é proibida.

(2) Estes direitos encontram restrição nas disposições legais gerais, nas disposições para proteção de jovens e nos direitos de honra pessoal.

(3) Arte e ciência, pesquisa e ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa a lealdade à Constituição.” (tradução livre).

27 Afirma Luís Roberto BARROSO que, mesmo os direitos fundamentais, possuem limites, os quais chama de imanentes e que independem de previsão constitucional (que pode ou não ocorrer, portanto). (BARROSO, Luís Roberto. *op.cit.*, p. 86-87).

28 BVerfG 1. Senat. Lebach, Lebach-Urteil. 05.06.1973, in: Juris, acesso em 23.05.2012, em tradução livre. Pelo acesso ao inteiro teor da sentença e sua gentil disponibilização e envio, agradeço ao Prof. Dr. Reinhard Singer, da Humboldt-Universität, Berlin. Segundo afirma o Ministro Luís Roberto Barroso, a decisão do caso *Lebach* é objeto de acirradas críticas, também na Alemanha. Na sua visão, o mesmo entendimento não seria considerado válido na ordem constitucional brasileira, ao menos em tese. O Ministro do Supremo Tribunal Federal salienta que a decisão alemã foi tomada em um momento temporal específico, vez que o malfadado noticiário seria divulgado às vésperas da soltura de um dos condenados, o que faz com que ela não possa ser tomada como paradigma. (BARROSO, Luís Roberto. *op.cit.*, p. 101).

29 TJRJ, AC 2008.001.48862. 16ª Câmara Cível. Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. J. 13.11.2008. A decisão foi mantida no Superior Tribunal de Justiça (REsp 1334097, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, j. 10.09.2013).

30 O acórdão cita também o caso *Melvin*, ocorrido nos Estados Unidos e que envolvia uma prostituta acusada de assassinato, posteriormente absolvida. Passados anos do julgamento midiático, a personagem viu-se surpreendida com a produção de um filme a respeito de seu passado, com utilização de seu nome verdadeiro e demandou reparação, que lhe foi negada.

A necessária ponderação levou em consideração, por evidente, a impossibilidade de modificação da história³¹, mas a possibilidade de recontar fatos pretéritos sem menção expressa àqueles que têm o direito de serem esquecidos. Na medida em que isso seja possível, e à luz do entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, haveria ofensa à dignidade da pessoa na atuação contrária.

É também da mesma Corte, no entanto, outro julgamento paradigmático, envolvendo o caso *Doca Street*, no qual a decisão ponderou pela veracidade da informação e à necessidade do envolvido de “conviver com o seu passado”, tendo-lhe negado direito à indenização. No caso, o autor fora acusado e condenado pela prática de homicídio doloso na década de 70, estória posteriormente retratada em programa televisivo, quando o autor já cumprira a pena e vivia em pacata cidade do interior. O acórdão aponta para o mero relato de fato verídico e público, a afastar a abusividade.³²

Veja-se que a veracidade da informação não se perde com o tempo, em nenhum dos casos acima. Tanto no *Lebach*, como na *Chacina da Candelária*, os fatos e a participação dos envolvidos nos processos criminais ocorreram, embora naquele tenha havido condenação e cumprimento da pena, e neste, absolvição. O mesmo se diga em relação ao caso *Doca Street*, no qual houve narrativa de fatos verdadeiros, circunstância esta, aliás, que guiou o entendimento majoritário que negou o direito ao esquecimento. Os julgados dos dois primeiros casos, no entanto, construíram-se embasados no fato de que não basta narrar fatos verídicos, é necessário que eles ainda sejam atuais.

É neste sentido a lição de Enéas Costa GARCIA, ao tratar do direito ao esquecimento, ligando-o ao interesse informativo, a exigir “um fato noticioso atual e de transcendência pública”.³³ Afirma o autor que, por vezes, a imprensa revolve a atos do passado que não contém significado atual, sendo nítida conduta abusiva. A recordação seria lícita na medida em que houvesse interesse atual.³⁴

Ocorre que, mesmo reconhecendo a ilicitude nos dois casos, há de se apontar que os atos tidos como ilícitos foram praticados no momento da republicação da notícia, sendo este o termo da análise da antijuridicidade. Quando se transporta a problemática aos tempos hodiernos e, especificamente, à manutenção de notícias na

31 Interessante excerto da decisão faz menção a personagens históricos, como o Presidente Kennedy, cuja figura não pode ser afastada quando do estudo da história dos Estados Unidos, para concluir que “como Capitu e Bentinho, são todas estas pessoas reféns de um momento em que saíram do anonimato e entraram na história”.

32 TJRJ, AC 2005.001.54774. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, j. 07.03.2006. Da declaração de voto do Des. Antonio Saldanha Palheiro, vê-se que a ponderação prevalecente protegeria a liberdade, pois “uma das principais trincheiras da luta da liberdade contra o autoritarismo é exatamente a luta da informação contra o esquecimento”.

33 GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 238.

34 *Ibidem*. Ao tratar do tema, em referência à não-recepcionada Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), o autor afirma que o Direito brasileiro reconhecia o direito ao esquecimento no art. 20 de referido diploma, que negava a possibilidade de exceção de verdade quando o agente houvesse sido absolvido por sentença irrecurável.

Internet, a questão toma foros um pouco diversos, ao que se soma, ainda, a inevitável utilização de buscadores, dos quais o *Google* é o principal exemplo.

Isso porque, embora a publicação possa ser acessada com maior facilidade e a qualquer tempo (ou lugar) certo é que o ato único e pontual que a ela deu origem encontra-se bem delimitado no tempo: sua redação e posterior publicação no sítio eletrônico. A partir daí, eventual retorno a seus termos é fruto da facilidade de buscas na *internet*, porém não de um ato contínuo de (re)publicação.³⁵ Ainda em tempos pretéritos, a revisita da informação sempre foi possível, apenas sendo hoje feita de forma mais facilmente realizável.³⁶

Em assim sendo, a própria concepção do direito ao esquecimento precisa ser retomada e levada para além da mera inexistência de atualidade no momento da publicação. É possível que a tutela do direito a manter-se no anonimato se refira, também, a questões publicadas em determinado momento (e atuais, portanto), porém mantidas acessíveis por período de tempo que a afastam das razões que autorizaram sua publicação.

Na visão de Pietro PERLINGIERI, boa-fé e lealdade criam deveres de comportamento que também obrigam a imprensa, muito embora não se vislumbre sua existência como “ordem interna dos jornalistas”.³⁷ Como princípios gerais de direito, cuja observância cogente pode ser obtida ainda que inexistente expressa inclusão no corpo da lei, certo é que também a questão do direito ao esquecimento deve se guiar dentro de tais parâmetros.

O desafio, portanto, não é abandonar os critérios usualmente utilizados (veracidade, atualidade e *animus narrandi*), mas antes de entender que há de se buscar interpretação que dê relevo à cláusula geral de proteção da pessoa humana, e de sua dignidade inerente, em detrimento de uma mera adequação de regras abstratamente concebidas e que, levadas ao extremo, podem importar grave violação ao

35 Embora não seja objeto deste artigo, não se pode deixar de apontar a discussão jurídica travada entre sítios eletrônicos e o buscador *Google*, nos quais se debatem as responsabilidades de cada um a respeito da forma de busca ou apresentação de seus resultados. Sobre o tema, veja-se as notas de Anderson SCHREIBER: “por meio de uma atividade aparentemente neutra, os motores de busca acabam por ditar a compreensão que os usuários da internet terão de um determinado fato ou de certa pessoa. (...) Mesmo dados verdadeiros podem ser apresentados de modo inadequado, sem a contextualização necessária ou com destaque incompatível com o papel que desempenham na composição da personalidade real do retratado” (SCHREIBER, Anderson. *op.cit.*, p. 163-164).

36 O TJPR julgou pedido de retirada do nome de determinada pessoa de uma notícia e considerou que a facilidade de acesso à informação não seria motivo hábil à retirada da notícia: APELAÇÃO CÍVEL - OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MATÉRIA JORNALÍSTICA VEICULADA EM REVISTA IMPRESSA E DIGITAL - (...) PLEITO DE EXCLUSÃO DO NOME, BEM COMO DA FOTOGRAFIA DA AUTORA, DA MATÉRIA JORNALÍSTICA DIGITAL - DIREITO - DEVER DE INFORMAR DA IMPRENSA - INEXISTÊNCIA DE EXCESSO - CONDUTA LÍCITA - NOTÍCIA QUE APENAS EXPÓS O FATO OCORRIDO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - DIREITO DA SOCIEDADE OBTER INFORMAÇÃO, PODENDO VALER- SE, PARA TANTO, DE QUAISQUER MECANISMOS QUE LHE SÃO DISPONIBILIZADOS, SEJAM AS BIBLIOTECAS, SEJAM OS ARQUIVOS IMPRESSOS, OU SEJA O CIBERESPAÇO. RECURSO DA RÉ CONHECIDO E PROVIDO. APELO DA AUTORA PREJUDICADO. (TJPR - 9ª C.Cível - AC 907331-6 - Londrina - Rel.: Domingos José Perfetto - Unânime - J. 07.02.2013)”

37 PERLINGIERI, Pietro. *op.cit.*, p. 187.

direito de privacidade e sua faceta de permanecer esquecido. Em suma, veracidade, atualidade e *animus narrandi* são objetivamente considerados e submetidos a uma *adequação constitucional*, ou seja, à interpretação conjunta que leve em consideração o agir de boa-fé.

Conforme leciona Luís Roberto BARROSO, foi-se o tempo da interpretação jurídica tradicional e própria da *Civil Law*, em que a subsunção dos fatos às regras, máxime àquelas escritas, seria suficiente para tal desiderato. Em uma nova perspectiva constitucional, afirma o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, não há abandono do método subjuntivo, mas antes a compreensão de que, por vezes, estes pode não ser suficiente.³⁸ No tema ora discutido a afirmação aplica-se sem qualquer ressalva.

Se o direito ao esquecimento ou a ser esquecido (como duas faces de um mesmo direito) está no justo encontro entre privacidade e direito à informação, sua interpretação há de ser realizada a partir de um critério de proporcionalidade e função: o direito existe na medida em que não infrinja o direito fundamental de personalidade e a informação só poderia ser considerada como algo que transcende a esfera de direito da pessoa retratada quando houver evidente e inegável interesse público que justifique a sua divulgação.³⁹

Em outras palavras, não há direito à informação quando este se mostrar incompatível com a proteção de outro direito igualmente fundamental, qual seja, a proteção da personalidade e seus atributos mais sensíveis. Se a informação é um direito de todos, e também um dever da imprensa, a privacidade é um limite necessário a ser protegido e respeitado. E, à medida em que a informação se confunde com um dado pessoal⁴⁰ – do ponto de vista da pessoa retratada –, uma relação dinâmica se instaura entre esta e a imprensa.

38 BARROSO, Luís Roberto. *op.cit.*, p. 82-83.

39 Trata-se de reconhecer algo próximo ao que afirma Rabindranath CAPELO DE SOUSA, ao afirmar que o direito a conhecer não é incompatível com o direito ao esquecimento, ou seja, aquele pelo qual “uma pessoa se poderá opor a que factos pertencentes ao seu passado sejam de novo revelados, sem uma justificação decorrente dos próprios factos (...)” (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 234)

40 Interessante decisão da Corte de Justiça Europeia vem lançar novos olhares sobre a discussão. Em 13 de maio de 2014 decidiu-se pelo direito à retirada de notícia envolvendo cidadão espanhol, a ser cumprido também pelo *Google*, à luz da Diretiva 94/46/CE a qual versa, justamente, sobre a proteção de danos pessoais. A notícia narrava fatos pretéritos e não mais atuais, consistentes na publicação de edital anúncio de hasta pública de imóvel que lhe pertencia, para recuperação de dívida perante a segurança social. O julgado foi assim ementado: “«Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2.º, 4.º, 12.º e 14.º – Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7.º e 8.º (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>, acesso em 27.05.2014).

4. Soluções possíveis no Direito brasileiro

Tal como qualquer problema jurídico, especialmente aqueles criados pelas condições específicas de alterações sociais e culturais, a temática do direito ao esquecimento demanda reflexão na busca de propostas e soluções, sob pena de se ter uma análise meramente teórica e descompassada da realidade prática ao qual o Direito deve dar respostas adequadas.

Salta desde logo aos olhos que a temática aqui tratada tenha sido *esquecida* pelo Marco Civil da Internet. Com efeito, a nova legislação não trabalha o direito ao esquecimento – ao menos não expressamente – muito embora eleja a proteção da privacidade como princípio da disciplina do uso da *internet* no Brasil (art. 3º, II), bem como a proteção de dados pessoais (art. 3º, III), resguardando ao usuário o direito de tutela material destes atributos (art. 7º, I). Por evidente, e na medida em que a interpretação do direito ao esquecimento deva ser feita a partir de princípios e garantias constitucionais, também a interpretação da nova legislação há de ser consonante com a construção já erguida pela jurisprudência e doutrina nacionais.⁴¹

Muito embora não se tenha um dispositivo legal específico aplicável ao esquecimento, o Marco Civil regula o pedido de retirada de notícias em seu art. 19, sob o prisma da responsabilidade civil. Ali, dispõe-se que o provedor de aplicações (ou seja, de conteúdo) somente será responsável pelo conteúdo gerado por terceiro quando, cientificado de decisão determinando a retirada, deixe de fazê-lo.⁴² Por evidente, o artigo não tem aplicação quando o autor do dano é o próprio provedor de aplicações, como ocorre nos jornais e demais periódicos e seus sítios eletrônicos – tendo aplicação limitada no que toca ao objeto de estudos do presente ensaio, já que se foca no esquecimento a partir da imprensa.

Sem pretender exaurir a matéria, e a partir de todo o exposto, pode-se tratar duas proposições de análise que sirvam de balizas introdutórias à solução da problemática. Ambas estão ligadas a situações diversas em torno do direito ao esquecimento. A primeira diz respeito ao *tempo* de manutenção de determinada notícia ao acesso público. A segunda, refere-se à possibilidade de revisitação de fatos pretéritos em momento diverso daquele no qual estes ocorreram.

41 E nem se diga, ainda, que a sua proteção seria incompatível com o fundamento da liberdade de expressão, reiterado e diversas passagens no Marco Civil, pois não se pode pretender dar a ele conteúdo absoluto.

42 O art. 19 tem como premissa a proteção da liberdade de expressão, prevenindo-se uma discutível necessidade de ordem judicial para criação de responsabilidade civil. Do ponto de vista da autora, a responsabilidade não se confunde com possibilidade de retirada, pelo que mesmo sem ordem judicial é possível a busca de retirada de notícias – cuja análise será feita, como já o era antes da nova legislação, pelo próprio provedor de aplicações – pela via extrajudicial. Caso diverso é aquele previsto no art. 21 do Marco Civil, que prevê a responsabilidade por conteúdo de cunho de nudez ou sexual de caráter privado desde que não atendido o pedido de retirada formulado por simples notificação. Sobre as controvérsias instauradas na interpretação destes artigos, vide STEINER, Renata C. Marco Civil da Internet e responsabilidade civil dos provedores. In: Cadernos Jurídicos da OAB/PR, n.51, maio 2014, https://www.academia.edu/6988761/Marco_civil_da_internet_e_responsabilidade_civil_dos_provedores.

Não há lei ou marco legal que restrinja a manutenção de notícias ao acesso público na *internet*. Tal ausência não importa o reconhecimento de que haveria possibilidade de sua manutenção infinitamente, ao mesmo tempo em que não se pode pensar na obrigação coercitiva de retirada de notícias sem motivo suficientemente idôneo – no que se inclui também a impossibilidade técnica da constante revisita de informações já publicadas.

A criação de um marco temporal vai de encontro com uma das características mais próprias e prestigiadas da era da informação, qual seja, a formação de uma base de dados ampla e de fácil acesso. A limitação de tempo de publicação de matérias jornalísticas reduziria sensivelmente o alcance da informação e, em alguns casos, importaria mesmo a impossibilidade do seu acesso (basta que se pense em plataformas de comunicação que apenas operam na rede mundial de computadores). A proposta parece não encontrar abrigo na sociedade atual, pois resolveria um aspecto do problema com desproporcional infração a outro.

O direito norte-americano tem se utilizado da expressão *notice and takedown* para designar uma interessante técnica aplicada à internet, especialmente no que toca à veiculação de informações por redes sociais, sem participação do provedor de internet ou de conteúdo. Trata-se, em suma, de reconhecer a configuração de ato ilícito quando, devidamente notificado do pedido de retirada, o provedor de conteúdo deixa de promovê-la ou de indicar a identidade de seu responsável. O ato ilícito nasceria no momento da negligência ou omissão em promover a retirada.⁴³

A necessidade de notificação pelo interessado afasta ao menos duas outras soluções não desejáveis: a criação de um marco temporal rígido para retirada de notícias (que desnaturaria a sociedade da informação⁴⁴) e a criação de um dever contínuo de revisita dos termos de publicações (que, levado às últimas instâncias, impossibilitaria a própria atividade jornalística). Malgrado as fundadas críticas⁴⁵, a técnica parece aplicável no direito ao esquecimento – ao menos na sua faceta estrita, de manutenção de notícias – também no Brasil, ainda que com algumas adaptações, em especial porque não há a dualidade de atores como há nas questões envolvendo as redes sociais, por exemplo.

43 Anderson SCHREIBER ensina que o *notice and takedown* encontra-se consagrado no Digital Millenium Copyright Act e tem sua gênese no que toca aos direitos autorais. Nas suas palavras, “a doutrina do *notice and takedown* cria uma exceção à responsabilidade por violação de direitos autorais na internet, assegurando imunidade aos provedores de serviços (*service providers*) que atenderem prontamente à notificação do ofendido para a retirada do material impróprio” (SCHREIBER, Anderson. Twitter, Orkut e Facebook – Considerações sobre a responsabilidade civil por danos decorrentes de perfis falsos nas redes sociais. In: In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. Diálogos sobre Direito Civil. Volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 162).

44 Veja-se que algo análogo nem sequer é possível em relação às publicações impressas, que continuam existindo ao longo do tempo.

45 Estas são tecidas também por Anderson SCHREIBER, podendo ser assim resumidas: inexistência, no Brasil, de legislação específica para aplicação de uma técnica meramente procedimental e a irreparabilidade de danos ocorridos antes da informação, deixando a vítima em desabrigo. (*Idem*, p. 163-164). O Marco Civil da Internet, em parte, pode se servir a ser marco procedimental.

A distribuição do ônus de informar ao próprio lesado convive de maneira harmônica com a proteção do seu direito de personalidade, ao mesmo tempo em que, diferentemente do que se poderia supor em relação à aplicação da regra no campo dos direitos autorais, não deixa a vítima sem reparação, na justa consideração que o dano somente se configura após a comunicação. Aqui, uma evidente aplicação do princípio da boa-fé na relação instaurada entre o retratado e a imprensa.

Veja-se que a solução de aplicação da técnica é abrangida pelo art. 21 do Marco Civil, prevendo a responsabilidade pelo conteúdo (envolvendo nudez e cunho sexual privado) postado por terceiro quando, após notificação para retirada, o provedor de aplicação deixe de fazê-lo. Nas demais hipóteses, a responsabilidade do art. 19 somente se cria após uma notificação *judicial*, o que é diverso da figura do *notice and takedown*. Além disso, e como já sublinhado, ambos os dispositivos pressupõem que provedor de aplicação e autor do conteúdo sejam diversos, pelo que se entende permanecer grande campo em aberto para a técnica ora discutida.⁴⁶

A proposição, portanto, criaria a necessidade de que o órgão de imprensa fosse formalmente notificado quanto à inadequação da manutenção de determinada notícia e, somente a partir daí, fosse configurado o ato ilícito, consistente na recusa injustificada da retirada. A interpretação da justificativa do anacronismo, por sua vez, não poderia ser deixada ao arbítrio da imprensa, nem ao próprio lesado, vez que não são considerações estritamente pessoais que estão em jogo.

A afirmação pretende sublinhar o fato de que não é o mero dissabor ou não concordância com os fatos retratados que cria o direito ao esquecimento. Visto de outro modo, e conforme se desenvolveu no presente texto, o direito à informação reveste-se de características próprias de direito-dever e, havendo interesse público, a notícia transcende o âmbito privado do sujeito nela retratado.

A proposta, portanto, é no sentido de se verificar a correção dos parâmetros fáticos subjacentes da notícia à realidade do momento do pedido de retirada. Havendo, por qualquer circunstância, modificação desta adequação, a retirada da notícia é medida que se impõe.⁴⁷ É o caso, por exemplo, da sobrevinda de sentença absolutória ou do próprio cumprimento da pena que, se não retiram a veracidade dos fatos, os tornam, isoladamente considerados, injustos.

A inércia do órgão de imprensa em promover tal retirada é que configuraria o ilícito. A questão é relevante, pois deixa claro que não é a publicação, em si, fonte da ilicitude (e dos danos injustos), mas sim a manutenção desta quando requerida formalmente a sua retirada (e desde que presentes os requisitos que a justifiquem, evidentemente). Por outro lado, e não havendo prazo para exercício de um direito

46 Aplicando a técnica às hipóteses agora cobertas pelo Marco Civil, antes de sua edição, vide exemplificativamente AgRg no REsp 1396963/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 23.05.2014.

47 E por retirada da notícia entende-se, também, a possibilidade de supressão do nome da pessoa retratada, permanecendo o conteúdo acessível.

de personalidade, o pedido de retirada poderia ser formalizado a qualquer tempo, o que não se confunde com a sua tutela patrimonial, esta sim passível de ser encoberta pela prescrição.

O desafio persiste, no entanto, em relação ao segundo viés possível do direito a ser esquecido, justamente aquele retratado no caso *Lebach*: a revisita a acontecimentos pretéritos. Neste caso, os desafios são ainda maiores e a técnica do *notice and takedown* certamente não é chamada a solucioná-los. Se é certo que não se pode impedir a republicação de fatos pretéritos nem a modificação da História, é igualmente correto concluir que esta somente será possível se subsistir o interesse público na sua nova divulgação. Eis o primeiro ponto que merece análise, e sobre o qual não há única solução cabível.

Nestes casos, proposição possível parece residir na impossibilidade de se causar danos injustos quando da nova publicação, seja esta realizada por qualquer meio de comunicação. Havendo potencialidade de que os fatos esquecidos no passado sejam reavivados, por mais graves que estes sejam, a republicação somente será possível se não expuser diretamente a pessoa retratada ou, se o fizer, contar com sua autorização específica, máxime nos casos em que há utilização de sua imagem.

Em consideração estarão as condições pessoais dos envolvidos e as próprias circunstâncias dos acontecimentos. Em suma, não é a constatação isolada de que, em determinado momento, alguém tenha entrado para a história que leva à impossibilidade de que, em momento futuro, esta mesma pessoa pretenda não mais ali permanecer.⁴⁸ A ocorrência destes fatos em ordem inversa também parece justificar a mesma conclusão e, conjuntamente, ambas as considerações levam, novamente, à impossibilidade de se ter uma única solução para a temática.

5. Conclusões inacabadas

De todo o exposto, resta evidente a impossibilidade de soluções *a priori* em relação à temática do direito à informação na sociedade hodierna. A complexidade das relações e a velocidade de transmissão de dados faz com que novos desafios surjam, dia após dia, instando o operador do Direito à busca de soluções adequadas à tutela de direitos que, independentemente do tempo, permanecem fundamentais ao ordenamento jurídico. A privacidade e a tutela da personalidade são exemplos claros da afirmação.

O direito ao esquecimento surge dentro deste contexto como uma das formas de tutela da privacidade. A partir da noção de que todos os direitos devam ser exer-

48 Por outro lado, e retomando-se um estudo que ultrapassa os limites do jurídico, não se pode deixar de considerar que a memória é também um direito de ordem social. Neste sentido: “em realidade, há muito tempo está superada a perspectiva de que a memória é um atributo somente individual. Estudos de diversa origem disciplinar coincidem na experiência compartilhada da memória, ou seja, na sua natureza social”. (PADRÓS, Enrique Serra. *op.cit.*, p. 80). Mais adiante em seu texto, o autor aponta para um direito a não esquecimento, tal como se dá com a ligação coletiva de um lugar (o exemplo dado é a *Plaza de Mayo*, em Buenos Aires) a acontecimentos do passado. (p. 84).

cidos à luz da boa-fé, resta evidente que também a imprensa há de observar limites em sua (essencial) atuação. Quer-se apontar que o direito-dever de informar não é um fim em si mesmo e, ultrapassados os fundamentos que o justificaram, o direito ao esquecimento haveria de ser prestigiado.

Neste contexto, a informação veiculada poderia ser vista como algo análogo a um dado pessoal e, assim, seria dado à pessoa retratada o direito de invocar sua proteção, desde que preenchidos alguns pressupostos, que não se confundem com a não veracidade do noticiado. O ato ilícito não estaria localizado no momento da publicação mas, antes, na manutenção de notícia após o pedido justificado de retirada, bem assim em sua republicação (distinguindo-se as hipótese de direito ao esquecimento em sentido estrito e direito a ser esquecido).

O direito a todos à informação, e a tutela positiva de tal prerrogativa não são suficientes para *vaporizar* o âmbito mais privado do indivíduo, que pode optar por permanecer ou ser esquecido. O perigo está, justamente, na zona gris que separa a memória do esquecimento, pois também a História faz parte construção e da vida de cada qual.

8

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS LIBERDADES COMUNICATIVAS: OS CRITÉRIOS DO LUGAR PÚBLICO E DA PESSOA PÚBLICA

Rodrigo Eduardo Camargo¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A tensão entre os direitos da personalidade e as liberdades comunicativas – 3. A liberdade de informação e o critério do lugar público – 4. Um estudo de casos: o emblemático *topless* na Praia Mole e a resposta do Judiciário – 5. Pessoa pública, interesse público e abuso do direito de informar – 6. Interesse público e interesse público – 7. Considerações finais – 8. Referências.

1. Introdução

“*O homem é um animal social.*” Esse texto foi pronunciado originalmente por Aristóteles, nos permite desenvolver a ideia de que o homem procura se comunicar por força da própria natureza humana, bastando-se nele mesmo para transmutar a existência da figura humana em uma existência social. Na história escrita pelo inglês Daniel Defoe, o que Robinson Crusoe mais almejava, ao ficar perdido e isolado da convivência humana numa ilha, era justamente compartilhar aquela “tragédia” com outro, e, para satisfazer esse ideal, ensinava palavras ao papagaio.

Essa aptidão natural do ser humano para a comunicação é que o conduz à procura, contínua e permanente, de informações, a fim de maximizar seus meios de expressão, apreender experiências individuais alheias e tomar conhecimento do contexto dentro do qual está imerso. Nessa esteira de pensamento, Hannah Arendt pondera:

¹ Mestre em Direito Civil pelo PPGD da Faculdade de Direito da UFPR. Professor Universitário. Advogado.

Nenhuma vida humana, nem mesmo a vida de um eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos. Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens.²

O presente trabalho abordará os direitos da personalidade, especialmente os direitos à privacidade e à imagem, e suas articulações com as liberdades comunicativas, segundo seus critérios do *lugar público* e da *pessoa pública*.

2. A tensão entre os direitos da personalidade e as liberdades comunicativas

Considerando a expansão da veiculação de informações, no âmbito da sociedade dominada pelo risco, pela vigilância e pela informação, consolida-se a indústria da comunicação, que vai para além do tradicional jornalismo e culmina na circulação de informações pertencentes à seara econômica, comercial, publicitária, administrativa, científica e pessoal, o que provoca grandes dificuldades, nesses novos tempos, em definir os limites entre esferas pública e privada.³

Dessa maneira, o desenvolvimento frenético das novas tecnologias de informação potencializou o valor da transparência como elemento supremo do Estado Democrático, influenciando decisivamente não apenas as relações verticais entre Estado e indivíduo, mas também as relações civis entre particulares, de modo que houve perceptível diluição das fronteiras do que consistiria o espaço privado.

Assim, qualifica-se como complexa a tarefa de precisar os limites dos direitos da personalidade e do direito de informação, sempre que colidirem no caso concreto. Torna-se especialmente dificultoso, atualmente, estabelecer condições para os direitos (da personalidade) à honra, imagem e privacidade, a fim de efetivá-los como instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana, e, ao mesmo tempo, propiciar a coexistência harmônica daqueles direitos personalíssimos com o direito de informação.

Na colisão entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, levam-se em conta, então, os objetivos, finalidades e circunstâncias em que ocorreu o exercício de cada um desses direitos.

Deve, portanto, ser considerado o peso de cada um dos direitos em conflito na situação em concreto, tendo como parâmetro os valores existenciais perpetrados pelo ordenamento pátrio, bem como a finalidade da norma aferida em concreto. A

2 ARENDT, Hannah. A condição humana. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p.31.

3 SOUSA, Nuno de. Liberdade de informação, verdade jornalística e proteção dos direitos dos cidadãos. **Seminário Comunicação Social e Direitos Individuais**. Porto: Edição da Alta Autoridade para a Comunicação Social, 1997. p. 27.

avaliação da intensidade com que serão restringidos em face de outro direito ou interesse contraposto deverá ser harmonizada com vistas aos direitos da pessoa humana.

3. A liberdade de informação e o critério do lugar público

Na atualidade, os órgãos de comunicação comumente se imiscuem na esfera pessoal dos indivíduos, ofendendo direitos da personalidade, ao capturar retratos em espaços abertos. O critério do “lugar” em que está situada a pessoa – público ou privado – é usualmente invocado para justificar o interesse geral ao conhecimento da imagem capturada.

Assim, segundo esse entendimento praticado pelo senso comum, se o retrato for tomado em âmbito público, tornar-se-á possível a restrição dos direitos à imagem e à privacidade.

Cumpra registrar que a presente discussão debruçar-se-á, primeiro, sobre a articulação entre os direitos da personalidade e as práticas midiáticas comuns na sociedade atual, dirigidos ao tratamento jurídico geral das pessoas, sem considerar supostas diferenciações entre “pessoas privadas” e “pessoas públicas”. Após, haverá particular atenção sobre a abordagem jurídica, em doutrina e jurisprudência, dos direitos da personalidade em face da qualificação de “pessoas públicas”.

Propõe-se discutir nesta parte, sob uma análise crítica, a seguinte passagem coletada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “(...) não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem.”⁴

Da análise em epígrafe, levanta-se a reflexão se é possível considerar o direito de imagem e de privacidade como uma espécie de “redoma protetora” a que o titular dos direitos da personalidade goza, ou se seria, tragicamente, um mero delírio estabelecer qualquer tentativa que garanta o núcleo desses direitos.

Pautando-se pelo *critério do lugar público*, considera-se tácito o consentimento para captação e circulação da imagem sempre que o sujeito estiver em lugar e eventos públicos. Entende-se que essa autorização está implícita na medida da participação em espaços públicos.

De acordo com o entendimento irradiado no Brasil, os espaços públicos, por sua própria estrutura, colocam os indivíduos à exposição e intromissão alheia, de

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 595.600-SC (2003/0177033-2). Recorrente: Maria Aparecida de Almeida Padilha. Recorrido: Zero Hora Editora Jornalística S.A. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 19 de março de 2004. Disponível em: < <http://www.fag.edu.br/professores/ymjunior/Direito%20Civil-1%BAPer%EDodo/2%BAim-%20DECIS%C3O%20DO%20STJ-CASO%20DO%20TOPLLESS%20QUE%20N%C3O%20GERA%20INDENIZA%C7%C3O-DIREITO%20C0%20IMAGEM%20E%20PRIVACIDADE.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2012. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 58101-SP (94/0038904-3). Recorrente: Vera Lucia Zimmerman. Recorrida: Editora Azul S/A. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, 16 de setembro de 1997. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400389043&dt_publicacao=09-03-1998&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 dez. 2012.

tal modo que não se mostra razoável a pretensão em resguardar a esfera privada em ambientes acessíveis ao público em geral.

Em sentido oposto à parcela majoritária da jurisprudência, Anderson Schreiber sustenta que o critério do lugar teria pouco impacto para a resolução de conflitos entre a liberdade de informação e o direito à própria imagem. Isso, pois, o enquadramento de “público” a determinado lugar não deve servir como argumento hábil para se permitir a captação de imagens. Deve-se, antes, ser verificado o contexto em que a imagem foi tomada, bem assim a ciência dos retratados e a intensidade de individualização dessa imagem.

A crítica de Schreiber, que também não deixa de ser uma constatação fática, afigura-se contextualizada às práticas atuais da mídia e ao conteúdo das decisões judiciais majoritárias sobre o tema. Sustenta-se que em locais públicos, dispensa-se a autorização para a captura e difusão da imagem do retratado. Esse entendimento equivocado decorre do tratamento dado à imagem como um bem jurídico tutelado no âmbito do direito de privacidade. Esse sofisma parte da ideia de que se a pessoa encontra-se em lugar aberto ao público, não há que se falar em direito de privacidade, não havendo, portanto, óbice, à veiculação do seu retrato quando inserido nesses espaços.

Ocorre que o direito à própria imagem, direito autônomo da personalidade que é, merece ser amplamente tutelado pelo Direito, tal como o são os demais bens personalíssimos. Por isso, não se deve admitir o consentimento presumido do indivíduo para a divulgação da sua imagem pelo simples fato de ir à praia, ao estádio de futebol ou ao shopping. Atente-se que as devidas ponderações sobre o tema devem ser feitas, considerando o homem imerso na vida em sociedade.

Por não existir isoladamente, mas sim dentro de uma comunidade, compondo-a, o indivíduo que tem sua imagem apreendida em fotografia com intuito de retratar fenômenos e acontecimentos sociais como um todo, identificando a imagem com a multidão, e apenas secundariamente com aqueles que a integram, não tem aqui um caso de ofensa ao direito à imagem.

Há situações que se torna praticamente impossível consultar a autorização de todos os que compõem o retrato de multidão. Imagens de filas de espera em instituições bancárias e previdenciárias, bem como de multidão de torcedores em estádios possuem claro fim de demonstrar fenômenos sociais. Não há, nesses casos, individualização dos retratados, pois os indivíduos correspondem a simples partículas integrantes do cenário retratado como um todo. O contrário, ressalva Schreiber, é quando uma pessoa que:

(...) gozando seu momento de lazer nas mesmas areias de Ipanema, vem fotografada com *zoom* poderoso e vê seu corpo exibido, com impressionante detalhamento, nas páginas do jornal da manhã seguinte. (...) Quem participa de uma passeata, quem comparece a um show, quem vai ao estádio assistir a uma partida de futebol tem a consciência de que pode ter sua imagem captada como parte integrante do fenômeno coletivo. Já não é o que ocorre com namorados que, ao entardecer,

se beijam no banco de uma praça, onde, embora público o local, o contexto é evidentemente íntimo, de tal modo que a captação e veiculação da imagem do casal deve ser precedida do pedido de autorização ou no mínimo, das cautelas necessárias a impedir a identificação dos retratados.⁵

Observe que tanto no caso de retrato de fenômenos sociais, com imensidão de pessoas integrando-o, quanto na hipótese delineada por Schreiber, em que há individualização da pessoa como escopo da fotografia tirada, o lugar é público. Todavia, neste último caso – *fotografia com zoom nas areias de Ipanema* –, a propagação da imagem do indivíduo sem consentimento expresso será ilícita, já que o coloca em desnecessária e excessiva exposição, em indiscutível exploração do direito de imagem alheio.

À luz dos valores humanos perpetrados na Constituição de 1988 e defendidos pela teoria crítica do direito civil contemporâneo, o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe a tutela da pessoa humana, em seus desdobramentos variáveis, em quaisquer espaços ocupados no cotidiano do indivíduo, devendo ser analisados os seguintes parâmetros: *o contexto, a presença do interesse público, o grau de individualização e exposição da pessoa e a ciência do retratado quanto à captura da imagem, no momento em que ela está ocorrendo.*

Nesse passo, pondera Schreiber: “Ninguém está autorizado a captar com tecnologias de ponta o que uma pessoa cochicha em praça pública e divulgar o diálogo nas redes de televisão. (...) Entender o contrário é declarar o fim da privacidade de quem quer que saia pela porta de casa, transformando em realidade o mundo vigiado de George Orwell.”⁶

Portanto, a simples adoção do critério estrutural do lugar – público ou privado – para subsidiar a resolução do conflito entre liberdade de informação e os direitos da personalidade não deve ser utilizado com roupagem de “salvo-conduto” à veiculação da imagem alheia.

4. Um estudo de casos: o emblemático *topless* na Praia Mole e a resposta do Judiciário

O caso *topless* ocorrido em Santa Catarina, na Praia Mole, é um emblemático exemplo da malversação da atividade jornalística, pautada pelo critério simplificador do “espaço público”, tendo suscitado muita controvérsia nos tribunais em que foi posto em julgamento.

Iniciou-se o caso quando da captação e veiculação não autorizada, no jornal Diário Catarinense, da imagem de uma moça fazendo *topless* em praia catarinense. Tal atitude do órgão de comunicação despertou indignação na jovem, que, então,

5 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106.

6 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 139.

ajuizou ação de danos morais em face do jornal perante o Poder Judiciário de Santa Catarina.

Tratava-se de um marcante conflito de direitos, de um lado o direito de informação, já que a matéria noticiava novos comportamentos de banhistas, à luz de mudanças culturais, e de outro, o direito à própria imagem, o qual, em regra, exige prévia autorização para que seja lícita a captação e veiculação de retratos.

Ocorre que o STJ ateu-se apenas ao simples critério do local público e da falta de associação do nome da pessoa à imagem veiculada, em confusão conceitual com o direito à identidade e à privacidade:

(...) a própria recorrente optou por revelar sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação, que se limitou a registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora. Assim, se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.⁷

Observa-se, claramente, a utilização do critério “lugar público” para legitimar a difusão desautorizada da imagem da moça, pelo jornal, a pretexto do exercício da liberdade de informar. Todavia, o que não foi só pesado pelo STJ é a questão da (in) validade do consentimento tácito da banhista para registro de sua imagem e posterior propagação em material impresso, considerando a expectativa e a ciência da captação do retrato desnudo.

O simples fato de a moça realizar o *topless* na praia não conduz entendimento de que tenha consentido em se expor para fins de reportagem em jornal de circulação significativa. A única conclusão que se pode extrair da conduta da banhista é que houve consentimento em se expor aos presentes na Praia do Mole, naquele momento em específico.

Em outras palavras, ao fazer o *topless*, não é possível concluir que a jovem estava autorizando implicitamente a sua exposição de maneira amplificada, isto é, a todos os leitores do jornal, pois “(...) a amplitude do público do Diário Catarinense é significativamente maior e naturalmente diversa do público frequentador do setor específico da Praia Mole onde se localizava a retratada.”⁸

Ainda, importa considerar a reduzida expectativa que tinha a moça em se ver estampada em jornal de grande circulação, fazendo *topless*. Se o fotógrafo teve que se valer de recursos tecnológicos, como o eficiente *zoom*, em razão da distância da

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 595.600-SC (2003/0177033-2). Recorrente: Maria Aparecida de Almeida Padilha. Recorrido: Zero Hora Editora Jornalística S.A. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 19 de março de 2004. Disponível em: < <http://www.fag.edu.br/professores/ymjunior/Direito%20Civil-1%BAPer%EDodo/2%BABim-%20DECIS%C3O%20DO%20STJ-SO%20DO%20TOPLESS%20QUE%20N%C3O%20GERA%20INDENIZA%C7%C3O-DIREITO%20C0%20IMAGEM%20E%20PRIVACIDADE.pdf> >. Acesso em: 10 nov. 2012.

8 : SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 113.

captação da imagem, não tinha a banhista notado a presença daquele, demonstrando-se, mediante essa conduta, o abuso de direito cometido pela imprensa, sob o véu do discurso da liberdade de informação.

Outro ponto a ser levantado: como a exposição da retratada era muito grande, por respeito à pessoa e observância ao direito de imagem, deveria o órgão de comunicação ocultar a face da moça, pois desnecessária sua identificação para os fins a que se propunha a matéria, qual fosse o de demonstrar novos hábitos das pessoas em faixas litorâneas.

Decisões como essa, utilizando-se do critério “lugar público” para justificar a dispensa de consentimento do retratado, têm sido correntes. Consideram como tácita a autorização do titular com a captação e veiculação da imagem, na medida em que se expõe em local aberto, mesmo que a difusão ocorra para número muito maior de pessoas que aquele presente na localidade.

Contudo, cumpre dizer, ressaltando-se situações excepcionais, como na hipótese da “boa administração da justiça”, a autorização do retratado funciona como elemento essencial para o controle da legitimidade do uso da imagem por terceiros, de tal maneira que a sua utilização deve ser específica e limitada estritamente àquilo que foi autorizado. Entender diversamente cria espaços perigosos para o cometimento de abusos e excessos pela ação “pseudo-jornalística”.

5. Pessoa pública, interesse público e abuso do direito de informar

No contexto da sociedade de vigilância atual, parece haver uma “consciência social” enraizada no sentido de que pessoas consideradas públicas, pelo simples fato de ocuparem uma localidade aberta ao público, podem ser retratadas sem a respectiva autorização do titular. Anote-se que no Brasil essa prática da imprensa, manifestadamente ilícita, que repercute na pessoa humana, não decorre de nenhum dispositivo legal. Ao contrário, tal prática abusiva afronta acentuadamente a dignidade da pessoa humana, princípio fundante de todo o Estado brasileiro.

Considerando a autodeterminação informativa, trazida do Direito Alemão para o Direito Português, por Paulo Mota Pinto, tem-se que os direitos da personalidade, apesar de possuir um núcleo rígido, conexo ao princípio supremo da dignidade da pessoa humana, apresentam conteúdo variável, tendo maior ou menor dimensão a esfera de proteção desses direitos, considerando-se as particularidades de cada pessoa.

O conceito da autodeterminação informativa é também aplicável ao direito à imagem, pois é o próprio titular quem vai delimitar o conteúdo desse direito, alargando-o ou restringindo-o, de acordo com o modo de conduta particular.

Conforme destaca Paulo Mota Pinto, o direito à imagem e o direito de privacidade levam consigo uma carga de liberdade, correspondente à livre autoder-

minação informativa.⁹ O consentimento ganha importância de primeira grandeza, pertencente à autonomia privada, o que implica o dever imposto *erga omnes* de não veicular imagens e informações pessoais em geral, sem a vontade legítima do seu titular, expressa e inequívoca.

Entre as celebridades, o exercício da autodeterminação das informações pessoais é bastante perceptível. Há muitos artistas que divulgam todos os fatos pessoais que ocorrem no seio de sua vida pessoal, não resguardando reserva alguma; publicam-se, em tempo real, nas mídias sociais, sem restrições quanto aos destinatários, tudo o que estejam fazendo. As informações vão desde resultados de testes de gravidez a rompimentos ou brigas em relacionamentos amorosos.

De outra banda, há também os artistas que procuram, quase em um esforço hercúleo, face às inúmeras intromissões ilegítimas na esfera pessoal, garantir uma ampla esfera particular, em defesa à autodeterminação pessoal.

A correlação entre o comportamento do envolvido e âmbito de proteção da intimidade é discutida na obra de José Adércio Leite Sampaio, destacando-se a seguinte passagem:

O comportamento da pessoa é pedra fundamental para que se possa descortinar a licitude ou não de dada invasão da intimidade realizada pela imprensa. Aqueles que buscam os holofotes e fazem de suas experiências pessoais um teatro aberto aos olhos e ouvidos de todos, fazem presumir autorização ou consentimento tácito para que a mídia reproduza, em uma plateia ainda mais ampliada, suas confissões e aventuras. Sem embargo, essa franquia pode vir a ser alterada pelo recolhimento ulterior da pessoa ao anonimato e à benevolência pacificadora do tempo.¹⁰

Considerando em questão pessoas midiáticas, cumpre esclarecer que essa qualificação não serve para legitimar qualquer invasão aos direitos da personalidade. A afirmação de que uma pessoa é pública – e por isso não possui direitos à privacidade e à imagem – não deve prosperar, porque todo homem possui um núcleo rígido de direitos da personalidade, em observância ao valor da dignidade humana.¹¹ Sabe-se que a expressão “pessoa pública” é comumente utilizada para:

(...) sugerir que o uso da imagem de celebridades dispensa autorização, pelo simples fato de que vivem de sua exposição na mídia. A rotulação de atrizes, atletas ou políticos como pessoas públicas vem normalmente acompanhada da sugestão de que

9 MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. et al. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. v.2, p.531.

10 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 391.

11 “Pessoas são privadas por definição.” SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 107. Ver também FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

seu direito à imagem – e também à privacidade (...) – é merecedor de uma proteção menos intensa do que aquela reservada às demais pessoas.”¹²

Anderson Schreiber, destoando do entendimento firmado pela doutrina e jurisprudência majoritárias, considera que a proteção ao direito à imagem das celebridades possui igual intensidade ao de uma pessoa comum.

Nessa toada, a pessoa notória possuiria o mesmo direito de qualquer outro indivíduo, tendo, por isso, o direito de impedir a veiculação não consentida de sua imagem, exercendo a livre autodeterminação das informações pessoais.

Ressalve-se que o direito a essa autodeterminação deve possuir apenas limites em função de outros interesses constitucionalmente protegidos, como o regular exercício da liberdade de imprensa, ou em razão de situações dispostas na legislação infraconstitucional, como, em casos de necessária administração da justiça ou de manutenção da ordem pública, nos termos estabelecidos no Código Civil de 2002, em seu artigo 20, *caput*.

O âmbito de proteção da personalidade, no trato do direito à imagem e do direito à privacidade, não pode ser delimitado por terceiros interessados em capturar a representação exterior de pessoas notórias e expô-las na mídia, mas sim – e apenas – pelo próprio titular dos direitos da personalidade, quem de direito possui o controle das informações e dos aspectos pessoais que pretende divulgar, e pelos limites estipulados na legislação, em observância ao interesse público.

Assim, a atribuição de “pública” a alguma pessoa não pode prevalecer sobre o direito à própria imagem e ao direito à privacidade. Deve o caso concreto ser analisado, a fim de aferir se a exceção legal *prima facie* se justifica.

Para Pedro Pais de Vasconcelos, não se deve impor às pessoas uma *capitis deminutio*, por causa de uma exposição pública voluntária anterior. A diminuição do núcleo de direitos da personalidade protegido pelo Direito somente poderia ocorrer se justificada pelo interesse público na divulgação dos fatos. Para este autor, o interesse público representaria uma causa de exclusão de ilicitude em relação estrita aos fatos reputados de tal interesse, não havendo o que se falar em caráter público da pessoa ligada a esses fatos.¹³ Observe-se que, havendo conflito com os direitos da personalidade, o critério sobre o qual se pauta o exercício do direito de informação, para Pedro Pais de Vasconcelos, não repousa sobre supostas qualificações da pessoa humana, mas sim no próprio interesse de dimensão pública dos fatos.

Com entendimento diverso, Adriano de Cupis defende que há, no que concerne às pessoas ditas públicas, âmbito de proteção ao direito de imagem reduzido. Sugere, no entanto, que a proteção da imagem deve permanecer intacta quando rela-

¹² Ibid., p. 108.

¹³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 64.

tiva ao núcleo íntimo da vida privada, de modo que questões adstritas à curiosidade pública não podem prevalecer sobre os direitos à imagem e à privacidade.¹⁴

Por sua vez, há autores que entendem pela redução do alcance, além do direito à própria imagem, também do direito de privacidade, quando se trata de pessoas midiáticas, como faz Rita Amaral. Para a autora, até mesmo a curiosidade pública estaria amparada pelo Direito, funcionando como justificante para mitigação dos direitos de imagem e privacidade, pois, segundo afirma, na curiosidade pública está presente o interesse público.¹⁵

A tese de que o âmbito de alcance dos direitos de imagem e privacidade é restrito, em caso das “pessoas públicas”, está reforçado por Rita Amaral ao escrever que inúmeros casos de suposta colisão entre o direito de informação e os direitos da personalidade, ligados à imagem e à privacidade, na verdade não o seriam, pois não haveria, para essa autora, tutela ampla da vida privada de pessoas famosas.

Nesse tema, cumpre analisar as lições de Carlos Alberto da Mota Pinto, para quem o núcleo do direito à privacidade das pessoas amplamente conhecidas apresenta-se reduzido, em comparação ao das pessoas ditas “comuns”:

Note-se, contudo, que mesmo as pessoas célebres ou as “vedetas” populares têm o direito de fixar os limites do que pode ser publicado ou não sobre a sua vida íntima. A celebridade não exclui a discricão e a própria complacência frequente com a publicidade não significa uma renúncia definitiva a uma esfera de intimidade, embora esta complacência não possa deixar de significar uma renúncia a uma esfera de intimidade tão extensa como a dos outros cidadãos.¹⁶

Razão maior assiste àqueles que defendem que o exercício dos direitos da personalidade à imagem e à privacidade deve ser assegurado à pessoa humana, sem distinções entre “pessoas públicas” e “pessoas privadas”, já que a Constituição Federal não define, nem permite diferenciações e gradações de dignidade à pessoa humana.

Nessa esteira, admitem-se apenas limites estreitamente conexos ao verdadeiro interesse público, que nada tem a ver com curiosidade ou fofoca pública, nem tudo que desperta o *interesse do público* é matéria de *interesse público*.

6. Interesse público e interesse público

Para efetivo desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, nos moldes mirados pela Constituição Federal, a notícia não deve ser tratada meramente como

14 CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais, 1961. p. 138.

15 CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil. In: TELLES, Inocêncio Galvão (Org.) **Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha**. Lisboa: FDUL, 1989. p. 394-395.

16 MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3.ed.. 5ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 209.

um produto colocado no mercado para que seja consumido. Antes, deve levar em conta o interesse público que nela deve ser veiculado, a fim de contribuir para o debate de questões eminentemente ligadas à sociedade e que possa propiciar uma capacidade crítica-reflexiva para a formação de cidadãos.

Por isso, não é a curiosidade do público que deve prevalecer no momento em que o editor define o que será “noticiável”, ou qual será o objeto de maior destaque na imprensa. Ao da sociedade que deve ser sobrevalorizado como critério de decisão daquilo que será publicado ou enfocado.

Nesse ponto, Plínio Bortolotti alerta: “Há momentos em que as duas coisas coincidem; outros, se divorciam. O público pode ter, por exemplo, curiosidade por bisbilhotar a vida pessoal de um político ou de um empresário, mas o jornal não tem o direito de expô-los apenas para satisfazer indiscrições.”¹⁷

A prática corrente demonstra ser cada vez mais frequente a violação dos direitos da personalidade. É crescente a postura da imprensa em provocar demasiada atenção de parte do público acerca de temas pessoais, familiares e sentimentais, transformando indivíduos em verdadeiros objetos do espetáculo midiático. Basta assistir à televisão ou folhear uma revista de fofocas – dentre tantas existentes no mercado – para constatar o circo dos horrores aos direitos à própria imagem e à privacidade, sob a perspectiva da tutela da pessoa humana, alicerçada por uma ampla dogmática dos direitos da personalidade.

Observa-se que parcela majoritária da doutrina não reconhece, pelo menos explicitamente, o âmbito privado pleno das figuras públicas, de modo que teriam o alcance dos direitos à imagem e à privacidade muito reduzidos.¹⁸

Em sentido diverso, há corrente minoritária que defende o reconhecimento às figuras públicas dos personalíssimos à imagem e à privacidade de igual alcance daqueles que são considerados pessoas comuns.¹⁹ Com base nesse entendimento, a veiculação legítima da imagem de qualquer pessoa representa a conexão lógica entre o conteúdo divulgado e a atividade por ela exercida ou fato no qual está inserida, de caráter necessariamente público.

Em que pese o critério pessoal – que parte da dicotomia “pessoa pública” e “pessoa privada” – ser largamente utilizado, verifica-se que esse critério não se afigura o mais adequado para fundamentar a mitigação do âmbito de proteção da imagem e privacidade.

Significa dizer que a notoriedade ou fama de uma pessoa não serve como parâmetro suficiente para justificar a compressão do direito de imagem e de privacidade, devendo, primeiro, ser aferida a necessidade de publicação, diretamente relacionada

17 BORTOLOTTI, Plínio. **O povo**. Brasília, 16 ago. 2005. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/news/view/plinio_bortolotti_28908>. Acesso em: 17 out. 2011.

18 CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 67, p.45-75, 1972. p. 61.

19 Ver SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

a um premente e atual interesse social da informação, ou seja, a um interesse jornalístico comprometido com a ética.

Assim, não é lícita a divulgação da imagem com fins distorcidos sob o pretexto de haver relevância social, como ocorre em casos de manifesto interesse publicitário e comercial, com propósitos de auferir lucro à custa da exploração ilegítima do retrato alheio.

Sonia Carmelita di Gesu traz em comento uma situação fática submetida à análise da Suprema Corte italiana, na qual não foi admitida a possibilidade de invocar o interesse público à informação, por causa da natureza desse jornal e de seu fim exclusivamente dirigido ao lucro. O caso se referia à utilização da imagem de um personagem notório em uma publicação fotográfica com o escopo de exploração comercial, sem seu consentimento, o que, concluiu o tribunal italiano, era lesivo ao direito à imagem.²⁰

A notícia considerada relevante publicamente deve possuir certa transcendência, a fim de contribuir com o debate público em prol da sociedade. Em outras palavras, haverá relevância social na notícia quando servir ao interesse geral e houver conexão com questões públicas, ou seja, quando se referir a eventos que atinjam um conjunto de cidadãos, correspondendo a fatos com transcendência social, política ou econômica.

De acordo com Posner, os assuntos públicos são definidos por categorias hierarquizadas em função de valores democráticos. Em primeiro lugar na hierarquia, situam-se temas políticos; em segundo plano, estariam as informações em sentido amplo, como, por exemplo, matérias culturais, científicas e técnicas; a terceira categoria de assuntos públicos corresponderia às questões residuais, com fins de entretenimento.²¹

Tem-se, portanto, a partir dessa categorização, o estabelecimento de uma escala gradual de importância da informação: (i) a primeira categoria atinente aos assuntos correntes na prática política, suscetíveis de amplo debate público; (ii) a segunda, com conteúdos de ordem social, econômica e cultural; (iii) a terceira categoria contempla assuntos ligados à experiência cotidiana, dirigidos tipicamente ao entretenimento e esvaziados de valor político.

Em escala valorativa inversa, a proteção dos direitos da personalidade – notadamente a imagem e a privacidade – é mais intensa na terceira categoria supramencionada. A redução do alcance do direito à própria imagem e do direito de privacidade é mais acentuada na medida em que a categoria de importância da notícia se

20 GESU, Sonia Carmelita di. *Il diritto all'immagine e la sua tutela*. p. 61. Disponível em: <<http://www.ildirittoamministrativo.it/allegati/IL%20DIRITTO%20ALL'IMMAGINE%20E%20LA%20SUA%20TUTELA%20a%20cura%20di%20Sonia%20Carmelita%20Di%20Gesu.pdf>>. Acesso em: 17 jun.2012.

21 *Apud* CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. *La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña de 1988*. 2008. 813 f. Tese (Doctorado em derecho constitucional) - Departamento de derecho constitucional, Universidad de Sevilla, España, 2008. Disponível em: <<http://fondosdigitales.us.es/tesis/autores/185/>>. Acesso em: 15 set. 2012. p. 326-327.

intensifica, culminando em restrição mais palpável, sempre que se tratar de assuntos políticos situados naquele primeiro nível de relevância da informação.

Como sustenta Jonatas Machado, “(...) o fato de determinadas informações sobre a vida privada dos cidadãos suscitarem o interesse do público, em termos fáticos, não significa que a sua divulgação seja interesse público, em termos normativos.”²² Assim, o *interesse público*, portanto, faz dispensar o consentimento para a divulgação da imagem, enquanto, por outro lado, o *interesse do público* apenas satisfaz a curiosidade das pessoas, sem qualquer relação com aspectos da política e demais questões social ou economicamente relevantes.

Notícias que objetivam, claramente, saciar a curiosidade de terceiros, como intromissões indevidas na vida privada, captação de imagens surpreendendo pessoas em momentos indiscretos e veiculação de fatos sensacionalistas em nada tem a ver com a liberdade de informação.

7. Considerações finais

Como foi dito inicialmente, citando Aristóteles, o homem na qualidade de “animal social” vive em comunidade, sendo imprescindível o acesso aos espaços públicos para que ocorram as interações sociais e se estabeleçam diálogos entre cidadãos, o que enseja a construção de opiniões públicas plurais.

Ao mesmo tempo, a fim de garantir amplíssima tutela à dignidade da pessoa humana, o Estado não deve admitir que o direito à privacidade e à imagem somente encontre abrigo no espaço privado, onde o indivíduo se mantém insulado. Esses direitos devem ser também assegurados nos locais públicos, pois não os cindem da pessoa humana titular, em qualquer lugar que estiver.

O binômio “lugar público” e “pessoa pública” adotado largamente por setores do jornalismo e corroborado pela jurisprudência majoritária acabam por autorizar cenários de abuso do direito de informação. Trata-se de um critério simplista, incapaz de dar conta de uma realidade complexa, já que conflito entre liberdades comunicativas e direitos da personalidade constitui temática delicada que exige técnica apurada, com o desenvolvimento de parâmetros que possam guiar o caso concreto.

O tratamento despendido ao direito de imagem no Brasil, tanto sob a perspectiva do Judiciário, quanto na abordagem jornalística, deveria ser revisitado de forma a se coadunar com a dignidade da pessoa humana, garantindo um círculo mínimo de direitos necessários ao desenvolvimento pleno da personalidade de cada pessoa. Ao invés da cômoda adoção de critérios obsoletos de “lugar” e “pessoa”, impõe-se à doutrina e jurisprudência a perquirição de parâmetros conformes à pessoa humana, com o fim de fornecer diretrizes à resolução de situações de colisão em concreto.

22 MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 793.

O indivíduo imerso no Estado Democrático de Direito deve ter garantido o dinamismo das relações sociais e do trânsito de ideias, de modo que possa desenvolver livremente sua personalidade e, ao mesmo tempo, ter resguardado o seu âmbito pessoal, não devendo ver-se violado por ações sensacionalistas e curiosas da imprensa, independentemente do lugar em que esteja.

Para a defesa da prevalência da liberdade de informação, como direito preferencial em relação a todos os demais direitos, na linha sustentada pelo direito norte-americano e ecoada em parte considerável da doutrina brasileira,²³ também não basta a simplista justificativa da primazia da coletividade sobre o particular. Isso, pois, o conflito de interesses deve ser valorado no caso concreto, tendo em conta alguns parâmetros, como o ânimo em informar, o interesse social da informação e a realização, na medida do possível, de todos os direitos em jogo, traduzindo-se estes em verdadeiros mandados de otimização.

Em outros termos, notícias afetas ao âmbito privado da pessoa e desnecessárias ao conteúdo de uma informação não estão amparadas pelo conceito de informação de interesse geral. A publicação de fotos com o propósito único de satisfazer a curiosidade de determinado grupo de leitores em conhecer detalhes da vida privada de uma figura pública, certamente, em nada subsidia o debate público de questões de interesse geral.

8. Referências

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BORTOLOTTI, Plínio. **O povo**. Brasília, 16 ago. 2005. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/news/view/plinio_bortolotti_28908>. Acesso em: 17 out. 2011.

CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil. In: TELLES, Inocência Galvão (Org.) **Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha**. Lisboa: FDUL, 1989. p. 373-406.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 67, p.45-75, 1972.

23 Cite-se por todos CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face**: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face:** (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GESU, Sonia Carmelita di. **Il diritto all'immagine e la sua tutela.** Disponível em: <<http://www.ildirittoamministrativo.it/allegati/IL%20DIRITTO%20ALL'IMMAGINE%20E%20LA%20SUA%20TUTELA%20a%20cura%20di%20Sonia%20Carmelita%20Di%20Gesu.pdf>>. Acesso em: 17 jun.2012.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão:** dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

Marco Aurélio Rodrigues da. **La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña de 1988.** 2008. 813 f. Tese (Doctorado em derecho constitucional) - Departamento de derecho constitucional, Universidad de Sevilla, España, 2008. Disponível em: <<http://fondosdigitales.us.es/tesis/ autores/185/>>. Acesso em: 15 set. 2012. p. 326-327.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil.** 3. ed.. 5ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. *et al.* **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues.** Coimbra: Coimbra Editora. 2001. v. 2, p. 527-558.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada:** uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.

SOUSA, Nuno de. Liberdade de informação, verdade jornalística e protecção dos direitos dos cidadãos. **Seminário Comunicação Social e Direitos Individuais.** Porto: Edição da Alta Autoridade para a Comunicação Social, 1997.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do Direito Civil.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Direito de personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006.



**CONSTITUIÇÃO, PESSOA E MERCADO:
A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS**

9

A TUTELA DA AUTONOMIA PRIVADA E A UTILIZAÇÃO ATÉCNICA DOS NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Aline de Miranda Valverde Terra¹
Helen Cristina Leite de Lima Orleans²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Parte I – Violação da autonomia privada e desrespeito à cláusula resolutiva expressa por meio da aplicação a técnica da boa-fé objetiva – 3. Parte II – Autonomia privada e contratos de plano de saúde – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. Introdução

Observa-se na ordem contratual contemporânea crítica cada vez mais contundente à centralidade da vontade individual como elemento de fundamentação e legitimação da força obrigatória do contrato. O princípio da autonomia privada, concebido outrora como a possibilidade de as partes se obrigarem como, quando e com quem quisessem, adquire novos contornos diante da principiologia constitucional.

Em um Estado social de direito, voltado à solidariedade, à igualdade, ao respeito da pessoa e de sua dignidade, nem tudo o que é desejado pelas partes é tutelado pelo sistema jurídico. É sempre necessário verificar se o ato de autonomia é lícito,

1 Mestre e Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora dos cursos de pós-graduação do CEPED/UERJ e da PUC-Rio. Secretária Geral do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBD Civil.

2 Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Especialista em Direito da Comunicação pela Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Empresarial pela UVA. Especialista em Direito Marítimo pela ESA-RJ. Membro da Comissão Permanente de Direito Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Advogada e professora no Rio de Janeiro.

merecedor de tutela, proporcional e razoável, conforme os princípios e os valores do ordenamento jurídico.³

Os chamados limites à autonomia privada não são mais externos e excepcionais, mas internos, expressão direta do ato e do seu significado constitucional. Os novos princípios fundamentais da teoria contratual interagem com os princípios clássicos, mitigam seus contornos e alteram sua essência, a delinear renovada dogmática contratual, comprometida com a realização dos valores constitucionais. A alteração não é, portanto, apenas quantitativa, mas qualitativa.

Tome-se como exemplo a boa-fé objetiva, que passou a impor aos contratantes, mesmo na ausência ou contrariedade à sua vontade, deveres de conduta que permeiam todo o desenvolvimento do vínculo obrigacional, a promover nítida expansão das fontes dos deveres obrigacionais.

A função social do contrato, por sua vez, passou a exigir dos contratantes o “dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, relacionados ou alcançados pelo contrato”.⁴ Nesse sentido, embora se atribua à autonomia privada a função prioritária de realização das situações jurídicas subjetivas dos contratantes, a ela também é conferida a função promocional de interesses sociais merecedores de tutela que, de alguma forma, sejam afetados pela relação contratual em questão.

Por fim, o equilíbrio econômico do contrato altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, a permitir a mais intensa de todas as interferências na autonomia privada: a revisão contratual, por meio da qual se autoriza, em hipóteses específicas, a alteração de cláusulas contratuais por força de ordem judicial.

A autonomia privada, portanto, adquire novos contornos, sendo qualitativamente alterada por força dos valores e princípios constitucionais. O ato de autonomia privada não é um valor em si: “pode assim ser considerado, e dentro de certos limites, se e enquanto corresponder a um interesse merecedor de tutela. É necessário verificar essa circunstância, a cada vez, controlando se o ato pode ser, ainda que parcialmente, regulado por fonte que não seja a lei”.⁵

A contemporânea abordagem da autonomia privada tem sido acolhida tanto pelos Tribunais Estaduais como pelo Superior Tribunal de Justiça, a demonstrar o significativo avanço jurisprudencial em direção à adoção de concepção solidarista e funcional do contrato. Contudo, a falta de preparo do Judiciário para lidar com cláusulas gerais⁶ combinada com a não elaboração pela doutrina de parâmetros suficien-

3 PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 343.

4 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. **Temas de Direito Civil III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 150.

5 PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**, cit., p. 355.

6 A dificuldade que por vezes a magistratura enfrenta para lidar com cláusulas gerais decorre da cultura jurídica brasileira, tradicionalmente conceitualista. Os juízes não foram preparados para manejar institutos que lhe atribuem escolhas propositalmente não feitas pelo legislador. Mudar a forma pela qual uma inteira geração de magistrados interpreta e aplica o direito não é tarefa fácil. Daí a importância da formação do jurista, conforme destaca Pietro

temente precisos para a utilização do conceito no caso concreto conduzem à perigosa aplicação atécnica das categorias, o que produz dois efeitos indesejados. Primeiro, prejudica a efetividade dessas próprias categorias. Anderson Schreiber, em crítica contundente à banalização, à super utilização da boa-fé objetiva, já alertou para o “grave risco de um ocaso do conceito por sua inutilidade, uma vez que servindo de justificativa para decisões em todos os sentidos, a boa-fé acaba por não ser determinante a qualquer fundamentação, e sua invocação perde sentido”.⁷

O segundo efeito indesejado é, precisamente, este: a ingerência indevida sobre a autonomia privada por parte do Judiciário. Certamente, a afirmação das novas categorias, da mudança qualitativa do conceito de autonomia privada decorrente da interação da principiologia tradicional com os novos princípios fundamentais, mostrou-se essencial para a própria evolução do direito contratual. Parece, todavia, que é chegada a hora de os operadores do direito darem um passo a frente, e cuidarem de identificar a disciplina, o conteúdo de referidas categorias, a fim de oferecer subsídios necessários e suficientes para que o Judiciário os aplique de forma adequada, sem que disso resulte restrição indevida à autonomia privada.

2. Parte I - Violação da autonomia privada e desrespeito à cláusula resolutiva expressa por meio da aplicação a técnica da boa-fé objetiva (Aline de Miranda Valverde Terra)

No que tange à boa-fé objetiva, tornou-se possível impor às partes deveres de conduta dirigidos à perfeita realização dos interesses da contraparte, isto é, à exata satisfação dos interesses envolvidos na relação obrigacional complexa.⁸ Trata-se de exigência do sistema, em face da concreta relação jurídica, sua função econômica e social.⁹ Sob essas luzes, a relação obrigacional se afirma como ordem de cooperação.

A extensão do conteúdo da relação obrigacional deixa de ser medida apenas pela vontade das partes, e passa a ser determinado também pelas circunstâncias referentes à obrigação, “permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao

Perlingieri, “se é preciso elaborar leis adequadas, é igualmente necessário formar juristas que tenham a sensibilidade de interpretar, conhecer a realidade e individualizar a normativa aplicável” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 12).

7 SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 119-120.

8 Conforme observa Antunes Varela, “de um modo geral, pode dizer-se que, nas relações obrigacionais bilaterais (onde os deveres acessórios de conduta mais avultam), cada um dos contraentes tem o dever de tomar todas as providências necessárias (razoavelmente exigíveis) para que a obrigação a seu cargo satisfaça o *interesse* do credor na prestação” (*Das Obrigações em Geral*. vol. I, 10. ed. rev. e atual., Coimbra: Almedina, 2005, p. 125).

9 TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. *A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38. Confira-se, ainda, MENEZES CORDEIRO, António. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 607.

controle das partes”.¹⁰ Há, portanto, nítida expansão das fontes dos deveres obrigacionais, colocando-se a boa-fé objetiva ao lado da vontade na criação destes deveres.¹¹ Conforme já se observou em doutrina,

a dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem da boa-fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses.¹²

Apesar do dinamismo do conceito de boa-fé objetiva, que impede a percepção de todas as suas virtualidades, e permite apenas estabelecer a linha divisória entre o seu campo e o da autonomia privada,¹³ a doutrina se esforça em sistematizá-la, e classifica seus deveres de conduta da mais variada forma, discricionariamente.

Com efeito, a falta de delimitação mais precisa de seu conteúdo permite aplicação descuidada, com o intuito, não raro, de corroborar certas linhas decisórias que merecem ser revisitadas. Nessa direção, jurisprudência consagrada nos Tribunais Estaduais e no Superior Tribunal de Justiça apenas admite reintegração de posse em promessa de compra e venda, inclusive no âmbito de relações paritárias, se houver resolução judicial do contrato, a despeito da existência de cláusula resolutiva expressa. Afirma-se, como argumento de reforço a referido entendimento, que atentaria contra a boa-fé objetiva a resolução extrajudicial em tais hipóteses.¹⁴ Embora se reconheça que o especial interesse envolvido em semelhantes contratações – moradia – reveste-se de relevância social suficiente a justificar a intervenção do Estado, no sentido de reequilibrar a relação e tutelar o interesse do promissário comprador, é preciso atentar para o fato de que a própria lei já flexibilizou o rigor da disciplina do Código Civil, ao exigir notificação para constituição em mora.

O Decreto-Lei nº 745/69 exige notificação judicial, ou por intermédio do Cartório de Registro de Títulos e Documentos, do promissário comprador de imóveis não loteados para sua constituição em mora, mesmo que conste do contrato cláusula resolutiva expressa. Note-se que o Decreto-Lei não afasta a incidência da cláusula resolutiva expressa, mas apenas exige que a mora seja *ex pernonae*, e não *ex re*.¹⁵ O

10 COUTO E SILVA, Clóvis do. O Princípio da Boa-fé no Direito Brasileiro e no Direito Português. CAETANO, Marcello, *et alli*. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I jornada luso-brasileira de direito civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 54.

11 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 270.

12 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 38.

13 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**, cit., p. 38.

14 Confira-se a seguinte decisão, proferida no âmbito de relação paritária: “É imprescindível a prévia manifestação judicial nahipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos” (STJ, REsp 620.787/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, p. 27.4.2009).

15 DL 745/69, art. 1º (para as promessas de compra e venda de imóveis não loteados): “Nos contratos a que se refere

mesmo se passa no âmbito de imóveis loteados: o Decreto-Lei nº 58/37 exige, no art. 14, §1º, a intimação por oficial do registro para a constituição em mora, mesmo que se trate de mora *ex re*.¹⁶ Note-se que o mesmo diploma legal, no *caput* do referido art. 14, prevê hipótese de resolução legal, estabelecendo que “vencida e não paga a prestação, considera-se o contrato rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor”,¹⁷ a prescindir, inclusive, da previsão de cláusula resolutiva expressa. Ora, se mesmo na ausência da cláusula contratual a própria lei já autoriza a resolução extrajudicial, por que não admiti-la quando as partes expressamente assim pactuarem? A única peculiaridade que existe aqui é a necessidade de notificação do promitente comprador, nada mais; após a notificação, tudo deve se passar consoante a disciplina da cláusula resolutiva expressa.

Não parece, ademais, violar a boa-fé objetiva previsão contratual de cláusula resolutiva expressa em relação paritária. Se as partes, livre e legitimamente, inserem no contrato referida cláusula, e estabelecem o que reputam configurar inadimplemento bem como a possibilidade de a resolução se operar extrajudicialmente, o fazem porque o princípio da autonomia privada assim o permite, e não há, ao menos abstratamente, violação de deveres impostos pela boa-fé objetiva. Não se afasta, contudo, a possibilidade de verificação, *in concreto*, de descumprimento de deveres laterais. Essa aferição, todavia, deve ser feita caso a caso, o que não acontece no dia-a-dia dos Tribunais. Observa-se a equivocada prática de, presente a cláusula resolutiva expressa, afastar-se, *tout court*, a resolução extrajudicial, sem que se analise se há, no caso concreto, efetiva violação da boa-fé objetiva, a exigir que o credor sempre ajuíze demanda voltada à resolução do contrato. Desvirtua-se, assim, a disciplina da cláusula, e impõe-se ao credor a penosa tarefa de socorrer-se do Judiciário para fazer valer seu direito. Fere-se a autonomia privada, apesar de inexistir qualquer justificativa técnica para tanto.

Não se está a sustentar a absoluta impossibilidade de atuação do Judiciário em resolução de compromisso de compra e venda do qual conste cláusula resolutiva expressa. Aliás, não é essa a consequência da pactuação da referida cláusula em qualquer circunstância. Propugna-se, apenas, a integral aplicação da disciplina pertinente, de sorte a considerar resolvido o contrato após transcorrido, *in albis*, o prazo para a purga da mora. Se há necessidade de reintegração na posse, o credor ajuíza

o art. 22 do Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro, de 1937, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de interpelação, judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com 15 (quinze) dias de antecedência”.

16 DL 58/37, art. 14, § 1º (para as promessas de compra e venda de imóveis loteados): “Para este efeito será ele intimado, a requerimento do compromitente, pelo oficial do registro a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, juros convencionados e custas da intimação”. No mesmo sentido, o § 1º do art. 32 da Lei 6.766/79: “Para fins deste artigo o devedor-adquirente será intimado, a requerimento do credor, pelo oficial do registro de imóveis, a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionados e as custas de intimação”.

17 Disposição semelhante consta da Lei 6.766/79, art. 32: “Vencida e não paga a prestação, o contrato será rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor”.

demanda com essa finalidade. A exigência não torna indispensável, entretanto, que o credor recorra ao Judiciário para obter a resolução de contrato que contenha cláusula resolutive expressa, sobretudo no âmbito de relações paritárias. Resolve-se o contrato extrajudicialmente e ajuíza-se a ação para a reintegração, com possibilidade de deferimento liminar.

Há, portanto, que se interromper a questionável prática judicial no sentido de judicializar o que é insindicável e desconsiderar a autonomia privada, preterindo a disciplina traçada pelas partes – com os devidos abrandamentos legalmente impostos em casos especiais, conforme apontado.¹⁸ A presença da referida cláusula resulta de escolha prévia das partes quanto aos mecanismos de tutela de que disporá o credor em caso de incumprimento definitivo, a retirar do juiz a possibilidade de reavaliar tal escolha. Se o fizer, o magistrado estará se substituindo à vontade inicial das partes, alterando a disciplina contratual e, conseqüentemente, o próprio equilíbrio do contrato, uma vez que a presença da cláusula resulta de complexa equação que envolve distribuição dos riscos contratuais e cláusulas econômicas.

A resolução extrajudicial, em casos tais, não viola, de regra, a boa-fé objetiva. Ao contrário. A aplicação da disciplina estabelecida pelas partes vai ao encontro da imposição, pela boa-fé objetiva, de lealdade entre os contratantes; desleal é o comportamento de devedor que, vendo-se em situação desconfortável, pretende o afastamento de disposições contratuais com as quais aquiesceu quando da celebração da avença, a fim de alcançar situação mais favorável, no Judiciário, e embaraçar a efetivação de direitos legítimos pelo credor.

3. Parte II - Autonomia privada e contratos de plano de saúde (Helen Cristina Leite de Lima Orleans)

A problemática acerca da proteção à autonomia dos contratantes ganha relevo também nos contratos cujo objeto se relaciona a planos de saúde, tendo em vista a preocupação - por vezes excessiva - dos Tribunais com o consumidor analisado de forma individual, mesmo quando os termos do pacto celebrado são claros e inexistem cláusulas com dúbia interpretação. Em verdade, verifica-se que, em muitas hipóteses, resta evidente certo caráter assistencialista na atuação do Judiciário, justificado com base em interpretação excessivamente ampla – e em certos casos a técnica – de princípios como a função social do contrato, boa-fé objetiva e proteção ao consumidor.

18 A respeito da postura do Judiciário, pontua Raquel Salles: “O excessivo rigor evidencia a dificuldade de se assimilar, em nossa cultura jurídica, a autotutela contratual com eficácia resolutive, haja vista a prática corrente, e não raro absolutamente desnecessária, de se recorrer ao judiciário a fim de obter a chancela do Estado. No entanto, o que se pretende reforçar nesta sede é justamente o importante papel desempenhado pela cláusula resolutive expressa como eficiente mecanismo de defesa de interesses merecedores de tutela, especialmente naquelas relações contratuais que demandam celeridade na solução dos respectivos conflitos” (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 187).

No tocante à proteção ao consumidor, vale destacar que a própria Constituição, em seus arts. 5º, XXXII, e 170, V, bem como no art. 48 do ADCT, atribuiu especial relevância ao tema, o que ensejou a elaboração e aprovação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, cujo art. 47 dispôs expressamente que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Quanto ao ponto, vale destacar a advertência de João de Bona Filho e Orlando Celso da Silva Neto:

“Deve ficar claro, entretanto, que o legislador não quis determinar que todas as cláusulas contratuais sejam interpretadas favoravelmente ao consumidor, valendo a regra deste artigo apenas para aquelas que apresentam dubiedade. Neste sentido, por exemplo, é que o STJ decidiu que, devido à ambiguidade conceitual, nos contratos de seguro, a cobertura de danos pessoais inclui danos morais, a não ser que expressamente excepcionados. Se a cláusula for desfavorável ao ponto de abusiva, será nula, nos termos do art. 51 do CDC, não se tratando de interpretação favorável de seu conteúdo, mas sim de nulidade da cláusula. Sendo desfavorável, porém não abusiva, mas de redação clara, será interpretada não em favor do consumidor ou do fornecedor, mas conforme sua redação. Seu conteúdo favorecerá ao fornecedor, não sua interpretação”¹⁹.

Além da interpretação mais favorável, a própria liberdade de contratação restou fortemente mitigada, existindo, inclusive, um amplo rol de cláusulas contratuais que, desde logo, passaram a ser consideradas nulas, nos termos do art. 51 do CDC.²⁰No mesmo sentido, por força do art. 46 do CDC, os contratos somente vinculam os consumidores se existir conhecimento prévio de seu conteúdo.

Não obstante a evidente importância das normas acima destacadas – até porque a proteção do consumidor é essencial para a manutenção do sistema econômico²¹ –, certo é que também se mostra de extrema relevância para o devido convívio social a preservação da segurança jurídica nas relações entre privados, com mínima previsibilidade dos efeitos produzidos.

Em complemento, contribuiu decisivamente para a superação do paradigma contratual anterior²² e consequente elaboração de nova teoria contratual – sobretudo

19 BONA FILHO, João de; SILVA NETO, Orlando Celso da. Notas sobre livre convencimento do consumidor e interpretação contratual. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 86. mar. 2013, p. 268.

20 Como demonstra Paulo Luiz Netto Lôbo, “a experiência que mais avança nesta área é a dos direitos do consumidor. Nestes casos, a teoria tradicional do contrato foi desprezada, não por modismo mas porque seus pressupostos são distintos e inadequados. Nos contratos de consumo abandonam-se ou relativizam-se os princípios da intangibilidade contratual (*pacta sunt servanda*), da relatividade subjetiva, do consensualismo, da interpretação da intenção comum, que são substituídos pelos de modificação ou revisão contratual, de equilíbrio contratual, de proteção do contratante débil, de interpretação contra stipulatorum, de boa-fé contratual”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**. v. 722. dez. 1995, p. 40.

21 Nesse sentido, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 8: “Atribui-se a Henry Ford esta frase: ‘o consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco’. Na realidade, sem o necessário equilíbrio nas relações de consumo, todo o sistema produtivo acabaria comprometido”.

22 Vale ressaltar que o Código Civil de 1916 apresentava visão estritamente burguesa, cujo principal sujeito era o homem casado, pai de família, proprietário de bens e testador. Essa era a concepção que prevalecia no mundo

em razão dos problemas gerados pela concentração de riqueza, má distribuição de renda e abusos cometidos perante os mais fracos na relação contratual – a incorporação do princípio da função social do contrato, a alterar qualitativamente o conceito de autonomia privada, de modo a impor o respeito a interesses extracontratuais antes desconsiderados pelos contratantes. Assim, a antiga barreira do *pacta sunt servanda*, em suas feições originais,²³ passou a sofrer a necessária influência de novas perspectivas jurídicas, aptas a solucionar dilemas oriundos das transformações sociais e econômicas.

Tal virtuoso caminho, entretanto, parece sofrer por vezes algum desvio em sua rota. Em nome sobretudo da proteção do consumidor e do princípio da função social do contrato – e, muitas vezes, em prol de um único indivíduo –, verifica-se que a jurisprudência vem traçando uma perigosa trilha em direção à insegurança jurídica, desconsiderando a liberdade de contratar mesmo em hipóteses em que não há, em princípio, qualquer abusividade. Desse modo, promove-se não a proteção ao consumidor, mas sim verdadeiro assistencialismo injustificado.²⁴

Um exemplo comum, dentre os inúmeros existentes, se dá na área dos planos de saúde, como já referido. Quanto ao ponto, Gustavo Tepedino resume, com propriedade, a natureza dos contratos firmados entre consumidores e prestadoras de plano de saúde:

“Cuida-se de contrato bilateral, na medida em que há sinalagma entre as recíprocas prestações das partes, de sorte que a obrigação de pagamento de mensalidade pelos consumidores é a razão jurídica do dever das operadoras de plano de saúde de disponibilizar o acesso a diversos prestadores de serviços (profissionais da medicina e estabelecimentos médicos), os quais serão livremente escolhidos pelos consumidores. Como se sabe, o que torna o contrato bilateral não é a mera presença

jurídico, privilegiando o aspecto individualista oriundo dos ideais da Revolução Francesa, quais sejam, liberdade, igualdade, honra e propriedade. Não havia grande preocupação em garantir o interesse social, “partia-se do pressuposto ideológico de que cada qual agindo egoisticamente atenderia ao interesse social: o empregador, por exemplo, pagando o salário de miséria atenderia a seu interesse (lucro) e ao coletivo (emprego)”, como bem destaca DIDIER JR., Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista de Processo**, nº 161. jul. 2008, p. 12.

23 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Seguro de danos – contrato de adesão – cláusula de exclusão ou limitação de cobertura – interpretação – princípio da boa-fé. **Revista dos Tribunais**. v. 933. jul. 2013, p. 474: “Na visão novecentista do Estado liberal, o contrato é o instrumento básico do intercâmbio econômico entre os indivíduos e se assenta sobre a valorização máxima da autonomia da vontade. Raríssimas eram as limitações que se opunham à liberdade contratual, todas elas inspiradas em leis especiais de Ordem Pública. O sistema jurídico prevalente era, então, fundado no individualismo, de modo que o fenômeno do contrato era limitado, subjetiva e objetivamente, à esfera pessoal e patrimonial dos contratantes. Fixaram-se, em tal perspectiva, os três princípios clássicos da teoria liberal do contrato: (a) o da liberdade contratual; (b) o da obrigatoriedade do contrato; e (c) o da relatividade dos efeitos contratuais”.

24 Na linha do que defende ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. **Revista de Direito Privado**. v. 27. jul. 2006, p. 279: “Pondere-se que a função social do contrato não exclui a sua função individual, mas a esta se associa para melhor atender às necessidades das partes e da sociedade. Em momento algum, o dispositivo civil coloca em risco a sobrevivência do contrato, porque a função social não significa, sob o prisma do legislador, uma proteção maternal à parte economicamente mais fraca; é, sim, em tese, a equivalência entre as partes e os interesses maiores da sociedade”.

de obrigações reciprocamente atribuídas a ambas as partes, mas a existência de relação de corresponsabilidade entre elas. Conseqüentemente, o contrato bilateral deve ser compreendido como contrato corresponsável, sinalagmático. Embora nem sempre seja bem compreendida, a finalidade do serviço prestado pelas operadoras de planos de saúde consiste, a rigor, na redução dos custos dos serviços médicos, de modo que o consumidor não tenha que pagar diretamente pela consulta ou venha a ser dela reembolsado. O objeto da avença cinge-se à gestão de custos. A prestação de serviços assim descrita se distingue, a toda evidência, da prestação de serviços médicos em si considerada, tendo em vista que a atividade das operadoras se consubstancia simplesmente na administração dos custos, com o objetivo de constituir rede (credenciada, referenciada ou contratada) à qual possa o consumidor recorrer no momento em que necessite.”²⁵

Esse mercado – regulado diretamente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, nos termos da Lei nº 9.961/00 –, não obstante ser objeto de aplicação do CDC, possui regras próprias,²⁶ como a obrigatoriedade do chamado plano-referência, em conformidade com o art. 10 da Lei nº 9.656/98, em sua redação conferida pela MP nº 2.177-44/01.²⁷

Conforme o mencionado texto normativo, algumas coberturas foram expressamente afastadas no plano-referência, como os tratamentos clínicos e cirúrgicos experimentais. No mesmo sentido, a Resolução Normativa nº 211/10 da ANS, que “atualiza o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde”, traz, em seu art. 16, §1º, I, a descrição de tratamento clínico ou cirúrgico experimen-

25 TEPEDINO, Gustavo. Sociedades operadoras de plano de saúde e responsabilidade civil. **Soluções práticas**. v. 1. nov. 2011, p. 377.

26 Nesse sentido, v. NÓBREGA, João Neumann Marinho da. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**. v. 23. jul. 2005, p. 147-148: “Diferentemente do Código de Defesa do Consumidor, que é uma norma fundamentalmente principiológica, a Lei 9.656 de 1998 instituiu um conjunto de regras para os contratos de assistência à saúde, assegurando alguns direitos aos usuários da saúde suplementar, procurando enfrentar o problema das cláusulas abusivas existentes nestes contratos. A técnica legislativa utilizada pelo legislador da lei dos planos de saúde foi a da casuística, procurando definir de forma exaustiva e completa todas hipóteses de aplicação da norma, formando um sistema rígido e com pouca flexibilidade, limitando a atuação do julgador para encontrar a solução mais justa para o caso, diferentemente da técnica legislativa que utiliza as cláusulas gerais”.

27 Lei nº 9.656/98, art. 10. “É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII - *revogado*; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente”.

tal, definido como aquele que “a) emprega medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas não registrados/não regularizados no país; b) é considerado experimental pelo Conselho Federal de Medicina – CFM ou pelo Conselho Federal de Odontologia - CFO; ou c) não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label)”, excluindo da cobertura dos mencionados planos, ainda, o “fornecimento de medicamentos e produtos para a saúde importados não nacionalizados, isto é, aqueles produzidos fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA”, bem como o “fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, isto é, aqueles prescritos pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde, ressalvado o disposto no artigo 13 desta Resolução Normativa”, nos termos dos incisos V e VI.

Contudo, não obstante as diretrizes acima, as operadoras de plano de saúde, obrigadas por força de Lei a comercializar o plano-referência (art. 10, §2º, da Lei nº 9.656/98), mesmo o fazendo nos termos da legislação específica, não raro são alvo de interpretação exacerbada do Código de Defesa do Consumidor, sendo obrigadas pelo Poder Judiciário a custear tratamentos e medicamentos cuja cobertura não está prevista em contrato, o que afeta, inclusive, o equilíbrio econômico-financeiro dessas contratações. Como exemplo, vale destacar julgado da 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *in verbis*:

Agravo interno nos autos da apelação cível em ação de obrigação de fazer com pedido de indenização por danos morais. Negativa de fornecimento de medicação por parte de plano de saúde a enferma que se encontra em terapia domiciliar em regime de home care. Autora que padece de epilepsia com crises recorrentes, dentre outras enfermidades. Laudo de médico especialista no sentido de imprescindibilidade da administração da substância anticonvulsivante ‘levetiracetam’, comercializada com a nomenclatura de ‘keppra’ para o controle das intensas crises que acometem a autora. Negativa de fornecimento da droga sob o argumento de se tratar de substância importada e sem registro na ANVISA e, ainda, com cobertura expressamente excluída em contrato. Óbice que não prevalece diante de recomendação médica expressa. Incidência do código consumerista à espécie. Cláusula excludente de custeio do tratamento que não deve prevalecer por colocar o consumidor em situação de desvantagem exagerada. Recurso ao qual se conhece e vota pelo desprovimento.²⁸

Como se verifica no julgado supratranscrito, o tratamento pretendido pela autora da demanda não possuía cobertura prevista no plano de saúde contratado, mas, ainda assim, o Judiciário reconheceu o seu direito ao medicamento, tendo em vista a proteção ao consumidor. Tal cobertura, entretanto, não foi contratada e sua expressa exclusão, como visto, estava em conformidade com a Lei e as diretrizes da ANS.

Certo é que, em princípio, a delimitação do objeto abrangido pelo plano de saúde contratado, notadamente no que diz respeito à cobertura, estando em conformidade com as diretrizes da lei de regência e da ANS, abarcando as coberturas míni-

28 TJRJ, 19ª CC, AC 0321609-12.2010.8.19.0001, Rel. Des. Eduardo de Azevedo Paiva, j. 11.6.2013.

mas previstas no plano-referência, é legítima e válida, pelo que deve ser privilegiada a autonomia privada quando inexistente qualquer violação ao direito do consumidor. Conclusão diversa culminará não somente em desequilíbrio econômico-financeiro do contrato – e, em casos mais graves, da própria empresa prestadora de serviços –, mas também em premiação de eventual má-fé por parte dos usuários, que contratarão planos com cobertura mais simples – e, por isso, menos onerosos – confiantes na atuação do Judiciário caso necessitem de procedimentos mais complexos.²⁹

Inegável que a repetição do mencionado padrão por parte do Judiciário gera custos não previstos em relação ao consumidor “contemplado” pela liminar ou sentença de mérito, despesasasas que terminam repercutindo no aumento dos prêmios dos planos de saúde em geral e impedem, ao fim e ao cabo, o acesso de várias pessoas à contratação,³⁰ em verdadeiro desprestígio à função social do contrato, como destaca Rodrigo Fernandes Rebouças:

A ‘garantia’ de revisão de cláusulas contratuais resulta em inequívoca consequência econômica, tal como se verificar com as sociedades empresárias gestoras de planos de saúde. É raro, para não dizer que não existe mais, uma instituição bancária que ofereça um plano de saúde à sociedade em geral no formato de plano individual. Por qual motivo? Certamente por conta das constantes decisões por todo o país que determinavam a inclusão de procedimentos e tratamentos não previstos no contrato original, não previstos no risco natural daquela relação jurídica. Ou ainda, pela facilidade estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor de revisão ou limitação das correções necessárias à saúde econômico-financeira da empresa prestadora do serviço de assistência médica. (...) A instabilidade da relação jurídica criada pelas ‘garantias’ do Código de Defesa do Consumidor acaba por causar um dano social maior, qual seja, a retirada do mercado de determinados produtos (planos de saúde), a majoração no valor de contratos de seguro de todos os gêneros (o que resulta na exclusão de grande parcela da população que não pode arcar com tal contratação (...)). Tais alertas não têm por objetivo defender o afastamento indiscriminado de aplicação das regras de defesa do consumidor, pois reconhecemos que em inúmeras situações há o abuso do fornecedor. O que se busca com tais alertas, é apenas chamar a atenção para que as ‘garantias’ aos consumidores não sejam aplicadas de forma indiscriminada

29 TEPEDINO, Gustavo. Sociedades operadoras de plano de saúde e responsabilidade civil. **Soluções práticas**, cit., p. 377: “Com efeito, os contratantes são livres para escolher os planos oferecidos, com as mais variadas coberturas, não lhes sendo lícito escolher determinado plano e, posteriormente, postular a cobertura de outro plano, em desrespeito ao pactuado. Por isso mesmo, a boa-fé objetiva não pode ser invocada como escudo para o descumprimento das cláusulas legitimamente pactuadas, impondo-se, ao revés, que as partes respeitem os termos aos quais se obrigaram e colaborem no sentido de perseguir os interesses comuns tutelados pelo contrato, qual seja, a gestão eficiente dos custos”.

30 A elevada interferência do Poder Judiciário em questões de saúde não se resume ao setor privado, atingindo também o Poder Público, muitas vezes obrigado por liminares e sentenças de mérito ao fornecimento de medicamentos específicos e realização imediata de cirurgias, o que, conforme parte da doutrina, acarreta prejuízo às políticas públicas de saúde e aos indivíduos que aguardam na fila para a realização de tais procedimentos. Sobre o ponto, vale destacar o artigo de BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**. n. 46. nov./dez. 2007, p. 31-61.

e sem uma maior reflexão sobre as suas consequências, pois em defesa de um único consumidor, poderá estar-se atingindo negativamente toda uma coletividade.³¹

Essa análise ampla das questões postas perante o Judiciário é de rigor, pois o Direito não está desvinculado do contexto social e econômico em que inserido, de maneira que decisões em prol de determinado indivíduo poderão repercutir de forma negativa sobre todo grupo. E isso porque “a operadora de plano de saúde busca, por meio de mecanismos contábeis, oferecer ao consumidor variada gama de serviços pelo menor preço. Garante-se, assim, a ampliação do acesso aos serviços médico-hospitalares com otimização dos custos”.³² Se tais cálculos são a todo momento alterados por força de decisões judiciais, são os usuários do sistema os prejudicados.³³

Não se pretende negar neste estudo a importância da intervenção do Poder Judiciário³⁴ na área dos planos de saúde, que deve, sim, privilegiar a parte mais fraca na relação contratual: justamente o consumidor. O que se critica, repita-se, é a atuação assistencialista, que não leva em consideração os aspectos específicos da legislação que norteia a matéria e as diretrizes da ANS,³⁵ e que não diferencia os casos em que há abuso e cláusulas dúbias³⁶ - como nas hipóteses de impedimento à internação

31 REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Uma análise dos mandamentos constitucionais que influem no direito obrigacional. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 28. jul. 2011, p. 203.

32 TEPEDINO, Gustavo. Sociedades operadoras de plano de saúde e responsabilidade civil, cit., p. 377

33 Nesse sentido, v. TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*. v. 876. out. 2008, p. 36: “Conseqüentemente, através de uma análise econômica, o modelo paternalista de Direito Contratual não é capacitado para alcançar o seu propósito de bem-estar na sociedade, vez que poderá, aleatoriamente, beneficiar alguns indivíduos, mas, proporcionalmente, prejudicar muitos outros mais. A intensificação da proteção legal de uma das partes (locatários, por exemplo) traz em seu bojo, geralmente, um aumento total de custos ao mercado (locação, no caso). Estes custos terminam sendo repassados aos sujeitos atuantes do lado da demanda (como os exemplos abaixo ilustrarão), os quais pagarão um preço mais alto. Ainda que se considere que nem todos os custos serão repassados, isso não significa um ganho de eficiência (melhoria de bem-estar)”.

34 O maior ativismo judicial nesta seara, inclusive, é apontado pela doutrina como reflexo da crise dos contratos em sua feição tradicional, como demonstra Yuri Restano Machado: “Reiteradamente vem-se verificando uma atuação dos juizes no sentido de tentar equilibrar a relação negocial. Considerando que inexistente equiparação de forças num sem-número de contratos, os julgadores atuam, por vezes, como verdadeiros substitutos da vontade privada. Não se trata da aniquilação do princípio da autonomia da vontade, mas de fazer valer a efetiva função social dos contratos. Há situações em que se faz necessária uma intervenção externa para igualar juridicamente a desigualdade econômica ou social. O Código Civil brasileiro traz casos expressos de intervenção como, por exemplo, nas hipóteses de onerosidade excessiva”. MACHADO, Yuri Restano. Breves apontamentos acerca da evolução histórica do contrato: do direito romano à crise da modernidade. *Revista dos Tribunais*. v. 864. out. 2007, p. 86.

35 Nesse sentido, v. TEPEDINO, Gustavo. Sociedades operadoras de plano de saúde e responsabilidade civil. *Soluções práticas*, cit., p. 377: “tanto o legislador como a ANS, atentos ao escopo de gestão de custos que anima o contrato entre os consumidores e as operadoras, buscam estabelecer restrições à autonomia privada que se limitem a preservar o ponto de encontro de tais avenças com os interesses extrapatrimoniais que, repita-se, são apenas indiretamente alcançados por estas contratações, preservando, ao máximo possível, o princípio constitucional da autonomia privada”.

36 Como esclarecem BONA FILHO, João de; SILVA NETO, Orlando Celso da. Notas sobre livre convencimento do consumidor e interpretação contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, cit., p. 263-264: “Interpreta-se quando há espaço para dúvidas, quando há indefinições. Como dizia o brocardo latino, ‘in claris cessat interpretatio’, e o art. 47 não pode e nem deve ser lido (ou interpretado) como se pretendesse que toda e qualquer cláusula contratual seja favorável ao consumidor. Em todos os contratos há – e tem que haver – cláusulas que impõem ônus e deveres

de emergência em razão de carência³⁷ e negativa de fornecimento de materiais para procedimento cirúrgico expressamente coberto³⁸ - daqueles em que a contratação é perfeita e regular, sendo conferido o necessário esclarecimento ao consumidor no momento da contratação (na linha dos arts. 46 e 47 do CDC).³⁹“Desta feita, cumpre restringir a autonomia privada nestas convenções nos estritos limites necessários para não comprometer a plena realização dos interesses existenciais que tangenciam, o que o legislador cuidadosamente procurou fazer quando da elaboração da Lei 9.656/1998, e que é constantemente feito pela ANS em suas regulamentações.”⁴⁰

Nota-se, portanto, que a exigência de cobertura de toda e qualquer questão médica em todos os tipos de planos de saúde, em nome da proteção ao consumidor ou ao princípio da função social do contrato (sobretudo em razão de vinculação ao direito à saúde), mesmo na hipótese em que o risco restou expressamente excluído pela empresa operadora de plano de saúde e não houve pagamento pelo consumidor do prêmio correspondente, conduz à forte insegurança jurídica e, ao final, a prejuízo às relações, inclusive do ponto de vista coletivo.

aos consumidores, e se a imposição destes ônus tiver sido feita de maneira clara e facilmente inteligível, não haverá como interpretar a cláusula que os prevê favoravelmente ao consumidor. Desta afirmativa não se conclui que o ônus contratual imposto pela cláusula seja necessariamente válido, mas apenas que o controle de validade do conteúdo não será feito com base no art. 47 do CDC, podendo ser aplicáveis outros dispositivos encontrados no Código”.

37 V. TJRJ, 13ª CC, AC 0021090-42.2012.8.19.0001, Rel. Des. Ademir Pimentel, j. 5.6.2013.

38 V. TJRJ, 15ª CC, AC 0120759-78.2006.8.19.0001, Rel. Des. Horacio S Ribeiro Neto, j. 14.6.2013.

39 Dentre os julgados que se preocuparam com a questão, veja-se o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “(...) 1. Marido da Autora que teve um infarto agudo do miocárdio com necessidade de internação em CTI. Hospital que recusou a internação sob o argumento de que o plano contratado não garantia nenhum tipo de internação hospitalar, tendo encaminhado o paciente, após exames de eletrocardiograma e raio-X de abdome, para o hospital público de Nova Iguaçu (Hospital da Posse), de onde foi removido para o Hospital Municipal Juscelino Kubitschek (Nilópolis-RJ). 2. Ação ajuizada pleiteando a antecipação dos efeitos da tutela para que seja garantida a transferência do paciente para uma UTI, a fim de permitir o tratamento hospitalar necessário. Além disso, requer a definitividade da tutela e a compensação por danos morais no valor equivalente a 150 salários mínimos. (...) 8. Plano de saúde contratado com cobertura apenas ambulatorial, o qual cobre atendimentos caracterizados como de urgência/emergência que demandem atenção continuidade pelo período de até 12 (doze) horas, sendo assegurado a remoção de ambulância para hospital de rede pública, após atendimento classificado como urgência/emergência. 9. Declaração assinada pela autora onde afirma que recusou plano que oferecia cobertura médico-hospitalar. Cláusulas contratuais bastante claras na indicação das coberturas contratadas. 10. Na modalidade de plano de saúde com cobertura apenas ambulatorial, a operadora só se obriga a cobrir os riscos contratados, não havendo que se falar, na existência de cláusula abusiva, e sim em cláusula limitativa de cobertura, a qual, no entendimento da melhor doutrina e jurisprudência, é perfeitamente cabível. 11. A rigor, não se pode impor à ré (CGO SAUDE ASSISTENCIA MEDICA SOCIEDADE SIMPLES LTDA) a cobertura de serviço não contratado visto que a autora tomara conhecimento das limitações constantes do plano ambulatorial que contratou. 12. Recusa em custear a internação do marido da autora que foi legítima, já que não coberta pelo plano de saúde contratado. Inexistindo ilegalidade na conduta da Ré, não há que se falar em danos morais. (...)” (TJRJ, 14ª CC, AC 0007045-35.2006.8.19.0036, Rel. Des. Juarez Folhes, j. 12.6.13).

40 TEPEDINO, Gustavo. Sociedades operadoras de plano de saúde e responsabilidade civil. **Soluções práticas**, cit., p. 377.

4. Conclusão (Aline de Miranda Valverde Terra e Helen Cristina Leite de Lima Orleans)

Esses são apenas alguns exemplos de linhas decisórias que deveriam ser discutidas pela doutrina. É preciso que o pêndulo encontre o seu eixo. Não se trata de defender o dogma da autonomia privada, de prestar absoluto e incondicionado obséquio às tomadas de posição das partes, mas sim de reafirmar uma autonomia privada qualitativamente alterada pela boa-fé objetiva, pela função social do contrato e funcionalizada aos princípios constitucionais como valor que também deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

E para isso, é preciso que as doutrinas assumam impostergável dever de traçar balizas para atuação do Judiciário. É imprescindível que se estabeleça o que é boa-fé objetiva, o que é função social do contrato, e em que termos esses institutos redefinem internamente a autonomia privada.

Mais que isso, é necessário também chamar atenção para o óbvio que, apesar de evidente e inquestionável, por vezes é convenientemente esquecido e desconsiderado por alguma doutrina:

Função social do contrato e boa-fé objetiva não devem ser usados como argumentos retóricos diante da falta de argumento técnico, sob pena de perderem mesmo sua efetividade;

Os novos princípios contratuais não se aplicam, sempre e prioritariamente, em benefício exclusivo do devedor;

A resolução, quando pactuada cláusula resolutiva expressa, opera extrajudicialmente, o que não viola a boa-fé objetiva;

Função social do contrato não se confunde com função assistencialista do contrato;

A proteção ao consumidor não pode se apresentar como barreira intransponível à observância dos termos contratuais no tocante, sobretudo, a riscos não cobertos, naquelas hipóteses em que os termos do contrato de plano de saúde firmado não se mostram abusivos ou dúbios e estão em conformidade com a Lei e as Resoluções da ANS;

E, talvez, o mais importante: os contratos, de regra, devem ser respeitados.

5. Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (resolução)**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. vol. I, 10. ed. rev. e atual., Coimbra: Almedina, 2005.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. **Revista de Direito Privado**. v. 27, jul. 2006, p. 279-292.

- ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**. n. 46, nov./dez. 2007, p. 31-61.
- BIANCHI, Giorgio. **Rescissione e Risoluzione dei Contratti con Riferimenti al Diritto Civile del XXI secolo**. Padova: Cedam, 2003.
- BONA FILHO, João de; SILVA NETO, Orlando Celso da. Notas sobre livre convencimento do consumidor e interpretação contratual. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 86, mar. 2013, p. 253-270.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. O Princípio da Boa-fé no Direito Brasileiro e no Direito Português. CAETANO, Marcello, *et alli*. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I jornada luso-brasileira de direito civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 43-72, 1980.
- _____. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista de Processo**, nº 161, jul. 2008, p. 9-20.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**. v. 722, dez. 1995, p. 40-45.
- MACHADO, Yuri Restano. Breves apontamentos acerca da evolução histórica do contrato: do direito romano à crise da modernidade. **Revista dos Tribunais**. v. 864, out. 2007, p. 86-100.
- MENEZES CORDEIRO, António. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 607.
- NEGREIROS, Teresa. O Princípio da Boa-fé Contratual. MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NÓBREGA, João Neumann Marinho da. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**. v. 23, jul. 2005, p. 102-180.
- PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PROENÇA, José Carlos Brandão. **A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime.** Coimbra: Coimbra, 2006.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Uma análise dos mandamentos constitucionais que influem no direito obrigacional. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo.** v. 28, jul, 2011, p. 203-238.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição do Comportamento Contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro, n. 32, out./dez. 2007, p. 3-27.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 270.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. **Temas de Direito CivilIII.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Sociedades operadoras de plano de saúde e responsabilidade civil. **Soluções práticas.** v. 1, nov. 2011, p. 377-406.

TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, p. 29-44, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Seguro de danos – contrato de adesão – cláusula de exclusão ou limitação de cobertura – interpretação – princípio da boa-fé. **Revista dos Tribunais.** v. 933, jul. 2013, p. 473-499.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. **Revista dos Tribunais.** v. 876, out. 2008, p. 11-43.

10

A HIPERVULNERABILIDADE NO CONSUMO DE CRÉDITO

Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Vulnerabilidade e assimetria de informação – 3. Hipervulnerabilidade (vulnerabilidade agravada) – 3.1 A hipervulnerabilidade dos idosos, crianças, adolescentes e deficientes – 3.2 A graduação econômica da vulnerabilidade – 3.3 A exclusividade na concessão do crédito rural – 4. Considerações finais.

1. Introdução

As dificuldades enfrentadas pelos consumidores, perante o mercado financeiro, podem ser associadas a três fatores principais, identificados no consumo de crédito: a vulnerabilidade do consumidor, a assimetria de informação e a complexidade econômica e jurídica dos empréstimos bancários.

Para além da vulnerabilidade comum a todos os consumidores, em alguns casos a fragilidade do consumidor é agravada, em razão de suas condições pessoais, ou pela necessidade acentuada de uso do crédito, para ter acesso a bens e serviços essenciais, casos em que o consumidor se torna hipervulnerável. No presente trabalho são analisados os diferentes graus de vulnerabilidade dos consumidores, e as peculiaridades do consumo do crédito, que podem orientar para uma proteção mais acentuada por parte do Estado.

¹ Advogada, professora, Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR, Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/PR.

2. Vulnerabilidade e assimetria de informação

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor reconheceu expressamente a vulnerabilidade dos consumidores, no art. 4º, I. A noção de vulnerabilidade, apropriada pelo direito, decorre da fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica, em razão de suas condições e qualidades inerentes, ou ante uma posição de força e superioridade do outro sujeito da relação.² *Vulnus*, que significa feridas ou fragilidades, remete ao reconhecimento das diferenças, dos elementos de igualdade ou desigualdade entre os sujeitos da relação jurídica.³ A vulnerabilidade pode ser identificada por um estado da pessoa, inerente de risco, ou pela confrontação excessiva de interesses no mercado, situações que podem ser permanentes ou provisórias, individuais ou coletivas, que desequilibram a relação, fragilizando e enfraquecendo o sujeito de direitos.⁴

A vulnerabilidade do consumidor se diferencia em técnica, jurídica, fática ou informacional. Vulnerabilidade técnica, que é presumida para o consumidor não profissional, se caracteriza pela condição pessoal do consumidor leigo, que não possui conhecimentos específicos sobre o objeto adquirido ou serviço contratado. Por isso, é facilmente enganado, quanto às características do bem ou sua utilidade.⁵

A vulnerabilidade jurídica, ou científica, corresponde à falta de conhecimentos especializados. No que tange aos contratos de empréstimo bancário e financiamento, a vulnerabilidade jurídica foi identificada pela Corte Suprema da Alemanha, que reconheceu a necessidade de proteção do consumidor, por não ter suficiente “experiência ou conhecimento econômico, nem a possibilidade de recorrer a um especialista”.⁶

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica, decorre da posição do economicamente mais forte, que impõe sua superioridade, em razão de monopólio fático ou jurídico, de grande poder econômico ou em razão da essencialidade do produto ou serviço.⁷ No caso do consumo de crédito, a superioridade das instituições financeiras se destaca em todos os aspectos. Econômica, pela disponibilidade de fornecer o crédito, para milhões de consumidores que necessitam de recursos para aprimorar sua qualidade de vida ou até mesmo atender necessidades básicas, assumindo o crédito o caráter de essencialidade. Jurídica, pela prerrogativa exclusiva de elaboração dos instrumentos contratuais, adotando arranjos que beneficiam os fornecedores do crédito. E, ante a concentração do mercado financeiro no Brasil,⁸ não se pode descartar

2 MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis* / Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 162.

3 Idem, p. 109.

4 Idem, p. 117.

5 Idem, p. 154-155.

6 BGHZ 93.264 (1984), BGH-NJW-RR 1986, 205 e comentários em Schmelz, p. 1.219 (NJW maio 1991). In MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito privado...*p. 155-156.

7 MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito privado...*p.157-158.

8 Conforme informações divulgadas pelo Banco Central do Brasil, o Brasil tem hoje cerca de 170 instituições

a caracterização de monopólio, que potencializa o significativo poder econômico das instituições financeiras.

Por fim, a vulnerabilidade informacional, que decorre da vulnerabilidade técnica mas merece individualização diante do binômio informação-poder,⁹ assume grande relevância no contexto atual, porque a despeito da abundância de informações despejadas sobre o consumidor, tratam-se em muitos casos de informações manipuladas, controladas e desnecessárias, que desviam a atenção do consumidor quanto às informações verdadeiramente úteis. O que caracteriza a vulnerabilidade do consumidor é justamente seu déficit informacional, pois é na informação que está o poder e, quanto mais importante for a informação detida pelo fornecedor, mais a sua falta irá agravar a fragilidade do consumidor. A vulnerabilidade informativa representa o maior fator de desequilíbrio nas relações, razão pela qual sua presunção legal (art. 4º, I, CDC) impõe ao fornecedor o dever de compensar tal fator de risco na sociedade.¹⁰ No consumo do crédito, o déficit informacional é significativo. Conforme constata as pesquisas do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, 80% (oitenta por cento) dos 112 (cento e doze) milhões de brasileiros desconhecem o direito ao pacote de serviços essenciais gratuitos, nas contas correntes.¹¹ E, de acordo com os dados apurados pela multinacional IPSOS, em 2011, cerca de 67% (sessenta e sete por cento) dos brasileiros não sabem o quanto pagam de juros nos contratos.¹²

A assimetria de informação, que é inerente à complexidade do crédito, é acentuada pelas condutas adotadas pelas instituições financeiras, ao sonegarem informações que instruem o consumidor para utilização adequada do crédito, estimulando o uso de modalidades mais onerosas - a exemplo das notórias práticas de concessão e aumento de limites de cheque especial e envio de cartões de crédito, sem solicitação prévia dos clientes. Além disso, os dados apurados em pesquisas empíricas,¹³ sobre ausência de entrega do contrato ao consumidor, ausência de informação clara sobre o total da dívida a ser paga com financiamento, e prevalência da concessão de crédito sem garantia, demonstram como a vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica e informacional do consumidor pode ser maximizada, no consumo do crédito. E, sem

financeiras autorizadas a funcionar no mercado. Entretanto, os cinco maiores conglomerados econômicos (encabeçados por Caixa Econômica Federal, Bradesco, Banco do Brasil, Itaú e Santander) controlam 93% de todas as contas correntes no país e são responsáveis por 76,41% de todo o crédito concedido no Brasil. NOGUEIRA, José Jorge Meschiatti. *Tabela Price: mitos e paradigmas*. 3. ed. Campinas: Millenium Editora, 2013, p. 203-205.

9 EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 109.

10 MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito privado...* p.158-159.

11 Fonte: Conjur, 10 de agosto de 2010. www.conjur.com.br/2010-ago-10/bancos-sao-obrigados-informar-servicos-essenciais, acesso em 12/08/2010.

12 Fonte: Ipsos (2011).

13 MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor* n. 55, jul-set/2005; CARPENA, Heloísa. Uma lei para os consumidores superendividados. *Revista de Direito do Consumidor* n. 61, jan-mar/2007.

em linhas gerais a vulnerabilidade é uma marca constante no consumo de crédito, em alguns casos esse desequilíbrio é ainda mais acentuado, o que permite identificar a hipervulnerabilidade do consumidor.

3. Hipervulnerabilidade (vulnerabilidade agravada)

A vulnerabilidade decorre da desigualdade que afeta a liberdade negocial do consumidor, parte mais frágil da relação de consumo, ante a posição favorecida do fornecedor, de significativo poder econômico.¹⁴ Nas situações em que a vulnerabilidade geral do consumidor é potencializada, pode-se observar uma “escada de gradação da vulnerabilidade”¹⁵, que a diferencia em uma vulnerabilidade geral, presumida por lei, e uma vulnerabilidade agravada¹⁶ ou hipervulnerabilidade.¹⁷ O CDC já traz desde sua origem duas hipóteses de vulnerabilidade agravada: (i) a vedação à publicidade abusiva, que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança” (art. 37, §2º); e (ii) a previsão de que configura prática abusiva “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços” (art. 39, IV).

A hipervulnerabilidade¹⁸ do consumidor decorre de situação social, fática e objetiva, que agrava a vulnerabilidade do consumidor pessoa física, em razão de circunstâncias pessoais, sejam elas permanentes (pródigos, incapazes, deficiência física ou mental) ou temporárias (doenças, gravidez, analfabetismo, idade).¹⁹ Para estes consumidores, cujas condições pessoais aumentam sua fragilidade no mercado de consumo, a jurisprudência já reconheceu o direito de proteção especial,²⁰ contribuindo para a análise das circunstâncias, que auxiliam na identificação da hipervulnerabilidade do consumidor de crédito.

14 MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito*. Revista de Direito do Consumidor, n. 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

15 MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito privado...*p.184.

16 MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 3.ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, p. 102 e ss.

17 A expressão hipervulnerabilidade foi utilizada originalmente pelo Min. Antônio Herman Benjamin, em sua conferência no congresso internacional “15 anos do CDC: balanço, efetividade, perspectivas”, em 08.09.2005, Gramado-RS. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 335, nota 162.

18 “O prefixo hiper (do grego *hyper*), designativo de alto grau ou aquilo que excede a medida normal, acrescido da palavra vulnerável, quer significar que alguns consumidores possuem vulnerabilidade maior do que a medida normal, em razão de certas características pessoais”. NISHIYAMA, Adolfo; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. Revista de Direito do Consumidor 76/13-45. p. 19.

19 MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito privado...*p.188-189.

20 A exemplo da decisão proferida pelo STJ, sobre a necessidade de informação qualificada sobre os riscos dos alimentos industrializados que contém glúten, para prevenção de danos aos doentes celíacos. STJ, Segunda Turma, REsp. 586.316/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/04/2007.

3.1. A hipervulnerabilidade dos idosos, crianças, adolescentes e deficientes

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a proteção especial, às pessoas com deficiência, idosos, crianças e adolescentes, que podem ser considerados hipervulneráveis.²¹ Tal proteção pode ser compreendida pela nova concepção de sujeito na pós-modernidade, que acolhe as distintas subjetividades e individualidades, observando que “o (in)diví(duo), aquele que não era divisível na modernidade, se dividiu”, reconhecendo-se as diferenças e protegendo os vulneráveis, a partir de uma ressignificação da igualdade, material.²²

A proteção dos idosos (pessoas com mais de 60 anos) foi prevista no art. 230 da Constituição Federal, com inspiração nos princípios constitucionais da solidariedade e proteção, sendo reforçada posteriormente pelo Estatuto do Idoso (Lei. 10.741/2003), que reconhece sua vulnerabilidade e o dever do Estado, da família, da sociedade e da comunidade em assegurar a satisfação de seus direitos. A proteção legal da vulnerabilidade do idoso “faz nascer um direito subjetivo personalíssimo e indisponível ao envelhecimento sadio, ao qual corresponde uma multiplicidade de direitos e deveres para assegurá-lo.”²³

A vulnerabilidade agravada do idoso, como consumidor, pode ser demonstrada a partir de dois aspectos principais: “(i) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; e (ii) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação a seus fornecedores”.²⁴ Com relação ao primeiro aspecto, aplicam-se as normas do art. 39, IV, do CDC, que veda ao fornecedor se prevalecer sobre a fraqueza ou ignorância do consumidor, em razão de sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, e do art. 10, §2º, do Estatuto do Idoso, que assegura a inviolabilidade de sua integridade física, psíquica e moral.²⁵

Quanto ao segundo aspecto, a fragilidade dos idosos no consumo de determinados bens e serviços é acentuada por mais um fator: a “inflação para terceira idade”, medida pelo índice criado pela Fundação Getúlio Vargas (Índice de Preços ao Consumidor da Terceira Idade – IPC-3.^a I), cujos dados atestam que os idosos foram mais afetados pela alta de preços do que a média da população, pois em 12 anos a inflação da terceira idade foi 27,6% superior à do varejo.²⁶ Considerando que a maior

21 NISHIYAMA, Adolfo; DENSA, Roberta. op. cit. p. 18-19.

22 MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito privado...*p.122-124.

23 MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito privado...*p.144-146.

24 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.103 e ss. Apud in MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito privado...*p.146.

25 NISHIYAMA, Adolfo; DENSA, Roberta. op. cit. p. 27.

26 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. LIMA, Clarissa Costa de. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário. Revista

parte dos idosos tem renda baixa, o desgaste inflacionário pode levar à contratação do crédito como meio necessário para acesso a bens e serviços essenciais.²⁷ E, tendo em vista a baixa escolaridade e o alto grau de analfabetismo dos idosos (24,4%),²⁸ é de se reconhecer que a vulnerabilidade do idoso no processo de concessão de crédito se agrava.²⁹

Por isso, a contratação de empréstimos, especialmente os consignados, cujo pagamento gera retenção da verba assistencial ou aposentadoria, deve considerar a vulnerabilidade agravada do idoso, principalmente ante os valores baixos recebidos pela grande maioria dos pensionistas do INSS, que muitas vezes contratam os empréstimos para cobrir despesas ordinárias. Os deveres de lealdade, informação e colaboração devem nortear a conduta da instituição financeira, no sentido de avaliar as condições de pagamento do empréstimo pelo idoso, sem comprometer os recursos necessários para suas necessidades vitais, evitando o consumo irresponsável de crédito e o superendividamento,³⁰ como já afirmado na jurisprudência.³¹

Com relação às crianças e adolescentes, a Constituição Federal estabeleceu, no art. 227, o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, a realização prioritária e plena de seus direitos, especialmente por se tratarem de pessoas em processo de desenvolvimento, que gozam “de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” (art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A hipervulnerabilidade das crianças e adolescentes pode ser constatada em razão de sua fragilidade intrínseca. Por não terem atingido o desenvolvimento intelectual completo, são mais facilmente manipuláveis pelo *marketing* na valoração de suas necessidades, não tendo experiência e conhecimentos para avaliar os custos e benefícios dos negócios em geral. Embora a criança e o adolescente não tenham ca-

de Direito do Consumidor n.76, out-dez/2010, p. 95-96.

27 Segundo as pesquisas realizadas pela UFRGS e Procon-SP sobre empréstimo consignado, 16,3% dos idosos emprestaram para pagamento de necessidades básicas. DOLL, J. Elderly consumer weakness in ‘withholding credit’. In: Johanna Niemi; Iain Ramsay; William C Whitford. (Org.). Consumer credit, debt and bankruptcy. Comparative and International Perspectives. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2009, v. p. 289-306.

28 Conforme análise divulgada pela Codeplan – Companhia de Planejamento do Distrito Federal, disponível em <http://www.codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/Pesquisas%20Socioecon%C3%B4micas/2013/ESTUDO%20PNAD%202012%20-%20DF%20X%20BRASIL.pdf> acesso em 08/12/2013.

29 “A fragilidade inerente à relação, em razão da idade, da capacidade de compreensão e de condições de saúde, cria condições excepcionais para que os vários tipos de vulnerabilidade simultaneamente permeiem todo o processo, em via de regra sem o cumprimento total do dever de informar (dever anexo do princípio da boa-fé objetiva), impedindo a possibilidade de reflexão sobre a necessidade do crédito e a capacidade para assumir as condições de pagamento, resultando assim a hipervulnerabilidade.” CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. LIMA, Clarissa Costa de. Tradições inventadas na sociedade de consumo... p. 101.

30 MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito privado*...p.147-148.

31 Neste sentido, os seguintes julgados: Recurso Inominado 710006394443, 3ª T. Recursal Cível do RS, Relator Juiz Eugênio Fachini Neto, j. 20.03.2005; TRF-4ª Região. Quarta Turma. AgIn 2007.04.00.023562-9/PR, Rel. Juiz Federal Márcio Antônio Rocha, j. 24.10.2007, D.E. 27.11.2007; e Sapé-PB-JEC, Processo 03520090013844, j. 25.09.2009, Juiz Gustavo Procópio Bandeira de Melo.

pacidade civil plena, para figurarem como contratantes observa-se a importância de sua educação para o consumo consciente, agregando inclusive conhecimentos sobre economia e orçamento familiar, para que sua preparação para a vida adulta permita alcançar o necessário discernimento, para avaliação da viabilidade e riscos da contratação do crédito.

E no caso dos adolescentes, que muitas vezes ingressam nas universidades antes de atingirem a vida adulta, deve-se assegurar o respeito e a proteção de sua vulnerabilidade agravada, especialmente quando da concessão de cartões de crédito e aberturas de contas universitárias, já que a utilização do limite de crédito pode facilmente gerar o endividamento da pessoa, sem experiência para a vida comercial e para gestão de suas despesas, criando um passivo difícil de ser honrado no começo da vida adulta.^{32 33}

Quanto à vulnerabilidade agravada das pessoas com necessidades especiais, a Constituição Federal de 1988 observou a necessidade de proteção especial das pessoas com deficiência em vários dispositivos.³⁴ A hipervulnerabilidade das pessoas com deficiência pode ser reconhecida tanto por sua dificuldade de acesso aos bens de consumo, pois em muitos casos sua integração social depende da facilitação de seu deslocamento, independente da ajuda de terceiros,³⁵ quanto pela necessidade intrínseca a determinados bens e serviços específicos, que são dispensáveis para os consumidores plenamente habilitados.

Como exemplo, o acesso a um veículo adaptado, embora não seja necessário para a maioria das pessoas, pode ser indispensável para o cidadão que, ante suas limitações pessoais, não possa se deslocar sozinho utilizando o serviço público de transporte - mormente quando tal sistema público não se mostra suficientemente adaptado, para atender as pessoas com necessidades especiais. Neste caso, considerando-se que o veículo constitui um bem indispensável, tanto para integração social do cidadão, quanto para lhe garantir o exercício do direito fundamental de liberda-

32 Estudos realizados sobre o crescimento da comercialização de cartões de crédito para estudantes, na Inglaterra e América do Norte, constataram que “Grupos de consumidores, tais como a ‘*Consumers Federation of America*’, declaram que estudantes de famílias ricas, que caem em débito, são financiados por seus pais, mas aqueles de famílias com rendimentos modestos são forçados a diminuir o ritmo de estudos ou passar maior tempo em empregos de meio-turno. Além disso, já se afirma que estudantes com dívidas de cartão de crédito estão enfrentando dificuldades em conseguir empregos, uma vez que alguns empregadores utilizam informações de cartões de crédito para avaliar potenciais empregados”. RAMSAY, Iain. A sociedade do crédito ao consumidor e a falência pessoal do consumidor (*Bankruptcy*): reflexões sobre os cartões de crédito e a *Bankruptcy* na economia da informação. Revista de Direito do Consumidor n. 63, jul-set/2007, 231-258.p. 238.

33 “É comum observar empresas que, intentando aumentar sua carteira de clientes, adotam estratégias agressivas como a concessão de cartões de crédito para jovens que ainda nem possuem uma renda estável (e, muitas vezes, o envio é sem solicitação), prática abusiva encetada para aproveitar a inexperiência ou da carência de educação financeira do jovem, o que costuma conduzir a muitos casos de endividamento desproporcional”. PRUX, Oscar Ivan. O direito do consumidor em tempos de crise econômica persistente: Problemática das relações entre fornecedores e consumidores. Revista de Direito do Consumidor n. 89, set-out/2013, 59-106, p.86

34 Arts. 7º, XXI; arts. 23, II, e 24, IV; art. 37, VIII; art. 203, IV; art. 208, III; e art. 227, §1º, II.

35 NISHIYAMA, Adolfo; DENSA, Roberta. op. cit. p. 21.

de, de ir e vir, a proteção ao sujeito hipervulnerável deve orientar que os efeitos da inadimplência. As prerrogativas do credor devem ser ponderadas com o necessário respeito à dignidade humana e à função social do contrato, princípios que poderiam inibir a retomada do bem pelo banco no caso de busca e apreensão, assegurando ao credor outros procedimentos para cobrança da dívida.

Importante observar que os sujeitos hipervulneráveis, seja em razão de sua idade, limitações físicas ou mentais, de seu baixo grau de formação educacional ou sua condição social, merecem tratamento diferenciado também no âmbito dos contratos bancários, justamente por sua fragilidade ímpar, potencializada nas relações de consumo firmadas de forma massificada, sem se atentar para as peculiaridades de cada sujeito de direitos. Para estes sujeitos, cuja proteção especial foi ditada em normas constitucionais, a resolução de conflitos relacionados ao consumo de crédito deve ser conduzida por uma interpretação que respeite a proteção da dignidade humana, da integração social e da igualdade material.

E, considerando que a vulnerabilidade agravada é “um estado subjetivo multiforme e pluridimensional”,³⁶ a proteção aos mais fracos não se limita às hipóteses já tratadas nas normas constitucionais, sendo possível reconhecer outros grupos especialmente vulneráveis no consumo de crédito, com base nos princípios da equidade e igualdade.

3.2. A graduação econômica da vulnerabilidade

Para além das condições pessoais do consumidor, que podem agravar sua fragilidade na relação jurídica, a hipervulnerabilidade no consumo de crédito pode ser pensada também a partir de outro prisma, mais objetivo. Em algumas situações, a contratação do crédito é afetada por circunstâncias concretas, que incidem na formação da relação jurídica (e não sobre o consumidor em si), mas que efetivamente agravam a já reduzida liberdade negocial do consumidor. É o caso dos empréstimos firmados para atender necessidades essenciais da pessoa humana, hipóteses em que o crédito assume a feição de serviço essencial.

Nestes casos, propõe-se que a hipervulnerabilidade pode ser constatada independentemente de alguma circunstância subjetiva, intrínseca à pessoa, mas pelo fato objetivo do consumidor não ter recursos próprios, para prover todas as despesas inerentes a sua subsistência e de sua família. Para o consumidor que precisa do crédito para financiar o pagamento de despesas básicas, como as havidas com alimentação, remédios, água, luz, moradia, educação, etc., a liberdade de escolha é rarefeita, já que a utilização do crédito passa a ser indispensável, para a satisfação de necessidades essenciais. Quando a contratação do crédito deixa de ser uma opção ao incremento do bem-estar, para ser a única alternativa viável frente à necessidade, não há propriamente liberdade de escolha.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*p. 361.

A importância da capacidade efetiva de escolha das pessoas foi observada na temática introduzida por Amartya Sen, Nobel de economia em 1998, que propôs uma nova ótica para apurar o desenvolvimento econômico - tradicionalmente medido a partir do crescimento do Produto Nacional Bruto, aumento de rendas, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. Sen sugere que o desenvolvimento deve observar as liberdades humanas, para ser visto como um processo integrado de expansão das liberdades reais, substantivas, de que as pessoas desfrutam, a partir de considerações econômicas, sociais e políticas.³⁷

Amartya Sen aponta a importância de se avaliar *como as pessoas conseguem viver de fato*, ou seja, se tem *liberdade* para realmente viver de um modo, que se tem razão para valorizar. A capacidade individual de realizar combinações alternativas de funcionamentos, em prol do bem-estar, é tida como uma liberdade substantiva, que inclui a possibilidade de escolha de estilos de vida diversos. Neste viés, a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas, em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza.³⁸

Esta perspectiva da capacidade efetiva de escolha das pessoas, na análise da pobreza, traz uma grande contribuição para o estudo da vulnerabilidade do consumidor de crédito, no contexto de sua condição social. A maior parte da população brasileira, classificada pelos critérios do governo como Classe C – portanto, em tese fora da faixa de pobreza -, efetivamente tem renda baixa.³⁹ A renda baixa, por si só, não leva necessariamente à privação de liberdades. Mas no caso brasileiro, em que o acesso a inúmeros bens e serviços essenciais, como alimentação, saúde, educação, transporte, etc., exige do consumidor a capacidade de custeio, ante a notória deficiência dos serviços públicos, em muitos casos o crédito se torna o único meio disponível de complementação imediata de receita, para prover as despesas ordinárias da família.⁴⁰ A esse respeito, recentemente foi publicada uma avaliação do Dieese, de que para cobrir as necessidades básicas das famílias brasileiras, seria necessário um salário mínimo de R\$2.765,44 (dois mil, setecentos e sessenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos), já que apenas o custo da cesta básica representa 46,83% do salário

37 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. tradução Laura Teixeira Mota; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 16-23.

38 Idem, p. 102-105.

39 Renda familiar média mensal de R\$1.764,00 (hum mil, setecentos e sessenta e quatro reais) a R\$4.076,00 (quatro mil e setenta e seis reais) e renda *per capita* entre R\$291,00 (duzentos e noventa e um reais) e R\$1.019,00 (hum mil e dezenove reais). Classificação conforme os critérios adotados pela Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) do Governo Federal, a partir de 2012, disponível em <http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2012/06/com-renda-de-classe-media-trabalhador-diz-que-so-faz-o-basico.html>. Acesso em 07/12/2013.

40 Vale lembrar os dados divulgados pela Proteste, de que 63% das 818 famílias de classe média entrevistadas recorrem ao cartão de crédito e outros 48% ao cheque especial, para custeio de despesas ordinárias, pois só os gastos com moradia, transporte, alimentos, seguro e educação comprometem mais de 88% da renda familiar. <http://www.proteste.org.br/dinheiro/nc/noticia/familias-brasileiras-gastam-mais-do-que-ganham>. Acesso em 07/12/2013. O mesmo pode-se dizer dos 16,3% de aposentados, que fizeram empréstimos consignados ante a insuficiência de recursos para custear despesas básicas. DOLL, J. . op. cit., p. 298-303.

mínimo vigente em 2013, de R\$678,00 (seiscentos e setenta e oito reais).⁴¹ Se as únicas opções são o endividamento ou a privação, não há *liberdade*, ante a incapacidade de escolha de outros arranjos, outras combinações de funcionamentos, que permitam a satisfação de necessidades fundamentais.

Quando o crédito é a única alternativa para o acesso a bens e serviços essenciais, a vulnerabilidade do consumidor é agravada pela necessidade, que restringe sua possibilidade de escolha, afeta a liberdade negocial, reduzindo a autonomia da vontade e a própria capacidade de decidir pela utilização ou não do crédito. A condição social dos consumidores menos favorecidos cria uma graduação econômica da hipervulnerabilidade.⁴² E este problema se potencializa com o fluir do tempo, porque enquanto o consumidor não consegue prover todas as despesas básicas, que se renovam constantemente, o uso reiterado do crédito gera um estado de endividamento crônico, em que a dívida aumenta a cada mês com o acréscimo dos juros e tarifas, especialmente no uso de limites de cartão de crédito e cheque especial.

Para estes consumidores, cuja dependência do crédito para subsistência demonstra a condição social de pobreza, a lealdade e a boa-fé impõem aos fornecedores os deveres reforçados de orientá-los ao uso das modalidades de crédito menos onerosas, com taxas de juros menores e com menos risco de endividamento. Um dos maiores perigos do crédito consiste em “estimular ao gasto as pessoas pouco prevenidas ou pouco experientes em matéria de cálculos relativos ao equilíbrio do orçamento familiar”.⁴³

A utilização reiterada dos limites de cheque especial e cartão de crédito promove o crescimento da dívida em progressão geométrica, alcançando patamares elevados em curto espaço de tempo, o que pode levar à ruína das pessoas de baixa renda. Nota-se que nestes casos o endividamento é involuntário, tanto pela necessidade que impulsiona o uso do crédito, quanto pelas peculiaridades dos limites pré-aprovados colocados à disposição do consumidor, que permitem o uso imediato sem a necessidade de refletir sobre a contratação do empréstimo, e sem qualquer previsão do valor total a ser pago.

Ressalta-se que o art. 39, IV, do CDC, estipula como prática abusiva o fornecedor se prevalecer da condição social do consumidor, para lhe impingir o uso de produtos e serviços. As concessões de limite de cheque especial e cartão e crédito para pessoas de baixa renda, sem antes lhes ofertar outras modalidades de crédito de menor custo e risco, podem ser enquadradas como práticas abusivas, já que nestas hipóteses o credor se aproveita da condição social e da falta de conhecimentos de

41 Fonte: Folha de São Paulo, 09/01/2014. disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/01/1395361-custo-da-cesta-basica-em-2013-exigiria-minimo-de-r-2765-estima-dieese.shtml>, acesso em 10.01.2014.

42 Conforme a doutrina de José Reinaldo de Lima Lopes, In MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...* p. 333.

43 COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. *Direitos do consumidor endividado – superendividamento e crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 230.

grande parte da população, para estimular a contratação do crédito de alto custo e alto risco de endividamento para o consumidor - e alto lucro para os bancos. Para estes consumidores, que são levados a um estado de endividamento involuntário pela necessidade, mas que é potencializado pela onerosidade das linhas de crédito utilizadas, o tratamento da inadimplência deve observar (e reprimir) a conduta predatória das instituições financeiras, no estímulo do aumento da dívida de pessoas, já fragilizadas em sua condição social.

3.3. A exclusividade na concessão do crédito rural

A respeito da vulnerabilidade agravada no consumo de crédito, uma última reflexão deve ser feita sobre as peculiaridades que afetam uma linha específica de consumo: o crédito para o produtor rural. A Constituição Federal reconhece a importância da atividade agrícola, determinando, no art. 187, o dever do Estado de planejar e executar a política agrícola, inclusive com a disponibilização de crédito para fomentar a atividade rural. O crédito rural foi institucionalizado pela Lei 4.289/65, que consignou expressamente que a distribuição e aplicação dos recursos deveriam levar em conta o desenvolvimento da produção rural do país e o bem-estar do povo.⁴⁴ Portanto, o mútuo rural é marcado por uma forte função social, pois sua concessão objetiva “fomentar a atividade agrícola, fortalecer economicamente o produtor rural e colaborar decisivamente para o bem-estar de todos, dando ao Estado as condições necessárias ao cumprimento de seu dever de organizar o abastecimento alimentar”.⁴⁵

A produção rural tem algumas características inerentes, especialmente quanto ao alto custo e alto risco da atividade, que fazem do crédito um instrumento essencial para sua implementação e desenvolvimento. Como ensina Lutero de Paiva Pereira: “o crédito rural é importante para viabilizar a exploração da propriedade rural com contornos de cumprimento de sua função social, visto que os custos de implantação de qualquer atividade ali desenvolvida são de grande monta, e não têm como ser enfrentados senão com uma linha de financiamento que tenha valores e custos financeiros compatíveis com o empreendimento que se quer ou se propõe crediticiamente assistir”.⁴⁶

Dentre as especificidades da atividade agrícola, que exigem o acesso contínuo ao crédito, destacam-se as seguintes: (i) trata-se de “empreendimento que se expõe a riscos constantes, conhecida como empresa a céu aberto, e por isto mesmo suscetível a ter tragada inesperadamente, e de forma irreversível e inevitável tantas vezes, sua expectativa de receita”;⁴⁷ (ii) a atividade está sujeita a riscos econômicos, como oscilação de preços das *commodities* ante variação cambial e do mercado internacio-

44 PEREIRA, Lutero de Paiva. *Agricultura e Estado: uma visão constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 25-34.

45 Idem, p. 35.

46 Idem, p. 107.

47 Idem, p. 89.

nal, além de regramentos de planos econômicos; (iii) a rentabilidade da atividade rural depende de uma boa infraestrutura, que somente se realiza com a inversão de grandes somas; (iv) a tempestividade para o custeio é relevante ante as exigências do calendário agrícola, ditadas pela natureza, cujos prazos de implementação de plantio, colheita, etc, não podem ser alterados pelo homem; (v) o incremento tecnológico é necessário para melhor exploração e conservação da terra, bem como para o aumento da produtividade; (vi) o crédito rural pode servir como instrumento para aquisição de terras a pequenos produtores rurais; e (vii) o fomento auxilia a desenvolver também atividades pesqueiras e florestais.⁴⁸

Portanto, para a grande maioria dos produtores rurais, o acesso ao crédito é uma condição indispensável para desempenhar a produção agrícola. Esta dependência econômica do crédito afeta a liberdade negocial do produtor rural, já que na maior parte das vezes o crédito é a única alternativa para viabilizar a atividade produtiva, da qual retira seu sustento e de sua família. A vulnerabilidade é constatada pelo alto grau de dependência econômica do crédito, pois as relações firmadas com as instituições financeiras são guiadas pela necessidade, que se renova constantemente, a cada safra ou ciclo produtivo, e que deve ser atendida em prazos indisponíveis, ditados pela natureza.

Para a identificação da vulnerabilidade nas relações firmadas entre produtores rurais e instituições financeiras, duas considerações são importantes: (i) a limitada liberdade de escolha, pela indispensabilidade do crédito e (ii) a posição de monopólio dos agentes financeiros habilitados para concessão do crédito rural, especialmente nas pequenas cidades.

Com relação ao primeiro aspecto, como o desenvolvimento da atividade rural depende constantemente de fomento, ante os altos custos e riscos envolvidos, a possibilidade de escolha efetiva do produtor em contratar ou não o empréstimo é mais reduzida, do que nas outras atividades econômicas. Assim, entende-se que a maior dependência econômica do crédito é um critério relevante para reconhecer uma vulnerabilidade geral dos produtores rurais, que poderia até mesmo ser presumida, se observada a importância do crédito para tal atividade. E, se em linhas gerais a autonomia do produtor rural já é naturalmente mais restrita, em alguns casos a liberdade de escolha é praticamente eliminada, por um fator externo: o monopólio dos agentes financeiros nas pequenas cidades.

Se mesmo nos grandes centros, em que há várias instituições financeiras instaladas, a concentração do mercado inviabiliza a concorrência,⁴⁹ nos pequenos municípios a situação se agrava, quando há um único agente financeiro encarregado de ge-

48 *Idem*, p. 108-109.

49 Segundo informações divulgadas pelo Bacen, o Brasil tem hoje cerca de 170 instituições financeiras autorizadas a funcionar no mercado. Entretanto, os cinco maiores conglomerados econômicos (encabeçados por Caixa Econômica Federal, Bradesco, Banco do Brasil, Itaú e Santander) controlam 93% de todas as contas correntes no país e são responsáveis por 76,41% de todo o crédito concedido no Brasil. NOGUEIRA, José Jorge Meschiatti. *Tabela Price: mitos e paradigmas*. 3. ed. Campinas: Millenium Editora, 2013, p. 203-205.

reenciar os recursos públicos, destinados às linhas de crédito rural.⁵⁰ A exclusividade do agente financeiro cria uma situação de monopólio, que acentua a vulnerabilidade econômica daquele que precisa do crédito e que, não raro, é obrigado a suportar inúmeros abusos,⁵¹ já que não tem opção de contratar com outro credor.

A vulnerabilidade pode ser caracterizada pelo “estado de fragilidade do consumidor, uma fraqueza que limita sua plena consciência ou plena autonomia na relação contratual e o faz sujeitar-se ao fornecedor.”⁵² Esta fragilidade, que afeta a grande gama de produtores rurais que dependem do crédito, é potencializada pelo monopólio das instituições financeiras nas pequenas cidades. Nestas hipóteses, em que o devedor não tem outra alternativa senão se sujeitar à liberalidade do agente econômico, que usa e abusa de sua exclusividade, é que se pode sustentar a vulnerabilidade agravada do produtor rural, especialmente dos pequenos e médios produtores, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

A submissão do produtor rural, que é forçado a aceitar a violação de seus direitos para ter acesso ao crédito necessário, incide *a priori* e *a posteriori*. *A priori*, quando a liberação do crédito é condicionada por uma série de imposições pelo credor, como a contratação de outras operações em venda casada (seguros, títulos de capitalização, cheque especial, etc.); quando a remuneração da dívida é pactuada com encargos superiores aos tetos de juros, fixados para o crédito rural⁵³; ou ainda na hipótese do banco formalizar o empréstimo sob a rubrica de outra operação de crédito, na qual não incidem as limitações legais de encargos (e.g. cédula de crédito bancário).

E *a posteriori*, porque mesmo que o produtor seja futuramente orientado sobre as ilegalidades que afetaram a formação e evolução da dívida, a possibilidade de ajuizar uma demanda revisional é frustrada, pelo risco de lhe ser tolhido o necessário acesso ao crédito em ocasiões futuras – ou seja, o risco potencial de ser incluído na temida “lista negra dos bancos”. Um dos mecanismos da “lista negra dos bancos”,⁵⁴ é a

50 Observe-se que recentemente a Caixa Econômica Federal lançou uma campanha nacional, divulgando que passou a operar com linhas de crédito rural. Até então, nas pequenas cidades que contam apenas com um ou dois bancos públicos, a concessão do crédito rural era exclusividade do Banco do Brasil S/A.

51 Como exemplo, o desrespeito às taxas máximas de juros permitidas para o crédito rural; a cobrança de comissão de permanência (encargo vedado nesta espécie); e até mesmo a imposição de assinar novas repactuações de dívida em caso de perda de safra, como condição para ter acesso a novo crédito, sem observar o direito do produtor à indenização pelo seguro obrigatório (que reverte para o banco) e à renegociação especial da dívida.

52 EFING, Antônio Carlos. op. cit., p. 108.

53 Conforme a Lei 4.289/65 e o Dec-lei 167/67, compete ao Conselho Monetário Nacional fixar as taxas máximas de juros para o crédito rural, o que é feito através de resoluções do Banco Central do Brasil.

54 A “lista negra dos bancos” funciona como um cadastro interno de informações sobre os clientes, compartilhado entre várias instituições financeiras, em que são incluídos os nomes dos consumidores, que já ingressaram com demandas judiciais para revisão de contratos bancários. Tais clientes são classificados como “risco em potencial”, indicando no sistema do banco uma “restrição interna”, que é utilizada como desculpa para negar a concessão de crédito ao cliente, mesmo quando tem renda comprovada e não está inserido nos cadastros oficiais de proteção de crédito. Embora os bancos neguem a existência da lista negra, as restrições efetivamente impostas aos consumidores, que demandaram em juízo para revisão de dívidas bancárias, já foram investigadas e noticiadas pela imprensa. Portanto, trata-se de fato público e notório. Fonte: <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/05/consumidores-reclamam-de-lista-negra-para-credito-em-bancos.html>

negativa de crédito aos consumidores que ingressaram com as demandas revisionais, e por isso passam a ter um “restrição interna” no sistema do banco. No caso do crédito rural, os bancos tem outra ferramenta, aparentemente mais “legítima”, para negar o fornecimento de crédito: a alegação de que os recursos subsidiados já se esgotaram – argumento cuja veracidade o produtor não tem como aferir, já que apenas o banco tem a informação sobre o volume total de recursos públicos recebidos, e o quanto já foi aplicado em outras operações de crédito rural. O fornecedor exclusivo do crédito rural é soberano, no domínio da informação sobre a gestão dos recursos públicos, na escolha dos beneficiados na distribuição do fomento e na exclusão dos “rebeldes”, que ousaram questionar os “benevolentes” encargos, aplicados em empréstimos anteriores. Para estes últimos, quando muito, resta apenas a opção do crédito a taxas livres, aplicadas pelos patamares normais de mercado, sem a limitação de encargos que incide no crédito rural subsidiado.

A situação específica de sujeição dos produtores rurais, especialmente quando o credor atua com exclusividade na concessão do crédito especial, permite afirmar que o consumo do crédito, mesmo quando destinado ao incremento da atividade profissional, pode ser marcado por um desequilíbrio concreto entre os contratantes, caracterizando a vulnerabilidade, em alguns casos até mesmo agravada.

4. Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a necessidade de adoção de tratamentos diferenciados a pessoas que, seja individualmente ou em grupo, encontram-se em situação de peculiar vulnerabilidade e, por isso, merecem proteção especial.

O estudo sobre a hipervulnerabilidade dos consumidores, no uso de crédito, revela que o déficit informacional, a fragilidade e a já reduzida liberdade negocial dos mutuários, podem ser agravados em decorrência de suas condições pessoais (idade, saúde, grau de formação, etc), ou da maior dependência econômica do crédito.

A realização da ordem pública constitucional de proteção do consumidor⁵⁵ reclama o aprofundamento sobre as distintas situações que, a despeito da ausência de enquadramento legal expreso, aumentam a vulnerabilidade dos consumidores de crédito. E enseja também o reconhecimento, de que a fragilidade acentuada do consumidor impõe às instituições financeiras o dever, de agirem com lealdade, transparência e alteridade para com o parceiro contratual, evitando o endividamento excessivo e a ruína financeira do outro contratante.

55 MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *A ADIn 2.591 e a constitucionalidade da aplicação do CDC às instituições bancárias, de crédito e securitárias: fundamento da ordem pública constitucional de proteção do consumidor* (STF – ADIn 2.591/DF – rel. P/ Acórdão Min. Eros Grau). Revista de Direito do Consumidor, n. 61/287-296. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan-mar/2007.

11

A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS URBANOS

Demétrius Coelho Souza¹

SUMÁRIO: 1. Introdução: uma visão civil-constitucional – 2. A cláusula resolutiva expressa – 3. A (des)necessidade de prévia intervenção judicial – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. Introdução: uma visão civil-constitucional

O Código Civil encontra-se dividido em duas partes: a parte geral e a parte especial. A primeira cuida das pessoas (Livro I), dos bens (Livro II) e dos fatos jurídicos (Livro III); e a segunda, a parte especial, cuida do direito das obrigações (Livro I), do direito de empresa (Livro II), do direito das coisas (Livro III), do direito de família (Livro IV) e do direito das sucessões (Livro V).

O direito das obrigações constitui, portanto, o primeiro dos cinco livros da parte especial, no que andou bem o legislador, pois um contrato é, substancialmente, formado por obrigações, não sendo possível confeccioná-lo sem um prévio conhecimento do direito obrigacional. Assim, na correta colocação de José Ricardo Alvarez Vianna², “o Direito das Obrigações representa a autêntica parte geral dos contratos e da responsabilidade civil”.

1 Doutorando em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito pela UEM. Especialista em Direito Empresarial (UEL), Filosofia Política e Jurídica (UEL) e em Direito Civil e Processual Civil (UEL). Professor de Direito Civil na PUCPR, Campus Londrina e na Escola da Magistratura do Paraná, núcleo Londrina. Advogado.

2 VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Manual de Direito das Obrigações**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 27. No mesmo sentido, a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo: “A ordem econômica realiza-se, principalmente, mediante contratos. A

De qualquer forma, a partir dos estudos desenvolvidos por Pietro Perlingieri, notadamente em seu livro **Perfis de Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional, é que o direito civil passou a ser estudado sob o enfoque constitucional, provocando uma verdadeira mudança de paradigmas até então existentes. Em termos mais claros,

A Constituição Brasileira de 1988, que por suas características pode ser qualificada como pós-revolucionária, não foge a essa realidade, na medida em que, ao eleger a dignidade da pessoa humana e o pleno exercício da cidadania como fundamento do ordenamento e ao consagrar a justiça distributiva, provocou uma profunda alteração no tecido normativo. Essa transformação não pode passar despercebida, nem ser relegada a um plano secundário com a desculpa de a Constituição significar tão-somente uma carta de princípios; exigindo, ao contrário, uma mudança de mentalidade no operador do Direito em todos os sentidos.³

Este pensamento, evidentemente, refletiu no direito obrigacional e contratual. Diante disso, pode-se dizer que os contratos deixaram de ser vistos com o rigor da *pacta sunt servanda*, não mais sendo unicamente considerados como “lei entre as partes”, principalmente se o negócio entabulado não respeitar o princípio da boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio econômico das prestações, inclusive e principalmente em relação às pessoas dos contratantes. Realmente,

No modelo contemporâneo dos contratos, portanto, cada um dos princípios clássicos é confrontado com um novo princípio, capaz de moldar-lhe a aplicação e redefinir-lhe a abrangência. A liberdade contratual é informada pela boa-fé, considerada em seu viés objetivo, a incidir em todas as fases da relação negocial, qualificando a conduta das partes e orientando a interpretação do contratado; o vetusto *pacta sunt servanda* é mitigado pela necessidade de se assegurar o equilíbrio entre prestação e contraprestação, evitando-se contratações iníquas ou execuções desarrazoadas de obrigações inicialmente razoáveis; a relatividade dos efeitos do contrato é abrandada pelo reconhecimento e afirmação da sua função social.⁴

Sob essa perspectiva, a liberdade de contratar passa a ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, a mercê do que dispõe o art. 421 do Código Civil, redigido nos seguintes termos: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

atividade econômica é um complexo de atos negociais direcionados a fins de produção e distribuição dos bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais. É na ordem econômica e social que emerge o Estado social, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, e caracteriza-se a ideologia constitucionalmente estabelecida”. In: **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 09.

3 CICCO, Maria Cristina *apud* PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. [Tradução e Prefácio de Maria Cristina De Cicco]. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, prefácio.

4 COSTA, Pedro Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 52.

Nessa medida, “Quando o julgador concluir que um contrato no todo ou em parte desvia-se de sua função social, deverá extirpar sua eficácia ou, se for o caso, adaptá-lo às necessidades sociais, tal como o faria com cláusulas abusivas”,⁵ evitando, dessa forma, prestações e contraprestações injustas.

Ainda nesse contexto, lembre-se que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170), reduzindo as desigualdades sociais e regionais (CF, arts. 3º e 170, inc. VII). Essa afirmação demonstra, por exemplo, a aplicabilidade das normas constitucionais ao direito das obrigações, revestindo-se de sua função social.⁶

É o que ocorre, por exemplo, com o instituto da lesão (CC, art. 157), em que o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de a pessoa requerer a anulação do negócio jurídico caso tenha se submetido, por premente necessidade ou inexperiência, à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. A esse quadro acrescenta-se, novamente, a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo:⁷

Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência material das prestações, que perpassa todos os fundamentos constitucionais a ele aplicáveis. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. Esse princípio conjuga-se com os princípios da boa-fé objetiva e da função social, igualmente referidos no Código Civil.

O trecho supratranscrito, repita-se, aplica-se ao direito das obrigações e ao direito contratual, até mesmo porque a confiança constitui um dos núcleos da boa-fé objetiva,⁸ que importa em interpretar os contratos em consonância com uma conduta confiável, isto é, proba, correta e leal, privilegiando, assim, os direitos fundamentais, os valores e as diretrizes fixadas pelo texto constitucional. Esse entendimento, por óbvio, aproveita as cláusulas resolutivas expressas, conforme se verá ao longo deste estudo.

5 VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 429.

6 “Por ter natureza de princípio – que não se vale da lógica do tudo ou nada, da aplicação completa ou da não aplicação –, a função social convive com os demais princípios de direito obrigacional, não os excluindo ou sendo excluída. Também em razão disso, somente no caso concreto é que se verificará o seu peso em contraposição aos demais”. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no Novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 132.

7 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 11.

8 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no Novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 142.

De qualquer sorte, a mencionada constitucionalização do direito civil representa “um fenômeno doutrinário que tomou corpo principalmente a partir da última década do século XX, entre os juristas preocupados com a revitalização do direito civil e sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição de 1988, como expressões das transformações sociais”.⁹ Dessa constitucionalização, decorre a migração,

para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter paris*, o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada despatrimonialização do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas [...], sendo substituído pela consideração com a pessoa humana. Daí a valorização, por exemplo, dos direitos de personalidade, que o novo Código Civil brasileiro emblematicamente regulamenta já nos seus primeiros artigos, como a simbolizar uma chave de leitura para todo o restante do estatuto civil.¹⁰

A constitucionalização do direito civil representa, pois, o regramento da vida à luz do que se considera de suma importância para um bom e adequado convívio social, a lembrar que “As normas constitucionais e civis incidem diária e permanentemente, pois cada um de nós é sujeito de direitos ou de deveres civis em todos os instantes da vida, como pessoas, como adquirentes e utentes de coisas e serviços ou como integrantes de relações negociais e familiares”.¹¹

Dito de outro modo, o Direito Civil como um todo, principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, deixa de voltar seus esforços apenas para as relações patrimoniais, privilegiando a proteção da pessoa humana no seu mais amplo e irrestrito cotidiano (nascimento, obrigações, contratos, propriedade, matrimônio e herança).

Sob essa perspectiva, o patrimônio passa então a ser visto como mero coadjuvante,¹² cedendo lugar à ampla proteção da pessoa humana, dando guarida, por igual,

9 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. 18. No mesmo sentido, manifesta-se Luis Roberto Barroso: “Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social das instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do *dirigismo contratual* que consolida a publicização do direito privado”. In: **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 368.

10 FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34-35.

11 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 19.

12 Lê-se em Melina Girardi Fachin e Umberto Paulini o seguinte trecho: “E, ao contrário do movimento codificador que tinha como valor necessário a realização da pessoa em seus aspectos patrimoniais, o constitucionalismo social, abraçado pela Constituição Cidadã de 1988, acentua a raiz antropocêntrica do ordenamento jurídico. O patrimônio

à igualdade, à integridade física e moral (psicofísica), à liberdade, à solidariedade¹³ e aos direitos fundamentais. Essa proteção, esclarece Gustavo Tepedino,¹⁴ deve ocorrer tanto nos espaços públicos quanto nos espaços privados:

Tal escopo de efetivação dos direitos humanos relaciona-se com as diversas tendências aqui representadas, justamente porque este *revival* dos direitos humanos (para utilizar a expressão consagrada por Erik Jayme) do novo constitucionalismo se coaduna com a preocupação do direito civil-constitucional na tutela da dignidade da pessoa humana, de modo a protegê-la também nos espaços privados e não apenas na relação entre cidadão e Estado.

Daí a importância de serem observadas as normas constitucionais – até porque trazem consigo princípios hierarquicamente superiores – notadamente aquelas previstas nos arts. 1º e 3º, que tratam, respectivamente, dos fundamentos e dos objetivos da República Federativa do Brasil, pois a ideologia social, traduzida em valores de justiça social ou de solidariedade, passou a dominar o cenário constitucional do século XX, também privilegiando, como já afirmado, os direitos fundamentais.¹⁵ Nessa medida,

O direito civil ressurge como sistema jurídico fundamental de realização cotidiana da dignidade da pessoa humana, que passa a ter primazia sobre as relações patrimoniais, que eram hegemônicas nas codificações liberais. Sua unidade não está mais enraizada nos códigos civis, mas no conjunto de princípios e regras que se elevaram à Constituição e aos tratados internacionais, em torno dos quais gravitam os microsistemas jurídicos que tratam das matérias a ele vinculadas.¹⁶

assume papel de coadjuvante, num fenômeno que se denominou de *repersonalização*”. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. II, p. 214.

13 Melhor explicando, “O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade”. MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.119.

14 TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: _____. (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 360.

15 Ao tratar da nova dogmática constitucional, observa Pedro Oliveira da Costa que “Os valores liberais, sobre os quais se erigia a antiga dogmática jurídica, são substituídos por valores sociais. As grandes figuras do direito privado são revisitadas, entranhadas por princípios constitucionais que determinam que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada acima de todas as coisas (CF, art. 1º, III); que a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais deve ser buscada a todo custo (CF, art. 3º, III); que o desenvolvimento econômico tem por finalidade última assegurar a todos uma existência digna (CF, art. 170, *caput*)”. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **Obrigações**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48.

16 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 01.

Portanto, “O civilista humildemente aceita a força normativa da Constituição. O Estado Democrático de Direito centrado na especial dignidade humana proclama a despatrimonialização e a personalização do direito privado”,¹⁷ refletindo em todo o ordenamento jurídico.

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que o Código Civil deve ser interpretado à luz dos valores e princípios constitucionais, residindo aí, salvo melhor juízo, a “legitimidade de suas normas”. Em resumo, a chamada constitucionalização do direito civil é marcada

pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. É nesse ambiente que se dá a virada axiológica do direito civil, tanto pela vinda de normas de direito civil para a Constituição como, sobretudo, pela ida da Constituição para a interpretação do direito civil [...].¹⁸

Em outros termos,

[...] ao situar o princípio da dignidade da pessoa humana no ápice do ordenamento jurídico, a Constituição de 1988 conduziu a uma verdadeira inversão de valores no sistema de direito civil, já que a tutela do patrimônio, que era antes a principal preocupação do civilista, dá lugar à proteção da pessoa, objetivo que deverá conformar o conteúdo de cada um dos institutos jurídicos. Em virtude da necessidade de se tutelar tal princípio de forma precípua, tudo mais se tornou relativo e ponderável em relação à dignidade da pessoa humana, onde quer que ela, ponderados os interesses contrapostos, se encontre.¹⁹

Nessa medida, afirma-se que “O Código Civil cumprirá sua vocação de pacificação social se for efetivamente iluminado pelos vetores maiores que foram projetados nas normas constitucionais, notadamente nos princípios”,²⁰ observando-se, desde já, que nada pode conflitar com o espírito constitucional, sob pena de a Constituição Federal cair em um vazio sem fim, o que não seria admitido.

E mais: “ao aplicar as normas infraconstitucionais nas relações entre particulares, o Poder Judiciário deve mirar os valores constitucionais, que têm sua vigametra nos direitos fundamentais”,²¹ aí incluída, repita-se uma vez mais, a dignidade da pessoa humana.

17 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 03.

18 BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 369.

19 SILVA, Roberta Mauro e. Relações Reais e Relações Obrigacionais Propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 82.

20 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. 23.

21 FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. *Op. cit.*, p. 212.

Em suma, a partir da Constituição Federal e do reconhecimento da força normativa dos princípios é que as normas constitucionais passam a incidir diretamente nas relações privadas, passando as categorias de direito privado a sofrer os influxos dos valores constitucionais. Desse modo, “Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da Constituição brasileira de 1988”²²

Não há, pois, como se estudar o direito civil dissociado das normas constitucionais,²³ o que somente reforça o entendimento de que o patrimônio deixa de ocupar o centro das atenções civilistas, cedendo lugar à pessoa humana.

Em outros termos, a autonomia privada de vontade deve submeter-se aos anseios e diretrizes do texto constitucional, “para cuja promoção se volta a ordem jurídica como um todo”.²⁴

Isso não quer dizer, evidentemente, que “a intervenção do constituinte estivesse a significar uma absorção do direito civil por parte do direito constitucional, daí resultando numa drástica e autoritária redução nos espaços de liberdade garantidos à sociedade civil”²⁵

Os espaços privados ainda são garantidos e protegidos, devendo os valores e questões atribuídas ao âmbito do direito civil, apenas, amoldar-se ao texto constitucional. Essa reflexão, evidentemente, alcança o tema aqui tratado, até porque não houve uma “redução quantitativa” dos espaços de autonomia privada, mas sim verdadeira “transformação qualitativa” dos institutos inerentes ao direito civil,²⁶ como, por exemplo, a propriedade, a família, o contrato e o direito de empresa.

A partir de uma visão civil-constitucional, pretende-se com este artigo, portanto, analisar os reflexos e consequências da cláusula resolutiva expressa no âmbito do direito obrigacional e contratual, inclusive sob o aspecto da boa e má-fé.

22 TEPEDINO, Gustavo. Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. In: **Temas de Direito Civil**. Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 341.

23 “A perspectiva do Direito Civil Constitucional, porém, mostra-se muito mais ampla do que decorreria de um estéril debate em torno da reorganização topográfica do sistema. São os valores expressos pelo legislador constituinte que, extraídos da cultura, da consciência social, do ideário ético e da noção de justiça presentes na sociedade, consubstanciam-se em princípios, os quais devem *informar* o sistema como um todo e, especialmente, o Código Civil”. TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. In: **Temas de Direito Civil**. Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 377-378.

24 TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 341.

25 TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. In: **Temas de Direito Civil**. Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41.

26 Ambas as expressões foram cunhadas por Gustavo Tepedino: “Não se vislumbra, com isso, repita-se ainda uma vez, uma *redução quantitativa* dos espaços de autonomia privada. Propriedade, família, contrato, empresa, não migram para outros ramos do direito, diante da forte intervenção do poder público, vinculando-os à opção valorativa constitucional. Trata-se, ao revés, de uma *transformação qualitativa* de cada um dos institutos de direito civil, iluminados pelo Texto Maior, sem que com isso se pretenda subtrair da autonomia privada seus poderes, titularidades e responsabilidades, na construção de uma sociedade (que o constituinte quis) justa e solidária”. *Idem, ibidem*.

2. A cláusula resolutiva expressa

Inicialmente, necessário esclarecer do que se ocupa a cláusula resolutiva. A cláusula resolutiva ou resolutória, também chamada de “pacto comissório”,²⁷ consiste em figura jurídica que autoriza a rescisão²⁸ do contrato ante o não cumprimento obrigacional imputável a uma das partes, vale dizer, “cuida-se de estipulação por meio da qual são estabelecidas as causas cuja ocorrência basta para que se possa pôr fim à relação contratual”.²⁹

Assim é que as partes, em razão da autonomia privada que lhes confere o ordenamento jurídico, mais especificamente quando celebram contratos bilaterais, a exemplo do contrato de compra e venda, podem atribuir o poder ou o direito a um dos contratantes³⁰ para que proceda de forma unilateral, objetivando resolver o contrato então celebrado em caso de inexecução culposa. Nesse sentido, refletem Gustavo Tepedino, Heloiza Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:³¹

São cláusulas resolutivas as estipulações expressas ou as presumidas pela lei em todos os contratos bilaterais, por força das quais qualquer dos contraentes, se não preferir a alternativa de reclamar a prestação, tem o direito de provocar a resolução do contrato, caso o outro contraente não cumpra a sua prestação.

Em complemento, a lição de Cristiano de Souza Zanetti:³²

A cláusula resolutiva, aliás, remonta ao direito romano. Desde então já se reconhecia ao vendedor a prerrogativa da dar por extinta a relação contratual, se o comprador não lhe pagasse o preço devido. O direito moderno encarregou-se de generalizar a disciplina, então aplicável somente à compra e venda.

27 AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário**: teoria geral e negócios imobiliários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 395. Em sentido diverso, a lição de Álvaro Villaça Azevedo: “Podemos claramente perceber, entretanto, que essa cláusula está vinculada ao inadimplemento contratual, o que, a meu ver, e dentro do espírito da classificação que propus, impede-a de chamar-se resolutiva ou resolutória. Melhor seria que a cognominássemos cláusula rescisória”. *In: Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 102.

28 O termo aqui é empregado seguindo a classificação proposta por Álvaro Villaça Azevedo: “Quando a inexecução da obrigação contratual dá-se culposamente, encontramos-nos em face da rescisão, ou seja, da ruptura do negócio, que pode ser unilateral ou bilateral, quer exista descumprimento obrigacional por uma das partes, ou por ambas, respectivamente”. *In: op. cit.*, p. 100.

29 ZANETTI, Cristiano de Souza. A Cláusula Resolutiva Expressa na Lei e nos Tribunais: o caso do termo de ocupação. *In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. Atlas: São Paulo: 2012, p. 355.

30 Para Carlos André Busanello dos Santos, o atual Código Civil permite que a cláusula resolutiva “seja instituída tanto em favor de qualquer parte e em qualquer contrato, ao contrário, portanto, do código revogado, no qual era um benefício somente em favor do vendedor no contrato de compra e venda”. *In: Compra e Venda Imobiliária com Cláusula Resolutiva em Função da Forma de Pagamento*: repercussão no registro de imóveis. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 39.

31 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloiza Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II, p. 118.

32 ZANETTI, Cristiano de Souza. *Op. cit.*, p. 358.

Cuida-se, portanto, de mecanismo previsto em contratos bilaterais, isto é, em contratos nos quais ambas as partes atribuem-se obrigações, como na compra e venda de imóveis urbanos, por exemplo, em que um dos contratantes pode optar por resolver o contrato ante o inadimplemento praticado pelo outro contratante³³ que, *per se*, não cooperou para o adimplemento obrigacional.³⁴

Para elucidar a questão, tome-se, por exemplo, a seguinte situação: alguém, por intermédio de imobiliária, celebra com determinada loteadora um compromisso particular de compra e venda de imóvel urbano.

Em negócios jurídicos dessa natureza, geralmente consta, expressamente, cláusula contratual com estes dizeres:

A falta de pagamento, pelo compromissário, de três parcelas consecutivas representativas do saldo do preço, implicará na rescisão imediata e de pleno direito deste compromisso, independentemente da propositura de qualquer ação judicial, caso em que o compromissário se obrigará à imediata restituição da posse do imóvel recebido precariamente, sob pena de ficar caracterizado esbulho possessório.

O dispositivo contratual acima citado se coaduna com o que prevê a primeira parte do art. 474 do Código Civil: “A cláusula resolutive expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”. Portanto, tem-se que a cláusula resolutive (ou resolutória) expressa no contrato opera de pleno direito, isto é, de forma automática, não dependendo de prévia interpelação.

Destarte, “Recordando o que já foi dito, a cláusula resolutive expressa consiste no pacto expressamente formulado pelos contraentes segundo o qual, havendo descumprimento por parte de um deles, o outro pode provocar a resolução do contrato”,³⁵ independentemente de intervenção do Poder Judiciário. Aliás,

33 Optou-se por não utilizar a expressão “parte contrária” justamente por conta da existência de uma verdadeira ordem de cooperação e probidade que deve permear a relação entre devedor e credor, notadamente a partir do princípio da boa-fé e da visão civil-constitucional que se pretende imprimir ao tema. Assim, na correta colocação de Pietro Perlingieri, “A obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor. Também o terceiro encontra-se envolvido neste novo clima de colaboração e de responsabilidade, e o crédito assume cada vez mais a fisionomia de um ‘bem’ autônomo sobre o qual, em modo evidente, incidem direitos de terceiros qualificados (tome-se, como exemplo, o usufrutuário e o credor pignoratício de créditos: arts. 2.800 ss., 2.025, 1.250, 1.254 Cód. Civ.) e que os terceiros são obrigados a respeitar” *In: op. cit.*, p. 212. Destarte, percebe-se que o pensamento atual é no sentido de ambos – credor e devedor – não medirem esforços para o efetivo cumprimento das obrigações, não mais se admitindo, como outrora, a posição isolada e contrária de cada um. Os terceiros, de sua parte, devem respeitar as obrigações e igualmente contribuir para que estas sejam devidamente cumpridas, em prol de toda a coletividade.

34 Extrai-se do texto de Luis Renato Ferreira da Silva o seguinte trecho: “Nesta idéia de cooperação entre os contratantes, mas também em relação a terceiros, é que se concretiza, no direito contratual, a idéia solidarista insculpida no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal”. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social”. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 153.

35 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 118.

A leitura do art. 474 do Código Civil não deixa dúvida relativamente à orientação adotada pelo direito brasileiro. Ao admitir a pactuação da cláusula resolutiva expressa, o ordenamento reconhece às partes o poder de determinar as hipóteses cuja ocorrência bastará à extinção da respectiva relação contratual. Verificado o evento previsto na cláusula resolutiva expressa, a parte inocente poderá pôr fim ao vínculo jurídico, sem que haja necessidade de recorrer a órgão dotado de poder jurisdicional.³⁶

Carlos André Busanello dos Santos,³⁷ entretanto, enfatiza a necessidade de a cláusula estar bem delineada no contrato, justamente para que não se alegue, posteriormente, eventual desconhecimento em torno de sua aplicabilidade: “Para que a cláusula resolutiva convencional seja considerada como tal e, portanto, capaz de gerar os efeitos que lhe são imanescentes, é imprescindível que no contrato esteja bem delineada, não sendo suficiente sua mera menção”.

De se dizer, ainda, que essa cláusula pode igualmente ser inserida em apartado,³⁸ muito embora seja mais conveniente (e recomendado) que seja inserida no contrato no exato momento da contratação, pois, em termos práticos, posterior inserção pode gerar certa dificuldade de ordem operacional em relação à pessoa do comprador do bem imóvel que, de sua parte, pode certamente negar-se a assinar posterior aditivo contratual, tornando mais difícil o trato entre os contratantes.

Pode, ainda, ser inserida em escrituras públicas de compra e venda, nas quais é possível estabelecer que a venda fique desfeita se o preço não for pago nos moldes combinados. Nesse sentido, manifesta-se José Ribeiro:³⁹

Podemos afirmar, em conclusão, com segurança, que poderá ser inserida, pelas partes, nas escrituras de compra e venda de bem imóvel, a cláusula pacto comissório, isto é, a condição resolutiva expressa, com supedâneo nos arts. 121, 122, 127, 128, 474 e 475 do novo Código Civil, pactuando-se que a venda fica desfeita se o adquirente não pagar o preço, uma vez que tal cláusula não é contrária à lei, nem à ordem pública, nem aos bons costumes, como também não está proibida a sua utilização, na compra e venda de imóvel, por qualquer dispositivo legal desse novo Código.

Ao tratar do tema, Orlando Gomes⁴⁰ também admite a ampla aplicabilidade da cláusula resolutiva, justamente por consistir em uma faculdade para a parte contratante prejudicada com o não pagamento, dispensando-se sentença judicial, veja-se:

36 ZANETTI, Cristiano de Souza. *Op. cit.*, p. 359.

37 SANTOS, Carlos André Busanello dos. *Op. cit.*, p. 40.

38 Para Araken de Assis, a cláusula resolutiva “se estatui no próprio contrato, concomitantemente ou através de convenção ulterior, em documento separado”. In: **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 50.

39 RIBEIRO, José. Pacto Comissório na Compra e Venda de Imóvel e o Novo Código Civil Brasileiro. *Apud* PERES, Tatiana Bonatti. Cláusula Resolutiva. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2011, p. 303-304.

40 GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 208-209.

Pacto comissório expresso. Posto se subentenda a cláusula resolutiva em todo contrato que produz obrigações recíprocas, nada impede que as partes, para reforçar o efeito da condição, a pactuem expressamente. Tal estipulação chama-se *pacto comissório expresso*. Nesse caso, a *faculdade de resolução* cabe apenas ao contratante prejudicado com o inadimplemento, jamais ao que deixou de cumprir as obrigações. O *fundamento do pacto comissório expresso* encontra-se no princípio da força obrigatória dos contratos.

Uma vez que é estipulada no contrato, a *faculdade de resolução* se exerce, obviamente, pela forma convencionada, mas, diferentemente do que se verifica com a cláusula resolutiva tácita, a resolução dispensa a sentença judicial. Havendo *pacto comissório expresso*, o contrato se resolve de pleno direito (Grifos no original).

A partir desses posicionamentos, pode-se afirmar que, quando há no contrato cláusula resolutiva (resolutória) expressa, o contratante prejudicado tem a faculdade de resolvê-lo independentemente da prévia constituição em mora do outro contratante e da intervenção judicial, a mercê do que dispõe a primeira parte do já mencionado art. 474 do Código Civil. Isto significa que o contrato se extingue automaticamente, de pleno direito. Em conformidade com este pensamento, remata Cristiano de Souza Zanetti:⁴¹

No direito brasileiro, a cláusula resolutiva expressa encontra-se disciplinada no art. 474 do Código Civil. O texto legal é bastante claro ao dispor que seus efeitos operam de pleno direito, ou seja, sem que haja necessidade de recorrer previamente ao Poder Judiciário. Trata-se, aliás, de afirmação recorrente na doutrina e que, recentemente, foi alçada à condição de enunciado na V Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários em 2011.

Todavia, apesar da licitude da cláusula resolutiva expressa fundar-se na autonomia privada de vontade e encontrar expressa previsão normativa, os tribunais pátrios não admitem, regra geral, que a rescisão se dê de pleno direito, exigindo a prévia intervenção do Poder Judiciário para declarar rescindido o contrato. A questão, como não poderia deixar de ser, traz consequências práticas das mais diversas. É o que se verá a seguir.

3. A (des)necessidade de prévia intervenção judicial

Não obstante pautar-se a cláusula resolutiva na expressa manifestação de vontade dos contratantes, há entendimento dando conta de que não é possível o contrato ser rescindido de pleno direito, eis que imprescindível a intervenção do Poder Judiciário.⁴² Para ilustrar a afirmação, colhe-se os seguintes trechos jurisprudenciais:

41 ZANETTI, Cristiano de Souza. *Op. cit.*, p. 356. Enunciado nº 436 do Conselho da Justiça Federal: “Art. 474. A cláusula resolutiva expressa produz efeitos extintivos independentemente de pronunciamento judicial”.

42 Para Caio Mário da Silva Pereira, o ordenamento jurídico se inclinou para o sistema francês, isto é, “descumprido o contrato bilateral, abre-se uma alternativa ao lesado para exigir a sua execução ou resolvê-lo com perdas e danos. Mas

Ação de rescisão contratual. Instrumento particular de promessa de venda e compra. Decisão agravada que indeferiu a tutela antecipada por falta de prova inequívoca do alegado. Inconformismo. Não acolhimento. Pedido de tutela antecipada consistente na rescisão do contrato e “liberação” do imóvel para negociação sem a oitiva da parte contrária. Cláusula resolutive expressa que não é automática, sendo necessária a manifestação judicial acerca da resolução. Ausência de prova inequívoca. Necessidade do contraditório. Precedentes desta Câmara. Recurso não provido.⁴³

Diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva norteador dos contratos, na antecipação de tutela reintegratória de posse, é imprescindível prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutive expressa.⁴⁴

Esses entendimentos, salvo melhor juízo, colocam em xeque o teor da cláusula resolutive expressa prevista na primeira parte do art. 474 do Código Civil, pois há também entendimento em sentido contrário: “A resolução, neste caso, dispensa a providência judicial, porque decorre automaticamente do transcurso em branco do prazo de trinta dias concedido na notificação, autorizando o vendedor a obter o cancelamento da averbação”.⁴⁵ E mais:

No Direito pátrio, a regra relativa à cláusula resolutive distingue entre a condição expressa e a tácita, (RA) [sic] entendendo-se que, uma vez estipulada cláusula resolutive, é dispensável a resolução judicial (RA) [sic]. Entendem alguns que, em qualquer hipótese, a resolução do contrato há de ser requerida ao juiz. Todavia, há outra disposição declarando que a condição resolutive expressa opera de pleno direito. É de se admitir que, havendo sido estipulada, seja dispensável a resolução judicial, pois, do contrário, a cláusula seria inútil.⁴⁶

Exatamente aí reside o ponto da controvérsia. Ora, se há cláusula resolutive expressa no contrato, tenha havido notificação para os casos em que a mesma é exigi-

não cabe a atuação direta do interessado. Somente é admissível a resolução mediante sentença, em que o juiz aprecia a conduta do contratante acusado. O que o sistema francês concede ao interessado não é a resolução automática da avença, porém a legitimidade *ad causam* para iniciar o processo judicial visando a este objetivo. O Código francês vai mais longe, e ainda confere ao juiz a faculdade de conceder ao réu um prazo, conforme as circunstâncias. Diante desta dupla orientação político-legislativa, inclinou-se o nosso Código pelo sistema francês, o que, aliás, afina com os princípios dominantes em nosso direito anterior: a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a resolução do contrato com perdas e danos (Código Civil, art. 475)”. In: **Instituições de Direito Civil**: contratos. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 156-157.

43 Brasil. Agravo de Instrumento nº 0115850-88.2012.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relatora Desembargadora Viviani Nicolau, julgado em 31.07.2012.

44 Brasil. AgRg no REsp 969596 / MG, 4ª Turma do STJ, relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 18.05.2010, publicado no DJe de 27.05.2010.

45 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 159.

46 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 209.

da⁴⁷, ou não, revelar-se-ia desnecessária a intervenção do Poder Judiciário para declarar rescindido o negócio jurídico, sob pena dessa cláusula se revelar absolutamente inútil aos fins colimados, como bem apontou Orlando Gomes em trecho doutrinário já transcrito.⁴⁸

Em artigo intitulado “A Cláusula Resolutiva Expressa na Lei e nos Tribunais: o caso do termo de ocupação”, publicado no livro **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**, o já mencionado Cristiano de Souza Zanetti explica que alguns julgados não permitem a rescisão automática do contrato, apesar de terem os contratantes expressamente convencionado a cláusula resolutiva. Para tanto, valem-se de três argumentos: a) finalidade social; b) direito de defesa; c) boa-fé objetiva.

Para o autor, a finalidade social não estaria em desconformidade com a cláusula resolutiva, pois o comprador (ou o cessionário, no caso específico do artigo publicado), não poderia se eximir de pagar o preço. Eis suas palavras,

A cláusula resolutiva serve justamente para garantir o cumprimento do propósito que justifica a celebração do Termo de Ocupação. Efetuado o pagamento, o Cessionário pode se manter na posse do imóvel e, futuramente, celebrar o compromisso de compra e venda. Caso não honre o avençado, chega a termo a relação jurídica, pois não figura entre os propósitos pactuados ceder casas em comodato a quem se dispuser a recebê-las.⁴⁹

Em resumo, pode-se afirmar que o compromissário comprador não pode deixar de honrar as obrigações livremente assumidas ao argumento de que o contrato “deve cumprir sua função social”. A finalidade social, ao contrário, objetiva o cumprimento do contrato, evitando-se, por conseguinte, inquietudes e incertezas sociais. Aliás, é sempre bom lembrar que o princípio da força obrigatória dos contratos, embora mitigado, ainda encontra espaço e amplo respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser observado. Em uma só palavra, os contratos ainda devem ser cumpridos.

O mesmo seja dito em relação ao direito de defesa. Há julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná noticiando que a rescisão de pleno direito não seria possível por retirar do outro contratante o direito ao contraditório e à ampla defesa, não obstante a cláusula resolutiva livremente contratada:

47 **Art. 32 da Lei nº 6.766/1979**: “Vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido trinta dias depois de constituído em mora o devedor”.

48 Nesse mesmo sentido, a lição de Antônio Junqueira de Azevedo: “O Projeto de Código Civil infelizmente volta a insistir na presença do Juiz para muita coisa inútil, como alguns casos de anulação e rescisão contratual. O Projeto está no paradigma do Estado inchado”. Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-fé Objetiva nos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. III, p. 623.

49 ZANETTI, Cristiano de Souza. *Op. cit.*, p. 368.

Apelação cível. Ação de reintegração de posse c/c indenização por perdas e danos. Cláusula resolutiva. Inadimplemento. Prévia notificação válida para purgação da mora. Inexistência. Carência de ação. Necessidade de prévia interpelação judicial. Obediência aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Recurso conhecido e não provido. 1. A cláusula resolutória não tem o condão de resolver o contrato de pleno direito, sendo necessária prévia notificação válida do devedor para adimplemento da dívida ou, na falta deste, a constituição em mora. 2. É impossível a concessão de medida para reintegração na posse do bem, sem que antes tenha se operado a rescisão contratual, sendo este ato essencial para que seja caracterizado o esbulho possessório. 3. Apelação cível desprovida.⁵⁰

E mais, prevalece no sistema brasileiro o entendimento de que a resolução deve ocorrer em Juízo, pois a defesa do contratante faltoso somente poderia ser analisada no processo.

O entendimento em torno da imprescindibilidade de se conferir à parte inadimplente o direito de exercer o contraditório e a ampla defesa, nos moldes preconizados pelo texto constitucional, caso prevaleça, pode levar a algumas outras consequências, suscetíveis de nota: (i) possível inconstitucionalidade da cláusula resolutiva; (ii) necessidade de se repensar o direito contratual, notadamente a partir da livre manifestação de vontade dos contratantes; (iii) os reflexos do tema no que se refere à duração razoável do processo; (iv) os limites da ingerência da vontade estatal ante a vontade privada. Daí o porquê da preocupação externada por Cristiano de Souza Zanetti:⁵¹

Caso o raciocínio encontre respaldo no ordenamento jurídico, será forçoso concluir pela inconstitucionalidade de qualquer cláusula resolutiva pactuada. O impacto dessa mudança de perspectiva não pode ser negligenciado. Toda a prática contratual deveria ser repensada, pois seria tolhido às partes o poder de disciplinar os próprios interesses e decidir as razões de término da respectiva relação contratual.

Acrescente-se o entendimento segundo o qual a cláusula resolutiva trata de um “caso de autotutela previsto na legislação brasileira”⁵² e, como tal, deve ser respeitada, até porque albergada pelo Direito. Esse entendimento amolda-se ao princípio da boa-fé objetiva, sendo certo que outros meios jurídicos podem ser utilizados pelo contratante faltoso para, eventualmente, tutelar seus direitos.⁵³

50 Brasil. Processo nº 636845-4, 7ª Câmara Cível do TJPR, relator Desembargador Guilherme Luiz Gomes, julgado em 26.07.2011, publicado no Diário da Justiça nº 693, de 12.08.2011.

51 ZANETTI, Cristiano de Souza. *Op. cit.*, p. 370.

52 *Idem, Ibidem.*

53 Melhor explicando, “os efeitos da cláusula resolutiva operam de pleno direito, ou seja, sem que haja necessidade de prévio pronunciamento jurisdicional. A parte ininformada pode sempre recorrer ao Poder Judiciário e, demonstrados os pressupostos, obter tutela de urgência que permita sustar os efeitos da estipulação. Não há necessidade, todavia, de se discutir a cláusula em juízo para que seu efeito típico possa ter lugar”. *In: ZANETTI, Cristina de Souza. Op. cit.*, p. 371.

O terceiro argumento utilizado seria o da boa-fé, entendida como a intenção da parte em cumprir o contrato. Melhor explicando, “Pelo princípio da boa-fé exige-se das partes do contrato uma conduta correta, sob a ótica mediana do meio social, encarada não com enfoque do subjetivismo ou psiquismo do agente, mas de forma objetiva”.⁵⁴ Aliás, já observou Cristiano de Souza Zanetti⁵⁵ que “No direito brasileiro, ainda não se prestou a devida atenção ao ensinamento legado pelos romanos, segundo o qual nada é mais conforme à boa-fé do que cumprir o avençado”.

Assim, independentemente das três funções atribuídas à boa-fé objetiva (função interpretativa (CC, art. 113), função limitativa (CC, art. 187) e função integrativa (CC, art. 422)), é fato certo que observar a boa-fé significa cumprir o avençado, pois o descumprimento obrigacional traz, como já mencionado, incerteza, insegurança e inquietude social, os quais, desnecessário dizer, não são albergados ou desejados pelo Direito.

Como se pode perceber, a problemática aqui tratada apresenta grande importância, teórica e prática. Não raras vezes, o compromissário comprador adquire um lote urbano para pagamento em prestações mensais e sucessivas, constando no negócio jurídico celebrado, expressamente, a cláusula resolutiva. Todavia, apesar de expressa previsão contratual, o compromissário não efetua o pagamento das prestações convencionadas, o que, em tese, ensejaria a rescisão do contrato.

Diante da inadimplência, maneja o compromissário vendedor notificação extrajudicial, via cartório de títulos e documentos, nos termos do art. 32 da Lei nº 6.766/1979. Efetivada a notificação, não se verifica qualquer mudança na situação fática, vale dizer, não há, por parte do compromissário comprador (devedor), qualquer intenção em purgar a mora ou devolver o bem.

A situação, então, força o compromissário vendedor (credor) a propor medida judicial, justamente por prevalecer o entendimento jurisprudencial de que o contrato não pode ser rescindido de pleno direito, não obstante terem as partes convencionado o contrário.

Há ainda um agravante: apesar de não ter efetuado o pagamento das prestações devidas, é possível que o compromissário comprador tenha edificado pequena construção sobre o imóvel, recusando-se, portanto, a desocupar o bem ao argumento de que ali reside com sua família.

A ação proposta – declaratória de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse com pedido de perdas e danos, por exemplo – pode perdurar por vários anos, gerando irrefragável prejuízo para o vendedor (proprietário), que, ante a inadimplência perpetrada pelo outro contratante, vê-se despojado de sua posse e impedido de comercializar o bem, sobre o qual se edificou pequena construção, de forma indevida.

54 THEODORO JUNIOR, Humberto. A Boa-fé como Princípio Geral do Direito dos Contratos. In: **O Contrato e sua Função Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19.

55 ZANETTI, Cristiano de Souza. *Op. cit.*, p. 374.

Resta saber, diante do caso apresentado, se a conduta do devedor pode se sobrepor à cláusula resolutiva expressamente prevista no contrato pelas partes quando da celebração do negócio jurídico, porquanto o trânsito em julgado de uma decisão judicial só é geralmente alcançado após anos de litígio, não respeitando, inclusive, o princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, inc. LXXVIII).

Diante do quadro apresentado, não se pode aceitar, salvo melhor juízo, que alguém celebre um contrato já prevendo que não o cumprirá, argumentando, em seu favor, temas como o mínimo existencial⁵⁶, a dignidade da pessoa humana, a finalidade social, o direito de defesa e a boa-fé objetiva.⁵⁷

Em verdade, crê-se que todos esses elementos, salvo melhor entendimento, conduzem ao efetivo cumprimento do contrato, não se podendo admitir que alguém não se tenha programado para cumprir as obrigações livremente assumidas, notadamente ante a clara e expressa previsão da cláusula resolutiva expressa. Em suma, entende-se que a observância das obrigações assumidas em um contrato, por parte de ambos os contratantes, coaduna-se com os objetivos fundamentais previstos pelo texto constitucional, em seu art. 3º.

Crê-se igualmente importante abordar duas outras e derradeiras questões: o conteúdo da cláusula resolutória expressa e sua limitação. Explica-se: para que a cláusula em análise não venha a receber a pecha de potestativa ou abusiva, impõe-se saber se o comportamento negativo do devedor ofende substancialmente, ou não, o interesse do credor. O tema foi analisado por Ruy Rosado de Aguiar Junior:⁵⁸

a cláusula resolutiva, apesar de representar manifestação de vontade das partes, não fica excluída da obediência aos princípios da boa-fé e das exigências de justiça comutativa. Se o incumprimento do devedor, especialmente nos contratos com pagamentos parcelados, não ofende substancialmente o interesse do credor, a resolução da relação por invocação do pacto constitui abuso da posição jurídica e não deve ser referendada.

Esse pensamento conduz a um outro, envolvendo o chamado adimplemento substancial.⁵⁹ A propósito, o adimplemento substancial “constitui-se em um adim-

56 “O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade [...]. Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”. BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

57 Nesse sentido, arremata Cristiano de Souza Zanetti: “Não há, portanto, violação à boa-fé objetiva que possa privar a estipulação de sua eficácia típica. Novamente, inexistente fundamento jurídico que permita refutar a orientação construída pela tradição. Verificada hipótese prevista na cláusula resolutiva, chega a termo a relação contratual, sem que haja necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, exatamente como preceitua o art. 474 do Código Civil”. *In: op. cit.*, p. 375.

58 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 183.

59 Extraí-se de Carlos André Busanello dos Santos o seguinte trecho: “Também nesse espírito de proteção ao consumidor ou devedor, a cláusula resolutiva expressa sofre em seus efeitos normais a mitigação, ou seja, a

plemento tão próximo ao resultado final, que, considerando-se a conduta das partes, exclui-se o direito da resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização e/ou de adimplemento”.⁶⁰ Sob essa perspectiva, há entendimento considerando que o contrato não mais pode ser rescindido se o devedor cumpriu sua quase totalidade, apesar da existência de cláusula resolutória expressa:

Civil. Contrato. Resolução. Adimplemento substancial. Contrato de permuta. Diferença do preço ajustado para pagamento parcelado. Mora. Pretensão de resolução do contrato e pagamento das parcelas vencidas. Artigo 290 do Código de Processo Civil. Cláusula resolutória expressa que não pode operar efeitos dado o adimplemento substancial da prestação por parte do devedor. Recurso parcialmente provido.⁶¹

Direito Civil. Arrendamento mercantil. Adimplemento substancial do contrato, pela apelada, vez que efetuou o pagamento de trinta e cinco parcelas, de um total de trinta e sete. Mitigação do princípio do *pacta sunt servanda*, com observância dos princípios da preservação dos contratos, da função social e da boa-fé objetiva, o que torna desarrazoada a rescisão contratual, inobstante a previsão de cláusula contratual resolutória. Precedentes jurisprudenciais deste Tribunal de Justiça. Recurso a que se nega provimento, na forma do caput do artigo 557, do CPC.⁶²

Destarte, a teoria do adimplemento substancial, embora não tenha sido expressamente consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, “vem sendo aplicada a partir da interpretação sistemática dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da vedação ao enriquecimento sem causa, todos previstos no Código Civil de 2002”,⁶³ podendo servir até mesmo de contraponto à cláusula resolutória prevista no contrato.

Em resumo, pode-se dizer que a teoria do adimplemento substancial “visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato”.⁶⁴ Em casos como tais, acredita-se que o melhor caminho seja a não rescisão do contrato, até porque o negócio entabulado foi quase que totalmente adimplido.

relativização da obrigatoriedade do pacto, de uma recente doutrina, importada do direito inglês, chamada *substantial performance* (traduzindo: desempenho substancial), entre nós ‘adimplemento substancial’. *Op. cit.*, p. 41.

60 GUERRA JUNIOR, Celso Souza. **Negócios Jurídicos: à luz de um novo sistema de direito privado**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 103.

61 Brasil. Apelação Cível nº 0001149-34.2007.8.19.0017, 20ª Câmara Cível do TJRJ, relator Desembargador Marco Antônio Ibrahim, julgado em 10.03.2010.

62 Brasil. Apelação Cível nº 0003691-16.2002.8.19.0206, 19ª Câmara Cível do TJRJ, relatora Desembargadora Denise Levy Tredler, julgado em 04.11.2009.

63 Brasil. Agravo de Instrumento nº 0035537-43.2009.8.19.0000, 4ª Câmara Cível do TJRJ, relator Des. Ricardo Couto, julgado em 22.07.2009.

64 Brasil. REsp 877965-SP, 4ª Turma do STJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em data de 22.11.2011, publicado no DJe de 01.02.2012.

Resta saber, no entanto, se essa teoria também se aplica ao inadimplente imbuído de má-fé, a exemplo do que afirmou Antônio Junqueira de Azevedo:⁶⁵ “Quando se trata de *substantial performance*, a cláusula resolutiva pode ser empregada com má-fé; o Projeto deveria ter dito ‘execução’ ou ‘extinção da obrigação”.

Nesse sentido, crê-se que a teoria do adimplemento substancial não pode ser aplicada ao bel prazer daquele que a invoca. Ao revés, deve ser admitida somente quando houver o cumprimento da quase totalidade da avença, evitando, dessa forma, que o contrato seja rescindido de pleno direito, preservando, conseqüentemente, os interesses do contratante momentaneamente faltoso. Esse entendimento, como sói esclarecer, preservará a relação contratual nos moldes inicialmente desejados por ambos os contratantes.

4. Conclusão

Na ordem civil-constitucional, os institutos de direito privado se submetem a renovado exame, de sorte a serem remodelados e funcionalizados à luz dos valores constitucionais, por serem integrantes dos anseios sociais. Em outros termos, “A incidência mais imediata do interesse público sobre a negociação se realiza mediante o controle de licitude e de valor do negócio e, em particular, com a verificação da não contrariedade a normas imperativas, à ordem pública e ao bom costume”.⁶⁶

Daí o presente artigo chamar a atenção para o fato de a cláusula resolutiva (resolutória) expressa em um contrato não contrariar as normas imperativas, a ordem pública e os bons costumes. Melhor explicando, entende-se que a cláusula resolutiva expressa deve ser observada por ambos os contratantes, desde que bem delineada no contrato. Essa afirmação encontra respaldo na primeira parte do art. 474 do Código Civil, sendo claro que as partes, tão logo celebrem um contrato, devem efetivamente se organizar para cumprir as obrigações ali assumidas, sob pena de gerar inquietude e incerteza social. Diante disso, acredita-se que a observância das cláusulas contratuais, dentre as quais a cláusula resolutiva expressa, observa “in totum” o princípio da boa-fé objetiva, verdadeiro princípio geral de direito, inclusive.

Com a incidência e aplicação da cláusula resolutiva expressa – desde que não gere iniquidade e desproporcionalidade nas prestações – entende-se não poder prevalecer o entendimento dominante na jurisprudência pátria no sentido de ser imprescindível a intervenção do Poder Judiciário para declarar rescindido o contrato, sob pena de se colocar em xeque a primeira parte do art. 474 do Código Civil, beirando as raias da inconstitucionalidade.

De se ressaltar, igualmente, que o contratante prejudicado pode valer-se de outros instrumentos jurídicos para defender seus pretensos direitos como, por exemplo, as tutelas de urgência.

65 AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Op. cit.*, p. 619.

66 PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 289.

Assim, entende-se como certo o entendimento de que a cláusula resolutiva expressa, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser respeitada pelos contratantes, estando em clara sintonia com os ditames constitucionais, principalmente o art. 3º da Constituição Federal.

Essa cláusula, segundo entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, apenas sucumbiria frente a contratos quase que totalmente cumpridos, aplicando-se, neste caso, a teoria do adimplemento substancial. Com isso, os contratantes preservariam cada qual, suas manifestações de vontade originárias.

5. Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário**: teoria geral e negócios imobiliários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-fé Objetiva nos Contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. III, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Pedro Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2008.

FACCHININETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUERRA JUNIOR, Celso Souza. **Negócios Jurídicos: à luz de um novo sistema de direito privado**. Curitiba: Juruá, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PERES, Tataina Bonatti. Cláusula Resolutiva. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Carlos André Busanello dos. **Compra e Venda Imobiliária com Cláusula Resolutiva em Função da Forma de Pagamento: repercussão no registro de imóveis**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no Novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Roberta Mauro e. Relações Reais e Relações Obrigacionais Propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006.

_____. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006.

_____. Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A Boa-fé como Princípio Geral do Direito dos Contratos. *In: O Contrato e sua Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Manual de Direito das Obrigações**. Curitiba: Juruá, 2010.

ZANETTI, Cristiano de Souza. A Cláusula Resolutiva Expressa na Lei e nos Tribunais: o caso do termo de ocupação. *In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.)*. **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. Atlas: São Paulo, 2012.

12

GLOBALIZAÇÃO, INTERNET E COMÉRCIO ELETRÔNICO

Geraldo Frazão de Aquino Júnior¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A internet – 3. A Tecnologia e a Ciência Jurídica
– 4. Considerações finais – 5. Referências.

1. Introdução

As inovações tecnológicas, dentro do contexto da inexorável globalização em que se encontra a sociedade, trazem em seu bojo a oportunidade de aprofundar posições e conceitos disseminados na cultura jurídica. O desenvolvimento avassalador dos meios de comunicação e de informática observados desde o final do século passado vem fomentando o germe imaginativo e criativo dos pesquisadores em prol da redefinição da arquitetura conjuntural do mundo em que vive o ser humano, plasmada por alterações vertiginosas da forma como é visto e sentido.

O advento da internet, instrumento ao qual praticamente todas as instituições aderiram, criando páginas que oferecem os mais variados serviços à sociedade tem sido considerado alavanca de mudança e desenvolvimento das relações humanas. Uma vez que a característica inovadora dessa nova era consiste no fato de o elemento material passar a existir independentemente de um determinado suporte físico ao qual deva aderir, o direito vem sofrendo os reflexos dessas transformações, o que impõe enormes desafios aos juristas, legisladores e aplicadores². No âmbito do comércio eletrônico, por exemplo, surgiram bens cujo valor não está mais apoiado

1 Graduado e Mestre em Engenharia Elétrica e em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

2 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: RT, 2004, p. 24.

na tangibilidade, mas que passa a ser dimensionado em razão de uma utilidade, vantagem ou benefício.

As clássicas fronteiras físicas que delimitavam o atuar humano dissiparam-se: fornecedor e consumidor travam relações alicerçadas em redes nas quais transitam *bits* de informação, carregando com eles os dados capazes de levar a cabo transações comerciais. Por meio de mecanismos de informática, relativizam-se os endereços físicos, que passam a ser substituídos por endereços eletrônicos que indicam lugares virtuais. As lojas virtuais nada mais são do que *softwares* instalados em computadores-servidores. Os agentes econômicos não possuem mais lugares físicos para a prestação de serviços: podem estar alocados fisicamente em qualquer recanto do planeta e, virtualmente, em um endereço eletrônico³.

No comércio atual, ao contrário do tradicional, há uma inversão do fluxo de realização das operações. No perfil tradicional, o fornecedor leva para o consumidor final os produtos, ou seja, o fluxo comercial inicia-se com o fornecedor e termina com o consumidor. No comércio eletrônico, o consumidor determina a feição e as tendências do mercado na medida em que procura saber onde existe um fornecedor de determinado produto, preferindo, muitas vezes, adquirir – com um simples clique – um produto de um *site* localizado em outro país a adquiri-lo de uma loja fisicamente próxima de seu domicílio. Assim, a decisão de adquirir determinado bem ou serviço direciona-se, agora, para a figura do consumidor, que tem, por meios eletrônicos, a possibilidade de chegar até o fornecedor, sem a necessidade que este lhe traga o bem, como na concepção tradicional⁴. Desse modo, papel primordial é assumido pela informação como valor econômico, trazendo à tona questões relacionadas aos fatores de produção (capital, trabalho e recursos naturais) que, combinados, fazem exsurgir as vantagens competitivas: os produtos e serviços podem ser oferecidos em qualquer lugar.

Com essa nova realidade, perde-se, como já ressaltado, a ideia de delimitação física: não existem mais fronteiras para a consecução dos contratos, o que eventualmente pode gerar conflitos no que diz respeito ao adimplemento contratual, local de celebração do acordo, o foro competente para dirimir conflitos, cobrança de tributos, crimes virtuais, patentes etc. São questões prementes e relevantes que devem ser tratadas adequadamente de modo que possa ser provida a necessária segurança jurídica aos partícipes das relações contratuais⁵.

Nessa seara de mudanças e desafios por que passa a sociedade moderna, é necessário pontuar que o direito, historicamente, sempre se encontra alguns passos atrás da dinâmica dos avanços sociais e tecnológicos. A cada época histórica, a sociedade conforma-se a determinado padrão de organização sócio-político-econômi-

3 CANUT, Letícia. **Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 56.

4 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais**. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 118.

5 CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 56.

co-cultural. O processo civilizatório, consistente nas transformações moldadas pelos avanços dos modos de vida decorrentes das inúmeras ondas renovatórias dos mais variados matizes, carrega, em si, a necessidade de adaptação e evolução das instituições e institutos que corporificam as sociedades. É evidente que, no trânsito entre um modelo e outro, o antigo não é substituído radicalmente pelo novo: ambos convivem, mas o elemento central do modelo antigo perde sua centralidade, mas continua existindo e atuando na sociedade⁶. Nesse sentido, a sociedade atual vive esse momento de transição: a centralidade dos conceitos antigos, que balizam o direito tradicional, continua existindo, mas cede passo a novos princípios decorrentes das inovações tecnológicas que trouxeram elementos catalisadores de uma nova mentalidade, baseada na informação e no conhecimento, características da sociedade atual.

Com as transformações do modelo tradicional de sociedade, o valor central atribuído à propriedade como elemento propiciador de riqueza passa a ser substituído pelo binômio conhecimento-informação, o que se reflete diretamente no grau de desenvolvimento das nações, que passam a ser avaliadas conforme suas capacidades de propiciar novos métodos de pesquisa e inovação que acompanhem a velocidade das transformações. A nova revolução tecnológica, centrada no conhecimento-informação, transformou o modo pelo qual o ser humano se comunica, pensa, age, comercia, consome. Nesse novo paradigma, é emblemática a alteração na cultura de consumo marcada profundamente pela economia de massa, despersonalizada, propiciada, em grande parte, pelas novas perspectivas abertas pela internet.

As novas tecnologias, fluidas, velozes e ubíquas, impõem desafios relevantes ao direito, mormente em razão da massificação dos negócios jurídicos de consumo à distância via internet. Para estar à altura desses desafios e propiciar a necessária eficácia dos instrumentos jurídicos, é necessário adaptar o direito aos novos paradigmas engendrados pela comunicação e pela informação, características da sociedade atual, visando amparar o elo mais fraco da relação, socorrendo-o em sua vulnerabilidade.

Essa proteção há de pautar-se, precipuamente, pelos paradigmas da confiança, informação, transparência, diligência e ética na exteriorização das vontades negociais, protegendo as expectativas normativas e legítimas dos contratantes. Especial atenção deve ser dada à função assumida pela boa-fé objetiva: como fonte de deveres de conduta ao longo do vínculo contratual (deveres anexos), como causa limitadora do exercício dos direitos subjetivos e como cânone hermenêutico-integrativo.

2. A Internet

Como ressaltado, as inovações tecnológicas são a característica mais relevante de um mundo cada vez mais globalizado. A disseminação, em escala mundial, de informações e de imagens por intermédio dos meios de comunicação social e o vertiginoso desenvolvimento da informática – observados em especial nos últimos

⁶ DE MASI, Domenico. *A Sociedade Pós-Industrial*. 3. ed. São Paulo: Senac, 2000, p. 29.

vinte anos – vêm fomentando o trabalho de pesquisadores para entender o alcance do fenômeno. O advento da internet, em particular, tem sido considerado alavanca de mudança e desenvolvimento das relações humanas e o direito, reflexo que é da sociedade, vem sofrendo o influxo dessas transformações, o que impõe enormes desafios aos juristas, legisladores e aplicadores. Sobre o processo de globalização e o surgimento da internet, diz Boaventura de Sousa Santos⁷:

As telecomunicações são cada vez mais a infraestrutura física de um tempo-espaço emergente: o tempo-espaço electrónico, o ciber-espaço ou o tempo-espaço instantâneo. Este novo tempo-espaço tornar-se-á gradualmente o tempo-espaço privilegiado dos poderes globais. Através das redes metropolitanas e dos cibernódulos, esta forma de poder é exercida global e instantaneamente, afastando, ainda mais, a velha geografia do poder centrada em torno do Estado e do seu tempo-espaço.

Na formação dessas redes de telecomunicações, a internet é um elemento fundamental, pois permite a experimentação de um tipo de comunicação global, que vem se consolidando como uma estrutura básica mundial⁸. Hoje, o espaço virtual ultrapassa os limites do computador: os telefones celulares, *smartphones*, *tablets* e outros dispositivos multimídia trazem em seu bojo a marca da portabilidade. Não basta mais conectar-se à rede de um ponto fixo. A necessidade de mobilidade e a urgência de quase ubiquidade exigem que as prestadoras de serviço de telecomunicações renovem seu parque tecnológico com uma velocidade jamais vista. Aparelhos de última geração – objeto de desejo de um público cada vez mais ávido por inovações – tornam-se, em poucas semanas, ultrapassados. A rotatividade e o consequente descarte de produtos recém-adquiridos, além da pressão pelo consumismo desenfreado, tornaram-se a marca da sociedade moderna.

Esse ambiente de pessoas conectadas tornou-se extremamente propício para o comércio. A grande vitrine virtual atrai a atenção das sociedades empresárias para o imenso potencial do comércio eletrônico, ou *e-commerce*. Mas não só elas: instituições financeiras, hospitais, profissionais liberais, entre tantos, abraçaram a ideia de colocar um produto ou serviço à disposição de quem estiver disposto a adquiri-lo à distância. Entretanto, ter uma janela aberta para o mundo exige, sobretudo, a manutenção de uma logística que reflita a diversidade cultural dos consumidores virtuais. Toda essa teia de relações passou a exigir novas regras, princípios e regulamentos – ou a aplicação de antigos princípios que continuam atuais – para solucionar os eventuais conflitos que surgem na utilização da rede⁹. Nesse sentido, o direito deverá propiciar mecanismos para a aplicação de normas que possam extrapolar o princípio da territorialidade, em especial no que concerne ao direito penal e ao direito em-

7 SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos da Globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 41.

8 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 69.

9 PECK, Patricia. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

presarial, de forma a adequar a solução ao caso concreto na mesma velocidade das mudanças na sociedade.

O espaço virtual, ou ciberespaço, torna-se, então um vínculo para as comunicações as mais variadas, afetando as estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais da sociedade. Constata-se a migração em massa de sociedades empresárias tradicionais para o mundo virtual, uma vez que a quantidade de pessoas conectadas à rede se amplia numa velocidade cada vez maior, o que acaba por tornar a internet uma grande vitrine de oportunidades. Essa velocidade também faz com que os efeitos dessa rede de relações sejam sentidos instantaneamente em todos os cantos do globo. Crises em um país afetam a economia de outro com quem, em princípio, não teria ligação direta. As bolsas de valores são um exemplo evidente dessa tendência.

A facilidade proporcionada na execução das tarefas cotidianas, na pesquisa e no ensino à distância; a possibilidade de efetuar compras e comparar preços com apenas um clique; o desenvolvimento das comunidades sociais e das redes de relacionamento; a comunicação em tempo real entre pessoas separadas por milhares de quilômetros; a utilização da rede como instrumento de cidadania, entre outros, são exemplos do alcance que a rede possui. A gama de atividades já existentes, o vasto manancial de oportunidades em ebulição e as funcionalidades que ainda estão por serem criadas fomentam a especulação e a imaginação do ser humano acerca dos novos usos que certamente serão agregados à rede.

Todo esse manancial de inovações carrega em si, não obstante, um fardo conjunto de problemas que se tornaram objeto de discussão, especialmente no campo jurídico, que dizem respeito a questões relativas às fraudes eletrônicas, à invasão de privacidade, à segurança, aos crimes digitais, à validade dos documentos eletrônicos, entre outras. Digno de nota é a marginalização social consubstanciada no analfabetismo digital, que impede a utilização dos recursos da rede por pessoas não preparadas para o uso de novas tecnologias, excluindo-os do mundo virtual. “Aqueles que não tiverem existência virtual dificilmente sobreviverão também no mundo real, e esse talvez seja um dos aspectos mais aterradores dos novos tempos”¹⁰.

Essa exclusão rompe com as ideias de igualdade formal e de direito de oportunidade. Quem não usa o meio eletrônico é um novo tipo de excluído, um analfabeto cibernético discriminado da sociedade de consumo e apartado das possibilidades infinitas de acesso às informações proporcionadas pela rede. Já se fala, inclusive, em acordos entre grupos privados para criar redes particulares integradas à internet, mas com estrutura física própria, cujos usuários comprariam o privilégio de trocar dados em velocidade maior do que a dos demais usuários, criando um novo tipo de exclusão¹¹. Uma vez que parte das atividades econômicas e da produção cultural está migrando para a rede, estar fora do fluxo de informação oferecido pela internet significa um novo tipo de ignorância, que exige a adoção de políticas públicas com vistas à ca-

10 PECK, Patricia. *Direito Digital*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 20.

11 REVISTA VEJA. *Mais Rico, Mais Rápido?* São Paulo, Abril, ed. 2.178, a. 43, n. 33, 18 ago. 2010, p. 100.

pacitação do cidadão e à disponibilização de equipamentos e de acesso à informação digital¹². São questões prementes do mundo virtual e que necessitam ser enfrentadas para que se encontrem soluções de modo que se façam emergir as potencialidades positivas da rede. Nessa linha,

A sociedade contemporânea está passando por um processo de mudança no modelo dominante, ou seja, está se desenvolvendo um modelo que inclui os modelos informacionais, revestidos por uma nova roupagem tecnológica, econômica, política, organizacional e de gestão coletiva. Em virtude desta mudança a internet, (*sic*) não pode ser considerada apenas uma nova tecnologia da informação, mas sim, como um meio que pode auxiliar na organização econômica e social como um todo, sob a forma de capacitor e possibilitador da produção do conhecimento.¹³

A principal característica do mundo virtual é a intangibilidade, ou seja, não faz parte do mundo físico, não é formada por matéria, mas sim por *bits e bytes*. É, portanto, uma nova forma de percepção de uma realidade que escapa ao mundo que tem existência física, palpável, fazendo-nos ser atores em um palco que não se materializa, mas que é real. É um espaço no qual se praticam atos que possuem consequência no mundo social e, que, portanto, devem ser compreendidos pelos operadores do direito¹⁴.

Presencia-se, nesse contexto, uma alteração nos paradigmas empresariais, um maior poder de informação para o consumidor, uma maior agilidade na consecução de suas transações (comerciais ou de cunho pessoal), configurando uma mudança de costumes propiciada pela era da tecnologia, na qual se põe em evidência o conhecimento. Nesse panorama, função relevante é atribuída ao direito com o fito de fornecer a necessária segurança aos partícipes das relações virtuais, provendo-lhes a correta prestação jurisdicional e protegendo o ambiente virtual das práticas nocivas que acarretam danos ao internauta, mormente quando este se encontra na posição de consumidor. O direito deve estar coadunado com as novas práticas que surgem a todo o momento, acompanhando de perto as inovações tecnológicas e, por conseguinte, promovendo um ambiente social mais próximo da segurança que deve nortear as relações jurídicas.

A intensificação das interações econômicas, políticas e culturais proporcionadas pelo avanço nas telecomunicações e na informática assumiram proporções tais que se pode questionar se com isso se inaugurou um novo modelo de desenvolvimento social. O período atual é de transição, tendo em vista a abertura e a indefinição que as transformações atuais engendram na sociedade. Sobre essa fase de transição, diz Boaventura de Sousa Santos¹⁵:

12 BEHRENS, Fabiele. *Assinatura Digital & Negócios Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 117-121.

13 BEHRENS, Fabiele. *Assinatura Digital & Negócios Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 122.

14 PEIXOTO, Rodney de Castro. *O Comércio Eletrônico e os Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7.

15 SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos da Globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A*

(...) Trata-se, pois, de um período de grande abertura e indefinição, um período de bifurcação cujas transformações futuras são imperscrutáveis. A própria natureza do sistema mundial em transição é problemática e a ordem possível é a ordem da desordem. Mesmo admitindo que um novo sistema se seguirá ao actual período de transição, não é possível estabelecer uma relação determinada entre a ordem que o sustentará e a ordem caótica do período actual ou a ordem não caótica que a precedeu e que sustentou durante cinco séculos o sistema mundial moderno. Nestas circunstâncias, não admira que o período actual seja objecto de várias e contraditórias leituras.

São essas possíveis e contraditórias leituras acerca do estado atual da sociedade que fazem com que seja tão rico e complexo o fenômeno globalizante da internet, exigindo do direito a maleabilidade necessária para regular as repercussões dessa nova ferramenta na vida de cada um. O direito, reflexo que é do caminhar evolutivo da sociedade, também é influenciado por essa nova realidade: a dinâmica da era da informação exige uma mudança na própria forma como é exercido e pensado.

É indubitável, portanto, que a internet tem papel fundamental como dinamizador desses avanços, significando uma profunda alteração na forma como devem ser encaradas as relações sociais. As transformações tecnológicas propiciaram mudanças sociais e, nesse contexto, o direito não pode manter-se inerte, sob pena de não mais atender aos anseios da sociedade. Sua capacidade de adequação à nova realidade determina a própria segurança do ordenamento, proporcionando a necessária estabilidade e segurança jurídica reclamada pelo cidadão. O direito é responsável pelo equilíbrio das relações sociais e este só poderá ser alcançado com a adequada interpretação da realidade social, instituindo normas que garantam a segurança das expectativas e que incorporem as transformações por meio de uma estrutura flexível que possa sustentá-la no tempo.

Segundo Everaldo Gaspar Lopes de Andrade¹⁶,

As altas tecnologias da comunicação, das máquinas inteligentes, da robótica, da telemática e os baixos custos do transporte e do comércio livre e ilimitado transformam o mercado num mercado único, onde os grandes grupos multinacionais entram e saem de um país para outro, sobretudo nos países subdesenvolvidos e emergentes. No cenário do capitalismo financeiro, a volatilidade do capital promove transferências de dinheiro em fração de segundos de um país a outro, sem nenhuma regra. As indústrias pós-modernas detêm o poder mas terceirizam a fabricação de seus produtos e mantêm uma mobilidade geográfica impossível de ser controlada.

Todos esses fenômenos criam uma nova característica de sociabilidade, mudando o quadro de referência sedimentado durante mais de um século no seio da sociedade industrial.

Globalização e as Ciências Sociais. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 89.

16 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade:** Fundamentos para uma Teoria Geral. São Paulo: LTr, 2005, p. 149.

São inúmeros os desafios frente a uma economia globalizada que não tem mais fronteiras rígidas e que estimula a livre iniciativa e a livre concorrência, tornando-se imprescindível que as leis que protegem o internauta ganhem maior relevo em sua exegese, na incessante busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, mormente quando se tem em conta a complexidade, o imediatismo e a interatividade da sociedade atual. Alie-se a isso o fato de a vida econômica e social não poder desenvolver-se sem que haja o mínimo de segurança jurídica do contrato: sem ela, as garantias de tutela do ato jurídico perfeito e do direito adquirido tornar-se-iam meramente retóricas, despindo-se de sua finalidade estabilizadora e construtiva no relacionamento jurídico¹⁷.

3. A Tecnologia e a Ciência Jurídica

Como já salientado, a tecnologia trouxe impactos no campo do direito, especialmente quando são levados em conta conceitos como espaço, tempo, indivíduo e privacidade. O surgimento da era digital suscitou a necessidade de dar nova abordagem a questões como a organização social, a privacidade, a liberdade e a nova formatação dos custos com o uso da internet. Segundo Lorenzetti¹⁸, existiria um tratamento mítico da tecnologia digital e da globalização proporcionada pela internet, de modo que esta alcançaria a categoria de pensamento único, diante do qual a única posição seria aceitá-lo incondicionalmente. Além disso, a tendência atual da rede estaria voltada para a criação de grandes grupos que guiariam o internauta por caminhos previamente traçados segundo suas conveniências.

O fenômeno da internet, caracterizado pela interatividade e que permite a comunicação em tempo real e a desterritorialização das relações jurídicas, influencia conceitos e regras jurídicas, em especial no campo da defesa do consumidor. Diante disso, urge tecer algumas considerações acerca da influência da tecnologia nos conceitos jurídicos.

O novo espaço no qual as relações jurídicas são levadas a efeito está dissociado do ambiente físico. As interações realizam-se no ciberespaço, caracterizado pela maleabilidade (qualquer um pode interagir na rede), pela não territorialidade (não conhece limites geográficos) e pela constante mutação (tudo muda continuamente). Funciona segundo regras próprias, não se submetendo a uma autoridade central. Não conhece ordem ou hierarquia e exerce influência sobre os demais sistemas, propagando-lhes o efeito da desterritorialização.

A sociedade digital rompe com a barreira da delimitação territorial: no mundo virtual, constrói-se um novo território, não demarcável, no qual a riqueza consiste na informação e no domínio que sobre ela se exerce. É um espaço onde, em regra, reina o anonimato. O indivíduo despersonaliza-se, não interessando sua história pessoal.

17 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 14.

18 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: RT, 2004, p. 23-24.

Múltiplos subterritórios emergem nessa configuração sob o signo da diferença: grupos reúnem-se em torno de interesses específicos, domínios são classificados segundo sua atividade na rede (comerciais, educacionais, governamentais, entre outros).

Aspecto interessante diz respeito ao uso cada vez mais individualista e menos socialmente participativo. A população de um país não está mais circunscrita a um território, mas é uma população global que realiza atos e celebra negócios em qualquer parte do mundo, conduta que muitas vezes escapa ao controle jurídico dos Estados. Ressalta Greco¹⁹:

A tecnologia, especialmente a informática, trouxe a pulverização da participação social. O indivíduo não é mais uma figura abstrata que possa ser tratada e ter sua conduta disciplinada genericamente; não é mais um “objeto” do processo político e da criação de normas jurídicas. O indivíduo é alguém que, a todo instante, pode estar praticando atos, ativamente, que repercutem na estrutura de poder; é um verdadeiro “agente” que instaura múltiplas relações com outros indivíduos em qualquer parte do mundo, sem que a estrutura estatal possa controlar ou, muitas vezes, sequer tenha conhecimento.

Analisando essa multiplicidade de condutas, na qual o indivíduo pode expressar-se, comunicar-se e interagir sobre qualquer tema com uma pluralidade de sujeitos em todo mundo, Lorenzetti constata o surgimento de um *netcitizen*, um navegador feliz, mas socialmente isolado e sem capacidade crítica:

A realidade mostra que assistimos um processo de regulação heterônoma das condutas, mediante a publicidade indutiva, a criação de modelos culturais, incentivo a determinadas condutas, o que vai criando regras comuns. Esta homogeneidade do indivíduo médio leva ao padrão de gostos e preferências, o que desencadeia um processo lesivo das liberdades. Como descreveu Huxley, este mundo é “feliz” porquanto ninguém é consciente do controle social e os sujeitos tomam decisões induzidos pelos outros, mas crendo firmemente que são suas próprias decisões.²⁰

Essa realidade aumenta a vulnerabilidade do indivíduo. Sua capacidade de controle fica limitada em função das características da rede, em que fica evidente a assimetria existente nas relações travadas virtualmente. Devido a essa situação de debilidade, torna-se premente a criação de um contexto institucional de regras que tornem possível a utilização da internet em condições paritárias, sem, entretanto, tolher a liberdade de expressão individual.

Outro ponto a ser ressaltado relaciona-se ao impacto que a internet exerce na diminuição dos custos de pesquisa de mercado e aos custos associados à celebração de contratos. Esses custos incorridos pelas partes para chegarem a um acordo influenciam suas condutas e têm sido estudados tanto pela economia como pelo direito, em especial no campo contratual e no da responsabilidade civil.

19 GRECO, Marco Aurelio. **Internet e Direito**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 14.

20 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: RT, 2004, p. 45.

Os custos de comunicação por meio da internet são expressivamente inferiores aos de outras tecnologias disponíveis. Aliado a isso, os custos com a celebração de contratos diminuíram em função da utilização do documento eletrônico e da assinatura digital, dispensando o papel. Na área bancária, particularmente, as transferências eletrônicas, os pagamentos por meio de boletos emitidos apenas no ambiente virtual e a visualização *on-line* da movimentação financeira, *v.g.*, redimensionaram os custos das instituições. Nas relações de consumo, a publicidade eletrônica chega diretamente via *e-mail* à casa do consumidor que, com apenas um clique, aceita as condições da contratação. A internet, assim, incrementa as possibilidades de interação não só com outros sujeitos, mas também aumenta a gama de produtos e serviços oferecidos ao consumidor. Essa ampliação subjetiva e objetiva alarga o leque de opções posto à disposição do consumidor, o que acaba por acarretar uma diminuição do tempo que se leva para concluir uma transação e do custo nela envolvido.

O problema da regulação da internet é uma *vexata questio*. O Estado deve regular ou poderia haver autorregulação? Um Estado nacional poderia regular uma rede que opera mundialmente? Nesse novo ambiente, tem-se que levar em conta que o direito não é inflexível às transformações da sociedade, devendo o jurista enfrentar a complexidade dos novos problemas que se apresentam. Nessa linha:

O direito não é um corpo estático de regras inflexíveis e de tradições inalteráveis. O dinamismo da evolução econômica, cultural e tecnológica contemporânea exige que o direito se adapte às demandas atuais. Tentativas de transplantar sistemas legais arcaicos para aplicação a circunstâncias que mudam constantemente resultam numa luta para harmonizar questões novas com estruturas jurídicas antiquadas. Atualmente, as cortes de justiça e o poder legislativo estão enfrentando questões atinentes aos negócios conduzidos na internet. Fracassado na tentativa de abranger os desenvolvimentos atuais, o velho direito deixa os novos problemas expostos ao litígio e exige que advogados e juízes explorem os mares desconhecidos da complexidade jurídica.²¹

Lorenzetti²² apresenta duas principais posições acerca do tema da regulação do ambiente virtual: para a corrente ontológica, estar-se-ia diante de um mundo novo, que demanda um direito diferente e, para a corrente instrumental, dever-se-iam transplantar as regras já existentes mediante o emprego da analogia.

21 "Law is not a static body of inflexible rules and unyielding tradition. The dynamism of contemporary economic, cultural, and technological evolution requires the law to adapt itself to modern demands. Attempts to graft archaic legal systems onto ever-changing circumstances result in a struggle to conform novel issues into an old-dated legal framework. Currently, courts and legislatures are facing issues raised by business conducted over the Internet. Failing to blanket current developments, old law leaves new problems exposed for litigation and requires attorneys and judges to explore uncharted seas of legal complexity". (Tradução nossa). KIDD, Donnie L. Jr.; DAUGHTREY, William H. Jr. Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions. **HeinOnline's Law Journal Library**. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/rutcomt26&div=12&id=&page=>. Acesso em: 8 ago. 2010.

22 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: RT, 2004, p. 68-81.

Para a corrente ontológica, o direito não estaria apto a regular o novo modelo de concepção de mundo. Esse mundo digital exigiria uma nova forma de pensar o direito, apta a conformar e a enfrentar os desafios impostos pela tecnologia. As variações de posições em torno dessa regulação vão desde a proposta de autorregulamentação baseada na flexibilidade proporcionada pelos usos e costumes, seguindo o modelo de descentralização com diferentes focos de decisão, até a proposição de não regulá-la, tendo em vista a impossibilidade de impor regras em um ambiente transnacional, onde imperam o anonimato e a liberdade de expressão.

A corrente instrumental advoga a tese de que o direito do espaço virtual deve utilizar os instrumentos disponíveis no direito comum, pois seus conflitos são similares, utilizando-se da analogia para a composição dos litígios. Questões como assíntura digital, regime de propriedade intelectual, modo de celebração de contratos e responsabilidade civil seriam solucionadas mediante o emprego dos institutos já existentes.

No embate entre essas duas correntes, os excessos devem ser podados. A posição ontológica consagra um mundo totalmente dissociado do real, imune ao sistema normativo. Já o argumento instrumental não parece ser suficiente, uma vez que a transposição pura e simples de institutos não leva em conta especificidades próprias de determinadas situações. É evidente que a questão é complexa e não existe uma solução única para o problema. O direito existente deve servir de ponto de referência para evitar que a internet seja uma terra livre e sem barreiras, onde impere a desconfiança nas relações jurídicas. É necessário preservar a democracia da rede, mas sob o manto de um marco institucional que preserve os direitos individuais e ao amparo dos princípios jurídicos.

O direito aplicável ao mundo digital também tem guarida na maioria dos princípios do direito aplicável ao mundo físico. O novo olhar que lhe deve ser dirigido está, principalmente, relacionado à postura de quem o interpreta. A tecnologia não cria espaços imunes à aplicação do direito. Partindo do pressuposto de que a sociedade está inserida no processo de globalização, o grande desafio do operador do direito é ser flexível o bastante para adaptar seu raciocínio às novas situações e não criar obstáculos ao livre desenvolvimento da rede. Assim, permitir-se-á maior adequação à realidade social, provendo a dinâmica necessária para acompanhar a velocidade das transformações no mundo virtual. No âmbito dessas mudanças, começam a surgir movimentos em torno de uma nova globalização, não uma globalização imposta, mas uma nova maneira de ver o mundo e de relacionar-se globalmente. Exemplo desse movimento pode ser observado no contexto do direito do trabalho, como explicita o excerto abaixo:

É que, os movimentos sindicais marcadamente reivindicativos – típicos da sociedade industrial – envolvidos na defesa de certos direitos individuais – salários, tempo de serviço, jornadas, estabilidade temporárias, meio ambiente de trabalho, etc. – dão lugar às macro-discussões direcionadas às políticas econômicas, políticas de emprego

e renda, redução geral das jornadas, mobilidade geográfica das empresas e dos trabalhadores, resgate da cidadania, desemprego estrutural, distribuição da renda e da riqueza, etc. As organizações sindicais buscam, na atualidade, mudanças de valores culturais e institucionais, alterando, inclusive, os discursos reivindicativos – de raiz obreirista – que passam a ter um caráter geral, dedutivo e não fragmentado e indutivo. Por fim e conforme se verá mais adiante, há uma tendência, também irreversível, de incluir outros movimentos sociais de caráter emancipatório no contexto da sociedade do trabalho.²³

4. Considerações Finais

O fenômeno da globalização é moldado pela ausência de limitações territoriais ou geográficas no que tange à atuação humana, sendo caracterizado pela virtualidade e por mecanismos tecnológicos que encurtam as distâncias e promovem a comunicação instantânea, sobressaindo-se, nesse ambiente, as novas formas de comunicação, que adquiriram relevo com o surgimento da internet.

Os juristas debruçam-se sobre as questões levantadas pelo mundo virtual, direcionando esforços não só no sentido de regular determinados aspectos do mundo virtual, mas também de criar a confiança naquele que utiliza a rede mundial de computadores. Essa mobilização de forças tem como sustentáculo a necessidade de construir a transparência no meio virtual, proporcionando segurança às relações jurídicas, que devem ser pautadas pela boa-fé das partes no que se refere à privacidade dos dados transitados e ao dever de criar um ambiente seguro para a contratação. Ter consciência dos desafios e dos problemas inerentes à utilização da internet é um passo importante para desenvolver ações que visem à restituição da confiança que deve reger todas as relações jurídicas.

A fragmentação do mundo, com múltiplos centros decisórios, põe em relevo o questionamento acerca dos conceitos clássicos do Estado baseado na soberania, na territorialidade e na supremacia estatal. O que fazer diante desse movimento globalizante inexorável? Não há respostas simples.

É preciso ter em conta que a globalização apresenta duas caras: uma negativa, outra positiva. A negativa é a hegemonia do capitalismo financeiro sem regras, privilegiando o capital especulativo e improdutivo; o domínio absoluto exercido pelos monopólios multinacionais que costumam propiciar, de maneira irresponsável, uma mobilidade geográfica, com efeitos negativos para a vida humana. Neste sentido, favorece a exploração do trabalho humano, especialmente das mulheres e das crianças, nos países periféricos; e agressões ao meio ambiente, em nome de uma frenética e autofágica concorrência.

(...)

23 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Princípios de Direito do Trabalho e seus Fundamentos Teórico-Filosóficos**: Problematizando, Refutando e Deslocando o seu Objeto. São Paulo: LTr, 2008, p. 161-162.

O lado positivo vem através da construção de instâncias para resolução de conflitos e de reordenação da sociedade acima dos Estados, em que se pode prever uma ordem mundial mais eficaz e compatível com as estruturas típicas da sociedade contemporânea. Por isso, as evidências doutrinárias caminham na direção de admitir essas instâncias supranacionais de controle, coordenação, decisão e de resolução de conflitos, muito além da experiência vivida na atualidade pela União Européia.

Em resumo: as alternativas tradicionais de poder – organização, representação, controle, administração e decisão – mostram-se insuficientes para enfrentar os mega-sistemas globais, com suas alternativas macroeconômicas descentralizadas e coordenadas por uma nova oligarquia que se estabelece no espaço global.²⁴

Tendo-se em conta que a economia, a política e as instituições estão paulatinamente ultrapassando os limites territoriais, há que se pensar em novos modelos organizativos efetivamente supranacionais para fazer face ao avassalador poderio do mercado financeiro, representado pelas corporações multinacionais. É uma saída possível para diminuir o abissal fosso que separa os ricos dos pobres, que aprofunda cada vez mais a concentração de renda e riqueza e, por conseguinte, as desigualdades sociais. A globalização e os avanços que renovam a tecnologia em velocidade cada vez maior devem estar a serviço da humanidade e não dos mercados e dos grandes agrupamentos de forças e de capitais. Em suma: há que se rever esse modelo de ideologia que corrompe e que cria uma sociedade excludente, despida de concepções éticas, e que não leva em consideração o bem maior que deve permeá-la: a dignidade da pessoa humana.

5. Referências

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: Fundamentos para uma Teoria Geral**. São Paulo: LTr, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BEHRENS, Fabiele. **Assinatura Digital & Negócios Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007.

CANUT, Letícia. **Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DE MASI, Domenico. **A Sociedade Pós-Industrial**. 3. ed. São Paulo: Senac, 2000.

GRECO, Marco Aurelio. **Internet e Direito**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

24 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: Fundamentos para uma Teoria Geral**. São Paulo: LTr, 2005, p. 153.

KIDD, Donnie L. Jr.; DAUGHTREY, William H. Jr. Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions. **HeinOnline's Law Journal Library**. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/rutcomt26&div=12&id=&page=>. Acesso em: 8 ago. 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais**. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

PECK, Patricia. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEIXOTO, Rodney de Castro. **O Comércio Eletrônico e os Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REVISTA VEJA. **Mais Rico, Mais Rápido?** São Paulo, Abril, ed. 2.178, a. 43, n. 33, 18 ago. 2010, p. 100.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos da Globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, p. 25-102, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZITTRAIN, Jonathan L. The Generative Internet. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 7, p. 1974-2040, mai. 2006.

13

O FAVOR DEBITORIS E A TENDÊNCIA HISTÓRICA DE FAVORECIMENTO DO DEVEDOR VULNERÁVEL

Gustavo Henrique Baptista Andrade¹

SUMÁRIO: 1. A relação obrigacional e o devedor – 2. O devedor na relação obrigacional – 3. A figura do devedor e suas intercorrências históricas – 4. O *favor debitoris* – 4.1 O *favor debitoris* no direito antigo – 4.2 O *favor debitoris* no direito moderno – 5. O *favor debitoris* no Brasil: da colônia ao ordenamento contemporâneo – 6. O *favor debitoris* à luz da Jurisprudência do STJ – 7. Conclusão – 8. Referências.

1. A relação obrigacional e o devedor

A complexidade da relação obrigacional, muitas vezes reduzida ao simples poder/dever, leva a concebê-la como um processo, onde se desenvolvem deveres de prestação primários e secundários. Estes, ainda que não acordados de maneira expressa, resultam da interpretação do contrato. Entre os critérios para sua formação está a consideração aos interesses do parceiro contratual.

Harm Peter Westermann fala em relação obrigacional situada em plano diverso daquele referente à pretensão singular. Esta, em conjunto, forma a relação obrigacional em sentido amplo e dela advém (WESTERMANN, 1983, p. 16).

Clóvis do Couto e Silva alude à concepção atual da relação jurídica como uma ordem de cooperação. É que dada a incidência da boa-fé, as posições que ocupam

¹ Gustavo Henrique Baptista Andrade é Doutorando em Direito Civil pela UFPE; membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas – CONREP (UFPE); Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Salesiana do Nordeste, onde leciona; Procurador Judicial do Município do Recife.

credor e devedor oscilam na respectiva relação (SILVA, 1976, p. 120). Para o jurista gaúcho, a obrigação se desenvolve como um processo, compondo-se do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor:

“O destino que preside ao desenvolvimento da obrigação é o fim jurídico que a comanda e a orienta, e, por esse motivo, afirma-se que ela se dirige ao adimplemento, para, por meio deste, satisfazer o interesse do credor” (SILVA, 1976, p. 145).

Referindo-se ao *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil alemão, mas com igual cabimento à codificação brasileira, Westermann tece críticas no sentido de que diversos preceitos, incluindo aqueles sobre o adimplemento ou as consequências da perturbação da prestação, foram criados para o que ele chama de “negócio de giro único”, não servindo às relações obrigacionais que se protraem no tempo, a exemplo das que advêm do contrato de locação ou do contrato de fornecimento de energia (WESTERMANN, 1983, p. 23)

E há que se ter em mente a necessidade de livrar o devedor da pressão correspondente a uma carga superior à da obrigação, o que lhe impõe ultrapassar os limites do sacrifício.

No entender de Orlando Gomes, às relações obrigacionais é aplicado o princípio da boa-fé em sua concepção objetiva, o qual exige, além da colaboração entre as partes da relação, honestidade, lealdade e fidelidade em cada qual:

“No direito moderno tornou-se expressa a regra de que credor e devedor devem agir corretamente, comportando-se com decência em relação às exigências do mercado e aos princípios de solidariedade humana e social, nas palavras de TRABUCCHI” (GOMES, 1986, p. 13-14)

Aludindo ao progressivo reconhecimento dos valores sociais no direito moderno, Trabucchi afirma que a boa-fé deve afirmar-se como a regra de ouro (*regola aurea*) da relação obrigacional (TRABUCCHI, 2009, p. 655).

Sob tal perspectiva, alude Lodovico Barassi que a prestação se apresenta ao homem comum como conteúdo de um dever daquele que se obrigou e um direito do credor. Porém, basta o princípio fundamental da boa-fé na execução do contrato para autorizar, ao menos à primeira vista, que esse cumprimento do pacto se constitua em um dever de colaborar, de maneira que o devedor possa liberar-se da obrigação (BARASSI, 1946, p. 29).

A obrigação tal como conhecida pelo direito romano traduz a noção de vínculo jurídico. Sua mais célebre definição está contida nas *Institutas* de Justiniano, que integravam o *Corpus Juris Civilis*: “obrigação é o vínculo jurídico pelo qual ficamos adstritos à necessidade de solver uma coisa, em conformidade com as normas de nossa cidade” (NORONHA, 2010, p. 30).

A plena compreensão da relação obrigacional, no entanto, exige do intérprete que a examine sob seu perfil estrutural e também sob o funcional.

Neste aspecto, entende Norberto Bobbio que a função do direito é permitir a consecução daqueles fins sociais que não podem ser alcançados por outras formas de controle social, asseverando ainda que a integração dessa que ele chama de função promocional à função protetivo-repressiva, força o deslocamento da concepção do direito como forma de controle social para a concepção do direito como forma de controle e *direção* social:

“Nos dias de hoje, uma análise funcional do direito que queira levar em consideração as mudanças ocorridas naquela ‘específica técnica de organização social’ que é o direito não pode deixar de integrar a sua função promocional ao estudo da sua tradicional função protetivo-repressiva” (BOBBIO, 2007, p. 209).

Franz Wieacker pontua que a relação obrigacional, no Estado do século XX, tornou-se sensível aos pontos de vista sociais, admitindo elementos relativos à segurança social e impondo-se a terceiros (WIEACKER, 2004, p. 720). Para o jurista português, os fundamentos políticos e econômicos da sociedade burguesa foram se dissipando, já que não mais atendiam às crescentes expectativas dos indivíduos, passando o *pathos* e o *ethos* do Estado social de direito a predominar sobre a legislação, a Administração, a jurisprudência e a opinião pública:

“O pathos da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e aplicação do direito (p. 623 ss.) é o da solidariedade: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um de seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais perto do bem-estar) de cada um dos outros membros da sociedade.” (WIEACKER, 2004, p. 718)

2. O devedor na relação obrigacional

Na relação jurídica obrigacional, devedor é a parte que deve prestar algo, um dar, um fazer ou um não fazer, uma abstenção. E no âmbito dessa relação, em sua concepção mais consentânea com o ordenamento jurídico vigente, é possível distinguir a parte que efetivamente necessita de proteção daquela que já detém em si poder suficiente para garantir sua incolumidade. Exemplo desta última categoria é o fornecedor de produtos ou serviços na relação de consumo. A relação dar-se-á, como de regra, no interesse do credor, seguindo-se o padrão de cooperação e confiança que norteiam as relações obrigacionais em geral.

De fato, no sentido lato de obrigação, o credor também está vinculado aos deveres gerais de conduta negocial.

É sobre a parte que carece de poder na relação obrigacional que trata o presente texto. Considerar-se-á devedor aquele que é caracterizado como a parte vulnerável da relação, o devedor que, em virtude do desequilíbrio nela constante, faz surgir a imperiosa necessidade de protegê-lo.

Embora o direito das obrigações seja uma disciplina cujos fundamentos datam de mais de dois milênios, perpassando o sistema do direito romano-germânico através de lenta elaboração (LÔBO, 2011a, p. 13), ao longo do tempo, a figura do devedor vem sofrendo vicissitudes que o libertaram e, posteriormente, com a inauguração do Estado social, o tornaram objeto de proteção:

“Como legado do Estado liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, e não apenas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática pode delas abrir mão. Os Códigos cristalizaram a igualdade formal de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no jus privilegium, ou nos espaços jurídicos reservados às pessoas em razão de suas origens. Antes do advento do Estado social, ao longo do século XX, o direito das obrigações conteve-se na liberdade e igualdade formais, sem contemplar os figurantes vulneráveis e as exigências de justiça social” (LÔBO, 2011a, p. 15).

De fato, em Roma os escravos podiam exercer atividade econômica, porém lhes era negada a cidadania, o que impedia a plenitude de sua liberdade. E o direito do credor sobre o devedor era próximo do direito de propriedade de um escravo, o que foi amenizado com a Lei Papiria (326 a.c.), quando não mais se permitiu a execução sobre o corpo mas sobre o patrimônio do devedor (LÔBO, 2011a, p. 29).

Já na segunda etapa da idade moderna, livre era o cidadão proprietário, aquele que pudesse dispor de seus bens sem a interferência do Estado, a mais completa tradução do indivíduo segundo a ideologia do liberalismo.

Com o Estado social, a ordem econômica passou a ser expressamente regulada pela Constituição, que a impõe limites. No ordenamento brasileiro, a mesma ordem econômica se encontra ainda adstrita e conformada à justiça social, tal como previsto no *caput* do artigo 170 da Constituição, impondo a atuação dos poderes da República pautados de modo a “fazer prevalecer o interesse social, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana” (LÔBO, 2011a, p. 16).

A confirmação inabalável da ordem econômica conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, CR), propiciou o surgimento do fenômeno jurídico que a doutrina civilista contemporânea batizou de *repersonalização das relações privadas*², dentre elas por óbvio as relações obrigacionais.

Com a *repersonalização* do direito das obrigações, a pessoa humana, que outrora se realizava através do seu patrimônio, passa a ser vista em sua dimensão ontológica, dela emanando suas relações patrimoniais e econômicas. No dizer de Paulo Lôbo, “a restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais” (LÔBO, 2011a, p. 17). Na esteira de tal pensamento nasceu a certeza da necessidade de um patrimônio mínimo que garanta a sobrevivência do indivíduo, fazendo valer o

2 Por todos Paulo Luiz Netto Lôbo . A *repersonalização das relações de família*. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese, n. 24, jun./jul., 2004, p. 136-156.

macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do qual se irradiam todas as normas que compõem o sistema.

3. A figura do devedor e suas intercorrências históricas

A princípio, o que é possível perceber é que de início, no curso da história, era o próprio credor, em caso de inadimplemento, quem detinha o poder de ação contra o devedor. Com a monopolização da justiça pelo Estado, restou ultrapassada a autotutela.

Em verdade, nos primórdios da civilização o devedor respondia com a própria vida, com seu corpo ou sua liberdade frente às obrigações pelo mesmo contraídas. Atualmente é o seu patrimônio que responde por ditas obrigações. Apenas ao juiz é dado determinar forçadamente ao devedor que ele faça ou se abstenha de fazer algo.

Foi a Constituição de 1934, inaugurando o Estado social brasileiro, que proibiu pela primeira vez a prisão por dívidas. O dispositivo (art. 113, § 30), aliás, não contemplava qualquer exceção. Somente com a Carta de 1946 foram concebidas as duas exceções até hoje vigentes, quais sejam, a prisão do depositário infiel e a prisão por dívidas alimentícias (NORONHA, 2010, p. 178). No que concerne à prisão do depositário infiel, grandes debates jurisprudenciais amenizaram a aplicação do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição de 1988, em virtude do ingresso no ordenamento jurídico, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Hoje a matéria está pacificada, tendo o Supremo Tribunal Federal editado a Súmula Vinculante nº 25, a qual dispõe: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”, restando o devedor privado de sua liberdade somente em uma única hipótese.

A legislação processual vem acompanhando esse forte movimento em prol da proteção do devedor. Várias reformas no Código de Processo Civil e o surgimento de novas leis extravagantes têm procurado excluir do patrimônio do devedor alguns bens que não podem ser objeto de constrição judicial no processo de execução.

Mesmo formada entre pessoas a relação jurídica obrigacional, uma vez que não há vínculo do credor com o patrimônio do devedor, a responsabilidade, que em última análise corresponde a um estado de submissão e se aproxima do sentido de “responder” foi, no decorrer do tempo, se deslocando da pessoa do devedor para o seu patrimônio (LÔBO, 2011a, p. 33):

“O movimento da história com a ampliação da proteção à pessoa humana e seus direitos fundamentais, conduziu à progressiva eliminação do instituto dos ordenamentos contemporâneos, impondo que o poder de agressão conferido ao credor recaia exclusivamente sobre o patrimônio do devedor” (KONDER, RENTERÍA, 2008, p. 282).

A interpretação do artigo 391 do Código Civil³ conforme a Constituição deve concluir pela absoluta vedação ao atingimento da pessoa do devedor, salvo, por óbvio, a única exceção vigente por força do próprio texto constitucional, como visto acima.

4. O favor debitoris

A longa trajetória do direito das obrigações é marcada por momentos históricos em que, de alguma maneira, a preocupação com a parte mais débil da relação jurídica se fez presente de forma mais ou menos intensa. Inúmeras são as situações em que, desde o direito romano, o devedor vem sendo sujeito de normas protetivas. Essa evolução, que é a própria manifestação histórica do direito, atinge o seu ápice na modernidade; em um primeiro momento de maneira tímida, com a codificação liberal; depois fortemente impregnada pela ideologia do Estado social.

Acompanhar esse percurso se torna obrigatório para o jurista compreender a atual concepção do sujeito vulnerável das relações obrigacionais, assim como as resistências ainda existentes na aplicação das normas protetivas pelos operadores do direito.

Cumpra de logo esclarecer que a expressão *favor debitoris* não denota o puro e simples favorecimento ao devedor por compaixão ou outra sorte de graça. De cunho jurídico, se consubstancia por óbvio no seio de uma relação jurídica obrigacional e jamais repele ou deixa de reconhecer o direito de crédito, apenas o torna menos implacável. E assim o é desde sua origem. No direito romano, várias expressões utilizavam o mesmo designativo para indicar uma interpretação contrária ao rigor do direito (*iuris rigor*), a exemplo de *favor nuptiorum*, *favor populi*, *favor religionis* e *favor libertatis*, este traduzindo o próprio fundamento em que se inspiraram o legislador e a jurisprudência para atenuar o mencionado rigor do direito (ALVES, 1991, p. 11).

No dizer de Maurício Mota,

“O favor, deste modo, em síntese, é o complexo de prerrogativas, quando não um verdadeiro e próprio privilégio, que atribui uma posição de vantagem a uma determinada pessoa, seja porque se leva em consideração a sua qualidade pessoal, seja porque a proteção do interesse individual é muito frequentemente o único meio de satisfazer o interesse da ordem coletiva” (MOTA, 2006, p. 377).

Foi na modernidade, no entanto, que a tendência ao favorecimento tomou maior vulto. Foram extraídas do direito romano antigas expressões e criadas outras para traduzir a referida inclinação, originando-se novas expressões, como *favor testamentorum*, *favor rei*, *favor matrimonii* e *favor debitoris* (ALVES, 1991, p.12). A partir de então, a expressão *favor debitoris*, que não se encontra em fontes romanas, passou a traduzir a tendência ao favorecimento do devedor, esta sim já presente no direito

3 CC Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

romano, não porém como na estrutura do direito das obrigações tal qual conhecemos hoje. Neste aspecto, convém salientar o caráter bimilenar do direito das obrigações, que foi lentamente se aperfeiçoando. No dizer de Paulo Lôbo;

“A parte nuclear do direito das obrigações é legatária da elaboração milenar do senso prático do direito romano antigo; de lá para cá são mais de dois milênios de lenta e laboriosa elaboração teórica e prática. As soluções que o direito contemporâneo ainda utiliza têm origem nas resoluções dos conflitos que os antigos romanos cristalizaram em suas normas jurídicas e, sobretudo, nos trabalhos deixados por seus juristas” (LÔBO, 2011b, p.25)

4.1. O favor debitoris no direito antigo

No direito romano, várias foram as leis que beneficiaram o devedor, que até o advento da já mencionada *Lex Poetelia Papiria*, de 326 a.c., a qual aboliu o conceito de obrigação como pessoal, criando o de vínculo patrimonial, chegou a responder com seu próprio corpo por débitos contraídos. Em tal legislação, destacam-se os diplomas que perdoavam cota de débitos e combatiam a usura, já na república. A partir dos imperadores cristãos, aumentam as normas de tutela do devedor. Esse movimento, ampliado com Justiniano, teve sua razão de ser em motivos de ordem religiosa e humanitária. Nesta época foram conhecidas duas espécies de moratória, uma deliberada pelos credores, outra concedida pelo Imperador (ALVES, 1991, p. 15).

Várias foram também as iniciativas no direito romano para inibir atitudes vexatórias por parte dos credores. Simbólica e paradigmática norma contida na Novela 135, de Justiniano, onde é cominada pena aos magistrados que constrangessem o devedor à cessão de bens que o levasse à miséria, “quando este jurasse, na presença dos evangelhos, que não tinha, em suas coisas, bens e dinheiro capazes de satisfazer às dívidas” (ALVES, 1991, p. 19). São encontradas igualmente no direito justinianeu normas que facilitavam ao devedor a extinção do débito. No campo da interpretação contratual, vigeu no direito romano clássico o entendimento de que a estipulação ambígua se interpretava contra aquele que estabelecia o seu conteúdo (ALVES, 1991, p. 20). A propósito, no que concerne à interpretação, e isto por todo o percurso histórico do *favor*, é mister salientar que seus limites são os maiores possíveis. Assevera Maurício Mota que “do ponto de vista objetivo dizer que há uma situação jurídica beneficiada pelo *favor* significa considerar que esta é digna de apreço em si, que é um bem fundamental e que, como tal, deve ser privilegiada em confronto com outros argumentos porventura relevantes” (MOTA, 2006, p. 304).

4.2. O favor debitoris no direito moderno

Na era moderna, com o surgimento da ideia de relação jurídica e direito subjetivo, a noção de obrigação passou a ser também concebida como a relação na qual

uma pessoa pode exigir de outra uma prestação que satisfaz um interesse da primeira (NORONHA, 2010, p. 29).

Com a instauração do Estado liberal e a ruptura com o antigo regime, segue-se a era das codificações, destacando-se sempre o Código Civil francês (*Code Civil*), tradução de um direito onde os interesses individuais estavam minimamente submetidos ao império do Estado e se sobrepunham frente a qualquer tentativa de funcionalização. Era em torno do indivíduo proprietário e chefe de família que orbitava o ordenamento jurídico.

Como observa Paulo Lôbo, “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” (LÔBO, 2011b, p 15).

Assim é que a igualdade apregoada pelo liberalismo, desprezando a antiga tradição criada pela ética social de Aristóteles, se apresentava em uma feição meramente formal, já que havendo igualdade entre os contratantes, esta não poderia ser concretizada caso um dos obrigados detivesse poder econômico. Esse desequilíbrio exigia uma compensação que somente veio a ser observada com o advento do Estado social, quando se desenvolveu a noção de igualdade verdadeiramente material, impondo-se normas protetivas à parte mais vulnerável da relação obrigacional, no caso o devedor.

No direito pós-revolucionário, muitas foram as normas que procuraram beneficiar o devedor, o que ocorreu também no antigo direito espanhol e no português, com influência direta no direito ibero-americano. De fato, os códigos civis de alguns países da América Latina espanhola, a exemplo de Chile, Argentina, Uruguai, Colômbia e Venezuela, conservaram várias medidas de favorecimento oriundas do direito romano (ALVES, 1991, p. 38).

5. O favor debitoris no Brasil: da colônia ao ordenamento contemporâneo

No Brasil, dada a sua condição de colônia, vigeram inicialmente as Ordenações portuguesas que, de uma maneira geral, receberam as medidas de favorecimento do devedor existentes no direito justinianeu. Na primeira das Ordenações, a Afonsina, era admitida a *cessio bonorum* do direito romano, permitindo-se ao devedor ceder todos os seus bens aos credores para livrar-se da execução pessoal e, portanto, da servidão e do cárcere. As Ordenações Manuelinas e Filipinas mantiveram o instituto, no entanto restringindo-o. Outros favorecimentos foram outorgados ao devedor pelas Ordenações do Reino de Portugal, como moratórias concedidas pelo Rei (*graça del-Rei*) e o instituto da lesão enorme (*lesio enormis*) que protegia vendedor e comprador na compra e venda de bens imóveis e também móveis (ALVES, 1991, p. 45).

As Ordenações vigeram até 1916, quando foi promulgado o Código Civil brasileiro. Antes, porém, no intuito de organizar o caos legislativo existente à época da proclamação da independência (1822) e da Constituição outorgada por D. Pedro I

em 1824, foi editada pelo jurista Teixeira de Freitas a Consolidação das Leis Civis, aprovada pelo Imperador Pedro II em 1858, tornando-se o Código de fato do direito civil brasileiro por 58 anos.

Vários são os dispositivos da Consolidação que contemplam a proteção do devedor. Estudo de Maurício Jorge Pereira da Mota aponta alguns artigos da obra de Freitas que expressam a proteção do devedor. São exemplos o artigo 115, o qual prescreve que “no regime de comunhão legal não se comunicarão entre os cônjuges as dívidas passivas anteriores ao casamento e que estas só podem ser pagas pelos bens que trouxe para o casal o devedor e por sua meação nos adquiridos”; e o artigo 359, que dispõe sobre o instituto da lesão, determinando que “os contratos em que se dá ou deixa uma coisa por outra, podem ser rescindidos por ação da parte lesada, se a lesão for enorme”, o que acontecia quando excedesse metade do justo valor da coisa (MOTA, 2006, p. 325).

A cobrança indevida de aluguéis e o pacto comissório foram vedados pela legislação consolidada por Teixeira de Freitas. É possível, pois, reconhecer a nítida contemplação do *favor debitoris* no direito brasileiro anterior ao Código Civil de 1916.

O Código de 1916, por sua vez, traz consigo o reflexo tardio do liberalismo europeu quando já irrompiam naquele continente legislações várias que se adaptavam à nova ordem jurídica estabelecida pelo Estado social, o qual somente foi instaurado no Brasil com a Constituição de 1934, quando restou prevista a intervenção do Estado na ordem econômica.

Muitas das medidas de proteção ao devedor constantes da legislação anterior não foram recepcionadas pelo código Civil de 1916. Não faltaram, porém, dispositivos favoráveis ao devedor, como a proteção do bem de família, instituto consolidado e ampliado pela Lei nº 8.009/90. O artigo 920 do mesmo Código prescrevia que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal (MOTA, 2006, p. 331). Outras medidas protetivas podem ser encontradas nos artigos 924 (redução da pena estipulada para o caso de inadimplemento, tendo o devedor cumprido em parte a obrigação), 1531 (pagamento em dobro pelo credor na cobrança de dívida já paga ou pagamento do equivalente no caso de pedir mais que o devido), entre outros (MOTA, 2006, p.332).

O Código Civil de 2002 conseguiu se afastar do exagerado individualismo presente na legislação de 1916, trazendo regras e princípios tangenciadores da efetiva proteção ao devedor. Muitos dispositivos foram repetidos, como o artigo 940, que reproduz o que estabelecia o 1531 do antigo Código, acima citado, consolidando dessa forma tradição vinda das Ordenações do Reino de Portugal. Outros foram introduzidos e renovaram sobremaneira o direito das obrigações, a exemplo dos artigos 421 (função social do contrato) e 113 e 422 (princípio da boa-fé).

Verifica-se assim uma mudança paradigmática na evolução do direito obrigacional na passagem do Estado liberal para o social. A obrigação, que antes tinha como finalidade exclusiva a satisfação do interesse do credor, a que se sujeitava o de-

vedor, hoje, bem dizer a partir do século XX, com destaque para sua última quadra, envolve um sentido de cooperação, onde a proteção do devedor surge como causa primeira dessa nova ordem de valores.

O *favor debitoris* é um princípio de direito das obrigações. Constitui, no dizer de Maurício Mota, “uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas” (MOTA, 2006, p. 361).

A legislação processual, na esteira do pensamento histórico, vem contemplando a proteção do devedor, o fazendo o Código de Processo civil de 1973 em vários dispositivos, sendo o princípio do *favor debitoris* expressamente previsto em seu artigo 620. De fato, sendo certo que a execução se realiza no interesse do credor (art. 612), o dispositivo acima citado estipula que, sendo vários os meios pelos quais o credor pode promover a execução, o juiz determinará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Porém, mais do que um princípio de direito processual, o *favor debitoris* é um princípio de direito material, já que seu fundamental objetivo é o equilíbrio da relação jurídica obrigacional.

6. O *favor debitoris* à luz da Jurisprudência do STJ

O Superior Tribunal de Justiça, Corte cuja função é uniformizar a interpretação da legislação federal, vem tentando contribuir para a concretização do princípio do *favor debitoris* com algumas decisões em prol de um maior equilíbrio entre as partes na relação obrigacional. E o faz sob os auspícios de uma legislação instrumental apta a conferir eficácia às normas do direito das obrigações, como sói acontecer, quer na aplicação do artigo 620 do Código de Processo Civil, já mencionado, quer na de outros dispositivos da mesma Lei, a exemplo dos artigos 645⁴ e 621⁵. A tarefa não é fácil e vimos muitas vezes algum retrocesso, ainda que haja também avanços, é bem verdade. O retrocesso, de uma maneira geral, reside nas variações que muitas vezes se apresentam em decisões proferidas por um mesmo órgão, gerando insegurança jurídica.

A decisão cuja ementa é transcrita abaixo, datada de 2001, retrata a tendência de favorecimento do devedor:

“Direito civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Compromisso de compra e venda de imóvel. Inadimplemento do promissário-comprador. Resolução

4 CPC Art. 645. Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo.

5 CPC Art. 621. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos. Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo.

contratual. Legitimidade ativa ad causam. Possibilidade. Fundamento. Favor Debitoris. Cláusula de decaimento. Enriquecimento sem causa do promitente-vendedor. Limitação.

- O direito à devolução das prestações pagas decorre da força integrativa do princípio geral de direito privado 'favor debitoris' (corolário, no Direito das Obrigações, do favor libertatis).

- O promissário-comprador inadimplente que não usufrui do imóvel tem legitimidade ativa 'ad causam' para postular nulidade da cláusula que estabelece o decaimento das prestações pagas.

- A devolução das prestações pagas, mediante retenção de 30% (trinta por cento) do valor pago pelo promissário comprador, objetiva evitar o enriquecimento sem causa do vendedor, bem como o reembolso das despesas do negócio e a indenização pela rescisão contratual.

- Recurso especial a que se dá provimento.”

(REsp. 293.214-SP. Rel. Min. Nancy Andrichi. Ac. Unânime. 3ª T. Julgado em 17.05.2001. DJU 20.08.2001) ⁶

No voto condutor, a Ministra Relatora, referindo-se à doutrina de José Carlos Moreira Alves salienta:

“(…) Ensina o Ilustre Ministro que o favor debitoris constitui princípio geral de direito, verificado no Direito Romano e presente em vários ordenamentos jurídicos da atualidade, consistente na proteção e apoio do devedor, objetivando libertá-lo do débito através de técnica interpretativa, ou integrativa de direito, a qual visa abrandar o rigor de premissas racionais que informam os princípios básicos reguladores do direito de crédito.

Deve-se observar que a existência do princípio do favor debitoris não decorre das normas e princípios que tutelam a preservação do equilíbrio econômico entre prestação e contra-prestação, ou ainda da lógica e da racionalidade do direito, mas tão-somente da finalidade que inspirou este princípio: o favorecimento do devedor.

O escopo (e fundamento) do favor debitoris reside, assim, na limitação ao grau de onerosidade que o débito causa na esfera de liberdade jurídica do devedor, limitação esta que pode ser expressada pela seguinte regra interpretativa/integrativa: quem se obriga, obriga sempre pelo menos. (...)”

Outras fontes, além da farta doutrina encontrada sobre o favorecimento da parte vulnerável da relação obrigacional, comungam do princípio do *favor debitoris*. É o que ocorre, por exemplo, com as Jornadas de Direito Civil realizadas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Em sua terceira versão (III Jornada de Direito Civil), ocorrida em 2004, restou aprovado, entre outros, o

⁶ Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=1537531&nreg=200001340182&dt=20010820&formato=PDF>

Enunciado nº 168, que versa sobre o artigo 422 do Código Civil, com o seguinte teor: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação”.

7. Conclusão

Percebe-se, assim, como se procurou demonstrar no presente artigo, que o favorecimento da parte mais vulnerável da relação jurídica obrigacional data de priscas eras. Não nasceu no direito pós-revolucionário nem com a inauguração do Estado social. Tem seu fundamento histórico ainda no direito romano.

E embora seja certo que, quando do advento do Estado liberal, com a Revolução Francesa de 1789, tenha havido sensível diminuição na proteção à figura do devedor, é forçoso reconhecer a força motriz que se renovou na ambiência do Estado social, forte na capacidade de propiciar a repersonalização do direito das obrigações, considerando-se como tal o reconhecimento da primazia da pessoa humana nas relações obrigacionais em detrimento de seu patrimônio.

Com a nova ordem constitucional estabelecida pela Carta de 1988, vem o Superior Tribunal de Justiça, Corte criada pela Constituição com a finalidade de uniformizar a interpretação da legislação federal, emitindo decisões cujo sentido é concretizar o princípio de direito material do *favor debitoris*, o qual visa proporcionar o equilíbrio na relação jurídica obrigacional.

Ainda que não se queira compreender como um resgate histórico, o que de fato não o é, considerando-se que o *favor debitoris* jamais deixou de apresentar eficácia jurídica, há que se reconhecer que o ordenamento brasileiro e seu intérprete, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça, vêm dando largos passos em auxílio da aplicação da justiça social às relações de direito obrigacional.

8. Referências

ALVES, José Carlos Moreira. As normas de proteção ao devedor e o “favor debitoris” – do direito romano ao direito latino-americano. **Revista trimestral de jurisprudência dos Estados**. São Paulo: Jurid Vellenich, vol. 92, set., 1991.

BARASSI, Lodovico. **La teoria generale delle obbligazioni**. La Struttura. Vol.I. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1946.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO,

Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil** – volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 265-297.

LÔBO, Paulo. **Direito civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. **Direito civil. Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011b.

MOTA, Maurício Jorge Pereira de. A proteção do devedor decorrente do *favor debitoris* como princípio geral do direito das obrigações no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VII, nº 9, dez., 2006, p. 291-377.

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

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di diritto civile**. Padova: CEDAM, 2009.

WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil alemão**. Direito das obrigações. Parte geral. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1983.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

14

OS NOVOS PARADIGMAS AMBIENTAIS DO DESENVOLVIMENTO NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa¹
Alfredo Rangel Ribeiro²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Do direito do desenvolvimento (DdD) ao direito ao desenvolvimento (DaD): as interfaces entre a visão econômica e os aspectos plurais do desenvolvimento – 3. Consumo linear: A influência da filosofia moderna sobre o direito do consumidor – 4. Consumo e degradação ambiental: a superação da capacidade de resiliência do ecossistema global pelas externalidades do consumo não sustentável – 5. Sustentabilidade e ecoeficiência: os (novos) princípios do direito do consumidor – 6. A superação do modelo de consumo linear e os novos paradigmas metódico-epistemológicos da teoria consumerista – 7. Conclusão – 8. Referências.

1. Introdução

Partindo dos paradigmas da ecoeficiência e da sustentabilidade, o presente estudo objetiva identificar novos parâmetros ambientais para o Direito do Consumi-

1 Doutorado em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Coimbra, Portugal; Pós-doutorado em Direito, Estado e Sociedade pela UFSC, Brasil; Diretora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e Professora Associada III do quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB; Pesquisadora do Programa de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Link para o CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8339495793349934>

2 Mestre e doutorando em Ciências Jurídicas pela UFPB; Professor Adjunto I do quadro permanente do Departamento de Direito Privado do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Link para o CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0386717344474172>

dor. No conjunto das novas concepções teóricas trazidas pela distinção entre o *direito econômico do desenvolvimento* e o *direito humano ao desenvolvimento*, propostas por Feitosa (2013a), no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, é possível construir um percurso metodológico, à luz da epistemologia ambiental (LEFF, 2010), que altere a compreensão pontual e dogmática do fenômeno do consumo em direção à percepção plural e interdisciplinar, capaz de dar melhores respostas às incompletudes atuais da ciência consumerista.

Esta nova perspectiva se insere de igual modo, na discussão sobre os atuais desafios de humanização do chamado *direito civil constitucional*, corrente teórica que advoga a releitura dos institutos de direito privado sob a hegemonia principiológica do Direito Constitucional (LÔBO, 1999). Os novos desafios apontam, no contexto sistêmico, além da harmonização, para a transformação das plataformas de luta, exigindo mudança na instrumentação das estruturas econômicas e sociais para a consolidação de direitos humanos, de modo a atender às exigências do chamado *novo padrão civilizatório* para a humanidade, que inclui justiça ambiental e sustentabilidade, pugnando por alterações substanciais (de base conceitual e normativa) no conjunto do ordenamento jurídico, chegando a expandir a própria visão constitucional.

A atualidade do tema decorre do agravamento dos efeitos ambientais da produção e do consumo, que comprometem a capacidade de resistência do ecossistema global. A nova conjuntura, impactada por essa realidade, revela, entre outras exigências, a urgente necessidade de substituição da antiga visão cartesiano-baconiana do conhecimento por novos parâmetros epistemológicos comprometidos com a preservação do equilíbrio ecológico dos ecossistemas para as gerações porvindouras. É a ideia de sustentabilidade, admitida em perspectiva alargada, que rompe com a racionalidade econômica ou jurídica clássica e propõe o resgate dos direitos de pessoas e coletividades atingidas pelas forças negativas das externalidades econômicas, deprecando responsabilização dos agentes agressores, em patamares mais eficazes.

Metodologicamente, este ensaio se pauta pela epistemologia ambiental de Enrique Leff (2010), na busca por um conhecimento de natureza integrativa, trans e multidisciplinar, capaz de conceber sistemática e prospectivamente a realidade com vistas a resolver ou mitigar os efeitos do consumo sobre a natureza. A nova racionalidade ambiental proposta por Leff (2006) se afasta da lógica produtivista característica dos sistemas econômicos tradicionais (capitalista e/ou socialista), de maneira a incluir a natureza como fator limitador e condicionante dos processos produtivos.

Esse modo de enxergar o fenômeno é direcionado, no âmbito da presente pesquisa, para a perspectiva conceitual de desenvolvimento encarado como programação plural e multifacetada, compreendida ora como direito econômico estatal, ora como desdobramento importante dos direitos humanos, entendidos não apenas como metadireitos ou diretrizes principiológicas de ação, mas como linha de ação possível de ser explicada e averiguada por raciocínios jurídicos renovados, firmando-se como direitos de sujeitos e coletividades, consubstanciando-se no catálogo ge-

racional de direitos, no corpo teórico dos direitos de solidariedade. A ideia é aliar a epistemologia ambiental à relação entre direitos e desenvolvimentos (no plural³), de modo a encontrar melhores ou mais adequadas explicações para o fenômeno do consumo.

O capítulo se estrutura em cinco seções. Inicialmente, serão ressaltadas as relações entre o direito econômico do desenvolvimento e o direito humano ao desenvolvimento. Em seguida, serão expostos os principais paradigmas metódico-epistemológicos que levaram o Direito do Consumidor a adotar a limitada concepção linear do consumo e a desconsiderar os efeitos negativos deste sobre o meio ambiente. Na terceira seção, será abordada a superação da capacidade de resiliência do ecossistema global pelas externalidades do mercado, contextualizando, ato contínuo, a sustentabilidade e a ecoeficiência, explicitadas pela Emenda Constitucional n.º 42/2003 (EC 42/03) e pela Lei 12.305/2000, como princípios consumeristas. Por fim, verificar-se-á o esgotamento do velho modelo linear de consumo, de cuja superação depende a adequação do Direito do Consumidor ao padrão teórico proposto pelo direito humano ao desenvolvimento.

2. Do direito do desenvolvimento (DdD) ao direito ao desenvolvimento (DaD): as interfaces entre a visão econômica e os aspectos plurais do desenvolvimento

O termo desenvolvimento, transposto para a linguagem técnico-jurídica, adquire caráter polissêmico, comportando vários significados. Duas acepções são particularmente relevantes para o presente estudo, quais sejam, as expressões direito *do* desenvolvimento e direito *ao* desenvolvimento, na perspectiva tratada nas discussões teóricas, em sala de aula, no âmbito da disciplina Estado, Constituição e Desenvolvimento, no curso de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba.

No conjunto, pode-se dizer, concordando com Maria Luiza Alencar Feitosa (2013a, p. 274), que:

A lo largo de ese curso histórico, pueden ser identificadas las dimensiones étnicas (etnodesarrollo), ecológicas (ecodesarrollo) y humanas del desarrollo (desarrollo humano sostenible), aliadas a la ampliación del concepto de sostenibilidad, que se descola del contexto meramente ambiental para abrazar el campo social. En conjunto, la temática del desarrollo caminó del ámbito estatal o interestatal económico para el campo transindividual y transnacional. Significa que migró de las discusiones en torno de asuntos como soberanía nacional, comercio internacional, transferencia internacional de bienes materiales e inmateriales, industrialización, cooperación (y no

3 Jane Jacobs afirma que “desenvolvimento depende de co-desenvolvimentos [...] não adianta pensar o desenvolvimento ‘linearmente’, ou mesmo como um conjunto de linhas abertas. Ele opera como uma rede de co-desenvolvimentos interdependentes. Sem essa rede não há desenvolvimento.” (2001, p. 26-27).

solidaridad) internacional entre países, reestructuración de sectores económicos y Nueva Orden Económica Internacional – NOEI, para incluir también las discusiones sobre la autodeterminación de los pueblos, efectución de los derechos de primera y de segunda dimensión, protección a la dignidad humana, solidaridad (más que cooperación) entre los agentes, nueva democracia, derecho a información, pluralismo de las fuentes, entre otros temas.

Assim, o direito do desenvolvimento invoca as relações jurídicas que disciplinam os sujeitos nas suas ligações com fenômenos econômicos ou nas vinculações entre o Estado e os agentes de mercado, mesmo quando conjugadas em prol do interesse social. É o tratamento jurídico de fenômenos socioeconômicos e seus desdobramentos, podendo ser encontrado no direito do trabalho, do consumo, da saúde, do comércio interno e internacional, nas decisões de governo e/ou políticas públicas que abrangem o setor produtivo e as relações de produção, entre outros. Nesse contexto surge o *direito econômico do desenvolvimento*, como conjunto normativo que abrange vários outros ramos.

Em âmbito internacional, o DdD foi impulsionado pelos acontecimentos que pugnavam por cooperação internacional entre os países, pelos anos sessenta e setenta do século XX, fatos que pretendiam a criação de uma *ordem econômica internacional* colaborativa, especialmente entre os países ricos e os países em desenvolvimento. No entanto, mesmo esses movimentos ainda eram representativos de uma proposição de desenvolvimento de natureza preponderantemente econômica (com repercussões sociais derivadas). Ocorre que os países periféricos e semiperiféricos, mesmo alcançando algum crescimento, não se desenvolviam de maneira sustentável e plural, experimentando crises e crescente concentração de renda, com o agravamento de problemas socioambientais (FEITOSA, 2013b).

Diante do agudizamento da crise do Estado social, surgiu, pelos anos oitenta do século passado, novo contraponto e complemento à visão econômica do desenvolvimento, objetivando agregar-lhe outras dimensões. A proposta era desvinculá-lo do seu aspecto quantitativo, aditando à sua estrutura a promoção qualitativa e efetiva de direitos étnicos, culturais, sociais e ambientais, que confluíssem para a consolidação do *direito ao desenvolvimento*, de caráter humano, multidimensional e transnacional, visceralmente ligado à sustentabilidade e à solidariedade para com as gerações futuras (FEITOSA, 2013c). Essa acepção do desenvolvimento, ao ser reconhecida pelo Direito Internacional (TRINDADE, 2003), fez emergir novos critérios para aferição do desenvolvimento, que passaram a considerar, entre outros fatores, variáveis relacionadas à saúde, educação e qualidade de vida⁴, no contexto do direito humano ao desenvolvimento, que impõe a releitura dos institutos jurídicos originalmente concebidos sob o paradigma desenvolvimentista.

4 Sobre a evolução dos índices de mensuração do desenvolvimento, como o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e outros, vide “Indicadores de Desenvolvimento e Direitos Humanos: da acumulação de riquezas à redução da pobreza” (FEITOSA; SILVA, 2012).

3. Consumo linear: A influência da filosofia moderna sobre o direito do consumidor

A filosofia ocidental moderna foi fortemente marcada pelo pensamento de René Descartes e de Francis Bacon⁵, respectivamente criadores do racionalismo francês e do empirismo inglês (HEGEL, 1980, p. 387). O paradigma metódico-epistemológico cartesiano-baconiano, que ditou a noção moderna de conhecimento, além de buscar o domínio da natureza, findou por impor às ciências visão compartimentada da realidade.

Descartes, na segunda parte do seu *Discurso do Método*, elenca, entre os preceitos metodológicos para a obtenção do conhecimento, a regra da análise, pela qual a resolução de problemas científicos pressupõe a decomposição do seu objeto em tantas frações quanto for possível (1979, p. 37-38). A proposta analítica de Descartes contribuiu para a divisão das ciências em compartimentos estanques, altamente ramificados e hermeticamente cerrados, alheios às questões que, por dizerem respeito mais de perto a outros ramos do saber, aparentemente não lhe interessavam.

A desvirtuação da metodologia analítica resultou numa epistemologia marcada pela fragmentação, pela unidisciplinariedade e pelo monismo metodológico. No campo do direito, colaborou para manter o conhecimento jurídico afastado das ciências que se ocupam de objetos cognoscíveis não jurídicos, tendo sido assim, desde o início, com a questão ambiental. Influenciado pela regra da análise, o conhecimento jurídico foi seccionado em subcategorias, excessivamente capilarizadas, denominadas *ramos do direito*, cujo conjunto compõe o que os juristas denominam “enciclopédia jurídica” (Aftalión; Olano; Vilanova, 1980, p. 485-710).

Seguindo a tendência de conhecimento fragmentado, cada sub-ramo do direito passou a se reportar somente a determinada espécie de relação jurídica, considerada abstrata e isoladamente⁶, desconsiderando as demais, que supostamente deviam ser analisadas por outros ramos jurídicos. Assim, o direito objetivo estabelecia os regimes jurídicos de cada modalidade de relação intersubjetiva, como objeto de estudo exclusivo do respectivo setor da dogmática jurídica, ao ponto de Abelardo Torrê afirmar que aos vários ramos do direito correspondem várias ciências jurídicas autônomas (1977, p. 448-449). Essa concepção ecoou na doutrina jurídico-consumerista contribuindo para que esta se desenvolvesse isoladamente, sem a necessária integração com os demais campos do saber.

5 Hegel, ao propor que as idéias filosóficas são fruto do contexto histórico no qual se inserem, secciona a história do pensamento ocidental em três períodos sucessivos, sendo o último deles pautado pelo pensamento cartesiano-baconiano. O criador da história da filosofia afirma textualmente que “a filosofia dos tempos modernos consolidou-se apenas ao tempo da Guerra dos Trinta Anos, com Bacon, com Jacob Boehme e com Descartes, o qual começa com a distinção contida no *Cogito, ergo sum*. Este período cronologicamente compreende ainda poucos séculos e, por isso, esta filosofia é todavia algo de novo” (1980, p. 387).

6 O Direito do Trabalho, por exemplo, considera a relação empregador/empregado; o Direito Administrativo, por sua vez, aplica-se à relação administração/administrado; o Direito Tributário, à relação fisco/contribuinte; o Direito do Consumidor, à relação consumidor/fornecedor e assim por diante.

Decorrente da visão cartesiana do conhecimento, outro aspecto importante é a adoção do modelo teórico linear, tradicionalmente utilizado pela ciência do direito para a representação das relações jurídicas. De acordo com essa percepção, as relações materiais, normatizadas pelos direitos substantivos de natureza civil, comercial, penal ou outra, costumam ser representadas por modelos teórico-imagéticos lineares, simbolizados por uma linha reta, em cujas extremidades se encontram os sujeitos ativo e passivo da relação (credor-devedor; proprietário-inquilino; pais-filhos; marido-mulher etc.).

O reconhecimento de relações massificadas, com sujeitos indetermináveis (vg.: relação de consumo), não modificou a representação linear das relações jurídico-coletivas, que apenas passou a considerar, em um de seus pólos, a coletividade de pessoas. Assim, o microsistema normativo consumerista se ocupava tão somente da relação estabelecida entre os consumidores (e seus equiparados) de um lado, e o fornecedor de produtos e serviços, do outro, cultivando o modelo linear e unidimensional de consumo.

A verdade é que a teoria jurídica em geral, incluído o arquétipo representativo do direito do consumidor, adota modelo teórico obsoleto, que desconsidera o necessário encadeamento das relações sociais e a textura hipercomplexa de suas interrelações (DUPAS, 2003). Por sua vez, o formato linear de consumo, base tradicional da ciência consumerista, não leva em conta os graves problemas ambientais gerados pelo consumo que impactam fortemente sujeitos não contemplados na sua estrutura imagética inicial, por esse motivo, não alcança os danos causados pelo consumo ao equilíbrio do ecossistema global, alimentando o circuito vicioso da degradação ambiental⁷.

A estreita vinculação entre a epistemologia cartesiana e o quadro de exploração não sustentável dos recursos naturais é enfatizado por Enrique Leff, quando afirma:

A visão mecanicista do mundo produzida pela razão cartesiana e pela dinâmica newtoniana converteu-se no princípio constitutivo da teoria econômica, predominando sobre os paradigmas organicistas dos processos da vida e orientando o desenvolvimento *antinatura* da civilização moderna. Dessa forma, a racionalidade econômica desterrou a natureza da esfera da produção, gerando processos de destruição ecológica e degradação ambiental que foram aparecendo como *externalidades* do sistema econômico.

(LEFF, 2006, p. 134)

Nesse sentido, pode-se afirmar que a metodologia cartesiana isolou o Direito do Consumidor, afastando-o da pluralidade metodológica e da transdisciplinarie-

7 No campo das ciências econômicas, os adeptos da *Economia da Sobrevivência*, partindo da Segunda Lei da Termodinâmica (Entropia), fazem semelhante crítica ao modelo teórico do *fluxo circular da renda*, amplamente difundido pela teoria econômica neoclássica, o qual não leva em conta os efeitos que o subsistema econômico gera sobre o ecossistema em que se insere (GEORGESCU-ROEGER, 1975).

dade necessárias ao tratamento dos graves efeitos ambientais do consumo. Na ciência consumerista, esse hermetismo epistemológico limita artificialmente seu objeto cognoscível aos atos diretamente ligados à aquisição de produtos e serviços⁸, desconsiderando todos os relevantes processos e fenômenos étnicos, socioambientais e econômicos, anteriores, concomitantes e posteriores à contratação⁹.

Voltando à afirmação inicial, além de Descartes, menciona-se Bacon como base filosófica para a concepção linear do Direito. No seu *Novum Organum*¹⁰, esse autor descreveu o método indutivo experimental, que possibilitou o incremento das ciências naturais, na compreensão de que o conhecimento sobre a natureza conferiria ao homem poder sobre ela (BACON, 1979), ao ponto desse projeto de dominação ser contemporaneamente denominado *programa baconiano* (SAGASTI, 2000, p. 596). Aliado ao destaque conferido às ciências naturais, à retomada do antropocentrismo moderno e à ética utilitarista-hedonista, o pensamento baconiano viabilizou a instrumentalização da natureza para a satisfação das necessidades e desejos humanos imediatos, determinando expressiva intensificação no metabolismo entre a estrutura social e o meio ambiente natural, sem levar em conta as necessidades das futuras gerações, em completa indiferença com relação à finitude dos recursos naturais.

O sucesso do programa baconiano teria levado ao contraponto representado pelo aumento exponencial da população do planeta, concomitante à necessidade de aceleração e multiplicação dos recursos econômicos. A crítica a esse modelo encontra base para reflexão em autores como Hans Jonas, Enrique Leff, Celso Furtado, Nicolas Georgescu-Roegen e outros. Hans Jonas, por exemplo, filósofo caudatário da desconstrução heideggeriana da metafísica ocidental, prega um projeto ético para a civilização tecnológica baseado no *princípio da responsabilidade* (JONAS, 2006), que denuncia como contraditórios os dois maiores êxitos da fórmula baconiana, quais sejam, o sucesso biológico e o econômico, tendo levado, na contraposição, ao resultado paradoxal da impossibilidade do programa econômico se impor limites, diante do aumento populacional (inclusive pelo incremento no tempo médio de vida dos

8 Dentre os quais destacamos: as práticas comerciais, a oferta, a publicidade, a cobrança de dívidas, os bancos de dados de consumidores e os cadastros de inadimplentes.

9 Para o presente estudo são particularmente relevantes as externalidades ambientais do consumo, tais como esgotamento de recursos naturais e poluição em geral, decorrente de resíduos e rejeitos da produção e do consumo.

10 Esta obra, cujo sugestivo título se remete ao *Organon* aristotélico, é redigida em aforismos e dividida em duas partes. Embora disponha detidamente sobre teoria do conhecimento, há trechos do *Novum Organum* que anunciam expressamente o *programa baconiano*, que objetivava o domínio da natureza pelo homem. Dentre eles, destacam-se: “III – Ciência e poder do homem coincidem, uma vez que, sendo a causa ignorada, frustra-se o efeito. Pois a natureza não se vence, senão quando se lhe obedece. E o que à contemplação apresenta-se como causa é regra na prática. [...] “CXXIX – [...] A esta altura, não seria impróprio distinguirem-se três gêneros ou graus de ambição dos homens. O primeiro é o dos que aspiram ampliar seu próprio poder em sua pátria, gênero vulgar e aviltado; o segundo é o dos que ambicionam estender o poder e o domínio de sua pátria para todo o gênero humano, gênero sem dúvida mais digno, mas não menos cúvido, mas se alguém se dispõe a instaurar e estender o poder e o domínio do gênero humano sobre o universo, a sua ambição (se assim pode ser chamada) seria, sem dúvida, a mais sábia e a mais nobre de todas. Pois bem, o império do homem sobre as coisas se apia unicamente nas artes e nas ciências. A natureza não se domina, senão obedecendo-lhe.” (BACON, 1979, p. 13 e 88).

indivíduos) e da crescente finitude dos bens ambientais, não cogitada em suas formulações.

A eterna exploração técnica da natureza demandaria um planeta de potencialidades infinitas, caso contrário, produziria o perigo iminente da catástrofe ecológica, por insuficiência e autocontradição. Nessa perspectiva, fiel ao pensamento utilitariamente orientado e excessivamente antropocêntrico, segundo o qual a ciência seria um saber *sobre* a natureza, cuja essência representava domínio e apropriação do meio ambiente em benefício do bem-estar humano, a teoria consumerista foi levada a se ocupar apenas em desenvolver um tipo de amparo jurídico destinado à viabilização do consumo, espécie de aval ou de *tutela para consumir*.

Atente-se que o paradigma cartesiano-baconiano conduziu à visão linear, estática e instantânea do consumo, acudida pelo hermetismo epistemológico e pelo domínio da natureza pelo homem. Esse fato limita os institutos jurídico-consumeristas a meros instrumentos garantidores do consumo, despreocupados com os efeitos negativos deste sobre o meio ambiente.

4. Consumo e degradação ambiental: a superação da capacidade de resiliência do ecossistema global pelas externalidades do consumo não sustentável

A manutenção da vida humana pressupõe degradação ambiental, pois a satisfação das necessidades do homem, vitais ou não, dá-se à custa da utilização de recursos naturais. Enquanto os efeitos da ação humana não ultrapassarem a capacidade de resiliência¹¹ do ecossistema, este será capaz de restabelecer sua condição original, todavia, acima desses níveis, restaria comprometido o delicado equilíbrio ambiental do meio (HOLLING, 1973), por isso, interessa estudar a ação humana que acarreta desequilíbrio ecológico, em nível e velocidade superiores à capacidade de auto-regeneração da natureza. Neste sentido, Michel Bachelet esclarece que:

[...] viver é, por definição, consumir aquilo que não é forçosamente renovável, por um lado, e é, sobretudo poluir por meio dos resíduos obrigatoriamente gerados por esse consumo, por outro lado. [...] O direito do ambiente não poderia deixar de ser um direito da restrição, um direito da destruição limitada e controlada, um regime de constrangimentos em que a interdição de poluir só começava a partir de limiares definidos pelo conhecimento científico. Para cá do nível tolerado, não há acto repreensível; a interdição começa apenas além dele. (1995, p. 170-171)

Tradicionalmente, o Direito considera a conduta humana do ponto de vista qualitativo, de maneira a proibir, obrigar ou permitir, de modo absoluto, determinados comportamentos. Nessa ótica, as normas consumeristas, além de considerarem

¹¹ No presente estudo, adota-se o sentido de resiliência que é proposto por Holling, para quem esta seria “a measure of the persistence of systems and of their ability to absorb change and disturbance and still maintain the same relationships between populations or state variables (1973, p. 14).

lícito o consumo, voltam-se teleologicamente para sua viabilização, caracterizando a *proteção para consumir*, em perspectiva regulada pelo *direito do consumo*, incluído no conjunto teórico do *direito econômico do desenvolvimento*¹².

Por sua vez, as normas jurídicas que protegem o equilíbrio ecológico do ambiente, dispostas no direito ambiental e outros, seguem lógica diversa. Aqui, a conduta humana que impacta pesada e negativamente a natureza é considerada ilícita, nomeadamente quando provoca degradação ambiental a partir de determinados patamares, assim, pode-se asseverar que as normas jurídicas tutoras do meio ambiente abordam o comportamento humano sob prisma quantitativo, regulamentando-o relativamente a determinados limites, acima dos quais a exploração passa a ser inaceitável (NALINI, 2001, p. 08).

Ocorre que a sociedade de consumo produzida pelo paradigma cartesiano-baconiano, cumprindo as metas desse programa, aumentou em projeção crescente os níveis e a velocidade da utilização dos recursos naturais, ultrapassando a capacidade de auto-regeneração do ecossistema global e comprometendo seu equilíbrio ecológico. Para se ter uma idéia da dimensão do problema, segundo a última versão do relatório ambiental anualmente produzido pela organização World Wildlife Fund (WWF), a demanda por recursos naturais em 2012 foi duas vezes maior do que no ano de 1966, e que, no período compreendido entre 1970 e 2008, houve a redução de 30% da biodiversidade mundial (sendo que nos trópicos, esta redução chega a 60%).

Do jeito como está, de acordo com sua atual capacidade de resiliência e estancado o atual processo degenerativo, o Planeta Terra levaria um ano e meio para regenerar os recursos naturais renováveis consumidos pela humanidade em 2012 e para absorver os resíduos de dióxido de carbono (CO₂) por ela produzidos no mesmo período. Segundo o Relatório, a persistirem os atuais padrões, até o ano de 2030 serão necessários dois Planetas Terra para atender às demandas por recursos naturais (WWF, 2012). A constatação, divulgada em 09 de maio de 2013, pelo *National Oceanic e Atmospheric Administration*, de que a concentração média diária de CO₂ na atmosfera atingiu o recorde histórico de 400 ppm (partes por milhão)¹³, simboliza emblematicamente a superação da capacidade de resiliência do ecossistema global (NOAA, 2013).

Para o futuro, desenha-se o provável acirramento dos graves efeitos ambientais, seja pelo aumento dos padrões consumo nas economias centrais e emergentes, seja pelo aumento da população mundial¹⁴(UN, 2011). Nessa conjuntura, o consumo

12 Atente-se para diferenças entre normas promocionais do consumo e normas protetoras do consumidor, tutelado em razão de sua vulnerabilidade. O Direito Econômico do Desenvolvimento se estabelece melhor nas primeiras e pode se encontrar com o DaD, no âmbito das segundas.

13 O patamar atual, aferido pelo observatório de Mauna Loa no Hawai – referência mundial para monitoramento da concentração atmosférica de CO₂ – não encontra precedentes na história da humanidade. Para se ter uma idéia, durante a revolução industrial, os níveis estimados de concentração de gás carbônico oscilavam em torno de 280 ppm.

14 Sobre as estreitas relações entre o aumento da demanda por consumo e o aumento da população mundial: “consumption and demography are closely inter-twined. Every person must consume, and each additional person on

não sustentável, que extrapola a resiliência dos ecossistemas, precisa sofrer restrições advindas das próprias normas consumeristas, não podendo estas se limitarem apenas à proteção da parcela da população que está consumindo, mas devendo estender sua tutela para os que sofrem com o desequilíbrio ecológico produzido pelo consumo. Seria a proteção em face do consumo, perspectiva que se impõe pela crítica de que os benefícios do consumo são subjetivamente relativos, limitados aos agentes econômicos nele envolvidos (fornecedores e consumidores), ao passo que suas externalidades negativas¹⁵ atingem indistintamente a todos, inclusive aqueles que não consumiram ou mesmo os que não têm acesso ao mercado¹⁶.

Convém ter em vista que o subsistema jurídico não pode ser hermeticamente alheio ao sistema social, no qual se incluem os aspectos econômicos, políticos, jurídicos, humanos etc. A visão sistêmica abandona a concepção cartesiano-baconiana do conhecimento, exigindo do próprio Direito do Consumidor (e não apenas dos ramos jurídicos públicos de proteção) os mecanismos para minorar as graves externalidades negativas do consumo. É preciso romper com as dicotomias público-privadas do direito, protetoras da ética técnica das individualidades, para amparar a ética das pluralidades, da dignidade humana e da solidariedade intergeracional.

5. Sustentabilidade e ecoeficiência: os (novos) princípios do direito do consumidor

No contexto dos sérios impactos ambientais do consumo, surgiu por intermédio da Resolução n.º 53/1995 da Organização das Nações Unidas (UN, 1995) a noção de *consumo sustentável*, corolário consumerista da idéia de *desenvolvimento sustentável* (SACHS, 2009) e de *desenvolvimento plural* (SEN, 2010). Para José Geraldo Brito Filomeno:

the planet will add to total consumption levels. Other than population size, demographic factors such as ageing or urbanisation can also influence consumption levels. Policies should not treat population and consumption as separate issues" (ROYAL SOCIETY, 2012, p. 60-62).

15 A externalidade ocorre quando a atuação de um agente econômico (produtor ou consumidor) causa impactos sobre outros, sem que isto reflita sobre o preço de mercado. Segundo Thomas e Callan (2010, p. 88-89), "uma externalidade é um efeito a terceiros vinculado à produção ou ao consumo. Se esse efeito gerar custos, será uma externalidade negativa; se produzir benefícios, será uma externalidade positiva. Na presença de uma externalidade negativa, o equilíbrio competitivo é caracterizado por uma superlocação de recursos, de tal modo que é produzido um excesso do bem. Em um modelo de externalidade negativa, o preço competitivo é baixo demais porque o custo marginal externo não é incluído na transação do mercado". São exemplos de externalidades negativas do consumo: exaurimento de recursos naturais utilizados como matéria-prima, rejeitos poluentes advindos da produção (gases e líquidos tóxicos), resíduos sólidos da produção (pré-consumo), resíduos sólidos advindos do consumo (pós-consumo), resíduos orgânicos do consumo (chorume, líquido percolado, gás metano, etc.).

16 Enfatizando a iniquidade dos padrões mundiais de consumo, o relatório *People and the Planet* afirma que "human impact on the Earth raises serious concerns, and in the richest parts of the world per capita material consumption is far above the level that can be sustained for everyone in a population of 7 billion or more. This is in stark contrast to the world's 1.3 billion poorest people, who need to consume more in order to be raised out of extreme poverty" (ROYAL SOCIETY, 2012, p. 07).

o chamado *consumo sustentável* exsurge como nova preocupação da ciência consumerista. Com efeito, o próprio consumo de produtos e serviços, em grande parte, pode e deve ser considerado como *atividade predatória dos recursos naturais*. E, como se sabe, enquanto as necessidades do ser humano, sobretudo quando alimentado pelos meios de comunicação em massa e pelos processos de marketing, são infinitas, os recursos naturais são finitos, sobretudo quando não renováveis.

A nova vertente, pois, do consumerismo, visa exatamente a buscar o necessário equilíbrio entre essas duas realidades, a fim de que a natureza não se veja privada de seus recursos o que, em conseqüência, estará a ameaçar a própria sobrevivência do ser humano neste planeta. (2001, p. 20)

Na Constituição Federal (CF), a sustentabilidade advém do princípio da solidariedade para com as gerações porvindouras. Essa compreensão depreende da interpretação conjunta do seu art. 3º, inciso I, que elenca entre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro a construção de sociedade livre, justa e *solidária*¹⁷, e do art. 225, que estabelece textualmente “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Harmonizados com os princípios constitucionais que resultam no paradigma da sustentabilidade, vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (CDC) relacionam o consumo às suas externalidades ambientais. O inciso III do seu art. 4º, por exemplo, direciona as normas consumeristas à viabilização dos princípios nos quais se funda a ordem econômica (CF, art. 170), aí incluída a “defesa do meio ambiente¹⁸”. Adiante, no § 2º do seu art. 37, elenca entre as espécies de publicidade abusiva aquela que “desrespeita valores ambientais”; o art. 51, inciso XIV considera abusiva e nula de pleno direito qualquer cláusula contratual que viole ou possibilite a violação de normas ambientais. Além disso, o art. 117 do CDC acrescentou o atual art. 21 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), que estende à defesa do meio ambiente a tutela coletiva do consumidor (BRASIL, 1990).

Diante destas disposições, parece certo que a consecução da sustentabilidade pelo regime consumerista prescindia de alterações legislativas¹⁹. Nada obstante, pelo caráter sistemático da ordem jurídica (BOBBIO, 1995), eventuais modificações normativas findam por repercutir sistemicamente, impondo, quando menos, nova interpretação às normas preexistentes por meio do método hermenêutico sistemático (FREITAS, 2010). Nessa linha, as alterações introduzidas pela Emenda Constitu-

17 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]” (BRASIL, 1988).

18 Esta era a redação original do inciso IV do art. 170 da CF, antes da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 42/2003.

19 José Renato Nalini afirma textualmente que “o cipoal normativo é bem mais intrincado do que a floresta. Esta tem sido destruída e desbastada, enquanto a proliferação normativa cresce e sobrevive. Não é por falta de leis que o ambiente brasileiro não resta protegido” (NALINI, 2001, p. 35-36).

cional n.º 42/2003 (BRASIL, 1988) na Constituição Econômica (BERCOVICI, 2005), aliadas ao advento da Lei de Resíduos Sólidos (LRS), enfatizam e evidenciam as íntimas correlações entre o mercado e o ambiente, compondo conjuntura favorável à superação dos parâmetros cartesiano-baconianos da ciência consumerista e da visão linear do consumo.

A atual redação do inciso VI do artigo 170 da Constituição Federal, ao elencar a defesa do meio ambiente entre os princípios gerais da ordem econômica, reconheceu o impacto ambiental dos processos de elaboração de produtos e serviços, estabelecendo textualmente, em nível constitucional, a vinculação entre consumo e meio ambiente²⁰. Por sua vez, a Lei nº 12.305/2010, que criou a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), incluiu o consumo entre as atividades geradoras de tais externalidades²¹, submetendo-o às suas disposições. A mesma lei, seguindo os parâmetros traçados pelos dois primeiros princípios da Declaração da Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o Meio Ambiente Humano²², estabeleceu que padrões sustentáveis de produção e consumo são aqueles que atendem às necessidades das atuais gerações, garantindo-lhes melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras (BRASIL, 2010).

Desse modo, percebe-se que os consumidores, ao lado dos demais agentes geradores de resíduos sólidos, detêm parcela de responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos e pela redução e destinação dos rejeitos e resíduos do consumo, sempre com o objetivo de minimizar os impactos que estes causam à saúde humana e ao meio ambiente (BRASIL, 2010). No âmbito normativo, a principiologia que norteia a PNRS ressalta as relações do Direito do Consumidor com os paradigmas do desenvolvimento sustentável (REIS, SASSI e ANDRADE, 2012) e da ecoeficiência. O primeiro, resultante da Declaração de Estocolmo de 1972 (UNEP, 1972), é decorrência necessária da constitucionalização da defesa do meio ambiente (BENJAMIM, 2007), tendo como corolário consumerista o consumo sustentável²³.

20 A redação hodierna do dispositivo é a seguinte: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...]” (BRASIL, 1988).

21 “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...] IX - geradores de resíduos sólidos: pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que geram resíduos sólidos por meio de suas atividades, nelas incluído o consumo; [...]” (BRASIL, 2010).

22 “Principle 1 – Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations. In this respect, policies promoting or perpetuating apartheid, racial segregation, discrimination, colonial and other forms of oppression and foreign domination stand condemned and must be eliminated. Principle 2 – The natural resources of the earth, including the air, water, land, flora and fauna and especially representative samples of natural ecosystems, must be safeguarded for the benefit of present and future generations through careful planning or management, as appropriate.” (UNEP, 1972).

23 A Lei 12.305/2010 elenca expressamente o consumo sustentável dentre os objetivos da PNRS (BRASIL, 2010).

Enrique Leff, pautado pela racionalidade ambiental, afirma:

O princípio da sustentabilidade emerge no discurso teórico e político da globalização econômico-ecológica como a expressão de uma *lei-limite* da natureza diante da autonomização da lei estrutural do valor. A crise ambiental veio questionar os fundamentos ideológicos e teóricos que impulsionaram e legitimaram o crescimento econômico, negando a natureza e a cultura, deslocando a relação entre o Real e o Simbólico. A sustentabilidade ecológica aparece assim como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como uma condição para a sobrevivência humana e para um desenvolvimento durável, problematiza as formas de conhecimento, os valores sociais e as próprias bases da produção, abrindo uma nova visão do processo civilizatório da humanidade (2006, p. 133-134).

O princípio da ecoeficiência, por sua vez, nos termos literais da lei, resulta da:

compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta. (BRASIL, 2010).

Assim, o advento da EC 42/03 e da Lei 12.305/2010 acarretou, pela via do diálogo das fontes²⁴, o reconhecimento da hermenêutica consumerista harmonizada com os padrões ambientais da sustentabilidade e da ecoeficiência. Esses postulados passaram a integrar – se já não integravam – a principiologia do Direito do Consumidor, colocando em xeque os paradigmas metódico-epistemológicos tradicionalmente utilizados pela teoria jurídico-consumerista e libertando-a das amarras que a prendiam à tutela *para o* consumo, vinculada ao Direito Econômico do Desenvolvimento, redirecionado-a, doravante, à proteção *em face do* consumo, intimamente ligada ao Direito Humano ao Desenvolvimento.

6. A superação do modelo de consumo linear e os novos paradigmas metódico-epistemológicos da teoria consumerista

Acentuadamente a partir de meados do século XVIII, o método analítico cartesiano e o programa experimental baconiano impulsionaram o desenvolvimento científico e tecnológico que culminaram na Revolução Industrial e no crescimento exponencial dos padrões de produção e consumo. Essa guinada epistemológica marcou o fim do *Holoceno*, ciclo de aproximadamente dez mil anos de estabilidade ambiental, e o início de uma era denominada *Antropoceno*, o ciclo atual, caracterizado

24 A Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), estatui, em seu art. 7º, que “os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade” (BRASIL, 1990). Tal dispositivo propicia a utilização do método denominado *Diálogo das Fontes*, que permite aditar aos direitos previstos no microsistema consumerista outros previstos alhures (MARQUES, 2012).

pelo comprometimento da estabilidade do ecossistema global devido à ação humana (ROCKSTRÖM, 2009, p. 472).

No entanto, o paradigma epistemológico cartesiano-baconiano mostrou sinais de exaustão quando se percebeu que a economia não era um sistema fechado sobre suas pretensões e postulados. Representava, na verdade, subsistema agressivo que retira continuamente insumos de ecossistema limitado, para nele descartar indefinidamente resíduos da produção e do consumo (GEORGESCU-ROEGEN, 1975). Concebendo a aquisição de produtos e serviços como fenômeno linear restrito a si próprio, a ciência consumerista tradicional se limitou a elaborar a teoria jurídica da proteção dos consumidores *frente aos* fornecedores, produzindo uma compreensão reducionista e sectária, pautada na obsoleta visão cartesiano-baconiana do conhecimento (SAGASTI, 2000), que não leva em conta as gravíssimas externalidades negativas do consumo e contribui para o agravamento, em patamares insustentáveis, dos efeitos ambientais por ele causados (ROYAL SOCIETY, 2012).

Atualmente, confrontam-se relações sociais e jurídicas matizadas pela instabilidade e pela hipercomplexidade (BAUMAN, 2000), fato que impõe o reconhecimento da obsolescência dos parâmetros epistemológicos modernos metafísicos. As questões ambientais obrigam todos a pensar e agir em função de interesses futuros, relacionados aos agrupamentos sociais para além dos atuais, cujos titulares não são indivíduos, mas as gerações vindouras. Desse modo, Ignacy Sachs elencou, entre os aspectos fundamentais do ecodesenvolvimento, a “*solidariedade com as gerações futuras*” (1986), percebendo, pois, que a satisfação dos interesses atuais deve ser temporizada com a conservação ecológica que possibilite às gerações porvindouras lograrem atender suas próprias necessidades. A sustentabilidade do consumo o desprende do presente para integrá-lo prospectivamente ao futuro, permitindo relacioná-lo aos seus efeitos sobre o meio ambiente.

Outrora severamente apartados, os vários ramos do conhecimento científico não mais admitem separação hermética²⁵. Torna-se necessário intenso diálogo epistemológico do Direito do Consumidor com todas as ciências jurídicas e não jurídicas que analisam a questão ambiental (Direito Ambiental, Geociências, Química Ambiental, Engenharia Ambiental, Biologia, Ecologia, Sociologia Ambiental, etc.). Cada vertente da ciência antes caracterizada por método que lhe era exclusivo, agora perpassa mutuamente as demais, formando verdadeiro pluralismo metodológico (NORGAARD, 1989) e aportando o paradigma da sustentabilidade no conjunto do Direito do Consumidor, para salutar e efetiva integração transdisciplinar com as ciências

25 Ao abordar a estreita vinculação entre direito e arte, duas áreas antes tidas como absolutamente inconciliáveis, Richard Posner, remetendo-se ao movimento *Law and Literature*, afirma que “a progressiva dissolução das fronteiras entre as diferentes áreas do conhecimento é uma tendência cada vez mais forte no campo da pesquisa acadêmica em geral. Hoje, já não é tão fácil distinguir um sociólogo de um antropólogo, um estudioso da antiguidade clássica de ambos, um estudioso de teoria literária de um filósofo ou mesmo de um economista de um biólogo evolucionista. Esse enfraquecimento das linhas divisórias encontra-se tão avançado no estudo acadêmico do direito quanto em qualquer outro campo.” (2009, p. 496).

que se ocupam do meio ambiente, de modo a converter a tutela *para* o consumo em verdadeira proteção em face dos efeitos negativos do consumo.

Nesse contexto, é necessário encontrar a relação entre realidade e conhecimento, transcendendo a mera descoberta ou legitimação do real, em direção a novas matrizes sociais plurais e inclusivas. Assim, ao invés de conceber analítica e retrospectivamente a realidade, é necessário adotar nova concepção epistemológica que passe a abordá-la de maneira sistêmica, sistemática e prospectiva, comprometida com as gerações futuras, com os sujeitos sociais apartados do mercado e com a conservação do equilíbrio ambiental.

A epistemologia ambiental proposta por Enrique Leff (2010) propicia a internalização das externalidades ambientais do consumo no Direito do Consumidor, de modo a possibilitar a releitura de institutos consumeristas, direcionando-os também à proteção do meio ambiente²⁶. Essa postura epistemológica permite que se vislumbre o fenômeno do consumo como causa necessária e suficiente de inúmeros efeitos externos à relação fornecedor-consumidor. Do mesmo modo, essa ótica permite enxergá-lo para além das relações meramente lineares (massificadas ou não), baseadas no binômio fornecedor-consumidor, contextualizando-o doravante no contexto das relações em rede (DUPAS, 2003).

Na temática do desenvolvimento, o fato é que, em esfera sociojurídica, sua compreensão como fenômeno voltado para a garantia dos direitos humanos passou a integrar a lista histórica dos chamados direitos de solidariedade somente pelos anos oitenta do século passado, considerados em virtude das recentes plataformas emancipatórias (PIOVESAN, 2009, p. 16), que incluem aspirações éticas, morais, filosóficas, ambientais, entre outras metas voltadas para a distribuição equitativa e equilibrada dos benefícios e bens materiais produzidos no mundo, ampliando as possibilidades de fruição por indivíduos, comunidades e povos, como garantia do exercício de direitos humanos fundamentais, sem prejudicar as gerações futuras e a biodiversidade. Assim, a epistemologia ambiental e os princípios jurídico-consumeristas da sustentabilidade e da ecoeficiência impõem a modificação do modelo teórico imagético atualmente utilizado para a representação do consumo.

O novo modelo deverá considerar o consumo como fenômeno indissociavelmente ligado a toda a complexa rede de relações humanas, sociais, econômicas e ambientais que lhe antecedem e lhe sucedem, não se podendo continuar a contemplá-lo apenas como simples negócio jurídico limitado às partes que nele intervêm. Portanto, as relações submetidas ao regime jurídico consumerista devem ir além do modelo

26 São exemplos de institutos consumeristas cuja reinterpretação pode resultar em uma tutela em face do consumo: direito à educação voltada ao consumo sustentável (CDC, art. 6º, II); proibição de produtos e serviços sem padrões mínimos de ecoeficiência (CDC, arts. 10, 18, 19 e 20); exigência de rotulagem ambiental (CDC, art. 31) e caráter vinculante de seus termos (CDC, art. 30), responsabilização do fornecedor pelo dano ambiental decorrente de defeito de produto ou serviço (CDC, art. 12, e 14); coibição de práticas comerciais que estimulem o consumismo (CDC, art. 37, § 2º); atuação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor para a coibição de práticas comerciais não sustentáveis (CDC, art. 105 e 106), etc.

linear, cujos sujeitos se atêm aos fornecedores e consumidores, e que não consideram todas as pessoas afetadas pelas externalidades negativas anteriores ao consumo, como o exaurimento dos recursos naturais que servem de matérias-primas, a emissão de gases e líquidos tóxicos oriunda da produção, entre outros, tampouco as externalidades posteriores a ele, como os resíduos sólidos do consumo (e outros como o chorume, o líquido percolado, o gás metano etc.). Essa nova perspectiva metodológica, além de superar a visão linear do consumo, permite a reconstrução dos institutos jurídico-consumeristas a partir dos paradigmas principiológicos da sustentabilidade e da ecoeficiência, contextualizando o Direito do Consumidor na matriz teórica do direito humano ao desenvolvimento.

7. Conclusão

O *Direito Humano ao Desenvolvimento* padece de difícil implementação em bases procedimentais práticas. Sabe-se que ele se realiza em contexto de desenvolvimento plural, garantido prioritariamente pela redistribuição global dos recursos e pela participação dos sujeitos nas suas decisões, de modo que a Agenda 21 foi instituída, em 1992, para garantir plataformas de sustentabilidade ambiental e condições de progresso econômico pela via da boa governança democrática, com participação efetiva dos sujeitos na tomada de decisões e pluralismo de enfoques. No entanto, esse cenário se confronta com a epistemologia de bases modernas, de matriz cartesiano-baconiana, que resultou no monismo metodológico e na unidisciplinariedade característicos da teoria consumerista tradicional, assim, a mesma concepção linear que atinge o Direito do Consumo, levando esse ramo jurídico a estabelecer um tipo de tutela jurídica voltada *para o consumo*, atinge o Direito Humano ao Desenvolvimento, privilegiando mais claramente o arquétipo teórico vinculado ao *Direito Econômico do Desenvolvimento*.

O programa baconiano aliado à epistemologia cartesiana permitiu que os atuais padrões de produção e consumo ultrapassassem a capacidade de resiliência do ecossistema global, afetando-lhe o equilíbrio ecológico, comprometendo o bem-estar e mesmo a existência de gerações futuras. Do aprofundamento dessa crise, emergiram as propostas de uma nova racionalidade ambiental, com parâmetros metodológico-epistemológicos inovadores para as ciências em geral, com efeitos na teoria consumerista.

A epistemologia ambiental, ao invés de conceber analítica e retrospectivamente a realidade, aborda-a de maneira sistemática e prospectiva, com vistas à sua transformação na direção do equilíbrio ecológico. É necessário buscar uma nova relação entre realidade e conhecimento, transcendendo a mera descoberta ou legitimação do real, em direção a novas matrizes sociais plurais e inclusivas. No Brasil, do diálogo das fontes entre o CDC, a EC 42/03 e a LRS, emergiram as metas de sustentabilidade e a ecoeficiência como princípios do Direito do Consumidor, devendo este passar a se envolver (e se responsabilizar) com as externalidades negativas do consumo.

A nova principiologia, aliada aos paradigmas metódico-epistêmicos ambientais, permite romper com o modelo meramente linear de consumo, além de possibilitar o redirecionamento dos institutos jurídico-consumeristas também para a defesa do meio ambiente, de modo que, doravante, a tutela *para* o consumo se converta em verdadeira proteção *em face* do consumo, inserindo o Direito do Consumidor no contexto do *direito humano ao desenvolvimento*.

8. Referências

AFTALIÓN, Enrique; OLANO, Fernando García; VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980.

BACON, Francis. **Novum Organum**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979a. p. 5-231. (Os Pensadores).

BACHELET, Michel. **A Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidad Líquida**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-130.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Econômica. In: _____. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 11-43.

BOBBIO, Norberto. A Coerência do Ordenamento Jurídico. In: _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 71-114.

DESCARTES, René. **O Discurso do Método**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

DUPAS, Gilberto. Dilemas da liberdade na sociedade em rede: novos controles sociais. In: _____. **Tensões Contemporâneas entre o Público e o Privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 51-56.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; SILVA, Paulo Henrique Tavares da. Indicadores de Desenvolvimento e Direitos Humanos: da acumulação de riquezas à redução da pobreza. In: COUTINHO, Ana Luisa Celino. et. al (Coord.). **Direito, Cidadania e Desenvolvimento**. Florianópolis: Conceito, 2012.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Entre el Derecho Económico de Desarrollo y el Derecho Humano para Desarrollo: desafios para Brasil. In: RUBERT, Maria Belen

Cardona e CECATO, Maria Áurea Baroni (orgs.). **Ciudadanía y Desarrollo**. Albacete: Bomarzo, 2013a. p. 267-282.

_____. **Exclusão Social e Pobreza nas Interfaces entre o Direito Econômico do Desenvolvimento e o Direito Humano ao Desenvolvimento**. 2013b. Livro IPEA/ CONPEDI. No prelo.

_____. Direito Econômico do Desenvolvimento e Direito Humano ao Desenvolvimento: limites e confrontações. In: _____; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven. **Direitos Humanos Coletivos e Desenvolvimento: avanços e impasses**. 2013c. p. 109-154

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos Direitos do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 18-115.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. Energy and Economic Myths. **Southern Economic Journal**, Chattanooga, v. 41, n. 03, jan. 1975.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Introdução à História da Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores).

HOLLING, Crawford Stanley. Resilience and Stalility of Ecological Systems. **Annual Review of Ecology and Systematics**, v. 04, n. 01, p. 1-23, set. 1973.

JACOBS, Jane. **A Natureza das Economias**. São Paulo: Beca, 2001.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-RIO, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa** - Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 99-109.

LEFF, Enrique. **Epistemologia Ambiental**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. **Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. Campinas: Millennium, 2001.

NORGAARD, Richard B. A Base Epistemológica da Agroecologia. In: ALTIERI, Miguel. **Agroecologia: as bases científicas da agricultura alternativa**. Rio de Janeiro: PTA/FASE, 1989. p. 42-48.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: _____. **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2009, vol 1.

POSNER, Richard Allen. **Para além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

REIS, André Luiz Queiroga; SASSI, Roberto; ANDRADE, Maristela Oliveira de. Considerações e Reflexões sobre o Termo Sustentabilidade. In: FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes (Org.). **Direito Econômico da energia e do Desenvolvimento: ensaios interdisciplinares**. São Paulo: Conceito, 2012. p. 99-115.

ROCKSTRÖM, Johan. et al. A safe operating space for humanity. **Nature**. v. 461, p. 472–475, set. 2009.

ROYAL SOCIETY. **People and the planet: The Royal Society Science Policy Centre report 01/12**. Londres: The Royal Society, 2012.

SACHS, Ignacy. **Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir**. São Paulo: Vértice, 1986.
_____. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SAGASTI, Francisco. The twilight of the Baconian age and the future of humanity. **Futures**, ISSN: 0016-3287, v. 32, ago. 2000, p. 595-602.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

THOMAS, Janet M.; CALLAN, Scott, J. **Economia Ambiental: aplicações, políticas e teoria**. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

TORRÉ, Abelardo. **Introducción al Derecho**. 7. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1977.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos humanos e desenvolvimento: evolução e perspectiva do direito ao desenvolvimento como um direito humano. In: _____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003. v. 2. p. 261-329.

UN – UNITED NATIONS. **World population prospects: the 2010 revision**. Department of Economic and Social Affairs: New York, 2011.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 out. de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 Maio 2013.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 set 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 Maio 2013.

_____. **Lei n.º 12.305, de 02 ago. 2010.** Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 14 Maio 2013.

NOAA – NATIONAL OCEANIC E ATMOSPHERIC ADMINISTRATION. Carbon Dioxide at NOAA's Mauna Loa Observatory reaches new milestone: Tops 400 ppm. Disponível em <<http://www.esrl.noaa.gov/news/2013/CO2400.html>>. Acesso em 06 Jun 2013.

UN – UNITED NATIONS. **Resolutions and Decisions of the Economic and Social Council E/1995/95, 1995.** Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/148/51/IMG/N9614851.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 14 Maio 2013.

UNEP – UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, 05-16 jun. 1972.** Disponível em: <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>>. Acesso em: 14 Maio 2013.

WWF – WORLD WILDLIFE FUND. **Living Planet Report 2012.** Disponível em: <http://awsassets.panda.org/downloads/1_lpr_2012_online_full_size_single_pages_final_120516.pdf>. Acesso em: 14 Maio 2013.



RESPONSABILIDADE CIVIL

15

PRESCRIÇÃO E REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Daniel Bucar
Daniele Chaves Teixeira

SUMÁRIO: 1. Breve Delimitação do Problema – 2. O Dano Moral. O Atual Estado da Arte – 3. Função da Prescrição e a Reparação do Dano Moral – 4. Conclusão.

1. Breve Delimitação do Problema

Dentre os atributos não expressos no art. 11 do Código Civil de 2002, a doutrina, em sua ampla maioria, aponta como características típicas dos direitos da personalidade a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter absoluto e a imprescritibilidade¹. Este último atributo, no entanto, parece entrar em confronto com a segurança das relações jurídicas, cujo valor, refletido sob a ótica dinâmica do fator temporal, encontra na prescrição locus próprio para assentar situações pretéritas e lesivas não reclamadas².

Será, portanto, a partir do estudo de ambos eventos (imprescritibilidade dos direitos da personalidade e prescrição) que a presente exposição se pautará, de forma a buscar - quem sabe? - uma proposta de disciplina viável para a reconstrução da suposta divergência.

1 DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Código Civil. In Gustavo Tepedino (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 47.

2 Sobre prescrição e segurança jurídica: “o direito exige que o devedor cumpra o obrigado e permite o sujeito ativo valer-se da sanção contra quem quer que vulnere o seu direito. (...) mas, se ele [credor] se mantém inerte, por longo tempo, deixando que se constitua uma situação contrária a seu direito, permitir que mais tarde reviva o passado é deixar um perpétua incerteza a vida social”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 684.

2. O Dano Moral. O Atual Estado da Arte

Dentre os efeitos da violação dos direitos da personalidade, a doutrina indica o dano moral como consequência lógica desta espécie de lesão. Sua configuração, ou não, tão somente pela violação destas situações existenciais, é questão problemática em doutrina.

Com efeito, é possível encontrar nos debates acadêmicos cinco compreensões acerca desta lesão extrapatrimonial: i) o dano moral como a “dor”, o “sofrimento”, a “humilhação”, o “vexame”³; ii) o dano moral como lesão residual⁴; iii) o dano moral como lesão aos direitos subjetivos da personalidade (tipicidade e atipicidade)⁵; iv) o dano moral a partir dos efeitos da lesão, seja esta direcionada a um bem patrimonial, seja dirigida a um bem não patrimonial⁶ e v) o dano moral definido como os atos que violam a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana consubstanciada no art. 1º, III da Constituição da República⁷.

No entanto, tendo em conta que as situações existenciais enfrentadas pelo indivíduo em sua complexa experiência humana não comporta redução em textos legislativos descritivos (e, muito menos, típicos), é de se adotar o acolhimento desta miríade de aspirações pela cláusula geral de tutela da pessoa humana, a qual, uma vez violada, permitirá ao ofendido buscar reparação, seja de cunho material (obrigação de dar), seja através de tutela específica (obrigações de fazer ou não fazer), consagrada no art. 12. do Código Civil. Quanto a este ponto, é necessária a abertura de um parêntese para refletir sobre a forma de correção, ou não, da situação existencial violada. Trata-se, em verdade, de buscar uma compreensão da natureza da reparação da lesão.

3 A grande maioria da doutrina e jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro utilizam esse conceito para dano moral.

4 Teoria adotada por Silvio Rodrigues que afirma que o dano moral é “quando o prejuízo experimentado pela vítima não repercute na órbita de seu patrimônio. É a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, mas que não envolve prejuízo material”. Conforme RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, vol.4, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 163.

5 O conceito de dano moral para Carlos Alberto Bittar é quando os danos qualificam-se “em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da intimidade e da consideração social). In: BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*, 3ª ed., São Paulo: RT, 1997.

6 Segundo José de Aguiar Dias “a distinção entre dano patrimonial e dano moral não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. Tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a bem não patrimonial, como dano moral por efeito da ofensa a bem material”. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 740.

7 Para Maria Celina Bodin de Moraes “o dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral da tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana). MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 132-133.

Nesse sentido, releva questionar a natureza da pretensão reparatória, que pode ser: i) compensatória; ii) dúplice: compensatória/punitiva; iii) reparação não pecuniária.

A natureza puramente compensatória da reparação do dano moral sofrido encontra larga guarida no art. 944 do Código Civil, dispositivo que também serve de fundamento para afastar o suposto caráter punitivo de sua indenização. Conforme a incisiva crítica de Anderson Schreiber, a pretensão de se imputar o caráter sancionatório na indenização, tal como vem ocorrendo em certos julgados no Brasil, acarreta em “uma espécie bizarra de indenização, em que o responsável não é dado conhecer em que medida esta sendo apenado e em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto”⁸. No mesmo sentido Maria Celina Bodin de Moraes sustenta sobre a incompatibilidade do instituto, tal como aplicado, sem previsão legislativa, com os sistemas jurídicos romano-germânico⁹.

Por outro lado, diante da difícil tarefa de se quantificar a compensação à lesão moral, a reparação não pecuniária vem crescendo como uma alternativa. Anderson Schreiber, com efeito, aponta a tendência de formas não pecuniárias de reparação ao afirmar que as dificuldades em torno da indenização monetária do dano moral revelam-se como verdadeiros obstáculos para a compensação na medida da extensão do dano. Nesse sentido, afirma Schreiber:

a doutrina e a jurisprudência de toda a parte despertarem para a necessidade de desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação. Tais meios não necessariamente vem substituir ou eliminar a compensação em dinheiro, mas se associam a ela no sentido de efetivamente aplacar o prejuízo moral e atenuar a importância pecuniária no contexto da reparação¹⁰.

A alternativa, por certo, apresenta-se como superação da tormentosa tarefa de se quantificar a compensação, que, não em raras oportunidades, atenta contra os interesses do próprio ofendido. Para a árdua tarefa de arbitramento da compensação

8 Ainda o autor em sua crítica “a incorporação dos *punitive damages* pela prática judicial brasileira traz, ainda consideráveis inconsistências face ao princípio de proibição ao enriquecimento sem causa – já que a quantia paga a título de punição vem, inexplicavelmente, atribuída à vítima -, além de ferir frontalmente a dicotomia entre ilícito civil e ilícito penal, aplicando penas sem balizamento legal, sem as garantias processuais próprias e sem a necessária tipificação prévia das consultas reprováveis.” SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2009, p. 205-206.

9 Segundo Maria Celina Bodin de Moraes “o instituto dos *punitive damages* constitui-se, em sistemas jurídicos como o nosso, numa figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal, pois que tem o objetivo precípua de punir o agente, embora o faça através de uma pena pecuniária que deve ser paga a vítima. Tal caráter afitivo, aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos extrapatrimoniais, coloca em risco princípios fundamentais de sistemas jurídicos que tem na lei a sua fonte normativa, na medida em que se passa e aceita a ideia, extravagante à nossa tradição, de que a reparação não se constitui mais como o fim último da responsabilidade civil, mas a ela se atribuem, também, como intrínsecas, as funções e discussão, de castigo e prevenção. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Op. cit., p. 37

10 SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2009, p. 192.

são utilizados: i) os critérios tradicionais: intensidade do dano; grau de culpa do lesante; capacidade econômica do ofensor; a condição social e econômica da vítima; ii) o papel da razoabilidade; e iii) a dicotomia entre o arbitramento judicial e o tarifamento legislativo (o PL n. 523/2011).

Quanto aos critérios tradicionais, merece destaque a crítica que parte da doutrina faz aos aspectos relativos à condição social e econômica da vítima. Carlos Roberto Gonçalves, a propósito, afirma que esse critério causa “a princípio, certa perplexidade, podendo ser indagado em que medida teria influência sobre a dimensão do sofrimento por ele (ofendido) experimentado. Indagam alguns se a dor do pobre vale menos que a do rico”.¹¹ Vale ressaltar, que o Superior Tribunal de Justiça perfilha este entendimento, tal como decidido no Recurso Especial n. 700.899/RN, que afirma não só a capacidade econômico-financeira da vítima é critério de análise como também do ofensor¹².

Em posição crítica a este parâmetro, Maria Celina Bodin de Moraes entende que às condições econômicas da vítima não devem servir de parâmetro da determinação do quantum debeatur, segundo a autora

se a sua dignidade foi lesionada, tornar-se-ão mais objetivamente apreciáveis os fatores individuais a serem levados em consideração pelo juízo de reparação. Sob esta ótica, ficariam desde logo excluídos quaisquer critérios que tenham como parâmetros as condições econômicas ou o nível social da vítima, não se coadunando com a noção de dignidade, extrapatrimonial na sua essência, critérios patrimoniais no juízo de reparação¹³.

O papel da razoabilidade é outro ponto importante na quantificação do dano moral. Sergio Cavaliere relata que tanto para o dano moral, como para o lucro cessante, o princípio da razoabilidade é essencial ao afirmar que “a indenização do dano moral é, também, baseada no princípio da razoabilidade. E razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional”¹⁴.

11 Ainda nesse sentido o autor continua seu raciocínio “É evidente o sofrimento moral dos afortunados não é mais profundo do que o das demais pessoas. Porém, o critério de se atentar para a situação econômica do lesado, no arbitramento dos danos morais, pode ser utilizado porque, como já ressaltado, a reparação não deve buscar uma equivalência com a dor, mas ser suficiente para trazer o consolo ao beneficiário, uma compensação pelo mal que lhe causaram. (...) Enfim, os bens da vida capazes de consolar ou compensar a dor do lesado de modesta condição social e econômica são, também de menor valor”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 595.

12 STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp n. 700.899/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 19/02/2008. “Não só a capacidade econômica-financeira da vítima é critério de análise para o arbitramento dos danos morais, sendo levado em conta, também, à míngua de requisitos legais, a capacidade econômica-financeira do ofensor, as circunstâncias concretas onde o dano ocorreu e a extensão do dano.

13 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Op. cit., p. 189-190.

14 Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. Responsabilidade Civil do transportador – Quantificação e limites do Dano Moral e Material. *Revista Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro, dezembro de 2010, p. 28.

Dois julgados, também do Superior Tribunal de Justiça, parecem adotar o critério da razoabilidade: Recurso Especial n. 1.164.402/MT¹⁵ e o Recurso Especial n. 1.224.407/PR¹⁶. As decisões abordam a redução do quantum da indenização por danos morais com fundamento na aplicação do referido parâmetro. Com efeito, enquanto no primeiro julgado, a Corte, à luz da vedação ao enriquecimento ilícito e por meio de um juízo de razoabilidade, reduziu o valor da indenização pelos danos morais sofridos de R\$ 300.000,00 para R\$ 83.000,00. O outro acórdão, por sua vez, decidiu ser equilibrado e justo o valor de R\$ 60.000,00 arbitrado na sentença a título de danos morais aos autores.

Por fim, a tentativa de tarifamento legislativo¹⁷, em oposição ao arbitramento judicial, não merece acolhida. Com efeito, situações existenciais não merecem ser monetizadas, sob pena de violação de sua própria razão existencial. Patrimonializar experiências humanas é reduzir a complexidade de condutas díspares numa tentativa de padronização do comportamento humano. Não é, em definitivo, a axiologia do projeto constitucional levado a cabo desde a promulgação da Constituição de 1988, a qual fez prevalecer as situações existenciais por sobre aquelas patrimoniais, na medida em que coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da própria da República (art. 1º, III, CR).

3. Função da Prescrição e a Reparação do Dano Moral

O tempo é um fato natural juridicamente relevante. O tempo, como assinala Caio Mário “domina o homem, na vida biológica, na vida privada, na vida social e nas relações civis¹⁸”. E arremata o mestre: “sob diversos aspectos, e em diversas oportunidades, o direito atenta para a circunstância temporal: ao disciplinar a eficácia da lei, estatui as normas a que subordina o começo e o fim da vigência; ao tratar das modalidades do negócio jurídico, cuida do termo inicial ou final, a que sujeita o exercício do direito; e dita as regras a serem observadas na contagem do prazo¹⁹”.

Pois bem. Diante da já apontada relevância da prescrição para fins de segurança jurídica, o questionamento que se coloca, à luz do atributo da imprescritibilidade dos direitos da personalidade, é se a pretensão de reparação civil decorrente de dano moral prescreve. Pode-se encontrar em doutrina três perspectivas para a resposta. São elas: i) a reparação prescreve, pois a imprescritibilidade dos direitos da personalidade não abarca a pretensão reparatória decorrente de sua violação; ii) a noção

15 STJ, REsp n. 1.164.402/MT, 2a Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 07/04/2011.

16 STJ, Ag Rg no Recurso Especial n. 1.224.407/PR, 2a Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/10/2011.

17 Vale lembrar que, em certa oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça, através de matéria veiculada por sua assessoria de imprensa, fez conhecer parâmetros - quase tarifados - de valores de indenização por dano moral, o que ocasionou fervorosas críticas da doutrina. Vide a matéria em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679. Acessado em 20.07.2013.

18 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 685.

19 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 685.

de prescrição “insegura” e a distinção entre as formas de reparação e iii) o não convalidamento da lesão geradora de dano moral e a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória.

Em relação à primeira perspectiva, Humberto Theodoro Jr se posiciona favoravelmente à prescritibilidade da reparação, o que faz com base nos seguintes argumentos:

por pressupor a prescrição uma forma de abandono ou renúncia por parte do titular, não se sujeitam à prescrição as pretensões decorrentes de direitos indisponíveis, sobre as quais o titular não pode praticar nenhum ato de disposição, transferência ou renúncia, como se dá com os direitos da personalidade, direito de estado e, em geral, com os direitos derivados das relações de família²⁰.

Já para o segundo critério, quanto à denominada noção de prescrição “insegura”, releva, na realidade, a “insegurança” na incidência da prescrição em algumas hipóteses específicas, conforme análise desenvolvida por Gustavo Kloh. O autor, com efeito, afirma que se deve analisar os momentos que se entende incidir um prazo prescricional, sopesando de sobremaneira os efeitos decorrentes do reconhecimento desse fato jurídico²¹. Com efeito, o autor afirma “há, todavia, uma seara na qual resta patente que a consolidação da lesão por meio da incidência da prescrição revelar-se-ia um equívoco”²². Dentre estas hipóteses, com efeito, sobressai a disciplina do direito ao esquecimento, o qual justamente tutela os dados da pessoa após a decorrência de certo prazo.

Quanto às formas de reparação, segundo Gustavo Kloh, a solução é que se busque preservar o direito constitucionalmente consolidado à reparação da violação ao direito de personalidade, sem que se considere imprescritível qualquer consequência que se origine dessa violação²³. Assim, continua o autor desenvolvendo seu raciocínio “qualquer reparação que não consista em prestação não prescreverá”²⁴.

20 Ainda no mesmo sentido o autor complementa que “submetem-se, contudo, aos efeitos da prescrição as pretensões que decorrem de direitos indisponíveis, como as de reclamar prestações alimentícias e as de exigir reparação pelo dano moral oriundo de ofensa ao direito da personalidade (embora sejam, em si, inalienáveis e imprescritíveis o direito de alimentos e o direito à honra)”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Dos defeitos do negócio jurídico ao final do Livro III – arts. 185 a 232, vol. III, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 166-167.

21 NUNES, Gustavo Kloh Müller. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 55.

22 Cf. “Trata-se dos casos em que a prescrição, outrossim, seria “insegura”, admitindo-se uma concepção material de segurança”. NUNES, Gustavo Kloh Müller. *op.cit.* p. 55.

23 NUNES, Gustavo Kloh Müller. *op.cit.* p. 58.

24 Outras soluções podem ser ventiladas segundo o autor, como, por exemplo, “a garantia constitucional do art. 5º, X, não encontra prazo para seu exercício, sendo sempre possível exigir que, se por um lado não ‘indenize’ propriamente (vimos o pensamento predominante no Superior Tribunal de Justiça), por outro lado se possa evitar que a lesão se perpetue por meio da integridade física, ou ainda um desagravo para aquele que teve a sua honra violada, haverá sempre interesse constitucionalmente a ser tutelado, uma vez que, desse modo, torna-se possível escapar da *ratio* do direito das obrigações”. NUNES, Gustavo Kloh Müller. *op.cit.* p. 59. Questiona-se, no entanto, se tais medidas não representam, de certa forma, prestações diversas das obrigações de dar (reparação pecuniária), como a obrigação de fazer ou não fazer.

Por fim, no terceiro aspecto da pretensão de reparação civil de dano moral quanto a sua prescrição, Tepedino, Barboza e Bodin de Moraes abordam a perspectiva do não convalhecimento da lesão geradora de dano moral e a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória ao afirmar que

não há dúvida de que as pretensões ressarcitórias, em regra, se sujeitam à prescrição e não se confundem com os direitos imprescritíveis, em si considerados. O que diferencia, entretanto, os chamados direitos da personalidade, e os fazem imprescritíveis, é que a sua violação não se regenera, afastando-se a tríade, típica das relações jurídicas patrimoniais: dano-reparabilidade-prescrição²⁵

Ainda no mesmo sentido, os autores afirmam que “a lesão à imagem, à privacidade ou à honra jamais se convalhece: a antijuricidade atua de maneira contínua contra a dignidade da pessoa humana. Daí dizer-se que a violação se preserva enquanto a personalidade estiver atingida, seguindo-se pretensões ressarcitórias sempre atuais”²⁶.

Vale lembrar a posição de Gustavo Tepedino, o qual, ao tratar da imprescritibilidade como característica dos direitos da personalidade, ensina que “a imprescritibilidade impede que a lesão a um direito da personalidade, com o passar do tempo, pudesse convalhecer, com o perecimento da pretensão ressarcitória ou reparadora”²⁷.

Contudo, tal entendimento - imprescritibilidade da pretensão reparatória pecuniária - não é abraçado pela jurisprudência brasileira. O Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, já decretou a prescrição da pretensão reparatória, merecendo destaque, neste sentido, dois expressivos julgados.

No Recurso Especial n. 1.184.880/RR²⁸, em que se cuidou da responsabilidade civil do Estado em decorrência da morte de presidiário em estabelecimento prisional, a Corte Especial reconheceu a prescrição da pretensão com base na aplicação do Decreto n. 20.910/32, cujo diploma prevê em seu art. 1ª prescrição quinquenal de qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a natureza, a partir do ato ou fato do qual se originou.

25 Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; e BODIN de MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado, Conforme a Constituição da República*, vol. I, Parte Geral e Obrigações (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 361.

26 Continuam os autores “Configura-se a hipótese da perda de um ente querido. Não se deve ter em mente o momento (inicial) da lesão, isto é, a morte, para a contagem do prazo prescricional para o ressarcimento dos danos morais, pois este mecanismo reduziria o atentado à dignidade humana ao resultado patrimonial dele imediatamente produzido. Se a dignidade humana foi atingida, a casa dia se renova e intensifica a violação à ordem jurídica representada pelo ato danoso, daí resultando a atualidade escancarada da pretensão e, em consequência, a sua imprescritibilidade.” TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; e BODIN de MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado, Conforme a Constituição da República*, vol. I, *Op. cit.*, p. 361.

27 TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 34.

28 STJ, AgRg no Recurso Especial n. 1.184.880/RR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17 de junho de 2010.

Também merece destaque o acórdão proferido no Recurso Especial n. 313.888/SP, que versou sobre a indenização por danos morais e materiais que atingiram um menor de oito anos, o qual, vítima de atropelamento, perdeu o olho direito. O voto do Ministro Castro Meira que tratou de lesão à direito fundamental, consubstanciado na proteção que se confere à integridade física, deve ser afastada a regra do art. 1º²⁹ do Decreto n. 20.910/32, para se utilizar a aplicação ao art. 177 do CC revogado, que estabelece a prescrição vintenária para as ações de caráter pessoal³⁰. Já no voto da Ministra Eliana Calmon relata que “por mais lamentável que seja o episódio, por mais carente que seja a vítima, não vislumbro a excepcionalidade para dizer que foi infringido direito fundamental. Se assim for, tudo passa a ser direito fundamental, a vida, a integridade física, a personalidade, etc, de tal forma que na prática acabaríamos com a prescrição quinquenal”³¹.

No entanto, não obstante o direcionamento da jurisprudência da Corte no sentido da possibilidade de prescrição da reparação indenizatória de danos morais, é bem de ver que o próprio Superior Tribunal de Justiça relativizou seu entendimento quando se está diante de tortura. Neste sentido, parece que graduando a lesão para avaliar a possibilidade de prescrição, ou não, o acórdão proferido no Recurso Especial n. 1.165.986/SP³² assentou que:

(...)

4. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

5. Consectariamente, não há falar em prescrição da ação que visa implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.

O posicionamento expresso neste julgado, embora, como se advertiu, pareça graduar a lesão a uma situação existencial para decidir pela prescritibilidade, ou não, as razões utilizadas como pano de fundo muito se assemelham ao fundamento do entendimento doutrinário quanto a não ocorrência de prescrição da reparação indenizatória dos danos morais: ambos convergem na proteção da dignidade da pessoa humana, cuja força de tutela não permitiria extinguir a pretensão compensatória.

29 Art. 1º do Decreto n. 20.910/32 estabelece que “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.”

30 Voto – Vista da Ministro Castro Meira no REsp n. 313.888/SP.

31 Voto – Vista da Ministra Eliana Calmon no REsp n. 313.888/SP.

32 STJ, Recurso Especial n.1.165.986/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 04 de fevereiro de 2011.

4. Conclusão

Após análise do atual estado da arte doutrinário e jurisprudencial do dano moral e sua reparação, bem como a possibilidade, ou não, da prescrição nas mesmas fontes, os autores do presente ensaio não lograram convergir quanto a um posicionamento único.

Ao passo que a doutrina civil constitucional se inclina em direção à imprescritibilidade da reparação pecuniária, o que de certo, prestigia a plena tutela da dignidade da pessoa humana através da aplicação de sua cláusula geral de proteção, de outro lado, pesa como fundamento à obstar o referido entendimento a necessidade de se imputar dinamismo à patrimonialidade e - porque não - às próprias situações existenciais, fazendo com que haja não apenas segurança jurídica quanto ao não exercício da pretensão pelo ofendido, mas também na possibilidade de se esquecer situações pretéritas, desatrelando o fio da vida das correntes do passado.

O debate, como se vê, permanece quanto à reparação pecuniária, mas em um ponto convergem. A reparação não pecuniária, da qual decorre, inclusive, as ações de estado e a nova formatação do direito ao esquecimento, esta, definitivamente, não há de prescrever.

16

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS

Fernanda Nunes Barbosa¹
Renata Vilela Multedo²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A ampliação da tutela dos interesses difusos e coletivos no direito brasileiro – 3. A natureza dos danos extrapatrimoniais coletivos e a impossibilidade da mera transposição da doutrina do dano moral – 4. A tutela dos interesses extrapatrimoniais coletivos nas relações de consumo e o papel da responsabilidade civil – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. Introdução

As transformações ocorridas no direito da responsabilidade civil, bem como a variedade de funções que esta vem exercendo na contemporaneidade, evidenciam um duplo fenômeno: a conquista de uma maior proteção à pessoa humana, de um lado, e a ausência de critérios na seleção dos interesses envolvidos, de outro, possibilitando com isso a associação de qualquer interesse à dignidade da pessoa humana para fins de indenização, numa evidente inversão dos valores constitucionais³.

1 Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestrado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, 2004). É professora (licenciada) adjunta - nível I - do Centro Universitário Ritter dos Reis/Laureate University (campus Porto Alegre). Advogada, tem experiência na área de Direito Privado, atuando principalmente nos seguintes temas: responsabilidade civil, consumidor, teoria dos contratos civis e empresariais, direito autoral e direito de família.

2 Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. MBA em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professora de Direito Civil do Grupo IBMEC-Rio, da Pós-graduação em Direito Privado Patrimonial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, da Pós-graduação em Direito Civil Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Sócia do escritório Bodin de Moraes, Vilela & Fernandes advogados. Áreas de atuação: Contratos, Responsabilidade Civil, Direito Empresarial, Falência e Recuperação de Empresas, Família e Sucessões.

3 Stefano Rodotà. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 17.

O fato é que a proliferação de novos danos requer uma investigação mais profunda acerca das funções atribuídas à responsabilidade civil (também chamada *Direito de danos*), sobretudo diante do risco de banalização do dano moral e da mercantilização dos interesses existenciais, haja vista “que a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter hoje como único limite a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência”⁴.

Com efeito, a responsabilidade civil vem atuando como uma primeira forma de tutela de interesses que se encontram à margem do direito positivado⁵, e por conta disso é que o direito da responsabilidade civil vem sendo antes de tudo jurisprudencial. Os magistrados são os primeiros a sentirem as mudanças sociais⁶ e são demandados, por meio de suas decisões, a dar respostas aos novos interesses trazidos pela sociedade. Daí dizer-se que a responsabilidade é hoje um conceito-chave, cujo papel tem sido, especialmente no Brasil, o de contornar demandas sociais reprimidas ao longo de nossa história.

Foi justamente nesse contexto que surgiram novos interesses dignos de tutela. Novos “não apenas por derivarem de situações fáticas inéditas, mas principalmente porque, apresentando uma natureza extrapatrimonial ou coletiva, vêm exigir a revisão dos meios tradicionais de tutela do direito privado forjados sob uma ótica essencialmente patrimonial e individualista”⁷. Este é o caso dos chamados danos morais coletivos, que em variadas hipóteses vêm ganhando espaço nos tribunais brasileiros, mas seu reconhecimento é ainda polêmico no próprio STJ⁸.

As dificuldades que giram em torno do tema vão muito além, pois quando o assunto é a reparação de danos de ordem extrapatrimonial, a doutrina se mostra unânime em relação à dificuldade que permeia tanto o processo de qualificação como principalmente o de quantificação dos danos⁹. Indubitavelmente, muitas são as celeumas que ainda precisam ser seriamente enfrentadas em relação ao tema.

Sob esse prisma, importante mencionar que o presente artigo, que tem como marco teórico a constitucionalização do direito civil, objetiva provocar uma reflexão quanto à necessidade de se dispensar um estudo aprofundado com o objetivo de

4 Stefano Rodotà. *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 79.

5 Stefano Rodotà. Entrevista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 11, jul.-set. 2002, pp. 287-288.

6 Maria Celina Bodin de Moraes. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos na responsabilidade civil. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 323.

7 Gustavo Tepedino; Anderson Schreiber. “As penas privadas no direito brasileiro”. In: Sarmiento, Daniel; Galdino, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 499-525, p.522.

8 Em recente notícia o STJ divulgou o avanço da matéria na jurisprudência do STJ, destacando que “caso a caso, os ministros analisam a existência desse tipo de violação, independentemente de os atos causarem efetiva perturbação física ou mental em membros da coletividade”. *Dano moral coletivo avança e inova na jurisprudência do STJ*. Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106083. Acesso em 17 jun. 2012.

9 Ver por todos, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 270 e ss.

edificar uma categoria específica para a conceituação e qualificação dos danos extrapatrimoniais que não atingem a pessoa humana.

2. A ampliação da tutela dos interesses difusos e coletivos no direito brasileiro

O legislador constituinte dedicou especial atenção à tutela dos interesses difusos e coletivos. Não só ressaltou, em diversas passagens do texto constitucional, o caráter coletivo e social de diversos direitos materiais, como ampliou os meios processuais de tutela de interesses metaindividuais¹⁰.

O fundamento infraconstitucional para tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito brasileiro encontra-se na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)¹¹ e no Código de Defesa do Consumidor¹². O artigo 117 do CDC integra ainda, de forma absoluta, os dois diplomas legais e o art. 83 dispõe “que para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

O CDC divide ainda em seu artigo 6º, inciso VI, os direitos do consumidor em relação à prevenção e à reparação, dispondo que “são direitos básicos do consumidor: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;” e o inciso VII do mesmo dispositivo prevê “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos [...]”.

Segundo a Ministra do STJ Nancy Andrigui, uma das consequências dessa evolução legislativa seria o reconhecimento de que “nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado. Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extrapatrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos”¹³.

10 A Constituição de 1988 instituiu o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); possibilitou aos sindicatos e associações defender em juízo interesses da respectiva coletividade (art. 5º, XXI e 8º, III); ampliou o objeto da ação popular (art. 5º, LXXIII); aumentou o número de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, finalmente, fez referência expressa à ação civil pública, para a proteção do “patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, cuja promoção é função institucional do Ministério Público, sem exclusão de outros entes (art. 129, III e § 1º).

11 O art. 1º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) com redação dada pela Lei 8.884/94 dispõe que “Regem-se, pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica”.

12 Já o art. 6º, inciso VI, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) prevê que “são direitos básicos do consumidor: a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (...)”.

13 STJ. REsp 636.021, 3ªT, Rel. Min. Nancy Andrigui, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, DJ 06/03/2009.

Ricardo Lorenzetti observa que “na medida em que se reconhecem bens coletivos, há também um dano dessa categoria derivado da lesão desse bem. A titularidade da pretensão ressarcitória não é individual porque o bem afetado não o é; é grupal no caso em que se tenha concedido a um grupo a legitimação para atuar ou, ainda, que seja difusa”¹⁴.

O avanço legal da proteção aos interesses extrapatrimoniais coletivos também é destacado por Xisto Tiago de Medeiros Neto

A ampliação dos danos passíveis de ressarcimento reflete-se destacadamente na abrangência da obrigação de reparar quaisquer lesões de índole extrapatrimonial, em especial as de natureza coletiva, aspecto que corresponde ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade de nossos dias. Atualmente, tornaram-se necessárias e significativas para a ordem e a harmonia social a reação e a resposta do Direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses: juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade. Ou seja, adquiriu expressivo relevo jurídico, no âmbito da responsabilidade civil, a reparação do dano moral coletivo (em sentido lato)¹⁵.

O diploma consumerista diferencia ainda, em seu artigo 81, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, considerando que

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum ¹⁶.

No entanto, fundamental e elucidativa é a distinção realizada por Leonardo Bessa entre a tutela dos direitos individuais homogêneos e a tutela dos direitos difusos e coletivos. Como esclarece o autor, a tutela dos direitos individuais homogêneos, instituída sob a inspiração das *class actions for damages* do direito norte-americano, objetiva o ressarcimento dos danos (morais e materiais) pessoalmente sofridos em decorrência do mesmo fato. Dessa forma, não se vincula à tutela dos direitos difusos

14 *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp.217-218.

15 *Dano moral coletivo*. São Paulo, LTr, 2004, p. 134.

16 Heloisa Carpena exemplifica os danos difusos como aqueles decorrentes de hipóteses de propaganda abusiva ou enganosa; os coletivos *stricto sensu*, decorrentes de contratos de adesão; e individuais homogêneos, como aqueles identificados nas demandas ajuizadas por vício de qualidade de produtos sempre em que for alcançada a esfera individual de cada um dos membros de uma coletividade atingida por conduta, os quais farão jus à indenização também individualizada, mediante a comprovação da extensão do dano e do nexo causal, feita oportunamente em liquidação de sentença. (Heloisa Carpena. Questões atuais sobre o ressarcimento do dano moral coletivo. In: Martins, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.225).

e coletivos, uma vez que se trata apenas “de um aproveitamento do provimento jurisdicional coletivo para posterior liquidação de um dano individual. [...] No caso, o pedido de condenação genérica pode abranger os danos materiais e morais. Mas na hipótese, é bom ressaltar, não se trata, à evidência, de *dano moral coletivo* e sim de *soma* de danos morais individuais”¹⁷.

3. A natureza dos danos extrapatrimoniais coletivos e a impossibilidade da mera transposição da doutrina do dano moral

Conceito bastante difundido em doutrina é aquele que qualifica o chamado “dano moral coletivo” como “a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”¹⁸.

Já Antonio Junqueira de Azevedo refere-se ao dano moral coletivo como um “dano social”, definindo-o como “um ato que atinge a toda a sociedade num rebaixamento imediato do nível de vida da população. [...] Isto é particularmente evidente quando se trata da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra de confiança, em situações contratuais ou extracontratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva de vida”¹⁹.

A natureza pública dos interesses difusos e coletivos é também ressaltada em doutrina para destacar a importância da distinção entre a tutela da pessoa humana individualizada e a tutela dos valores de uma determinada comunidade. Nesse sentido, Luiz Gustavo Grandinetti Carvalho define o dano moral coletivo como um dano não patrimonial a interesse difuso e ressalta que “quando se protege o interesse difuso, o que se está protegendo, em última instância, é o interesse público”²⁰. Destaca o autor que

o interesse público pode ser tutelado pelo modo clássico de tutela dos interesses públicos, tipificando-se a conduta do agente causador do dano como crime e sancionando com uma pena criminal, mas pode ocorrer, por razões várias, que o ordenamento jurídico não tipifique tal conduta como crime, caso em que os instrumentos próprios para a proteção de interesses privados acabam assumindo nítida função substitutiva da

17 Leonardo Roscoe Bessa. Dano moral coletivo, *Revista de Direito do Consumidor* n. 59. São Paulo, Revista dos Tribunais, jul-set, 2006, pp. 85-86.

18 Carlos Alberto Bittar Filho. Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor* n. 12. São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez, 1994, p. 55. No mesmo sentido e em abordagem voltada ao dano ambiental, Patrícia Ribeiro Serra VIEIRA. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 105 e seg.

19 Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.19, jul./set. 2004, p.215.

20 Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo). *Revista da Emerj*. V. 3, n. 9, 2000, pp. 24-31.

sanção penal; [...] Com essa conformação e preocupação, surge o recém denominado dano moral coletivo, o qual deixa a concepção individualista caracterizadora da responsabilidade civil para assumir uma outra mais socializada, preocupada com valores de uma determinada comunidade e não apenas com o valor da pessoa individualizada²¹.

Em decisão de sua Segunda Turma, o STJ concluiu que o dano moral coletivo pode ser examinado e mensurado. Para a Ministra Eliana Calmon, o dano extrapatrimonial coletivo prescindiria da prova da dor, sentimento ou abalo psicológico sofridos pelos indivíduos. Segundo a Ministra, “é evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições”²².

Em caso rumoroso do noticiário nacional recente, o Ministério Público Federal em Uberlândia/MG ajuizou ação pleiteando *dano moral coletivo*, por agressão injustificável ao patrimônio moral da nação cigana, contra a Editora Objetiva e o Instituto Antônio Houaiss, pela publicação do Dicionário Houaiss, pedindo a condenação dos réus ao pagamento de indenização no valor de R\$ 200 mil. Conforme notícia amplamente divulgada na mídia, a intenção era alcançar a supressão de quaisquer referências preconceituosas contra a referida minoria étnica. “Ao se ler em um dicionário, por sinal extremamente bem conceituado, que a nomenclatura “cigano” significa aquele que trapaceia, velhaco, entre outras coisas do gênero, ainda que se deixe expresso que é uma linguagem pejorativa, ou, ainda, que se trata de acepções carregadas de preconceito ou xenofobia, fica claro o caráter discriminatório assumido pela publicação”, diz o procurador Cléber Eustáquio Neves.²³

No entanto, a problemática reside justamente na extensão de conceitos como o de dano moral, próprio para tutelar situações existenciais da pessoa humana, para tratar de maneira similar realidades jurídicas tão diversas. Com efeito, a existência de interesses extrapatrimoniais e coletivos merecedores de tutela não significa que esta proteção deva se dar por meio da doutrina do dano moral²⁴. Em verdade, configura-

21 Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso, *cit.*, pp. 24-31.

22 STJ. REsp 1.057.274/RS, 2ª T. Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 26/02/2010.

23 <http://noticias.terra.com.br/educacao/mpf-alega-preconceito-e-pede-fim-da-circulacao-do-dicionario-houaiss,0ee842ba7d2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCD.html>. Acesso em 10 jul. 2013.

24 Judith Martins-Costa critica a utilização da expressão “dano moral” de uma forma genérica, para abarcar todos os tipos de danos extrapatrimoniais. Segundo a autora, “Em nossa opinião, o mais conveniente seria acabar de vez com o uso da expressão ‘dano moral’ em caráter genérico, como o faz a doutrina mais recente, para assentar o emprego da expressão ‘danos extrapatrimoniais’ como indicativa do gênero do qual seriam espécies os ‘danos à personalidade’ e os demais danos extrapatrimoniais antes assinalados, inclusive os danos morais em sentido próprio, isto é, os que atingem a honra e a reputação. Seria alcançada, assim, a reunião numa mesma etiqueta - dano extrapatrimonial - das duas definições mais correntes na doutrina: a que identifica a área não-patrimonial com os prejuízos de caráter moral; e a que constrói tal definição em termos residuais, reconduzindo à categoria a heterogeneidade dos danos, quaisquer que sejam não configuráveis em termos patrimoniais”. (Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao novo Código*, v. 5, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 349).

se um grave equívoco metodológico tratar o ressarcimento do dano moral à pessoa humana como uma categoria jurídica neutra.²⁵

Em relação à concepção subjetiva do dano moral que se evidencia em sentimentos como a dor, a angústia, o sofrimento e a humilhação pública, ou seja, “no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral”²⁶, parece de forma evidente que há uma impossibilidade de aplicação dessa concepção em relação à coletividade. Este era o fundamento, inclusive, que sustentou até pouco tempo julgados dos STJ, que negavam o cabimento do dano moral coletivo sob o argumento de que seria “necessária sua vinculação com a noção de dor, sofrimento psíquico e de caráter individual, incompatível, assim, com a noção de transindividualidade – indeterminabilidade do sujeito passivo, indivisibilidade da ofensa e de reparação da lesão”²⁷.

Todavia, mesmo com a substituição da conceituação do dano moral estritamente ligado à violação de um direito subjetivo por uma concepção objetiva²⁸, que conceitua o dano moral como violação aos direitos da personalidade²⁹, ou sob a perspectiva do direito civil constitucional³⁰, que o define como lesão à dignidade³¹ a fim de tutelar a pessoa humana da forma mais ampla possível, também não se vislum-

25 É também nesse sentido que se critica o conteúdo do Enunciado da Súmula 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

26 Como afirma Yussef Said Cahali, “Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.” (Yussef Said Cahali. *Dano moral*, 2. ed., rev. atualiz. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 20-21).

27 STJ. Resp 971.844, 1ª T. Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 12/02/2010.

28 Como assinalado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, a corrente objetiva que define o dano moral a partir da lesão a bens jurídicos extrapatrimoniais pode ser dividida em três correntes distintas, “desenvolvidas conforme a violação atinja os seguintes bens tutelados: direitos da personalidade, patrimônio ideal e dignidade humana”. (*Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.108).

29 Assim sustenta Paulo Luiz Netto Lôbo, que a interação entre os danos morais e os direitos da personalidade é intensa a ponto de tornar necessário o questionamento sobre “a possibilidade de existência daqueles fora do âmbito destes”. O autor conclui afirmando não haver hipótese de danos morais além das violações aos direitos da personalidade: “nenhum dos casos deixa de enquadrar-se em um ou mais de um tipo.” (Paulo Luiz Netto Lôbo. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 6, p. 79 e ss., abr./jun. 2001).

30 Concepção que se adota neste estudo.

31 Como discorre Maria Celina Bodin de Moraes, “A importância de conceituar o dano moral como a lesão à dignidade humana pode ser medida pelas consequências que gera, a seguir enunciadas. Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum “direito subjetivo” da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um “interesse não patrimonial”) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação”. (*Danos à pessoa humana*, cit., pp.188 e ss.).

bra a possibilidade da mera transposição da doutrina do dano moral, edificada para tutelar os interesses existenciais da pessoa humana, para tutelar interesses de uma coletividade.

Como se vê, qualquer que seja a aceção de dano moral adotada constata-se uma incoerência valorativa com a principiologia constitucional. A aplicação direta dos princípios constitucionais à normativa civil³² impõe a “construção de uma nova dogmática do direito privado com coerência axiológica”³³, ou seja, à luz dos fundamentos e objetivos da república. Sob esse enfoque, a solução interpretativa³⁴ do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional.

Por esta razão, é forçoso reconhecer que o legislador, ao tutelar interesses difusos e coletivos, conferiu a uma coletividade direitos informados por valores extrapatrimoniais para além daqueles ligados estritamente à pessoa humana, aos quais a referência a um conteúdo “moral” não se afigura a mais adequada.

Leonardo Bessa aproxima o dano extrapatrimonial na área de direitos metaindividuais à ofensa ao bem jurídico do direito penal, e destaca que a lesão em si a tais interesses independe de afetação paralela de patrimônio ou de higidez psicofísica³⁵. Nesse sentido, observa que

A noção se aproxima da *ofensa ao bem jurídico* do direito penal que, invariavelmente, dispensa resultado naturalístico, daí a distinção de crimes material, formal e de mera conduta, bem como se falar em crime de perigo. Em outros termos, há que se perquirir, analisando a conduta lesiva em concreto, se o interesse que se buscou proteger foi atingido. Para ilustrar, a mera veiculação de publicidade enganosa ou abusiva (art. 37 do CDC), independentemente de qualquer aquisição de produto ou serviço ou ocorrência de danos material ou moral (individual), configura lesão a direitos difusos e

32 Como destaca Perlingieri: “As normas constitucionais, que ditam os princípios de relevância geral, são de direito substancial e não meramente interpretativas; o recurso a elas, também em sede de interpretação, se justifica, como qualquer outra norma, como expressão de um valor ao qual a própria interpretação não se pode subtrair. É importante constatar que os valores e os princípios constitucionais são normas”. (Pietro Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p.580).

33 Assim, elucida Gustavo Tepedino, “na construção desta dogmática, há de se diferenciar, em primeiro lugar, as relações jurídicas patrimoniais das existenciais, já que fundadas em lógicas díspares. Tal diversidade valorativa deve preceder, como premissa metodológica, à atividade interpretativa. A pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais”. (Gustavo Tepedino. *O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais*, cit., pp. 364-365).

34 A superação da atividade interpretativa como um modelo teórico formalista, diante da insuficiência do método da subsunção, demanda do aplicador do direito, como pondera Gustavo Tepedino: “abandonar, definitivamente, a noção da subsunção, como técnica binária, baseada em etapas sucessivas e lógico-dedutivas, pela qual o intérprete primeiro qualifica para depois enquadrar o suporte fático na norma. A norma jurídica é um *posterius* e não um *prius*, de tal modo que, do processo interpretativo, produz-se, a um só tempo, a norma interpretada e o fato qualificado. O sistema jurídico assim concebido faz convergir a atividade legislativa e interpretativa na aplicação do direito, que permanece aberto a todos os matizes norteadores da vida em sociedade. Daí a imprescindibilidade da fundamentação das decisões e da argumentação que as legitimam”. (Gustavo Tepedino. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 35. Rio de Janeiro, Padma, 2008).

35 Leonardo Roscoe Bessa. *Dano moral coletivo*, cit., p.102.

enseja, portanto, a condenação por *dano moral coletivo* que, repita-se, possui exclusivo caráter punitivo³⁶.

Se por um lado pode-se discutir se a indenização paga em virtude do dano (chamado por alguns de moral coletivo e aqui defendido como extrapatrimonial coletivo) possui de fato *exclusivo* caráter punitivo ou não - tendo em vista que se pode aduzir a possibilidade de uma função também compensatória pela ofensa aos valores coletivos, ainda que secundária - por outro se mostra patente que não só danos individuais extrapatrimoniais encontram, contemporaneamente, tutela na ordem jurídica pátria.

4. A tutela dos interesses extrapatrimoniais coletivos nas relações de consumo e o papel da responsabilidade civil

Com efeito, o instituto da responsabilidade civil, especialmente a partir do surgimento da sociedade de massa – examinada, entre tantas outras obras, em “A Sociedade Pós-Industrial”, de Domenico de Masi - vem sofrendo profundas alterações em seus pressupostos, que vão desde a ampliação dos chamados fatores de atribuição da responsabilidade até a conceituação de dano indenizável. Dano patrimonial, moral, estético, dano pela perda de uma chance, dano ao projeto de vida, etc. Considerando os diversos riscos a que as pessoas hoje estão submetidas, foi, sem dúvida, necessário que o Direito repensasse o instituto pelo qual se recompõem os danos – daí a expressão “Direito de Danos”- tornando-o, como hoje o vemos, uma das grandes expressões da solidariedade.

Nesse percurso, os tribunais e a doutrina, especialmente aquela mais atenta aos direitos dos “vulneráveis”³⁷ (dentre os quais incluímos consumidores e trabalhadores), reconheceu a indenizabilidade dos chamados danos morais coletivos.

Se por um lado não se afigura adequada tal denominação, por outro se mostra evidente que a tutela dos interesses extrapatrimoniais coletivos não pode ser considerada pela responsabilidade civil, tanto em sua função compensatória/reparatória dos danos, quanto no que toca à sua função pedagógico-punitiva. No que tange à tutela do consumidor, o fundamento normativo pode ser encontrado nos já referidos artigos 6, VI, e 81; e, ainda, no próprio artigo 1º do CDC, ao estabelecer as bases nas quais se funda a normativa consumerista, assim dispendo: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de *ordem pública e interesse social*, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.” (grifou-se)

³⁶ Leonardo Roscoe Bessa. Dano moral coletivo, *cit.*, p.103.

³⁷ Destaca-se, aqui, uma categoria de vulneráveis cuja fragilidade é agravada ainda pela idade: os idosos. Sobre este grupo de hipervulneráveis, veja-se: Fabiana Rodrigues Barletta. *O Direito à Saúde da Pessoa Idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Em importante precedente da Corte Superior sobre a matéria, o Min. Sidnei Beneti (REsp 1.291.213/SC), em controvérsia que examinava a possibilidade de condenação em danos morais coletivos, em ação civil pública, porquanto determinada empresa de telefonia deixara de informar adequadamente os consumidores aderentes a novo plano, reconheceu a incidência do supracitado direito básico do consumidor positivado no art. 6º, VI, do CDC. Constou, ainda, da íntegra da decisão (que referia outros julgados da Corte no mesmo sentido) a seguinte passagem: “*No caso vertente, não restam dúvidas acerca dos danos morais experimentados pelos consumidores de telefonia, enganados que foram pela empresa demandada.*”

A jurisprudência do STJ, no entanto, quando reconhece a figura do dano moral [extrapatrimonial] coletivo tem sido cautelosa ao afirmar que *não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva* (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 10.02.2012).

Não se sustenta, com isso, que os equívocos no que toca à ideia geral de indenização punitiva, igualmente afirmada em alguns julgados das cortes estaduais principalmente, tenham passado despercebido pela melhor doutrina civilista³⁸.

O problema assume ainda maiores proporções em face da precariedade da fundamentação das decisões em nossos tribunais, haja vista que os julgados “tratam de forma unitária quantias atribuídas a títulos inteiramente diversos, fundados em fatos e argumentos distintos”,³⁹ tornando impossível distinguir-se a parcela concedida a título de compensação do dano daquela que se pretende atribuir a título de punição do ofensor. Nesse contexto, a imprevisibilidade das decisões acaba por impedir o controle da racionalidade da sentença. “Esta é a linha que separa o arbitramento da arbitrariedade”⁴⁰.

Contudo, é de se destacar que mesmo os autores críticos ou restritivos quanto à atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil consideram a possibilidade de sua aplicação no âmbito da tutela dos direitos difusos e coletivos⁴¹.

38 Ver por todos: Maria Celina Bodin de Moraes. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.5. n.18, abr./jun. 2004, pp.45-78. Tepedino, Gustavo; Schreiber, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: Sarmento, Daniel; Galdino, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 499/525.

39 Anderson Schreiber. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 10, abr./jun. 2002, pp. 3-24.

40 Maria Celina bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana*, cit., p. 270.

41 Maria Celina Bodin de Moraes cogita excepcionalmente uma função punitiva para situações de ofensa a direitos difusos: “E de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.” (*Danos à pessoa humana*, cit., p. 263).

Sob essa ótica, Maria Celina Bodin de Moraes cogita excepcionalmente uma função punitiva para situações de ofensa a direitos difusos:

É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido⁴².

Nessa esteira, Leonardo Bessa ressalta que a tutela dos interesses difusos e coletivos “independe de qualquer afetação ou abalo à integridade psicofísica da coletividade” e que portanto, tal categoria de dano “não se confunde com a indenização por dano moral [...]”. Defende o autor que “a condenação judicial por *dano moral coletivo* é sanção pecuniária, com caráter eminentemente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos ou difusos nas mais diversas áreas (consumidor, meio ambiente, ordem urbanística etc.)”⁴³.

Essa “ofensa à integridade psicofísica da coletividade”, de fato, pode ser de questionável existência e não se confunde com a “repulsa social”, utilizada como norte para a grande maioria das decisões pretorianas. Nesse sentido, por exemplo, pode-se destacar o precedente do STJ, REsp 1221756/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 10 de fevereiro de 2012, no qual se reconheceu a “repulsa social” e a consequente ocorrência de “dano moral coletivo”, na espécie, pelo fato de o réu ter submetido os consumidores com dificuldade de locomoção a subirem alguns lances de escada para poderem ser atendidos em agência bancária. Na mesma linha, o TJSP, em julgamento de 18 de julho do corrente ano, pela sua 4ª Câmara de Direito Privado condenou a empresa Amil Assistência Médica Internacional a pagar indenização punitiva “de cunho social” no valor de R\$ 1 milhão. O autor da ação, consumidor individual, recebeu pelos danos morais a quantia de R\$ 50 mil. Para os julgadores, o *dano social* ficou caracterizado em razão da necessidade de se coibir a prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde. Segundo o Desembargador Relator, Carlos Teixeira Leite Filho, “No caso, a que se considerar que o pedido administrativo do segurado ocorreu após várias decisões sobre esse assunto e que, mesmo assim, a seguradora deixou de conceder a cobertura, daí obrigando o conveniado a promover esta ação, contestada e, após decidida com argumentos e fundamentos sempre sabidos e conhecidos da seguradora, não parece razoável imaginar que seu recurso pudesse alcançar esse específico êxito.” (Apelação Cível nº 0027158-41.2010.8.26.0564).

Com efeito, alguns argumentos são bastante fortes para o reconhecimento do caráter punitivo do dano extrapatrimonial coletivo, principalmente pelo fato de na hipótese dos direitos difusos e coletivos não subsistir uma das principais críticas em relação à função punitiva da indenização, qual seja, contrariar o princípio do enri-

⁴² *Danos à pessoa humana, cit.*, p. 263.

⁴³ Leonardo Roscoe Bessa. *Dano moral coletivo, cit.*, p. 78.

quecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil, uma vez que o valor da condenação não se destina ao autor da ação, mas é convertido em benefício da própria comunidade, ao ser destinado ao Fundo⁴⁴ criado pelo art. 13 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), regulamentado, em nível nacional, pela Lei 9.008/95⁴⁵.

5. Conclusão

Como restou demonstrado, se a reparação/compensação dos danos extrapatrimoniais ainda é um assunto tormentoso no campo da responsabilidade civil, certo é que a transposição mecânica da doutrina do dano moral para tutelar interesses difusos e coletivos não poderia deixar de suscitar menos controvérsias.

A escassa doutrina em relação à própria conceituação e quantificação dos assim chamados danos morais coletivos vem fazendo com que as decisões judiciais não encontrem o necessário respaldo científico para sua fundamentação, tornado-as suscetíveis e influenciáveis a interesses incompatíveis com a principiologia constitucional.

Basta uma breve análise da jurisprudência para se constatar a grande dificuldade que as decisões judiciais encontram para estabelecer alguma equivalência entre o dano e a sua reparação.⁴⁶ O problema já se inicia pela própria incerteza que tem o julgador em definir qual a natureza do interesse que se pretende tutelar, bem como a própria função da indenização.

Em verdade, as próprias categorias de danos precisam ser revistas, uma vez que a dicotomia danos morais/danos materiais demonstra ser insuficiente para abarcar outros interesses de ordem extrapatrimonial e coletiva.

6. Referências

Azevedo, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.19, p.211-218, jul./set. 2004.

Bessa, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT. v.59, pp. 78-108.

Bodin de Moraes, Maria Celina. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.5. n.18, abr./jun. 2004, pp.45-78.

44 De acordo com § 3º, do art. 1º, da Lei 9.008/95: “Os recursos serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como da modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º”.

45 Leonardo Roscoe Bessa. Dano moral coletivo, *cit.*, p. 106.

46 STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em 14.04.2011.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O princípio da solidariedade. In: Peixinho, Manoel Messias (et al.) (org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 167-190, 2001.

Bittar Filho, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.12, out./dez. 1994, pp. 44-62.

Carpene, Heloisa. Questões atuais sobre o ressarcimento do dano moral coletivo. In: Martins, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp.223-235.

_____. Dano moral coletivo nas relações de consumo. In: Tepedino, Gustavo; Fachin, Luiz Edson. *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.827-846.

Carvalho, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade pelo dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo). *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, 2000, n. 09, pp.21-42..

Lorenzetti, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Lotufo, Renan. Dano moral coletivo. In: Martins, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp.279-290.

Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos; conceito e legitimação para agir*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Marques, Cláudia Lima. (coord.) *Diálogo das Fontes*. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Martins, Guilherme Magalhães. *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

Moreira, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual(Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984.

Rodotà, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 17.

_____. Entrevista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 11, jul.-set. 2002, p. 287-288.

Tepedino, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A evolução da responsabilidade civil no Direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O futuro da responsabilidade civil. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 24, Rio de Janeiro: Padma, out.- dez. 2005.

_____.; Schreiber, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: Sarmiento, Daniel; Galdino, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 499-525.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

17

O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A PROTEÇÃO DOS DADOS CLÍNICOS DO PACIENTE

Fernanda Paes Leme Peyneau Rito¹
Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O seguro de responsabilidade civil médica – 3. O interesse das seguradoras nos prontuários dos pacientes para regulação do sinistro – 4. O dever de sigilo dos profissionais e instituições de saúde e a entrega dos prontuários às seguradoras – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. Introdução

Atualmente, tem-se verificado um crescente número de medidas judiciais envolvendo profissionais médicos, clínicas e hospitais sob alegação de erro médico, aplicando-se o instituto da responsabilidade civil.

O aumento das demandas pela busca de ressarcimento por danos extrapatrimoniais e patrimoniais sofridos pelos pacientes ou seus familiares, pessoas próximas, decorre de vários fatores, entre os quais: i) a despersonalização da relação médico-

1 Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestra em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Civil pela Universidade Veiga de Almeida. Professora do Grupo IBMEC e da Universidade Cândido Mendes. Advogada.

2 Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestra em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Advocacia pela CEPED-UERJ. Pós-graduada em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Professora da Pós-Graduação Latu Sensu do Curso de Direito Civil-Constitucional do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED-UERJ) e da Pós-Graduação da Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Advogada.

paciente; ii) os avanços tecnológicos, a biotecnologia; iii) a massificação dos serviços de saúde; e iv) a maior conscientização dos consumidores de seus direitos.

Os constantes riscos aos quais os profissionais médicos e os prestadores de serviços médico-hospitalares estão sujeitos, especialmente, com os elevados valores que os Tribunais de Justiça têm arbitrado à título de indenização, tem gerado um maior interesse pela contratação de seguros de responsabilidade civil médica.

O uso desse mecanismo garantidor, ao mesmo tempo que traz para o profissional e assistentes de saúde uma maior cobertura dos riscos, demanda maior regulação e auxílio dos aplicadores do direito, pois lida com os interesses jurídicos por vezes antagônicos. Isso porque as seguradoras, para regularizarem o sinistro, solicitam o envio de prontuários e de documentações médicas do paciente, aos quais são garantidos o sigilo profissional, colocando em xeque, portanto, a cobertura.

A questão impõe uma maior análise do seguro de responsabilidade civil médica, bem como a relevância da proteção dos dados sensíveis do paciente de forma a tutelar os interesses jurídicos merecedores de tutela sob a ótica da axiologia constitucional que confere à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, *status* de categoria de superprincípio.³

2. O seguro de responsabilidade civil médica

O seguro de responsabilidade civil consiste em um contrato pelo qual o segurado, mediante o pagamento de um prêmio, transfere para o segurador as consequências econômicas de eventual responsabilidade sua em indenizar terceiros.⁴ Operacionaliza, portanto, a transferência das consequências econômicas do sinistro para o segurador, nos exatos limites da cobertura contratada.

Já o seguro de responsabilidade civil médica, assim como os demais seguros de responsabilidade profissional, apresenta-se como uma modalidade do gênero seguro de responsabilidade civil, não apresentando peculiaridades distintivas no seu contorno geral. Assim, a disciplina jurídica aplicável é a mesma, ressaltadas as especificidades próprias constantes das condições gerais, nos termos aprovados pelo órgão regulador.

De uma forma geral, o seguro de responsabilidade civil para profissionais médicos e para pessoas jurídicas prestadoras de serviços, apresenta como cobertura básica, a proteção contra despesas decorrentes da condenação judicial ou por juízo arbitral em danos morais e materiais por erro médico ou omissão no exercício da profissão, por acidentes de uso ou conservação do consultório médico e honorários advocatícios.

3 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1118.

4 Segundo Carlos Roberto Gonçalves, o seguro de responsabilidade civil “compreende a cobertura ao segurado pelas indenizações que ele eventualmente seja obrigado a pagar por danos causados a terceiros, resultantes de atos ilícitos, independentemente de ter ou não agido culposamente” (*Direito Civil Brasileiro*. v.3. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 489.)

Ainda que o surgimento do seguro de responsabilidade civil não seja tão recente, o desenvolvimento do segmento foi, durante todo o século XX, alavancado pelos seguros obrigatórios e pelo seguro facultativo de automóveis. Mais recentemente é que demais tipos, tais como os de responsabilidade profissional, ganharam relevo.

A título de ilustração, o segmento responsabilidades, excluídos os ramos automóveis e DPVAT, apresentou um crescimento médio nos últimos 3 anos (2010-2012) de 19% ao ano.⁵ E, no mesmo período, o segmento de responsabilidade profissional, no qual inclui o seguro de responsabilidade civil médica, apresentou um crescimento na arrecadação dos prêmios de cerca de 43%.⁶

Tal crescimento recente pode ser explicado pela conjugação de alguns fatores. Inicialmente, a crítica sobre a realização de seguros dessa natureza, fundada no argumento da ilicitude do mesmo por atentar contra a moral e a ordem pública, que restou superada. Isto decorreu da constatação de que o seguro de responsabilidade civil não implica exoneração da responsabilidade do ofensor, mas sim, em uma garantia a mais de reparação da vítima.

A rigor, o seguro de responsabilidade civil não instrumentaliza a transferência de responsabilidade do segurado para o segurador,⁷ assim como não se confunde com uma cláusula de não indenizar. Ao contrário, o responsável por eventual dano causado a terceiro continua sendo o ofensor,⁸ individualizado pelo nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano, o que ocorre é a prevenção por meio do seguro.

Reforçando ainda mais a tese de que não se trata de exoneração da responsabilidade do ofensor, este permanece, inclusive, responsável na hipótese de insolvência do segurador⁹, assim como é responsável na hipótese de a cobertura contratada se mostrar insuficiente para a reparação integral do dano.

Ademais, a própria evolução da responsabilidade civil, afastando-se do viés moralizante e penalizante em direção ao reconhecimento de uma função primordialmente reparatória, na qual a vítima (e não mais o lesante) passa a ser o foco do sistema, contribuiu para a superação da discussão acerca da licitude da contratação

5 CNSEG. Relatório de arrecadação. Dez./2012, disponível em: <http://www.fenaseg.org.br/cnseg/estatisticas/mercado/>

6 FNSEG. Relatório de arrecadação do mercado de seguros, 2005-2012. Disponível em: <http://www.fenaseg.org.br/fenseg/estatisticas/estatisticas.html>

7 “O segurador nada mais é do que um garante do risco do segurado, uma espécie de avalista ou fiador dos prejuízos que dele podem decorrer. Tão forte é essa garantia que até costuma-se dizer que o seguro transfere os riscos do segurado para o segurador. Na realidade, não é bem isso o que ocorre. O risco, de acordo com as leis naturais, é intransferível. Com o seguro ou sem seguro, quem continua exposto a risco é a pessoa ou coisa [...]. O que o seguro faz é transferir as consequências econômicas do risco caso ela venha a se materializar em um sinistro. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 437).

8 “O seguro de responsabilidade civil não é uma convenção sobre as consequências da responsabilidade, pois aquele que pratica o ato danoso continuará a ser o responsável pela ofensa causada à vítima, o que haverá é apenas a transferência das consequências patrimoniais (ressarcimento do prejuízo causado)”. (PIMENTA, Melissa Cunha. *Seguro de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 96).

9 Nos termos do parágrafo 4º do artigo 787 do Código Civil.

de tais seguros, que se faz necessária. Nesse sentido, destaca-se a relativização do pressuposto culpa até se chegar ao estágio atual de objetivação da responsabilidade.¹⁰

Comentando essa transição da responsabilidade civil, Louis Josserand, em artigo publicado em 1941, questionou se não chegaria um dia em que “os tribunais declararão o médico ou cirurgião contratualmente responsável pelos danos causados aos seus clientes por um tratamento contraindicado, por uma intervenção intempestiva ou infeliz”.¹¹ Esse dia não só chegou como, em algumas hipóteses, já virou passado.

Hoje, em que pese ainda se afirmar que a responsabilidade do médico é subjetiva (art. 951 do Código Civil e art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor), verifica-se que, nas obrigações de resultado,¹² como consideradas as cirurgias estéticas, a culpa é presumida, o que para alguns se aproximaria da responsabilidade objetiva.¹³ É que, nesses casos, há uma presunção de culpa só elidida pela demonstração de que o dano derivou de causa alheia,¹⁴ o que implica em uma maior responsabilização dos

10 Alvinio Lima indica que a relativização do pressuposto culpa foi implementado por meio de quatro processos técnicos de expansão do conceito de culpa: facilitação da admissibilidade da existência de uma culpa; reconhecimento de presunções de culpa; transformação da responsabilidade aquiliana em contratual; e, na extensão do próprio conceito de culpa, a permitir a sua substituição gradativa pelo risco (*Culpa e Risco*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 70.)

11 Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 86, n. 454/456, abr.-jun./1941, pp.548-559, p. 558.

12 Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Carlos Alberto Menezes Direito se inclinam pela unificação do tipo de obrigação e defendem, ainda que de forma minoritária, mas crescente, que a obrigação assumida pelo profissional médico é de meio, independentemente do procedimento médico, pois também está sujeito à álea e o resultado pode depender do comportamento do paciente. (STJ, Resp nº 81.101/PR, Relator: Ministro Waldermar Zveiter. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data Julg.: 13/04/1999; Resp nº 10.536/RJ. Ministro Dias Trindade. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 21/06/1991) No mesmo sentido: MAGRINI, Rosana Jane. Médico: cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. *Revista dos Tribunais*, v. 92, n. 809, p. 137-163, mar. 2003.

13 Há quem defenda que nas obrigações de resultado se está diante de responsabilidade objetiva, que dispensa a apuração do elemento culpa, isso porque, quando não cumpridas, sujeitam o devedor a ressarcimento com aplicação dos princípios da responsabilidade objetiva. No campo da prova, distinguem-se das obrigações de meios, porque é o devedor que tem o ônus de provar que não cumpriu por impossibilidade objetiva. Nesse sentido, posiciona-se Miguel Kfoury Neto: “A responsabilidade do cirurgião plástico, profissional liberal, é subjetiva, mas a ela se aplicam as consequências da responsabilidade objetiva, no momento em que se estabelece a inversão do ônus da prova e somente se admite a exoneração do dever de indenizar se o cirurgião plástico, em intervenções de natureza estética, prova a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, ou outra circunstância que elimine o nexo de causalidade.” (*Culpa médica e ônus da prova*: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 237)

14 O fundamento da responsabilidade médica – culpa ou risco – é bastante controverso, quando se trata, sobretudo, das obrigações de resultado. Sérgio Cavalieri Filho é claro ao definir que, independentemente do alcance da obrigação, de meio ou de resultado, em ambos os casos, a responsabilidade é subjetiva. A diferença é que na obrigação de resultado a culpa é presumida e na de meio não há presunção, o que não foi afetado com o Código de Defesa do Consumidor, o qual estabeleceu exceção à regra de responsabilidade objetiva por ele consagrada (artigo 14, § 4º). (*Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262.). Gustavo Tepedino adverte que, embora haja assimilação entre os efeitos da culpa presumida e da responsabilidade civil objetiva, a primeira tem por fundamento o ato ilícito, diferentemente da segunda, que tem como fonte de obrigação a própria lei. (A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 201).

médicos. Além disso, há certas atividades médicas que a doutrina já tem considerado como ensejadoras de responsabilidade objetiva em razão do risco envolvido, tais como pesquisas em seres humanos, transplante de órgãos, entre outras.¹⁵

As mudanças observadas na relação médico-paciente, no sentido do distanciamento das partes envolvidas, a massificação do serviço, a caracterização desta como uma relação de consumo, a maior conscientização dos direitos, o aumento de informações, também influenciaram o aumento das ações indenizatórias em face dos médicos e hospitais.¹⁶

O aumento das ações reparatórias influenciou a contratação de seguros de responsabilidade civil médica, como já afirmado. Por outro lado, a sinistralidade também mostrou-se crescente, chegando a 36,91% em 2012¹⁷. Consequentemente, o crescimento do segmento propiciou o surgimento de novos conflitos atinentes às peculiaridades da relação médico-paciente, como a controvérsia em torno da entrega do prontuário do paciente pelo segurado – médico ou pessoa jurídica prestadora de serviços médicos (clínicas e hospitais) – para a seguradora, na hipótese de sinistro ou eventual sinistro.

Esta situação engloba questões sensíveis atinentes ao direito à privacidade do paciente e o dever de sigilo profissional médico, as quais se contrapõem ao interesse legítimo da seguradora em só efetuar o pagamento de indenizações após a regulação do sinistro, especialmente porque assume, na posição de gestora de patrimônio alheio, uma responsabilidade especialmente agravada pela manutenção e solvência do fundo constituído.

3. O interesse das seguradoras nos prontuários dos pacientes para regulação do sinistro

O risco é o acontecimento futuro e incerto previsto no contrato de seguro, suscetível de causar lesão ao interesse garantido que, quando se materializa, passa a ser chamado de sinistro. A característica essencial do risco coberto por um contrato de seguro é a sua predeterminação no contrato,¹⁸ como não poderia deixar de ser, sob

15 BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (org.). *Bioética e responsabilidade*. Forense: Rio de Janeiro, 2009. BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In: NERY, Rosa Maria de Andrade, DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 340. GONÇALVES, Carla. *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*. Portugal: Coimbra Editora, 2009.

16 PEREIRA, Paula Moura Francesconi. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

17 FNSEG. Dados consolidados de 2012. Disponível em: <http://www.fenaseg.org.br/fenaseg/estatisticas/estatisticas.html>

18 “Não há contrato de seguro sem que exista risco definido. É da sua própria natureza que o risco seja identificado para que possa haver levantamento do grau de possibilidade do seu acontecimento. O contrato de seguro não pode ser celebrado para garantir ocorrência de risco indefinido” (DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato*. Do seguro (arts. 757 a 802), vol. XI. tomo I. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 181).

a pena de impor um perigo¹⁹ para a mutualidade. Isso porque o prêmio pago pelo segurado corresponde à garantia ofertada pelo segurador que, por sua vez, reflete a apreciação pecuniária do risco ao qual está exposto.²⁰

A configuração do sinistro no seguro de responsabilidade civil é matéria controvertida, emergindo três posicionamentos principais.²¹ Um primeiro entendimento defende que o sinistro corresponde à reclamação da vítima. Isso porque o interesse legítimo garantido pela seguradora não é o dano sofrido pela vítima, mas o dano causado no patrimônio do segurado pela dívida decorrente da sua responsabilidade. Então, o sinistro, para fins de seguro de responsabilidade civil, só se configuraria quando o causador do dano se visse na eminência de pagar a indenização.

A segunda tese sustentada por alguns juristas identifica o sinistro com a liquidação do dano. A proposta é de que o sinistro restaria configurado no momento em que o dano fosse liquidado, ou seja, a partir do reconhecimento da dívida de responsabilidade do segurado, nascendo apenas nesse momento o dever da seguradora.

Por fim, há uma terceira tese que defende que o sinistro ocorreria no exato momento em que nasce a responsabilidade do segurado, como consequência direta e imediata do ato ilícito. O sinistro corresponderia, então, ao momento do surgimento do dever jurídico do segurado.

O Código Civil de 2002 dispõe que “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”. Ou seja, não indica o momento da configuração do sinistro. Em decorrência disso, há possibilidade de indicar na apólice o momento da configuração do sinistro, bastante usual nos seguros de responsabilidade civil do médico.²²

O interesse prático em determinar o momento exato da ocorrência do sinistro relaciona-se aos direitos e obrigações daí decorrentes. Para os contratos de seguro em geral, estabelece o legislador, no artigo 771 do Código Civil, a obrigação de o

19 “Risco não se confunde, assim, com infortúnio ou perigo, mas a infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras. A palavra só passa a ser comumente utilizada em sociedades ‘orientadas para o futuro’, sendo característica primordial da civilização industrial moderna. [...] Os riscos crescentes foram acompanhados pelo desenvolvimento dos sistemas de seguro, base a partir da qual as pessoas estão dispostas a assumir riscos, especialmente os das atividades náuticas do século XVI, época dos primeiros seguros marítimos. Seguro é ‘algo concebível quando acreditamos num futuro humanamente arquitetado’, sendo um dos meios de operar o planejamento e redistribuir o risco”. (BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade Civil em Face das Pesquisas em Seres Humanos: Efeitos do Consentimento Livre e Esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e Responsabilidade*. Forense: Rio de Janeiro, 2009, pp.205-233, p. 211).

20 Nesse sentido: “Não se ignora, portanto, que o contrato de seguro se assenta sobre a de seleção de riscos, pois é inviável que um grupo de pessoas pretenda segurar-se contra todo e qualquer risco e, por outro lado, é inútil proteger-se contra nenhum risco. É no processo de seleção de riscos que se revela o entrechoque de interesses que, em última instância, leva à celebração do contrato. O segurador busca maximizar as receitas que auferir para administrar o fundo comum que irá cobrir riscos bem delimitados, enquanto o segurado quer se proteger contra o maior número de riscos pelo menor custo possível”. (STJ), REsp. 763.648/PR. Rel. Min. Nancy Andrigui, Órgão Julgador: Terceira Turma, Data Julg.: 14/06/2007. DJ: 01/12/2007, p. 272.)

21 Ver: STIGLITZ, Rubén S. *El siniestro*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.

22 Apólice à base da ocorrência do sinistro; à base de reclamação; à base de reclamação com notificação, são algumas possibilidades praticadas.

segurado comunicar o sinistro ao segurador tão logo saiba do mesmo, sob pena de perder a indenização. E, especificamente quando da regulamentação do seguro de responsabilidade civil, o legislador reforça essa obrigatoriedade no parágrafo primeiro do artigo 787.

O segurador precisa ter conhecimento do sinistro, exatamente para evitar que, por inércia do segurado, o prejuízo a ser indenizado pelo segurador seja agravado e, também, para que se possa proceder a regulação do sinistro. Isso porque o sinistro, ou seja, o dano a ser indenizado pela seguradora, obrigatoriamente tem de decorrer de acontecimento previsto no contrato e, além disso, a obrigação da seguradora depende ainda da não configuração de alguma causa de exclusão da cobertura. Esta verificação compete à seguradora e é o que, a princípio, justifica a exigência das operadoras de seguro no recebimento dos prontuários médicos dos pacientes, a fim de verificar se o dano causado pelo segurado decorreu, ou não, de um risco coberto pelo seguro.

Com a comunicação do sinistro ao segurador, este inicia a regulação do sinistro, que consiste no exame das causas e circunstâncias em torno de determinado evento danoso, com o objetivo de caracterizar o risco ocorrido e concluir sobre a cobertura do mesmo pela apólice contratada, bem como pela verificação do cumprimento, por parte do segurado, de todas as suas obrigações contratuais.²³

A regulação do sinistro tem dois objetivos principais: i) evitar pagamentos indevidos e, com isso, preservar o fundo constituído; e ii) garantir a celeridade no pagamento das indenizações devidas. Nesse sentido, Ernesto Tzirulnik adverte:

[...] todos os sinistros devem ser investigados pelo regulador, pois se por um lado a regulação deve permitir o mais rapidamente possível a prestação indenizatória (inclusive valendo-se de adiantamentos), por outro, os interesses transindividuais também hão de ser preservados contra pagamentos indevidos, como, por exemplo, em casos de fraude, isso porque os saques indevidos contra o fundo coletivo violam o princípio indenizatório e levam ao encarecimento dos prêmios para a coletividade dos consumidores.²⁴

Ambos os objetivos não esgotam, mas vão ao encontro da especial funcionalização do contrato de seguro que, desde a sua formação e, sobretudo, em sua execução, deve compatibilizar três centros de interesses distintos: i) do segurado e do segurador, em uma perspectiva individual interna; ii) do conjunto de segurados e do fundo por eles constituído, em uma perspectiva coletiva interna; e iii) dos centros de interesses acima descritos com o da coletividade externa.

23 Como explica Ernesto Tzirulnik acerca dos procedimentos da regulação do sinistro, “o fato avisado será comparado com a realidade. Em seguida, é processado o confronto entre o fato ocorrido e o risco assegurado. A comparação entre o dano e o interesse segurado permitirá conhecer o prejuízo; a destecom a garantia contratada, revelará o prejuízo indenizável e daí por diante”. (*Regulação de sinistro* (ensaio jurídico). 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 83).

24 TZIRULNIK, Ernesto. *Regulação de sinistro* (ensaio jurídico). 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 91.

O segurado tem o interesse de evitar o dano ao qual ele tenha dado causa, desde que coberto pelo contrato, indenizado pelo segurador, preservando o seu patrimônio, enquanto o segurador tem o interesse de verificar se efetivamente o dano a ser indenizado está coberto, assim como se inexistisse qualquer causa de exclusão ou perda da cobertura, mantendo o equilíbrio entre as prestações avençadas.

A princípio, para o segurado, seria indiferente revelar todos os fatos e circunstâncias em torno do evento danoso. Porém, quando se trata de seguro de responsabilidade civil médica, tais informações atingem diretamente o dever de sigilo assumido perante o paciente e toda a comunidade médica. Trata-se de questão duplamente sensível, já que diz respeito à ética própria da profissão médica e à privacidade do paciente. O interesse do segurado, no caso específico, que envolve questões extrapatrimoniais, se sobrepõe ao interesse do segurador, de natureza patrimonial.

Porém, em uma perspectiva coletiva interna, o interesse do segurado em não revelar o prontuário médico se contrapõe ao interesse da coletividade que constitui o fundo do qual sairão os recursos para o pagamento das indenizações. Como é cediço, a técnica securitária consiste precisamente na pulverização dos riscos entre o conjunto de segurados a partir da constituição do fundo comum. Assim, o seguro é fundamentado e viabilizado pelo mutualismo.

Se o seguro só existe enquanto contrato comunitário e fundado em bases solidárias,²⁵ a regulação do sinistro, mais do que uma técnica, torna-se uma obrigação. Em outros termos, sendo o seguro um contrato comunitário, a relação estabelecida entre seguradora e segurado deve atender não apenas os objetivos perquiridos pelas partes em suas relações isoladas, mas sim o fim almejado pelo conjunto de relações que compõem a base mutualista do sistema, permitindo a sua própria existência. Por essa razão, os prontuários médicos, a princípio, deveriam ser entregues à seguradora.

Ocorre que o interesse do conjunto de segurados, embora legítimo, é de natureza patrimonial e não deve ter o condão de obrigar à violação do dever de sigilo do segurado médico e da privacidade do paciente. Isso porque a preservação do interesse da coletividade interna será perfeitamente alcançada com a participação da seguradora na lide.

25 Sobre esta questão, Miguel Reale Júnior adverte que “se o contrato deve atender ao interesse geral, não há contrato mais significativamente voltado ao interesse geral do que o contrato de seguro. [...] Nos contratos de seguro há uma comutatividade que decorre da existência de um conjunto, da existência de um grupo social. Este grupo social é constituído pela comunidade dos segurados, que é a parte destinatária do seguro. [...] Há um interesse geral de que esta comunidade seja atendida ao lado do interesse particular do segurado” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Função Social do contrato: integração das normas do Capítulo XV com os princípios e as cláusulas gerais. III Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”* (anais). São Paulo: IBDS, 2003, p. 47).

4. O dever de sigilo dos profissionais e instituições de saúde e a entrega dos prontuários às seguradoras

As informações solicitadas pelas seguradoras para regularizar os sinistros envolvendo seguro de responsabilidade médica estão inseridas nos prontuários e documentação médica dos pacientes.

O prontuário do paciente é definido pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.638/2002,²⁶ como:

o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.

E, com os avanços tecnológicos, o prontuário²⁷ já pode assumir a forma eletrônica, nos termos da Resolução nº 1.821/2007 do CFM, que estabeleceu normas técnicas para sua elaboração, guarda e manuseio dos documentos que os instruem, permitindo, inclusive, que se elimine o papel e a troca de informações, mas ressalvando a necessidade de ser diária a prescrição no prontuário. Tal fato vem facilitando o acesso e o envio desse material.

Toda documentação que compõe o prontuário fica sob os cuidados do médico ou da instituição em que o paciente é assistido, como clínicas, hospitais,²⁸ prontos-socorros, sanatórios, casas de saúde, laboratórios, empresas que prestam serviços médico-hospitalares devidamente registradas²⁹ (art. 87, § 2º do CEM).³⁰

Todos esses agentes exercem o dever de guarda de tais documentos, sendo o uso das informações neles contidas autorizadas única e exclusivamente para o fim de tratamento do paciente.

26 O prontuário médico, na definição de Maria Helena Diniz “é um arquivo médico, em papel ou informatizado, contendo toda a documentação sobre os dados biomédicos, a prescrição terapêutica, os relatórios da enfermagem, da anestesia e da cirurgia e os resultados de exames do paciente, tendo por objetivo facilitar a manutenção e o acesso às informações durante o atendimento ou tratamento.” (DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 630.)

27 Resolução nº 06/2010 do CREMERS. Dispõe sobre os documentos que devem integrar os prontuários médicos de pacientes hospitalizados.

28 O termo hospital é definido por Ruy Rosado de Aguiar Jr. como universalidade de fato formada por um “conjunto de instalações, aparelhos e instrumentos médicos e cirúrgicos destinados a tratamento da saúde, vinculada a uma pessoa jurídica, sua mantenedora, mas que não realiza ato médico”. (AGUIAR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 718, ago. 1995, p. 41.)

29 A Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980 dispõe sobre o registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício das profissões.

30 Esses agentes estão sujeitos às normas previstas no Código de Ética Médica (inciso I e II, do preâmbulo, e art. 18 e 19 da Resolução nº 1.931/2009 do CFM - CEM, art. 1º, da Res. nº 1.642/2002), bem como se vinculam ao Conselho Federal de Medicina e aos Conselhos Regionais de sua área de atuação, sujeitando-se às suas fiscalizações e instruções normativas, assim como dos profissionais médicos, independentemente, da forma que é armazenado.

Assim, embora o médico e/ou a instituição prestadora de serviço médico detenha a “posse” do prontuário, o seu conteúdo é de “propriedade” exclusiva do paciente, que deve ter total acesso ao mesmo (art. 88 do CEM), sendo restritas as formas de divulgação e acesso por terceiros. Esclarece-se que, não obstante se utilize expressões decorrentes das noções de posse e propriedade, a fim de distinguir a relação de domínio estabelecida entre o médico e o paciente e o prontuário, não se pode importar acriticamente a estrutura de tais direitos para a situação em análise. Isso porque o conteúdo do prontuário é composto por dados sensíveis,³¹ atinentes à saúde e à privacidade do paciente e, sendo assim, todo o tratamento conferido a tais informações deve ser diferenciada, em observância a sua natureza eminentemente extrapatrimonial.³²

Por essa razão, aos dados dos pacientes contidos nos prontuários são assegurados o sigilo profissional e a privacidade do paciente, que configuram direito personalíssimo e, portanto, dever do médico e instituições hospitalares. O paciente tem o direito de ter seus informes médicos tratados com confidencialidade, com total sigilo profissional sobre suas condições, seus dados clínicos, pessoais, considerados sensíveis, o que não cessa mesmo que o fato seja de conhecimento público ou após sua morte.

O direito do paciente ao segredo³³ e ao sigilo está diretamente relacionado no ordenamento jurídico pátrio com os princípios constitucionais da proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal), da tutela da honra, da imagem e da vida privada que conferem ao paciente o direito fundamental à intimidade, à privacidade (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, e art. 21 do Código Civil).

31 Os dados sensíveis abrangem informações que, caso sejam conhecidas e processadas, podem ser utilizadas de forma discriminatória ou particularmente lesiva e que apresentaria maiores riscos potenciais que a média, para a pessoa e até mesmo para uma coletividade. RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. organização, seleção e apresentação de: Maria Celina Bodin de Moraes; tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

32 Segundo Genival Veloso de França, o prontuário é de propriedade do paciente, o médico e a instituição de saúde têm apenas a guarda. FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 11 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 19-20.

33 “Segredo é o conhecimento de alguém não revelado a outrem, com respeito a fato ou fatos da vida. Para o direito corresponde a conhecimento cuja divulgação é vedada a terceiros, com ou sem interesse direto ou indireto em sua revelação ou que dela devam ser excluídos, ainda que juridicamente desinteressados. A vedação legal pode ser legal ou contratual. Do ponto de vista do sujeito, secreto é aquilo que só a pessoa conhece e mantém em seu foro íntimo. Mas, pode ser conhecido por poucos, não divulgável para outros. Também corresponde, em nível ético e eventualmente jurídico, ao vínculo específico, ideal ou não, imposto a alguém de não divulgar o que é secreto ou reservado. No segredo, o bem da vida garantido pelo direito consiste em omissão obrigatória: o não revelar. [...]. O dever de sigilo consiste na imposição de um não fazer, de um não revelar, pois a ninguém é dado conhecer fatos inerentes a situações protegidas: opera por exclusão, enquanto direito com força de obstar à intrusão de quem a ele não tenha acolhida.” CENEVIVA, Walter. *Segredos profissionais*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 13-15. RUEF, Maria do Céu. *O segredo médico como garantia de não discriminação*. Estudo de caso: HIV/SIDA, 17, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Isso não significa que o direito à privacidade e à intimidade do paciente sejam absolutos. Mas que a flexibilização de tais direitos só se justifica quando houver justa causa para tal,³⁴ como nas hipóteses previstas em lei, doenças de notificação compulsória,³⁵ situações em que a saúde e o bem-estar da coletividade prevalecerão.³⁶ Ainda nessas hipóteses, a doença será notificada, porém, o prontuário do paciente será mantido em sigilo, como dispõe o artigo 2º da Resolução nº 1.605/2000 do CFM:

Art. 2º - Nos casos do art. 269 do Código Penal, onde a comunicação de doença é compulsória, o dever do médico restringe-se exclusivamente a comunicar tal fato à autoridade competente, sendo proibida a remessa do prontuário médico do paciente.

Para as demais hipóteses, além da notificação compulsória, o legislador também já realizou tal ponderação,³⁷ estabelecendo ser vedado ao médico, em decorrência do seu dever de sigilo, liberar cópias dos prontuários que estejam sob sua guarda, salvo quando: i) autorizado, por escrito, pelo paciente, ou seu representante legal; ii) para atender ordem judicial; iii) para a sua própria defesa; iv) por dever legal ou justa causa; v) se houver a anuência do Conselho Regional de Medicina da jurisdição.

Percebe-se, portanto, que mesmo nas situações em que algumas informações do paciente devem ser repassadas, o médico deve abster-se de abusos, já que a relação médico-paciente está fundada na confiança, no respeito mútuo, na discricção e na reserva. Ademais, a violação do sigilo médico, salvo nas hipóteses de notificação compulsória, constitui crime de inviolabilidade dos segredos, tipificado no art. 154 do Código Penal.

O Código de Ética Médica, após disciplinar genericamente o dever de sigilo profissional (arts. 73 a 76³⁸), tratou especificamente da questão referente à entrega de

34 “Pode-se dizer que *justa causa* é o interesse de ordem moral ou social que autoriza o não cumprimento de uma regra, contanto que os motivos apresentados sejam relevantes para justificar tal violação. Fundamenta-se na existência do estado de necessidade. Confunde-se seu conceito com a noção de bem e do útil o social, quando capazes de legitimar um ato coativo. Está voltada aos interesses individuais ou coletivos e defendida por reais preocupações, nobres em si mesmas, e condizentes com as prerrogativas oriundas das conquistas de uma sociedade organizada. Enfim, é o ato cuja ocorrência torna lícita uma transgressão.” (FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 11 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 138.)

35 Lei nº 6.259/1975; Portaria nº 104, de 25 de janeiro de 2011, do Ministério da Saúde, que define, entre outras, a relação de doenças, agravos e eventos em saúde pública de notificação compulsória em todo o território nacional e estabeleça fluxo, critérios, responsabilidades e atribuições aos profissionais e serviços de saúde, e Portaria nº 5, de 21 de fevereiro de 2005, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária

36 A inobservância do dever de notificação nessas hipóteses configurará crime, nos termos do artigo 269 do Código Penal, ou contravenção penal (art. 66, DL nº 3688, de 1941).

37 CEM, Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa. § 1º Quando requisitado judicialmente o prontuário será disponibilizado ao perito médico nomeado pelo juiz. § 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional. E, Resolução nº 1.605/2000 do CFM.

38 Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal. Art. 74.

tais informações às seguradoras, dispondo, em seu artigo 77, que é vedado ao médico: “Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito.”

Complementando esta previsão, o Conselho Federal de Medicina, no artigo 1º da Resolução nº 2003 do CFM, de 8 de novembro de 2012, determina que “É vedado ao médico assistente o preenchimento de formulários elaborados por empresas seguradoras com informações acerca da assistência prestada a pacientes sob seus cuidados.”

O Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro – CREMERJ³⁹ – em recente parecer acerca da entrega de prontuários foi enfático quanto à vedação de seu envio para os planos privados de assistência à saúde, salvo com autorização do paciente.

Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça em matéria envolvendo seguradora de plano de saúde para a qual o hospital forneceu prontuário de paciente a fim de que aquela liberasse o reembolso, a cobertura, violando, portanto, o dever de sigilo, o que culminou na condenação em indenização em quantia equivalente a 400 salários mínimos.⁴⁰

A relevância do sigilo dos dados do paciente transcende até sua vida, e mesmo em caso de óbito deve ser observado, tanto é que, em se tratando de liberação de prontuário médico, a cônjuges, ascendentes e descendentes,⁴¹ o parecer nº 6/2010 do CFM orienta que não deve ser liberado diretamente a nenhum parente do *de cujus*, sucessores ou não, salvo: i) por ordem judicial, para análise do perito nomeado em

Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente. Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

39 Parecer nº 200/2013 do CREMERJ. O envio de cópia de prontuário médico para o plano privado de assistência a saúde só é permitido com autorização expressa do paciente. Disponível em: <<http://old.cremerj.org.br/skel.php?page=legislacao/resultados.php>> Acesso em 10 de junho de 2013.

40 Sigilo Médico. Ética Médica. Prontuário. Clínica. Seguradora. Viola a ética médica a entrega de prontuário de paciente internado a companhia seguradora responsável pelo reembolso das despesas. Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp 159527 / RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Órgão Julgador: Quarta Turma, Data do Julgamento: 14/04/1998, DJ 29/06/1998 p. 206)

41 A liberação de prontuário médico de paciente falecido tem acarretado a propositura de ações de exibição de documentos, em que é passível de debate a condenação das instituições hospitalares nos ônus da sucumbência, já que não o fornecem em observância às normas deontológicas vigentes, conforme se depreende dos seguintes julgados em sentidos diversos: Ementa: “Medida Cautelar de exibição de documentos. Recusa do nosocômio réu em apresentar cópia do prontuário médico de paciente falecida enquanto internada à sua filha. Parte ré que confessa a recusa, sob argumento de sigilo médico. Falecida a paciente, assiste à sua filha, representante legal do espólio, na forma dos artigos 985 e 986 do CPC. Julgado procedente o pedido, ante a recusa injustificada, correta a condenação da parte ré nos ônus da sucumbência. Não provimento do recurso.” (TJRJ, Apelação 0002355-34.2007.8.19.0001, Des. Galdino Siqueira Netto, Órgão Julgador: Decima Quinta Câmara Cível, Data Julga.: 03/09/2009) Exibição de documentos Ausência de pretensão resistida Documentos que só poderiam ser exibidos por via judicial Incabível fixação de honorários sucumbenciais Sentença mantida Recurso desprovido. (TJMG, Apelação 0002686-78.2011.8.26.0648, Relator: Fortes Barbosa, Comarca: Urupês, Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado, Data do Julg.: 25/10/2012)

juízo; ou ii) por requisição do CFM ou de CRM, conforme expresso no artigo 6º da Resolução CFM nº 1.605/00.

Certo é que a violação desses direitos configura falta ética grave, responsabilidade penal e civil do médico, e responsabilidade de todos os agentes que têm acesso a essas informações, com o consequente dever de indenizar os prejuízos causados, inclusive os de ordem extrapatrimonial.

A proteção da pessoa humana perante o tratamento de seus dados pessoais informatizados⁴² tem por objetivo garantir a veracidade dos dados, o tratamento igualitário, evitar a discriminação, inclusive em uma esfera macro.⁴³

Dessa forma, não podem os médicos e demais agentes de saúde que têm acesso aos prontuários e fichas dos pacientes, fornecer tais informações às seguradoras. Os direitos decorrentes do valor da pessoa humana, usualmente ditos direitos da personalidade, são absolutos e oponíveis *erga omnes*.⁴⁴

Logo, tendo em vista os impedimentos éticos e jurídicos apontados, o não fornecimento dos prontuários pelo segurado não pode comprometer a cobertura do seguro, o direito à indenização, até porque não acarretará prejuízos à seguradora.

5. Considerações Finais

Ainda que se reconheça o interesse legítimo da seguradora em exigir a entrega dos prontuários médicos, sobretudo em decorrência da sua responsabilidade pela gestão do fundo constituído pelo pagamento de prêmios pelo conjunto de segurados, não se pode concluir pela quebra do sigilo médico na hipótese.

Ocorre que não se trata apenas de um dever de confidencialidade, mas sim, de um direito absoluto do paciente, ou seja, de um terceiro que, embora não seja parte no contrato de seguro, sofrerá diretamente e no seu aspecto mais sensível, as consequências desse.

Na ordem constitucional vigente, na qual, por opção do constituinte democrático, a pessoa humana foi alocada no centro de todo o ordenamento, é inadmissível permitir a violação dos direitos da personalidade, a fim de se alcançar com mais facilidade um objetivo que, não obstante de relevo social, seja de natureza patrimonial. Especialmente porque, na situação em análise, o não fornecimento dos prontuários médicos não terá o condão de impedir a correta regulação do sinistro, podendo, tão somente retardar eventual indenização, o que, indubitavelmente, não seria hábil a afastar a proteção da pessoa.

42 MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*: arts. 1º a 107º. V. 1, 4 ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 550-558.

43 SCHAEFER, Fernanda. *Proteção de dados de saúde na sociedade da informação: a busca pelo equilíbrio entre privacidade e interesse social*. Curitiba: Juruá, 2010.

44 Por todos, ver: TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; pp. 23/54.

Ademais, o legislador infraconstitucional trouxe meios próprios para a regulação do sinistro, ao determinar: i) a obrigação do segurado em comunicar o sinistro, tão logo tenha conhecimento do mesmo; ii) ao proibir que o segurado reconheça a sua responsabilidade, celebre acordo ou indenize diretamente a vítima sem a anuência da seguradora; e, ainda, iii) obriga o segurado a dar ciência ao segurador da lide. Todas essas obrigações previstas pelo legislador no artigo 787 pretendem evitar a ocorrência de indenizações indevidas.

Além da disciplina específica trazida pelo contrato de seguro, outra forma de solucionar a questão posta, ou seja, a impossibilidade de fornecer documentação sigilosa do paciente para a seguradora, em se tratando de fato que deu ensejo à propositura de medida judicial, é a intervenção da seguradora na ação, ocasião em que terá acesso a toda a documentação, podendo, inclusive, elaborar defesa, assumindo dever de sigilo.

As ações de indenização propostas contra o segurado e que estão cobertas pelo seguro têm como causa de pedir eventual falha nos serviços prestados pelo segurado e que decorrem de relação de consumo entre o segurado e o usuário do serviço. Dessa forma, incidem o Código de Defesa do Consumidor (arts. 88 e 101, inciso II), e o Código de Processo Civil (arts. 70 e 77), que disciplinam a intervenção de terceiro, como é o caso da seguradora no processo.

A doutrina e a jurisprudência têm admitido o chamamento das seguradoras ao processo⁴⁵, com fulcro nos arts. 101, inciso II, do CDC e art. 77 do CPC, consoante Enunciado nº 208 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que estabelece ser “Admissível chamamento ao processo da seguradora pelo fornecedor nas ações fundadas em relação de consumo.”

Ademais, é cabível o fornecimento de relatório médico para melhor esclarecer os fatos, ou a autorização do próprio paciente no envio da documentação à seguradora.

Em suma, o contrato de seguro deve também concretizar os objetivos socialmente relevantes, à medida que, além da sua função econômica própria, o contrato de seguro deve atender à função social dos contratos e, sobretudo, não pode se configurar em um instrumento para a violação dos direitos mais caros da pessoa humana, como o direito à privacidade do paciente.

Conclui-se, portanto, que, além da prevalência do direito à privacidade do paciente que, por si só, justificaria satisfatoriamente a recusa na entrega de tais prontuários, não há qualquer óbice ao exercício da regulação do sinistro e do acesso às informações necessárias, desde que utilizado o caminho adequado para tal.

45 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

6. Referências

AGUIAR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 718, ago. 1995.

BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade Civil em Face das Pesquisas em Seres Humanos: Efeitos do Consentimento Livre e Esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). *Bioética e Responsabilidade*. Forense: Rio de Janeiro, 2009, pp. 205-233.

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In: NERY, Rosa Maria de Andrade, DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada: arts. 1º a 107º*. V. 1, 4 ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CENEVIVA, Walter. *Segredos profissionais*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CNSEG. Relatório de arrecadação. Dez./2012, disponível em: <http://www.fenaseg.org.br/cnseg/estatisticas/mercado/>

CREMERJ. Parecer nº 200/2013. O envio de cópia de prontuário médico para o plano privado de assistência a saúde só é permitido com autorização expressa do paciente. Disponível em: <<http://old.cremerj.org.br/skel.php?page=legislacao/resultados.php>> Acesso em 10 de junho de 2013.

DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato. Do seguro (arts. 757 a 802)*, vol. XI. tomo I. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 11 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 19-20.

FNSEG. Relatório de arrecadação do mercado de seguros, 2005-2012. Disponível em: <<http://www.fenaseg.org.br/fenaseg/estatisticas/estatisticas.html>>

GONÇALVES, Carla. *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*. Portugal: Coimbra Editora, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro*. v.3. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 86, n. 454/456, abr.-jun./1941, pp.548-559.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAGRINI, Rosana Jane. Médico: cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. *Revista dos Tribunais*, v. 92, n. 809, p. 137-163, mar. 2003.

OLIVEIRA, James Eduardo C. M. Código civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIMENTA, Melissa Cunha. *Seguro de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. Função Social do contrato: integração das normas do Capítulo XV com os princípios e as cláusulas gerais. *III Fórum de Direito do Seguro "José Sollero Filho"* (anais). São Paulo: IBDS, 2003.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. organização, seleção e apresentação de: Maria Celina Bodin de Moraes; tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUEF, Maria do Céu. *O segredo médico como garantia de não discriminação*. Estudo de caso: HIV/SIDA, 17, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SCHAEFER, Fernanda. *Proteção de dados de saúde na sociedade da informação: a busca pelo equilíbrio entre privacidade e interesse social*. Curitiba: Juruá, 2010.

STIGLITZ, Rubén S. *El siniestro*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; pp. 23/54.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TZIRULNIK, Ernesto. *Regulação de sinistro* (ensaio jurídico). 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

18

EMPRESAS DE COLETA E ARMAZENAMENTO DE CÉLULAS-TRONCO E PERDA DE UMA CHANCE

Fernanda Schaefer¹

A vida é breve.

A ciência é perene.

A oportunidade é ardilosa.

A experimentação é perigosa.

O julgamento é difícil.

Hipócrates – Aforisma I.1.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O que são e para que servem as células-tronco – 3. Da regulamentação dos contratos de coleta e armazenamento das células-tronco no Brasil – 4. Do descumprimento de contratos de coleta de células-tronco e a teoria da perda de uma chance – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. Introdução

As inovações tecnológicas, em regra, trazem grandes benefícios à população, ao mesmo tempo em que originam grandes questionamentos éticos e jurídicos. O Direito é instado a propor soluções, impor limites, definir regras para o uso de toda essa tecnologia sobre o corpo humano, pois bens considerados indisponíveis como saúde, vida, integridade física e psíquica e intimidade, estão em jogo. As novas tec-

¹ Fernanda Schaefer – advogada em Curitiba-PR. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil do curso de Direito da Faculdade Estácio de Curitiba. Professora de Direito Civil e Biodireito Unicuritiba. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-PR.

nologias obrigaram o Direito a garantir não só o homem como indivíduo, mas como membro de uma espécie e, por consequência, assegurar-lhe a vida presente e futura.

Neste contexto, a prestação de serviços de coleta de células-tronco umbilicais é novidade comercial embasada nas grandes promessas e esperanças promovidas pelas pesquisas com células-tronco (embrionárias e adultas). O serviço é subordinado à Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA n. 153, de 14 de junho de 2004 que regulamentou os procedimentos hematoterápicos. Resolução, no entanto, incapaz de regulamentar as relações de consumo decorrentes dessa prática.

Diversas empresas oferecem ao mercado o serviço de coleta e armazenamento de células extraídas do cordão umbilical e não é necessário um estudo muito detalhado dos contratos oferecidos para se detectar grande quantidade de cláusulas abusivas e variedade de promessas que poderão ser frustradas. Mas o problema não se concentra apenas na abusividade de algumas cláusulas contratuais, pode decorrer, também, da ausência da empresa no momento da coleta ou da coleta inadequada ou má conservação e inutilização do material coletado.

Nestes casos, além da evidente aplicabilidade da teoria responsabilidade objetiva, deve-se observar a inequívoca perda de uma chance, uma vez que a ausência de coleta ou a inutilização do material coletado leva conseqüentemente à perda definitiva de uma vantagem esperada pelos pais contratantes, o que, sem dúvida, caracteriza um resultado negativo irreversível. É esse o objetivo do presente trabalho: determinar como pode ser aplicada a teoria da perda de uma chance a hipóteses de descumprimento contratual pelas empresas coletoras de células-tronco.

2. O que são e para que servem as células-tronco

Os primeiros relatos² envolvendo pesquisas em células-tronco embrionárias humanas datam de 1998, em artigo publicado pelo Dr. James A. Thomson da Universidade de Wisconsin, USA. Desde então, cientistas propagam a idéia de que a cura para doenças degenerativas como o mal de Alzheimer e Parkinson, entre outros males ainda sem tratamento ou cura, podem estar intimamente ligadas ao desenvolvimento das pesquisas com células-tronco extraídas de células embrionárias ou de células somáticas retiradas de doadores ou do organismo do próprio paciente.

Desde a primeira pesquisa noticiada em 1998, um dos campos da Biomedicina que mais se desenvolveu e que gera grandes polêmicas³ é o da pesquisa com célu-

2 Nos anos 50 os pesquisadores James Watson e Francis Crick descobriram a forma de dupla hélice do DNA. Desde então, o espaço para o desenvolvimento da Biologia e da Biomedicina molecular vem crescendo e ganhou novo e especial fôlego com a conclusão do Projeto Genoma Humano (abril de 2003).

3 Nesse sentido, vejam-se as manchetes não só sobre o tratamento prometido, mas também com relação ao julgamento pelo STF da ADI 3510 que **declarou constitucional** o art. 5º, da Lei de Biossegurança que autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias:

1- **Em bichos já funciona.** O tratamento com células-tronco, ainda em fase experimental em seres humanos, já está curando cães e gatos. Fonte: CORRÊA, Rafael. Revista Veja, 13 de fevereiro de 2008, p. 92.

2- **E Gabriela ainda espera.** Ao adiar o julgamento sobre o uso de embriões em pesquisas, o STF frustra os pacientes

las-tronco, tudo porque as células-tronco, células mãe, células estaminais ou células progenitoras (*stemcells*), são, conforme definição do §3º da Lei Alemã sobre células-tronco (28 de junho de 2002) “*todas as células de origem humana que possuem a capacidade de replicar-se em um meio adequado mediante divisão celular, de tal forma que, tanto elas quanto suas células filhas, podem dar lugar, sob certas condições, a células especializadas de diversos tipos, porém não a um indivíduo humano*”⁴ (células-tronco pluripotentes)”.

Para os fins do presente trabalho, adotar-se-á, conforme orientação trazida em estudo realizado pelo jurista Reinaldo Pereira e SILVA (2003, p.81), como células-tronco as que possuem as seguintes características:

- 1) a autoconservação ilimitada, ou seja, o poder de se reproduzir durante muito tempo sem se diferenciar.
- 2) a capacidade de produzir células-tronco de transição, com uma limitada capacidade proliferadora, das quais derivam uma variedade de linhas de células altamente diferenciadas.

Portanto, em breves palavras, células-tronco são células que possuem a capacidade de se multiplicar indefinidamente dando origem a novas células-tronco ou aos mais diversos tipos de células especializadas e plenamente funcionais. São, dessa forma, células ‘coringa’ que possuem a capacidade de se desenvolver em qualquer tecido do corpo humano. Pode-se dividir as pesquisas com células-tronco em duas grandes categorias: as obtidas a partir de células adultas⁵ (ou somáticas, como as obtidas a partir do sangue do cordão umbilical, da medula óssea, fetais e de tecidos) e

que não têm outra opção a não ser crer no potencial das células-tronco. Fonte: SEGATTO, Cristiane. Revista Época, 10 de março de 2008, p. 86-89.

3- **O fim da discussão, o início das pesquisas.** O que muda na vida dos pacientes e dos cientistas agora que o Supremo Tribunal Federal aprovou o uso de células-tronco de embriões nos laboratórios. Fonte: SEGATTO, Cristiane. Revista Época, 02 de junho de 2008, p. 46-49.

4- **Nem ciência, nem religião.** No julgamento sobre o uso de células-tronco de embriões humanos nos laboratórios, o Supremo se ateve ao direito – e fez história. Fonte: GRAIEB, Carlos. Revista Veja, 04 de junho de 2008, p. 62-68.

5- **Modelo atacada com ácido recupera visão após cirurgia com células-tronco.** Katie Piper já havia passado por mais de cem operações para recuperar os tecidos de seu rosto, mas visão continuava prejudicada. Fonte: BBC-Brasil, 06 de fevereiro de 2012.

6- **USP vai criar banco de células-tronco.** Pesquisadores da USP querem criar o primeiro banco de células-tronco de pluripotência induzida (iPSC, na sigla em inglês) da América Latina. Fonte: Estadão, 12 de maio de 2012.

7- **Cirurgiões realizam transplante inédito de traqueia sintética.** Revestido com células-tronco do próprio paciente, órgão não corre risco de rejeição, diz médico. Fonte: BBC, 07 de julho de 2012.

4 A mesma lei define o embrião como sendo toda célula totipotente humana que tem a capacidade de dividir-se e de dar lugar a um indivíduo humano, sempre que presentes as condições adequadas.

A Lei nº 11.105, 24 de março de 2005 (Nova Lei de Biossegurança) define no art. 3º, VII, célula germinal humana como “*célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia*”.

No julgamento da ADI 3510 pelo Supremo Tribunal Federal vários Ministros (entre eles o próprio Ministro-Relator Carlos Ayres Britto) reconheceram haver vida no embrião congelado, mas não uma vida que merece exatamente a mesma proteção da vida humana.

5 “Células adultas”: depois que as primeiras células do embrião se diferenciam, qualquer célula-tronco colhida de uma pessoa é considerada adulta. Elas estão no sangue do cordão umbilical e na medula óssea”. Mayana Zatz e Salmo Raskin e pelo hematologista Gustavo Vilela, para a Revista Veja de 23 de novembro de 2005.

as obtidas a partir de células embrionárias (obtidas a partir de embriões congelados e células clonadas).

Embora as pesquisas tenham demonstrado que os resultados mais promissores estão sendo obtidos a partir de células embrionárias⁶, é importante destacar que no Brasil a manipulação de células germinais humanas foi expressamente proibida, durante toda a vigência do art. 8º, inciso II, da Lei nº 8.974, de 05.01.95 (Lei de Biossegurança) e, portanto, pesquisas com células-tronco, em território brasileiro, até então, só poderiam ser desenvolvidas em células somáticas⁷.

Vale frisar que essa proibição de manipulação de células embrionárias não inviabilizou o desenvolvimento de estudos com células-tronco no Brasil, ao contrário, estimulou a busca de novos métodos de extração dessas células por meio de manipulação de células somáticas na busca de terapias para doenças que, até o momento, e com os métodos terapêuticos convencionais, não têm cura conhecida e cujo prognóstico⁸ é invariavelmente muito ruim. Por esses motivos, a entrada em vigor da nova

6 Até recentemente os cientistas acreditavam que os melhores resultados só poderiam ser obtidos com a manipulação de células embrionárias, mas cientistas alemães do Instituto Fraunhofer e da Universidade de Lübeck contestam essa informação afirmando que têm conseguido os mesmos resultados com pesquisas em células somáticas, por meio de um método pioneiro por eles desenvolvido. Notícia publicada pelo Jornal Folha de São Paulo, em 29 de maio de 2004. Disponível no site Folha Online [http://www1.folha.uol.com.br]. Acesso em 16 jun. 2004.

7 A terapia genética em células somáticas evita procedimentos que destruam embriões ou que apliquem uma das técnicas de clonagem humana, o que, por óbvio, diminui a polêmica ética e jurídica sobre a sua aplicação em seres humanos, fundamento que alguns Ministros trouxeram aos seus votos quando realizaram interpretação aditiva do art. 5º, da vigente Lei de Biossegurança.

Também já há experimentos que visam a obtenção de células-tronco embrionárias sem, no entanto, ser necessária a destruição do embrião. Notícia divulgada pela Revista Veja de 30 de agosto de 2006, p. 86, sob a manchete: “Fim da polêmica – pesquisadores americanos criam cultura de células-tronco sem destruir embrião”. E Revista Época de 26 de novembro de 2007, p. 118-119, sob a manchete: “Tréguas para os embriões – as conseqüências da pesquisa que transformou pele nas preciosas células-tronco embrionárias”, pesquisa realizada pelo precursor da utilização de embriões humanos para cultivação de células-tronco, James Thomson. É bom ressaltar que ambas as pesquisas encontram-se em fase de comprovação de sua eficiência, o que, portanto, não significa que não causem danos ao embrião submetidos a tais experimentações.

Fluído amniótico oferece célula-tronco alternativa e menos controversa. Cientistas conseguiram reprogramar células apenas com composto químico se sem alterar DNA. Fonte: Reuters, 03 de julho de 2012.

Pesquisadores transformam células de sangue menstrual em embrionárias. Descoberta é um importante avanço na terapia celular, já que células embrionárias são capazes de se transformar em outros tecidos. Fonte: Estadão, 24 de outubro de 2011.

8 Prognóstico, segundo o Dicionário Médico Blakiston, é a “predição da provável evolução e do desfecho de uma moléstia, lesão ou anomalia do desenvolvimento em uma paciente, baseada no conhecimento geral de tais condições, bem como em dados específicos e no juízo clínico de cada caso particular”.

Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05)⁹ que autoriza¹⁰, em seu art. 5º¹¹, as pesquisas com células-tronco obtidas de células germinais, não significa o fim das pesquisas com células-tronco obtidas de células somáticas, mesmo porque, já há diversos resultados promissores obtidos nessas pesquisas¹².

Assim, sobre o método de terapia genética¹³ em células somáticas, ensina Clóvis Airton de QUADROS, citando Stella Maris MARTÍNEZ (2004, p. 47-48) que “*la terapia génica sobre células somáticas, se aplica sobre una clase circunscrita e determinada de células del cuerpo humano, y tiene como objetivo la modificación de su estructura genética a fin de que las mismas cumplan adecuadamente una función, para la que están destinadas, y que, por fallas en la información hereditaria, no pueden desarrollar*”.

Dentro dessa compreensão, pode-se indicar como fatores positivos das pesquisas com células somáticas (vantagens cientificamente comprovadas):

- 1) a facilidade em se conseguir o número necessário de células somáticas para a obtenção das células-tronco.
- 2) as células podem ser colhidas do próprio paciente, não há necessidade de doadores, embora esses possam existir.
- 3) menor risco de rejeição do organismo ao material biológico implantado, uma vez que pode ser retirado e manipulado das próprias células do paciente.
- 4) em tese o tratamento via células somáticas não afeta os descendentes da pessoa tratada, embora ainda não se possa ter cem por cento de certeza a esse respeito.

No entanto, as células-tronco também têm uma outra propriedade, pouco difundida, que é a facilidade de se multiplicar, o que faz com que se assemelhem às células tumorais¹⁴. Então, se as pesquisas com células-tronco são uma promessa de

9 Normas regulamentadoras: Decreto nº. 5.591/05; Resolução nº. 33/06, RDC/ANVISA; Portaria nº. 2.526/05, Ministério da Saúde.

10 Art. 5º, Lei nº 11.105/05 – “*é permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:*

sejam embriões inviáveis, ou

sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento.

§1º - *Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores;*

§2º - *Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.*

§3º - *É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15, da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.*

11 Cláudio Fonteles, Procurador-Geral da República, em maio de 2005 propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando justamente o art. 5º, da Lei nº. 11.105/05. Essa ação foi definitivamente julgada improcedente, por maioria de votos, em Sessão Plenária do Supremo Tribunal Federal realizada em 29/05/2008 (Ata nº. 20) e publicada no Diário Oficial em 20/06/2008.

12 O art. 3º, XI, da Lei nº 11.105/05, conceitua células tronco embrionárias como “*células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo*”.

13 Terapia Genética é a inserção de genes nas células e tecidos de uma pessoa para o tratamento de uma doença, técnica também utilizada para a inserção de células-tronco.

14 Vide reportagem de capa da Revista *Scientific American (Brasil)* que traz por título: **Câncer, o lado maligno das**

terapia e de cura e, por isso, devem ser estimuladas dentro de limites legais, éticos e sociais, é importante ter-se certeza de que antes de transformá-las em nova prática clínica é preciso conhecer profundamente seus riscos e efeitos sobre o corpo humano, a fim de se preservar a vida e a integridade física dos pacientes (princípio de responsabilidade) e, até mesmo de seus descendentes, pois também não se tem certeza de que esse tipo de tratamento não causa mutações genéticas espontâneas, capazes de afetar, inclusive, as células germinais (princípio da solidariedade entre gerações)¹⁵.

Assim, antes de somente apontar os aspectos positivos das pesquisas com células-tronco, é necessário também refletir sobre os seus aspectos negativos, pois conduzem a terapias que intervêm diretamente sobre o patrimônio genético do paciente e podem causar benefícios ou graves riscos, não só ao doente como a seus possíveis descendentes (princípios da proporcionalidade e da razoabilidade)¹⁶.

A cautela e a ampla difusão do conhecimento, portanto, deve ser a regra, e, por estar o assunto ainda apenas em fase de pesquisas (ainda não são efetivamente uma realidade clínica), é necessário que todos os cuidados sejam tomados para que não se divulgue e popularize apenas seus benefícios (como o fazem as empresas coletoras de células-tronco do cordão umbilical), mas que se aprofundem os estudos sobre seus riscos e seus efeitos. Só por meio do saber científico (como um todo) cientistas e sociedade serão capazes de estabelecer regras que realmente protejam não só os pacientes, como toda a humanidade.

Embora muito se fale sobre a terapia genética e nas pesquisas com células-tronco, vale ressaltar que, nas palavras de Clóvis Airton de QUADROS, (2004, p. 54), *“a cura pelos genes se revela muito mais como sendo uma revolução conceitual do que uma revolução terapêutica, embora em certos países da Europa, como França e a Inglaterra e principalmente nos Estados Unidos, as pesquisas nesse campo têm avançado celeremente”*.

A terapia genética com a utilização de células-tronco (adultas ou embrionárias) ainda é uma realidade clínica distante, mas necessita ser desde já discutida e legitimada ética e juridicamente para que danos irreparáveis aos pacientes e à humanidade sejam efetivamente evitados e afastados¹⁷, maximizando-se seus efetivos benefícios (princípio da beneficência). A importância da discussão fica ainda mais evidente quando se observam nos mercados contratos de coleta de células-tronco cujo principal argumento de venda é a possibilidade de cura ou tratamento futuros.

células-tronco. São Paulo, n. 51, ago. 2006, p. 37-46.

15 Princípio invocado pelo voto da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha no seu voto pela constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança.

16 Princípios invocados pelo Ministro Gilmar Mendes no seu voto pela constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, desde que interpretado com os aditivos indicados.

17 Nas palavras de Berlinguer *“a velocidade com que se passa da pesquisa pura para a aplicada é, hoje, tão alta que a permanência, mesmo que por breve tempo, de erros ou fraudes pode provocar catástrofes”*.

3. Da regulamentação dos contratos de coleta e armazenamento das células-tronco no Brasil

O Biodireito brasileiro ainda encontra-se em fase de desenvolvimento e, nesse contexto, o Brasil ainda não possui uma legislação específica¹⁸ sobre os contratos para coleta e armazenamento de células-tronco, embora a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05) e demais diplomas reguladores, bem como, o próprio Código de Defesa do Consumidor, estabeleçam alguns limites claros com relação a essa prática comercial.

No entanto, se a legislação infraconstitucional ainda é precária, o mesmo não se pode falar da proteção constitucional. Embora ainda que se discuta a possibilidade de relações contratuais terem por objeto material humano, essas espécies contratuais já estão disponíveis ao mercado de consumo e, por isso, é preciso dar soluções a danos decorrentes dessas relações jurídicas. Por isso, muito além de se exigir que estes contratos observem a sua função social é preciso que se desenvolvam observando o **princípio da dignidade da pessoa humana**¹⁹ (art. 1º, III, CF). Princípio que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como uma norma que engloba noções valorativas e principiológicas, tornando-se preceito de observação obrigatória, fundamento da República Federativa do Brasil cujo valor no ordenamento constitucional deve ser considerado superior e legitimador da atuação estatal e privada.

A Constituição de 1988 atribuiu plena normatividade à dignidade da pessoa humana²⁰, projetando-a para todo o sistema jurídico, político e social, tornando-a o alicerce principal da República e do Estado Democrático de Direito e permitindo que possua proeminência axiológica-normativa sobre os demais princípios. Conclui Cármen Lúcia Antunes Rocha, citada por Flademir Jerônimo Belinati MARTINS (2003, p. 78) que *“a positivação do princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja seus fins: que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado”*.

18 A falta de um diploma específico para cuidar das pesquisas com células-tronco foi duramente criticada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto proferido na ADI 3510.

19 O conceito jurídico de dignidade da pessoa humana é indeterminado, ou seja, o seu conteúdo e a sua extensão são incertos, embora seja inegável que se trata de qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, e outro não poderia ser o entendimento. Por isso, na doutrina nacional é importante destacar o conceito elaborado por Ingo Wolfgang SARLET (2002, p. 60), por ser ele o mais abrangente, sintetizando todo o rol de proteção estabelecido por esse princípio *“a dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”*.

20 O que demonstra a inversão na ordem política brasileira. O homem, em todas as suas dimensões, passa a ser a preocupação maior do Estado e prioridade justificante do Direito e qualquer afronta à dignidade pode ser caracterizada como afronta ao Estado Democrático de Direito.

Da compreensão de que a simples previsão constitucional não bastaria para efetivar a dignidade da pessoa humana, o Constituinte de 1988 elaborou um amplo e aberto (não-taxativo) sistema de direitos e garantias fundamentais que direta ou indiretamente buscam concretizar, na prática, esse princípio fundamental, valor fonte do sistema constitucional e que também é amplamente aplicável às relações contratuais decorrentes da Biotecnologia.

O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, não pode, em qualquer hipótese ser afastado quer na atuação estatal, quer na atuação privada e, como não pode ser afastado, deve ser obrigatoriamente observado por médicos, pesquisadores e empresas prestadoras de serviços de Biotecnologia²¹.

Além do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, esses contratos devem também observar outros princípios constitucionais como: o **direito à vida** (art. 5º, *caput*, CF); **princípio da precaução** (qualquer intervenção sobre o corpo humano e meio ambiente deve previamente quantificar e qualificar benefícios e riscos); **princípio da liberdade** (art. 5º, *caput*, CF - pressupõe o princípio da autonomia da vontade e o consentimento esclarecido); **princípio da igualdade** (art. 5º, *caput* e inciso I, CF - socialização das descobertas científicas e acesso às novas terapias genéticas); **princípio da segurança** (art. 225, *caput*, CF - o Estado tem o dever de fiscalizar, tutelar e reprimir abusos das pesquisas genéticas - art. 5º, III, CF); **direito à intimidade** (art. 5º, X, CF - qualquer informação genética da pessoa não pode ser divulgada sem sua prévia autorização); **proteção do patrimônio genético** (art. 225, §1º, II e V, CF - veda procedimentos eugênicos, mas, permite procedimentos terapêuticos como a pesquisa com células-tronco obtidas de células somáticas ou embrionárias).

Conjugadas a todas as regras bioéticas e aos princípios constitucionais antes apontados, ainda constituem importantes instrumentos de regulamentação ética, deontológica e jurídica desses contratos: Lei n. 11.105/2005 - Lei de Biossegurança; Decreto n. 5.591/05 (Regulamenta os incisos II, IV e V do §1º, do art. 225, da Constituição Federal e alguns aspectos da Lei n.º 11.105/05); Resolução n. 33/06, RDC-ANVISA (aprova o regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos); Portaria n. 2.526/05, Ministério da Saúde (dispõe sobre a informação de dados necessários à identificação de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*); Resolução n. 56/10, RDC-ANVISA (dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos laboratórios de processamento de células progenitoras hematopoéticas (CPH) provenientes de medula óssea e sangue periférico e bancos de sangue de cordão umbilical e placentário, para finalidade de transplante convencional e dá outras providências); Resolução n. 23/00, ANVISA

21 Ressalte-se que o julgamento da ADI 3510 pelo Supremo Tribunal Federal invocou por diversas vezes o princípio da dignidade da pessoa humana, prevalecendo a tese de que é inaplicável aos embriões uma vez que neles não se pode afirmar existir vida humana (vide texto, nessa mesma obra: Pesquisas com células-tronco embrionárias - breves notas sobre o histórico julgamento no Supremo Tribunal Federal).

(dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos e dá outras providências); Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Resolução n. 1.931/2009, CFM (institui o Código de Ética Médica - vigente desde março 2010); Resolução n. 2013/2013, CFM (fixa regras sobre reprodução humana assistida); Resolução n. 196/96, CNS (fixa regras com relação às pesquisas com seres humanos); Instrução Normativa n. 8/97, CTNBio (regulamenta formas de manipulação genética e clonagem); Instrução Normativa n. 9/97, CTNBio (determina que os experimentos na área de manipulação do genoma devem seguir as regras da Resolução nº 196/96-CNS); Resolução n. 153/04, RDC-ANVISA (determina o Regulamento Técnico para os procedimentos hemoterápicos, incluindo a coleta, o processamento, a testagem, o armazenamento, o transporte, o controle de qualidade e o uso de sangue e seus componentes, obtidos de sangue venoso, do cordão umbilical, da placenta e da medula óssea).

É importante destacar que tanto os princípios constitucionais, quanto as regras estabelecidas pela Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), pelo Conselho Federal de Medicina, pela CTNBio, pela ANVISA e pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), não visam impedir a realização das pesquisas biocientíficas, mas estabelecer um sistema amplo de proteção a direitos individuais e coletivos que pretendem proteger o ser humano e o meio ambiente (presente e futuro) de qualquer risco genético que possa surgir dessas investigações e contratos biotecnológicos. Conclui Eros Belin de Moura Cordeiro (2009, p. 102) que

Negar avanços tecnológicos ou qualificá-los com base em conceitos que não foram forjados para tais desafios representa, em última análise, negar o direito como produto social (sob pena de reproduzir-se como um fim em si mesmo, a partir de conceitos meramente ‘autorreferenciais’). A expansão da biotecnologia implica sua contratualização, ou seja: a biotecnologia materializa-se a partir de transferências de bens, capitais, direitos. Resta, então, aceitar o desafio de enfrentá-lo, buscando delimitar regimes jurídicos referentes a contratos que envolvam material humano.

O que se pode concluir é que, mesmo não havendo regulamentação específica sobre contratos de coleta e armazenamento de células-tronco, o ordenamento jurídico, ético e deontológico, interpretados sistematicamente, garantem a atuação médica e científica responsável e privilegiam a vida humana de forma objetiva (princípio da dignidade da pessoa humana), determinando que essa seja preservada de maneira que possibilite ao ser humano as condições de sua realização plena e digna enquanto ser social.

4. Do descumprimento de contratos de coleta de células-tronco e a teoria da perda de uma chance

Diante de todas as novidades e promessas oferecidas pela Biotecnologia, novos contratos sobre produtos e serviços que possuem por objeto material humano são oferecidos ao mercado de consumo. Não é objetivo deste trabalho analisar a possibi-

lidade jurídica de desses modelos contratuais, mas sim, analisar um tipo contratual que vem tomando conta do mercado destinado a gestantes: o contrato de coleta e armazenamento de células-tronco do sangue do cordão umbilical e cujo controle de juridicidade deve ser realizado a partir da sua finalidade.

Tratam-se de contratos atípicos, misto de prestação de serviços e armazenagem, que possuem como prestação contratual a coleta e armazenamento de células-tronco obtidas do sangue do cordão umbilical. Então, o modelo de comportamento projetado e exigido do fornecedor é constituído por ações complementares e sucessivas, cuja falha em qualquer uma delas pode causar quebra contratual por ausência de coleta, coleta de material insuficiente, armazenagem inadequada, entre outros e consequente danos materiais e morais aos contratantes.

É evidente que havendo resolução contratual por inadimplemento culposo do fornecedor o dever de indenizar é consequência natural. O que se pretende discutir aqui é o alcance deste dever de indenizar, em especial quando se nota da análise desses contratos é que a maioria deles traz cláusulas exonerativas de responsabilidade, cláusulas consideradas abusivas quando inseridas em típicos contratos de adesão (art. 51, I, CDC²²).

Pela especialidade do objeto envolvido, tem-se que o inadimplemento contratual pode levar à perda ou ausência do material coletado fazendo com que aquela expectativa criada pelo próprio fornecedor no consumidor se esvaia, ou seja, a expectativa de que o material esteja disponível para quando a criança em momento futuro vier a precisar de um tratamento obtido daquelas células se desfaz com a perda do objeto.

Por isso, o mero ressarcimento de acordo com as regras gerais de inadimplemento contratual não é suficiente, bem como, a mera indenização do conteúdo patrimonial do contrato não garante a efetiva reparação dos danos.

Em decisão paradigmática sobre a reparação dos danos decorrentes de quebra de contratos de coleta e armazenamento de células-tronco do cordão umbilical o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assim decidiu (em 2007 quando esses contratos ainda não eram tão populares):

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - COLETA E ARMAZENAGEM DE CÉLULAS-TRONCO - EMPRESA QUE, NÃO OBSTANTE TENHA RECEBIDO O PAGAMENTO CORRESPONDENTE, DEIXA DE ENVIAR PREPOSTO QUALIFICADO PARA COLETA DO MATERIAL A SER RETIRADO DO CORDÃO UMBILICAL - OPORTUNIDADE ÚNICA - MOMENTO DO NASCIMENTO

22 Art. 51, I, CDC – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I- impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.

- NEGLIGÊNCIA DA RÉ VERIFICADA - DANO MORAL CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - SENTENÇA REFORMADA - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA INVERTIDOS - APELAÇÃO PROVIDA E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

1. Se os pontos que se pretendia demonstrar com a produção de novas provas podiam ser averiguados através dos documentos que instruíram a inicial, mostra-se desnecessária sua realização, inocorrendo, portanto, cerceamento de defesa.

2. Considerando que as células-tronco são o grande trunfo da medicina moderna no tratamento de inúmeras patologias consideradas incuráveis, não se pode dizer que a ausência da ré no momento do parto, com a perda da única chance existente para a coleta desse material, trata-se de um simples inadimplemento contratual.

3. Havendo desperdício da única chance existente para a coleta das células-tronco por culpa exclusiva da ré, que foi negligente ao deixar de encaminhar preposto qualificado para a coleta no momento oportuno, evidente se mostra o dano moral suportado pelos autores diante da frustração em ampliar os recursos para assegurar a saúde de seu primeiro filho.

(TJPR - 10ª C. Cível - AC 401466-0 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Ronald Schulman - Unânime - J. 17.05.2007)

Nota-se que o Tribunal reconheceu não apenas os danos materiais decorrentes do inadimplemento contratual, como também, determinou a reparação por danos morais uma vez que a questão extrapola os limites de um simples inadimplemento alcançando o desperdício da única chance de se coletar o material objeto do contrato e que pode ser necessário futuramente a tratamentos médicos de que necessite o filho dos contratantes.

É comum que empresas que oferecem esse tipo contratual criem expectativas em seus clientes por meio de publicidade que destaca a potencialidade das células-tronco, o desenvolvimento de tratamentos a partir delas, anunciando-as como o futuro da Medicina e dos tratamentos médicos. Portanto, quem contrata com essas empresas contrata com base em expectativas formadas pelo próprio fornecedor que não poupa esforços em tentar demonstrar a utilidade futura desse material humano.

Então, os contratantes, ao verem desperdiçado o momento da coleta ou o próprio material coletado defrontam-se sim com algo muito superior do que o abalo patrimonial, mas sim, um abalo psíquico causado pelo desperdício da única chance em se obter sangue do cordão umbilical de seu filho, por isso, irrelevante o fato de que nem sempre é possível armazenar o material coletado.

Nota-se, então, que o dano, nestes casos, decorre da perda de uma possibilidade atual. Não se trata de dano futuro, mas sim de dano atual e presente que causou o desperdício de uma chance. Nas palavras de Sérgio Savi (2006, p. XX),

Indenizando a perda de uma chance não são violadas as regras segundo as quais o dano deve ser certo para que possa ser levado em consideração pelo Direito. De fato, vale repetir, em tais hipóteses não se indeniza a perda de um resultado favorável, mas uma coisa completamente diversa, isto é, se indeniza apenas a perda daquela possibilidade atual de conseguir aquela determinada vantagem, a qual, com base na normal prova de

verossimilhança exigida pela lei, resulta realmente existente no patrimônio da vítima, e sua perda deve ser qualificada como dano emergente.

O interesse do contratante não é meramente econômico, mas sim, uma valoração que visa garantir saúde e tratamento médico em caso de necessidade futura de seu filho e, por isso, impossível pensar que eventual descumprimento contratual por parte do fornecedor necessariamente só geraria danos patrimoniais. Nesse sentido, afirma Eros Belin de Moura Cordeiro (2009, p. 91) que,

As características fundamentais da prestação contratual, portanto, passam por sua abstração em relação aos bens a vida instrumentalizados pelo contrato e por sua feição econômica, ainda que restrita em certos casos à fase de cumprimento obrigacional. Todavia, tal fato (a de que execução acabe por comportar em eventual tutela patrimonial – perdas e danos) não leva à conclusão de que necessariamente a prestação deva ser econômica.

É exatamente isso que ocorre com os contratos de coleta e armazenamento de células-tronco obtidas de sangue do cordão umbilical. Se para o fornecedor a prestação é meramente de caráter patrimonial, para os contratantes ela vai muito além disso, projeta sem dúvida valores existenciais constitucionalmente protegidos. Por isso, esses contratos devem ser analisados a partir de bases existenciais e solidárias assegurando-se harmonia entre biotecnologia e direito; entre conteúdo patrimonial dos contratos e dignidade da pessoa humana.

5. Considerações finais

As inovações tecnológicas na área da saúde respondem a um anseio de toda a humanidade, qual seja a busca por uma melhor qualidade de vida e a cura para males que há séculos perturbam o homem. Mas, ao mesmo tempo, trazem contradições éticas e jurídicas que precisam ser analisadas de forma a reequilibrar as relações científicas e sociais e garantir o bem-estar atual e futuro de toda a sociedade, além de garantir-lhe a vida com dignidade.

Hans Jonas ressaltou em sua obra *Princípio Responsabilidade* a impotência da Ética e da Filosofia modernas frente ao homem tecnológico. Um dos reflexos dessa debilidade é a busca por uma teoria geral do Biodireito que caminha a passos lentos, encontrando-se, ainda, muito aquém da solução para as questões propostas pela Biotecnologia. Por tratar-se de campo invariavelmente interdisciplinar e que toca direitos fundamentais do ser humano como vida, saúde, integridade física e psíquica, tornou-se essencial que o Estado esteja presente como legitimador, financiador e implementador dessas novas práticas biomédicas, para garantir a sua socialização e, especialmente, a sua correta utilização. Nesse sentido, conclui Vicente de Paulo BARRETTO (2001, p. 63) que,

Neste quadro de incertezas morais e jurídicas, torna-se necessário procurar alguns critérios que expressem argumentos morais, mais do que tentar a solução dessas questões através da aplicação mecânica dos princípios da bioética ou pura e simplesmente acatar os ditames contidos no Código de Ética Médica. O caminho para solucionar essas questões talvez possa ser escolhido em função da determinação preliminar do objeto do sistema moral e do sistema jurídico. Ambos tratam, em última instância, no âmbito de seus respectivos campos de atuação, da responsabilidade da pessoa humana em virtude de sua ação, omissão ou por fato natural.

É preciso reconhecer, então, que além do sistema jurídico existe um conjunto de valores que se justificam por si sós e sobre os quais podem ser positivados novos direitos e princípios, o que, segundo Hans JONAS (1995) caracteriza o “*direito da ética intervir nas questões de direito*”.

É sob essa perspectiva de atuação responsável, de divulgação clara e objetiva do conhecimento²³ e de proteção do ser humano presente e futuro que se devem realizar as pesquisas com células-tronco e os contratos que as tenham por objeto, levando-se sempre em consideração que envolvem não só expectativas dos doentes e suas famílias com relação à cura ou amenização de seu sofrimento, como envolvem questões políticas, sociais e econômicas que também devem ser avaliadas.

Portanto, as regras Bioéticas e as normas fixadas pelo Biodireito só serão realmente úteis e eficientes se, além de colocarem o ser humano como valor fundamental de suas discussões e determinações, exigirem uma atuação responsável e a socialização de todo o saber e de todas as técnicas biotecnológicas para a construção de uma sociedade mais saudável e de contratos biotecnológicos que efetivamente preencham sua função social.

6. Referências

BARRETTO, V.P. As relações da bioética com o biodireito. In: BARBOZA, H.H.; BARRETTO, V.P. (Orgs.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CORDEIRO, E.B.M. Contrato e biotecnologia: reflexões sobre o reconhecimento da matéria humana como objeto contratual. In: CORTIANO JUNIOR, E.; MEIRELLES, J.M.L.; FACHIN, L.E.; NALIN, P. **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 84-109.

CORRÊA, R. Em bichos já funciona. In: **Revista Veja**. São Paulo, 13 de fevereiro de 2008, p. 92.

23 Nesse sentido, explica Clóvis Airton de QUADROS (2004, p. 18) “[...] a melhor forma de abordagem dos eventos jurídicos que envolvem a terapia genética em linha somática é a divulgação do conhecimento do que ela é, para então, viabilizar uma intervenção jurídica coerente pelos operadores do Direito, capaz de evitar, coercitivamente, toda forma de instrumentalização de alguns seres humanos em favor do interesse de outros”.

JONAS, H. **El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización**. Barcellona: Herder, 1995.

_____. **Ética, medicina e técnica**. Lisboa: Vega, 1994.

MARTINS, F.J.B. **Dignidade da pessoa humana – princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

OSOL, Arthur (Org.). **Dicionário médico blakiston**. 2ª. ed. São Paulo: Andrei Editora, p. 315.

QUADROS, C.A. **Limites jurídicos à terapia genética em células somáticas de seres humanos**: a constituição federal de 1988 e a lei de biossegurança. Curitiba, 2004. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico e Social. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 236p.

SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHAEFER, F. Pesquisa com células-tronco embrionárias - breves notas sobre o histórico julgamento no STF. In: MEIRELLES, J.M.L. **Terapia celular humana**: limites e possibilidades de ordem ética e jurídica. Curitiba: Juruá, 2010.

SEGATTO, C. E Gabriela ainda espera. In: **Revista Época**. São Paulo, 10 de março de 2008, p. 86-89.

_____. O fim da discussão, o início das pesquisas. In: **Revista Época**. São Paulo, 02 de junho de 2008, p. 46-49.

_____. Trégua para os embriões. In: **Revista Época**. São Paulo, 26 de novembro de 2007, p. 118-119.

19

RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS NEGOCIAL E A RESCISÃO IMOTIVADA DOS CONTRATOS DE SEGURO DE VIDA: O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Glenda Gonçalves Gondim¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O contrato de seguro de vida e o julgamento em análise – 3. O contrato contemporâneo: o princípio da boa-fé objetiva e os deveres laterais – 3. Inadimplemento contratual contemporâneo e a responsabilização civil – 4. Considerações finais – 5. Referências.

1. Introdução

O contrato contemporâneo não pode ser analisado simplesmente pelo que foi pactuado entre as partes, conforme o era no direito moderno, visto que diante dos princípios da função social e da boa-fé, surgem aos contratantes deveres além daqueles que estão previstos expressamente no pacto celebrado.

São os denominados deveres laterais que, mesmo não estando dispostos ou pactuados entre as partes, devem ser respeitados e o seu inadimplemento acarreta a responsabilização do ofensor. Destarte, a responsabilidade contratual (ou negocial) não está limitada, simplesmente, ao inadimplemento das cláusulas pactuadas, mas também ao descumprimento de deveres implícitos decorrentes dos princípios do direito civil constitucional, que geram o que se denomina como responsabilidade pré ou pós negocial.

¹ Advogada. Mestre e Doutoranda em Direito das Relações Sociais (UFPR). Especialista em Responsabilidade e Direito do Consumidor (FDC). Professora de Direito Civil da Universidade Positivo.

No presente estudo, objetiva-se analisar a responsabilidade pós-negocial, cuja delimitação do tema foi realizada através de pesquisa jurisprudencial em demandas que discutem a rescisão imotivada e unilateral dos contratos de seguro de vida, a partir do acórdão paradigma de relatoria da Ministra Nancy Andrichi (Recurso Especial n.º 1.073.595/MG).

No caso em questão, ocorreu a responsabilização da seguradora pela não renovação do contrato, renovação essa que ocorreu durante 30 (trinta) anos ininterruptos, gerando uma expectativa no segurado.

Para compreensão do objeto deste estudo e análise do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, será estudado o próprio caso em discussão, bem como os temas dos contratos contemporâneos e os deveres laterais dele decorrentes e a responsabilização civil pós negocial.

2. O contrato de seguro de vida e o julgamento em análise

O julgamento, objeto de análise por este estudo, se refere a contrato de seguro de vida e, por isso, é importante realizar uma breve consideração acerca destes contratos, antes de verificar a responsabilização ou não das partes em razão de deveres não pactuados.

O instituto da responsabilidade civil e contrato de seguro (assim como é conhecido atualmente) sempre estiveram relacionados, eis que a securitização está atrelada a fenômenos relativos à responsabilização civil, tanto referente à objetivação (que diz respeito ao afastamento do pressuposto da culpa), quanto à coletivização (quando se impõe a necessidade de realizar a diluição do pagamento da indenização perante a sociedade)².

O seguro tem, portanto, o objetivo de reparar devidamente os danos sofridos, através da transferência “[...] *para a coletividade das pessoas que exercem uma mesma*

2 A responsabilidade civil tem dois fenômenos importantes do século XIX, a saber: a objetivação e a coletivização. E ambos estão relacionados. A objetivação diz respeito ao afastamento do pressuposto da culpa quando da revolução industrial, eis que não era mais possível permanecer atrelada a um elemento racional do ofensor, quando a ofensa decorria de máquinas (sem qualquer vontade) e iniciam os primeiros passos da responsabilidade objetiva. Afastado o elemento da culpa, um maior número de vítimas passa a ser reparada, contudo, o patrimônio individual dos ofensores não é suficiente, necessitando de coletivizar os danos, para que as vítimas possam ser devidamente reparadas, como bem afirma Patrice JOURDAIN “A objetivação da responsabilidade não atende suficientemente as indenizações que ela fixa, porque os patrimônios individuais, daqueles que podem ser declarados responsáveis independentemente da sua culpa, se mostram muito aquém da possibilidade de garantir efetivamente a reparação de todos os danos. Por isso, necessário assegurar uma coletivização da responsabilidade, para diluir a carga de indenização e torná-la mais suportável.” (tradução livre de: “Cette ‘objectivation’ de la responsabilité n’eut cependant pas suffi à atteindre le but d’indemnisation qu’elle se fixait, car les patrimoines individuels se montrent bien trop étroits pour garantir effectivement la réparation de tous les dommages dont chacun peut être déclaré responsable indépendamment de sa faute. Il devenait nécessaire d’assurer une ‘collectivisation’ de la responsabilité afin de diluer la charge de l’indemnisation et de la rendre plus supportable.” (JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 13).

*atividade, geradora do mesmo risco, e que são quem paga os prêmios relativos ao seguro respectivo”*³.

Ainda dentro da concepção de responsabilidade civil e ocorrência de danos, o contrato de seguro ampliou a sua atuação dentro do Direito e tem tido grande relevância para a sociedade atual, considerada como uma sociedade de riscos.

Sem adentrar nas características e classificações próprias do tema de contratos, destacam-se duas características que estão relacionadas com o tema deste estudo, quais sejam, a natureza aleatória e a limitação temporal de determinados contratos. A aleatoriedade está relacionada com o fato de que mesmo sendo um contrato oneroso, a contraprestação do segurador só pode ser exigida quando da ocorrência do dano assegurado, não importando, portanto, em obrigação concreta, mas sim aleatória. Por sua vez, os contratos de seguro de vida podem ser pactuados por tempo indeterminado ou com prazos determinados, renovados pelo mesmo período de tempo, durante o qual o objeto escolhido estará assegurado acaso o dano ocorra.

Essas duas características são importantes e foram mencionadas no julgamento do Recurso Especial n.º 1.073.595/MG, especialmente, no que diz respeito a duração do contrato e os deveres decorrentes da sua rescisão. Com efeito, a demanda proposta pelo segurado foi objetivando a imposição à seguradora da obrigação de fazer, para que ocorresse a renovação automática do seguro, na forma como foi realizada durante 30 (trinta) anos.

Isto porque, após o período de renovações, a seguradora comunicou o segurado (através de Notificação Extrajudicial⁴) de que o contrato seria rescindido, sob o fundamento de que o contrato celebrado apresentaria desvantagens econômicas para a empresa, existindo a possibilidade de não renovação do contrato e celebração de um novo com novos termos e novos valores a serem pagos pelo segurado⁵.

O pedido foi julgado improcedente e a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por entender que os contratos pactuados, não obstante a frequente pactuação, tratavam-se de contratos individualizados, o que justificaria e embasaria, portanto, a possibilidade de rescisão unilateral do contrato.

Contudo, em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça alterou a decisão, por maioria de votos. A principal discussão perante a corte superior residiu na análise acerca da vinculação entre os contratos celebrados durante o período de trinta anos e a rescisão repentina, unilateral e desmotivada pela seguradora, a fim de averiguar os deveres e expectativas existentes em cada contrato celebrado individualmente (ano a ano), bem como seus reflexos.

Por maioria de votos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que as contratações renovadas por um longo período de tempo não podem ser consideradas de for-

3 NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 543.

4 Conduta exigida pela Circular n.º 302/05, da SUSEP.

5 Conduta esta autorizada e adequada pela Circular n.º 317/06 da SUSEP.

ma individualizada, sem qualquer relação entre si, conforme salientado pela Ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial, que em seu voto destacou: “[...] Os diversos contratos renovados não são estanques, não estão compartimentalizados. Trata-se, na verdade, de uma única relação jurídica, desenvolvida mediante a celebração de diversos contratos, cada um deles como a extensão do outro”⁶.

Entendeu-se que por se tratar de contratação que ocorreu durante trinta anos ininterruptamente, existiria uma “expectativa legítima” em manter a contratação, aplicando-se, portanto, o princípio da boa-fé objetiva, que será analisado a seguir e está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, como bem se verifica na notícia veiculada no Superior Tribunal de Justiça, em 17 de março de 2013, intitulada “Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito”⁷.

Considerando as peculiaridades do caso, em Voto-Vista o Ministro Luis Felipe Salomão expôs em seu Voto - Vista que “[...] a possibilidade de rescisão do contrato unilateralmente, ou melhor, a possibilidade de não renovação do seguro de vida após trinta anos, colocam o consumidor em uma desvantagem exagerada em relação ao consumidor, gerando um grave desequilíbrio contratual”⁸. E, em consequência, diante das renovações ocorridas por período tão longo de tempo, era de se esperar que o contrato continuasse sendo renovado.

Este julgamento ressalta a tendência atual da interpretação dos contratos, sendo utilizado como paradigma por outros julgamentos que tenham como objeto a rescisão do contrato de seguro de vida perante o Superior Tribunal de Justiça.

3. O contrato contemporâneo: o princípio da boa-fé objetiva e os deveres laterais

Nos moldes da filosofia individualista e patrimonialista que influenciou a era das codificações, o contrato foi estruturado como o pacto realizado entre contratantes “iguais” e livres, hábeis a contratar obrigações e deveres, dentro do princípio da autonomia da vontade.

Assim, o contrato era estudado como uma pactuação livre (liberdade contratual), que vinculava os contratantes (*pacta sunt servanda*) e somente a eles (princípio da relatividade dos contratantes). Sendo a vontade humana a fonte geradora de direitos e obrigações contratuais⁹.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.073.595/MG**. Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 23 de março de 2011.

7 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito**. Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108925. Acesso em 10 de maio de 2013.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.073.595/MG**. Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Voto - Vista Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 23 de março de 2011.

9 ROPPO, Enzo. **O contrato**. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes [trad.]. Coimbra: Almedina, 2009, p. 49.

Através desta interpretação contratual era considerado como inadimplemento, apenas e tão somente, o descumprimento das obrigações pactuadas e expressamente previstas no contrato, que supostamente refletia a vontade das partes.

Esse foi o pensamento que predominou na era das codificações e foi rompido no século XX, quando após as duas grandes guerras, iniciou-se um discurso sobre direitos sociais que influenciaram a formação de um Estado Social, refletido nas constituições do pós-guerra. Tais constituições transferem a preocupação jurídica patrimonial para a pessoa, “[...] *recolocando o indivíduo como ser coletivo, no centro dos interesses, e sempre na perspectiva da igualdade substancial*”¹⁰, influenciando todos os institutos jurídicos através do fenômeno denominado como repersonalização do Direito.

Para o tema dos contratos, a formação de um Estado Social e a preocupação com a pessoa, como tema central do Direito Civil, acresce aos princípios antes consagrados da autonomia da vontade, da obrigatoriedade dos efeitos contratuais e da relatividade dos efeitos, os novos princípios constitucionais da “[...] *boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato*”¹¹.

Em consequência, o contrato não é mais apenas uma relação jurídica entre as partes contratantes, podendo ser discutida a conduta de terceiro que possa influir nessa relação, além da possibilidade da adequação dos termos pactuados para atingir um equilíbrio contratual entre os contratantes, cujo objetivo é alcançar uma igualdade material entre as partes. Esta tendência é muito bem exposta pelo Professor Luiz Edson FACHIN que ensina “[...] *quem contrata não contrata mais apenas com o que contrata; e quem contrata não contrata mais apenas o que contrata*”¹².

Destarte, é possível verificar que existiu uma alteração na noção do conceito de contrato da época da codificação para o contrato contemporâneo, cuja complexidade está calcada em novos princípios constitucionais que determinam condutas para além do que foi efetivamente pactuado.

Dentre tais princípios, destaca-se o princípio da boa-fé objetiva que “[...] *representa, no modelo atual de contrato, o valor da ética*”¹³ e o qual noticiado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 17 de março de 2013, intitulada “Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito”, foi definido como o princípio cujo objetivo é “[...] *estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais*”¹⁴.

10 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 17.

11 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, v. 750, p. 113-120. São Paulo, 1998, p. 116.

12 FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3.

13 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 116.

14 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito**. Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108925.

A aplicação deste princípio está, conforme menciona Fernando NORONHA, definida através das palavras “confiança legítima” e “expectativas legítimas”, por entender que tal princípio é o que regulamenta as condutas esperadas e desejadas pelas partes para o regular cumprimento das obrigações pactuadas¹⁵.

Através do princípio da boa-fé objetiva e a sua abrangência, decorrem diversas interpretações e aplicações ao direito contratual, restringindo-se neste estudo, ao que se refere aos deveres instrumentais (ou denominados como deveres acessórios de conduta, fiduciários, funcionais ou laterais)¹⁶.

Estes deveres são definidos como aqueles “[...] *não abrangidos pela prestação principal que compõe o objeto do vínculo obrigacional*”¹⁷, mas que se tornam necessários para o devido adimplemento e satisfação do credor, como “[...] *meio de garantir a consecução do fim do contrato*”¹⁸ e que podem ou não estarem devidamente pactuados. São considerados “[...] *deveres auxiliares do cumprimento perfeito e exclusivo da prestação principal*”¹⁹ e que mesmo não tendo sido previamente pactuados devem ser adimplidos para que seja alcançado o perfeito adimplemento da obrigação principal.

E estes deveres laterais importam na continuidade do dever contratual mesmo após a rescisão do pactuado. É que a partir da boa-fé, os contratantes são responsáveis por danos decorrentes do descumprimento das tratativas negociais, antes, durante e depois, do adimplemento da obrigação principal.

Deveres esses que são, exemplificativamente, os “*deveres de informação, de sigilo, de colaboração*”²⁰, que por estarem atrelados ao cumprimento da obrigação principal, o não adimplemento destes deveres (que não precisam estar pactuados entre as partes) será considerado, também, como inadimplemento do contrato.

A importância destes deveres e sua aplicação prática se revela no caso ora estudado²¹, visto que a não renovação do seguro, não obstante a sua renovação automáti-

Acesso em 10 de maio de 2013.

15 O autor define o princípio da boa-fé objetiva através das duas palavras chaves “confiança legítima” e “expectativas legítimas”, por entender que através deste princípio “[...] cada pessoa deve agir, nas relações sociais, de acordo com certos padrões mínimos de conduta, socialmente recomendados, de lealdade, correção ou lisura, aos quais por isso correspondem expectativas legítimas das outras pessoas. Este dever de agir de acordo com a boa-fé impõe-se na medida em que as próprias relações sociais não são possíveis sem um mínimo de confiança entre as pessoas; é por isso que os padrões de conduta exigíveis são os indispensáveis para que as expectativas legítimas das outras pessoas não fiquem frustradas.” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 446).

16 STEINER, Renata Carlos. **Complexidade intra-obrigacional e descumprimento da obrigação: da violação positiva do contrato**. Dissertação de mestrado apresentada perante o Programa de Pós Graduação da Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 61.

17 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato...** Obra citada, p. 150.

18 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato...** Obra citada, p. 150.

19 STEINER, Renata Carlos. **Complexidade intra-obrigacional...** Obra citada, p. 64.

20 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 45.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.073.595/MG**. Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 23 de março de 2011.

ca pelo prazo de trinta anos, poderia não incorrer em qualquer responsabilidade a caso analisado como contrato individual e dentro dos princípios do direito moderno.

Mas não com a atual visão dos contratos, visto que este (ainda que considerado individualmente) quando renovado por tempo considerável gera expectativa de renovação, interpretado pelo princípio da boa-fé, e a sua não renovação injustificada deve ser considerada como inadimplemento dos deveres laterais, gerando a responsabilização da seguradora.

Eis que, conforme será mencionado a seguir, o inadimplemento tem como causas a responsabilização civil e diante dos deveres laterais, a responsabilização será considerada antes, durante e a após o contrato.

Sendo inadmissível, diante dos novos princípios contratuais, a possibilidade de rescisão contratual, cuja exigência da SUSEP é a mera notificação extrajudicial do segurado, ou interpretação de que tais contratos sejam considerados individualmente, o que acarretaria o desequilíbrio contratual, deixando o segurado desprotegido judicialmente e sem a proteção do bem assegurado que é a vida.

3. Inadimplemento contratual contemporâneo e a responsabilização civil

Definidos os deveres laterais como deveres que devem ser respeitados antes, durante e depois da conclusão do contrato é preciso analisar quais são as consequências do seu inadimplemento.

Pela doutrina, as consequências seriam, basicamente, o dever de indenizar ou a resolução do negócio²². Como no caso paradigmático existiu a rescisão do contrato, o objeto deste estudo será analisar não a resolução (visto que essa ocorreu e é exatamente a discussão da lide), mas sim o dever de reparar.

Dever que surge após o descumprimento de um dever primário, que pode ser o comportamento genérico de não lesar ou por um dever decorrente de um contrato. Desta maneira, é da violação do preexistente dever, que surge o dever secundário da reparação. Por isso, que se afirma que “[...] *Obrigações é um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro*”²³.

No caso em análise, o dever primário inadimplido é o dever lateral decorrente da aplicação do princípio da boa-fé, do qual decorrem os deveres correlatos “*lealdade, cooperação, proteção da segurança e boa-fé objetiva*”²⁴, ensejando o dever secundário de responsabilização civil.

22 LOBO, Paulo Lobo Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76.

23 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5ª ed., rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.073.595/MG**. Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andriighi. Ementa do julgamento. Julgamento em 23 de março de 2011.

Mesmo a doutrina que permanece enraizada com as discussões sobre responsabilidade civil e suas classificações, seja contratual ou extracontratual, seja subjetiva ou objetiva, não pode negar a necessária análise do cumprimento dos deveres laterais do contrato e quando do seu descumprimento, o nascimento do dever de reparar.

Isto porque o espaço da culpa (elemento hoje dissociado da responsabilidade civil) é ocupado pela compreensão do princípio da boa-fé²⁵. Destarte, não há como negar a possibilidade de reparação pelo descumprimento de deveres decorrentes do contrato, ainda que após a sua conclusão, que faz surgir a denominada responsabilidade pós negocial, definida como aquela “*decorrente do prolongamento das relações contratuais efetivas, mas que persiste em razão de sua prévia existência e de seu cumprimento*”²⁶.

Para análise desta responsabilização, verifica-se uma preocupação da doutrina em classificar tal responsabilidade dentro da classificação tradicional deste instituto, definida como responsabilidade contratual e extracontratual, por se tratar de deveres não efetivamente pactuados e expressos nos contratos, bem como por se tratar de uma análise de condutas realizadas após a finalização do contrato.

Tal classificação está fundada na análise do dever primário que inadimplido gera o dever de reparar, através do qual a responsabilidade civil foi classificada em contratual ou extracontratual, dependendo da origem do dever de reparar. Em ambos os casos, o objetivo é único, qual seja a reparação de um dano, em virtude do descumprimento de um dever jurídico preexistente²⁷. Ocorre que a origem desse dever é o que as diferencia.

A responsabilidade contratual exige a existência de um contrato, a inexecução da obrigação e a relação contratual entre a vítima e o ofensor, tendo como requisitos a existência de contrato válido e inexecução do comportamento a que estava obrigado²⁸, sendo a responsabilização, portanto, decorrente do descumprimento de um dever previsto contratualmente. Enquanto a delitual ou extracontratual, pressupõe o não cumprimento de um dever não decorrente de um contrato, mas sim legal.

Apesar de entender-se que tal distinção teria sido superada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078/1990), a doutrina ainda discute acerca da dis-

25 Neste sentido, “Se é certo que culpa e boa-fé objetiva podem- e, para muitos, devem – ser compreendidas de forma sistemática, exercendo esta última o papel de fonte criadora de deveres de conduta leal cuja violação implica, em sentido técnico, culpa (desnível de comportamento) para fins de verificação de responsabilidade subjetiva, não é menos verdadeiro que, em um tal sistema, a culpa acaba por desempenhar papel meramente formal como categoria de enquadramento de atos que atingem valores impostos substancialmente por outra cláusula geral. Com isso, acaba ganhando força a sugestão de que a culpa consiste, a rigor, em apenas um dos possíveis critérios de imputação de responsabilidade, sem que outros deixem de ser igualmente úteis. De um modo ou de outro, o incontestável é que aquilo que tradicionalmente se entende por culpa acaba deixando espaço, na prática judiciária, a discussões em outros conceitos, de mais recente evolução”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *Op. cit.*, p. 46)

26 GABURRI, Fernando. ARAÚJO, Vaneska Donato. Responsabilidade pré e pós contratual. **Direito civil:** responsabilidade civil. Giselda M. F. Novaes Hironaka [orientação], v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

27 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil...**, *Op. cit.*, p. 37.

28 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 279-280.

tinção entre ambos os casos. Georges RIPERT defende que a regra da responsabilidade é puramente moral, inexistindo necessidade de se averiguar se decorrente de contrato ou não²⁹.

A doutrina contemporânea critica a distinção terminológica entre responsabilidade contratual e extracontratual por entender não ser condizente com o posicionamento da responsabilidade civil atual.

Alguns pontos podem ser verificados, mesmo na contemporaneidade, que embasam permanência da dicotomia. Algumas dessas diferenciações são citadas por Rodrigo Xavier LEONARDO³⁰, e são exemplificadas pela reparação integral dos danos que pode ocorrer na responsabilidade extracontratual, enquanto que na contratual, os danos são limitados pelo contrato firmado; o problema do ônus da prova, visto que na extracontratual, cabe ao autor comprovar a conduta culposa, o dano e o nexos causal, por sua vez, na contratual, demonstrado o vínculo obrigacional preexistente, será ônus do autor a comprovação do inadimplemento.

Uma questão prática de extrema relevância, mencionada pelo mesmo autor, diz respeito à prescrição, tendo em vista que ante o disposto no artigo 206, § 3º, do CC, será de três anos o prazo prescricional para propositura da demanda cuja discussão verse sobre responsabilidade extracontratual, enquanto que sendo o objeto de responsabilidade contratual, o prazo para propositura da demanda é de dez anos, nos termos do artigo 205, CC³¹.

E como ficaria nos casos do descumprimento de deveres laterais, eis que estes não estão expressamente definidos no contrato, mas são dele decorrentes? Ou no caso em análise que foi considerada como responsabilidade pós contratual, ou seja, o contrato já se encerrou?³²

Para estes casos, a jurisprudência alemã criou a teoria do culpa *post pactum finitum* na década de 20³³ e para eles a responsabilidade é contratual³⁴.

E outro não poderia ser o entendimento, a partir da verificação de que tais deveres fazem parte do contrato, sejam eles principais ou acessórios, como bem salienta Luiz Edson FACHIN: “*Os deveres jurídicos são principais ou acessórios, ou seja,*

29 RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução da 3ª edição francesa por Osório de Oliveira. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 242.

30 LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. **Revista de direito privado**, São Paulo: RT, v.5, n.19, 2004, p. 267.

31 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. Cit.*, p. 267.

32 É importante frisar que, atualmente, diante do disposto no enunciado 418 da V Jornada de Direito Civil, há uma tendência para interpretar que o prazo prescricional de três anos previsto no artigo 206, § 3º, V, do CC, deve ser aplicado para ambos os casos de responsabilidade civil, tanto negocial quanto delitual. Tal posicionamento facilita as discussões judiciais, especialmente, no que diz respeito ao descumprimento de deveres laterais, afastando a necessidade de discutir a sua classificação para análise do prazo prescricional

33 TREVISAN, Marco Antonio. Responsabilidade civil pós-contratual. **Revista de Direito Privado**. v. 16. Ano 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 206.

34 TREVISAN, Marco Antonio. *Op. cit.*, p. 210.

*o dever de executar realmente o contrato, de dar as informações necessárias quando solicitadas, de comportar-se segundo a boa-fé.”*³⁵

E independente da origem, cabe o dever de reparar, em razão da atual aplicação do direito de danos, que após a superação do elemento culpa, abstração do vocábulo responsabilizar alguém³⁶, em razão dos fenômenos da objetivação e coletivização, não seria mais apropriado discorrer sobre o tema da responsabilidade.

Pensar tal instituto em uma sociedade democrática é pensar a partir do princípio do *neminem laedere* e não do responsável. É pensar em reparar o dano e não na procura imediatista e incansável do século XIX de quem o causou.

A partir da premissa do direito de danos é possível, portanto, reparar, sem a preocupação da origem do dever originário se contratual ou extracontratual, eis que o que importa é o dano sofrido e a sua indenização. E no caso em discussão³⁷, o descumprimento de deveres laterais foi considerado como passível a ensejar o dever de indenizar, considerado como responsabilidade pós contratual.

4. Considerações finais

A atual concepção do contrato e da responsabilidade civil (ou direito de danos) permite uma melhor proteção da pessoa, garantindo o equilíbrio contratual, a boa-fé entre as partes (através dos deveres de lealdade, cooperação, transparência, dentre outros) além da possibilidade de surgimento do dever de reparar quando um desses deveres não for devidamente adimplido causando dano a outrem.

O acórdão paradigma revela a importância deste novo olhar lançado para o contrato e o direito de danos, visto que para a efetiva proteção do segurado, o contrato teve que ser analisado para além do que foi pactuado, considerando as expectativas legítimas dos contratantes e os deveres laterais que devem ser respeitados pelas partes.

Com efeito, no caso em comento, durante trinta anos as partes tiveram uma relação contratual, que não obstante a tentativa em alegar que tais contratos eram individuais e de duração de apenas um ano, não é passível de justificativa a rescisão unilateral pelo segurador, respeitando apenas normas internas de notificação extrajudicial.

E mais, ainda que fossem considerados como duração anual, os deveres laterais decorrente da boa-fé objetiva devem estar presentes durante toda a contratação (antes, durante e depois), conforme bem salientou a relatora Ministra Nancy Andrighi:

35 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica...* Op. cit., 125.

36 ARONNE, Ricardo. *Razão & Caos no discurso jurídico*: e outros ensaios de Direito Civil-Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.073.595/MG*. Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 23 de março de 2011.

“Trata-se da necessidade de observância dos postulados da cooperação, solidariedade, boa-fé objetiva e proteção da confiança, que deve estar presente, não apenas durante período de desenvolvimento da relação contratual, mas também na fase pré-contratual e após a rescisão da avença”³⁸.

Ademais, a não adequação dos deveres acarretaria um desequilíbrio contratual, visto que durante muito tempo, quando a situação de risco do segurado era pequena, enquanto jovem, o segurador realizou a renovação do contrato sem objeções e só não o fez, quando da idade mais avançada do segurado, o que revela, portanto, um desequilíbrio contratual, afora o flagrante descumprimento do dever pactuado de boa-fé.

Ora, pela boa-fé, existia uma legítima expectativa de que o contrato seria renovado, o que não foi, sem qualquer justificativa, acarretando o inadimplemento. E, quando ocorre um inadimplemento de um dever originário, surge o dever de reparar.

Tal afirmativa é possível, visto que o que importa para o dever de reparar é o dano. Assim, deve restar demonstrada a ocorrência de inadimplemento do dever originário sem a necessidade de ser analisado a sua vinculação ou não com um contrato, podendo ser mencionada e apurada responsabilidades pré ou pós contratuais, cujo objetivo é unicamente a reparação do dano sofrido e não a causa do dano, em si.

5. Referências

ARONNE, Ricardo. **Razão & Caos no discurso jurídico**: e outros ensaios de Direito Civil-Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito**. Disponível em <http://www.stj.gov.br/portal/stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108925>. Acesso em 10 de maio de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.073.595/MG**. Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 23 de março de 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5ª ed., rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Juruá: Curitiba, 2011.

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.073.595/MG**. Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 23 de março de 2011.

GABURRI, Fernando. ARAÚJO, Vaneska Donato. Responsabilidade pré e pós contratual. **Direito civil**: responsabilidade civil. Giselda M. F. Novaes Hironaka [orientação], v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, v. 750, p. 113-120. São Paulo, 1998.

LOBO, Paulo Lobo Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução da 3ª edição francesa por Osório de Oliveira. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes [trad.]. Coimbra: Almedina, 2009.

STEINER, Renata Carlos. **Complexidade intra-obrigacional e descumprimento da obrigação**: da violação positiva do contrato. Dissertação de mestrado apresentada perante o Programa de Pós Graduação da Universidade Federal do Paraná, 2009.

TREVISAN, Marco Antonio. Responsabilidade civil pós-contratual. **Revista de Direito Privado**. v. 16. Ano 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

20

RESPONSABILIDADE CIVIL: DESAFIOS E PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS

Luciana Fernandes Berlini¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade Civil – 3. Indenização em caso de morte – 4. Critérios de fixação do quantum indenizatório – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. Introdução

A indenização por danos morais encontra seu maior obstáculo na dificuldade de fixação do seu quantum, pois, diferentemente do que ocorre com os danos materiais, os danos morais não são passíveis de reparação, estando sua determinação na esfera da compensação. Isso porque, os danos morais atingem bens jurídicos que não podem ser apreciados pecuniariamente.

Ademais, não se pode estabelecer uma tabela ou critérios absolutos para fixação de danos morais, sob pena de prejuízo e não compensação razoável em casos semelhantes.

No entanto, as peculiaridades de cada caso deverão ser observadas, como repercussão do dano na esfera pessoal, idade da vítima, condição financeira, atuação profissional. Enfim, todos os critérios devem ser observados, no momento da fixação.

¹ Pós Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutora em Direito Privado pela PUC/Minas. Professora do curso de Pós Graduação em Dano Corporal pela Universidade de Coimbra/POR. Professora de Cursos de Graduação e Pós Graduação em Direito. Sócia do Escritório Berlini Advogados.

O presente artigo tem por escopo verificar os parâmetros que vem sendo adotados na jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, de forma a facilitar a compreensão do instituto, e desmistificar a noção de indústria dos danos morais, não sem antes analisar o instituto da Responsabilidade Civil.

2. Responsabilidade Civil

Ao tratar da responsabilidade civil, necessário se faz conjugar o artigo 186 com o artigo 927, também do Código Civil, que determina que, “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Essa a fórmula da responsabilidade civil.

Constata-se, assim, que a finalidade precípua da responsabilidade civil é restabelecer o *status quo ante*, de forma a reparar ou compensar o dano suportado pela vítima.

Dos termos em que definimos o ato ilícito, sabemos que ele pode consistir em ação ou omissão. A enumeração do Código Civil alemão, considerando, sob o gênero ato ilícito, várias espécies de lesão à vida, à liberdade, à propriedade, à honra de outrem, além dos atos contrários aos bons costumes não parece recomendável. Bem mais previdente foi o Código francês, que o nosso seguiu, ao impor a obrigação reparatória àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem. (DIAS, 2006, p. 569-570).

Seguindo a fórmula, portanto, tem-se como primeiro requisito a ensejar a responsabilidade civil a culpa, traduzida pela ação ou omissão voluntária, que consiste no comportamento comissivo ou omissivo do agente.

A comissão deve ser compreendida como “a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.” (DINIZ, 2007b, p. 44).

Tais conceitos, ou modalidades da culpa, podem ser apreendidos da lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

- a) Negligência - é a falta de observância do dever de cuidado, por omissão.
- b) Imprudência - esta se caracteriza quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo. O sujeito, pois, atua contra as regras básicas de cautela.
- c) Imperícia - esta forma de exteriorização da culpa decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica. É o que acontece quando há o erro médico em uma cirurgia em que não se empregou corretamente a técnica de incisão. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 170-171).

Constata-se, dessa forma, que a obrigação de reparar/compensar o dano advém da ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, conforme artigo 186, de cuja leitura verifica-se a necessidade da prova de que o comportamento do

agente causador do dano tenha sido culposo, culpa em sentido amplo, compreendendo culpa, em sentido estrito² ou dolo³.

O dolo, como ensina Carlos Roberto Gonçalves, consiste na vontade de cometer uma violação de direito e, a culpa, na falta de diligência. Todavia, quando se fala em culpa na esfera civil, a noção abrange dolo e culpa, já que, ao contrário do que ocorre na responsabilização penal, as consequências são idênticas para fins de responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2005).

A responsabilidade, nesse sentido, apresenta-se como imposição jurídica dirigida a todo aquele que causar dano a outrem, em decorrência de ação ou omissão culposa, ou ainda, em decorrência de previsão legal, como nos casos de responsabilidade objetiva, em que o elemento culpa é prescindível.

O que ocorre é que o legislador ordinário, mantendo o que dispunha o Código Civil anterior, de 1916, adotou como regra geral a teoria da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, fundada na culpa.

De outro modo, ampliou o rol de casos de incidência da responsabilidade civil objetiva, sem culpa, notadamente através da teoria do risco.⁴

Compreende-se, assim, que a necessidade de a lei especificar as hipóteses em que a culpa não será cogitada para ensejar responsabilização demonstra a natureza de exceção pretendida pelo legislador ao tratar da responsabilidade objetiva.

Assim, no sistema jurídico brasileiro, a culpa é regra e, por conseguinte, a regra é a responsabilidade subjetiva, da qual a exceção é a responsabilidade objetiva, na qual a culpa não precisa ser perquirida.

Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermediária, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado. (STOCO, 2004, p. 149).

A inversão do ônus da prova, consequência da presunção da culpa, é uma tendência, que visa mitigar a perquirição da culpa, devido à dificuldade que se tem em fazê-lo, mas também pela necessidade, muitas vezes, em se objetivar a responsabilidade civil, como forma de garantir a justiça no caso concreto.

Essa tendência tenta suprir, portanto, a complicada tarefa de se precisar a culpa e atribuir à vítima esse transtorno, que muitas vezes não tem como demonstrar a cul-

2 Negligência, imprudência ou imperícia.

3 Intenção de agir, ação ou omissão voluntária.

4 Noção depreendida do comando legal do parágrafo único, do artigo 927, do atual Código Civil, que estabelece que “haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

pa do agente causador desse dano, como nos casos, por exemplo, de hipossuficiência técnica.

A flexibilização da noção de culpa, nessa perspectiva, faz com que sejam estabelecidas, na legislação brasileira e no caso concreto, inúmeras presunções e objeções da responsabilização civil.

A preocupação, hoje, funda-se muito mais na lesão ao direito do outro, com a ocorrência e previsibilidade do dano e com a reprovação do cometimento de um ato ilícito que, propriamente, em investigar a intenção do sujeito que causou o dano.

Tanto é que a culpa, para o Direito Civil, deve ser tratada como sendo uma ação ou omissão contrária ao próprio Direito, capaz de causar um dano, como pretende estabelecer a norma civil ao conceituar o ato ilícito.

Quem aborda o tema com propriedade é Anderson Schreiber, ao atentar para o fato de que

a noção teórica de culpa deixa de ser vista de forma tão rigorosa pelas cortes. Suas presunções vão se aplicando de forma cada vez mais tranquila, e a avaliação negativa do comportamento subjetivo vai, gradativamente, passando de fundamento da responsabilização para um elemento ou aspecto do complexo juízo de responsabilidade. (SCHREIBER, 2007, p. 48).

A culpa presumida aparece, então, como a transição entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, mas não pode se confundir com a última, pois, na responsabilidade objetiva não se verifica a existência da culpa, apenas a ocorrência do dano em uma relação de causalidade.

O dano, por sua vez, apresentado como segundo requisito para fins de responsabilidade civil é o prejuízo causado a outrem em decorrência de uma diminuição ou destruição do bem jurídico alheio. Prejuízo este que pode ser de ordem patrimonial ou moral, como nos casos de dano à vida.

Para ser reparável, o dano deve ser certo, decorrente de fato preciso, não em possibilidade remota⁵, ainda que seja um dano futuro, mas desde que suscetível de avaliação razoável, para que possa ser reparado ou compensado. Podendo, ainda, ser um dano de natureza patrimonial ou moral, neste último caso sem repercussão na órbita financeira do ofendido.

Esta a regra preconizada e abaixo confirmada de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Para realizar a finalidade primordial de restituição do prejudicado à situação anterior, desfazendo, tanto quanto possível, os efeitos do dano sofrido, tem-se o direito empenhado extremamente em todos os tempos. A responsabilidade civil é reflexo da própria evolução do direito. (DIAS, 2006, p. 25).

5 Embora não haja previsão legal, existe a responsabilização por danos morais no que se convencionou chamar de *perda de uma chance*, como sendo um dano futuro. Como este tema não tem aplicação no presente estudo, aos interessados, recomenda-se a leitura do artigo de Eduardo Abreu Biondi (2009).

Sem a prova do dano, portanto, ninguém poderá ser responsabilizado civilmente, tendo em vista que a inexistência do dano é óbice à pretensão de uma reparação, por não haver objeto.

Por último, é necessário o nexo de causalidade como requisito desencadeador da responsabilidade civil.

A relação de causalidade consiste na ligação entre a ação ou omissão do agente e o resultado danoso. É o liame subjetivo necessário entre o dano e a ação que o produziu, de forma que se o dano não foi causado pela ação/omissão de quem se pretende responsabilizar, não há que se falar em responsabilidade do mesmo. Conforme se depreende do conceito abaixo:

O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito. (VENOSA, 2007, p. 45).

Assim, com a análise dos elementos configuradores do instituto da responsabilidade civil é possível ingressar no estudo da indenização por danos materiais e morais.

3. Indenização em caso de morte

A indenização é encarada neste trabalho em seu sentido lato, como gênero, no qual compensação e reparação são espécies, embora o termo indenizar, nos dizeres de Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 274), signifique “tornar indene o prejuízo. Indene é o que se mostra íntegro, perfeito, incólume”. Noção que se confunde com a de reparação.

Mas a indenização pode abranger a compensação, como acontece nos casos de danos morais, em que não há possibilidade de restaurar, restabelecer o status quo ante. Nessas hipóteses a indenização serve para remediar o dano sofrido, de forma a compensar o prejuízo moral suportado pela vítima ou seus familiares.

Posto isso, há que se falar ainda, que tanto no caso dos danos materiais, quanto morais, a possibilidade de indenização existirá, sempre que os requisitos de responsabilidade civil forem preenchidos, quais sejam, o dano, o nexo de causalidade e a conduta culposa, que em última análise correspondem à teoria do ato ilícito ou, se se tratar de responsabilidade objetiva, retira-se a necessidade de perquirição de culpa, em decorrência da previsão legal de tal responsabilidade ou em razão da teoria do risco.

Os danos materiais, que atingem a esfera patrimonial da vítima, são mais fáceis de ser demonstrados, para se ter uma ideia, o próprio Código Civil estabelece

os parâmetros para fixação dos danos materiais, como pode ser observado em seu artigo 948:

- Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
- I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
 - II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

A partir deste critério, o Superior Tribunal de Justiça vem estabelecendo parâmetros para a fixação dos alimentos indenizatórios (lucros cessantes) nos casos de homicídio, ainda dentro da análise dos danos materiais, como se verifica no julgado deste Tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. MORTE DE FILHO. ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL. PENSÃO. PARCIAL PROVIMENTO.

1. A indenização por dano moral decorrente de morte aos familiares da vítima é admitida por esta Corte, geralmente, até o montante equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos. Precedentes.
2. A pensão devida à genitora, economicamente dependente do filho falecido em acidente de trabalho, é de 2/3 (dois terços) dos ganhos da vítima fatal até a data em que completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade, passando a 1/3 (um terço) a partir de então, quando se presume que o falecido constituiria família e reduziria o auxílio dado aos seus dependentes.
3. Agravo regimental a que se dá parcial provimento.
(AgRg no REsp 976.872/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 28/02/2012)

Verifica-se que o patamar de lucros cessantes estabelecido em dois terços dos ganhos do falecido presume que em geral um terço deles são gastos com a própria pessoa e o restante é utilizado para as despesas familiares.

Já a idade de 25 anos é em média a idade que comumente a pessoa constitui nova família e, portanto, presume-se que a contribuição deve ser minorada ou até cessada.

Como visto, o período de pagamento desses lucros cessantes observará a expectativa média de vida do indivíduo, fornecida pelo IBGE, mas, nas hipóteses em que a vítima falece após tal expectativa, entende-se que o período de pensão indenizatória deve ser de 5 anos.

A dependência econômica dos familiares, por sua vez, é determinante para a fixação dos lucros cessantes, e, por isso, algumas presunções são estabelecidas para respeitar este critério.

Assim, o falecimento de filho menor, quando membro de família de baixa renda, enseja o pensionamento, em razão da presunção de que o mesmo, por ser de

família pobre, contribui para o sustento de sua família, pelo menos dos quatorze aos vinte e cinco anos, neste sentido a jurisprudência já pacificada do Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PENSIONAMENTO. SÚMULA N. 83/STJ. PROCESSO CIVIL. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. JULGAMENTO FORA DOS LIMITES DA LIDE. PEDIDO EXPRESSO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO.

1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de ser devida a indenização por dano material aos pais de família de baixa renda, em decorrência da morte de filho menor, independentemente do exercício de trabalho remunerado pela vítima.
2. Havendo pedido expresso da parte a respeito do termo inicial da fixação dos juros, não pode o magistrado decidir diversamente, condenando o réu em quantidade superior do que lhe foi demandado, sob pena de violação ao princípio da vinculação.
3. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesta parte, provido (REsp 840.320/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 18/02/2010).

Este também o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao editar a súmula 491: “é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

Ressalte-se, ainda, que o bem de família pode ser usado para o pagamento dos lucros cessantes relativos aos alimentos indenizatórios, pois embora se caracterizem como indenização, têm natureza alimentar, o que enseja a exceção do artigo 3º, III, da Lei 8009/90.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA DECORRENTE DE ATO ILÍCITO. EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 168/STJ.

1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada.
2. Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça possuem entendimento de que “a impenhorabilidade do bem de família prevista no artigo 3º, III, da Lei 8.009/90 não pode ser oposta ao credor de pensão alimentícia decorrente de indenização por ato ilícito. Precedentes.” (REsp 679456/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2011, DJe 16/06/2011) 3. Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado. (Súmula 168/STJ).
4. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg nos EAg 1232795/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 15/03/2013)

O dano moral, por sua vez, como atesta Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 53) é aquele que no campo dos danos não afeta o patrimônio da vítima, também não

se confundindo com a dor, angústia, desgosto, aflição espiritual, humilhação, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, a consequência do dano.

Nesta seara, o dano consiste na privação de um bem jurídico, na ofensa a um direito de personalidade do ofendido.

Os direitos de personalidade, por serem de natureza extrapatrimonial, assim como os danos morais, encontravam séria dificuldade em garantir o dever geral de abstenção aos direitos do outro. Mas foi a incorporação destes últimos, no ordenamento jurídico brasileiro, que a tutela pretendida foi consagrada para os casos de lesão a esses direitos de personalidade.

A dúvida que surge é se *“haveria uma discricionariedade excessiva do Poder Judiciário no estabelecimento dos valores de danos morais, capaz de comprometer a previsibilidade das decisões e o tratamento igual de casos iguais?”*

Para responder essa questão, procedeu-se a um levantamento de decisões em quinze tribunais de diferentes regiões do país, abrangendo a Justiça Federal, a Justiça Estadual e do Trabalho no ano de 2008, a partir do Projeto “Pensando o Direito”, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, no qual se desenvolveu pesquisa empírica *“A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência”*, junto à Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas.⁶

Encontrou-se um grande número de decisões, selecionando-se amostras de acórdãos de cinco tribunais representativos da Justiça brasileira. Uma análise de 1.044 acórdãos revelou que não existem indícios de que a ausência de critérios legislativos para o cálculo dos danos morais tenha levado a uma situação de desrespeito ao princípio da igualdade. Eis que os valores concedidos a título de reparação por danos morais são baixos, sendo excepcionais os casos que ultrapassam o valor de cem mil reais. Deste modo, a pesquisa desconstituiu um “mito” enunciado pelos juristas, ao concluir: *“a temida indústria de reparações milionárias não é uma realidade no Brasil, mesmo diante da situação atual de ausência de critérios legais para o cálculo do valor da reparação por danos morais”*.⁷

Observa-se, dessa forma, as indenizações milionárias não são uma realidade, afastando-se a noção de “indústria dos danos morais”. Para corroborar este entendimento, analisa-se decisões relativas à indenização nos casos de morte, em geral considerada como o caso mais grave de dano a pessoa e, portanto, ensejariam, em tese, as maiores condenações a títulos de danos morais, como forma de compensação pecuniária para os familiares da vítima.

6 RODRIGUEZ, J. R. ; FERREIRA, Carolina Cutrupi . Como Decidem os Juízes? sobre a qualidade da jurisdição brasileira. In: José Rodrigo Rodriguez; Felipe Gonçalves Silva. (Org.). Manual de Sociologia Jurídica. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2013, v., p. 255-268.

7 RODRIGUEZ, J. R. ; FERREIRA, Carolina Cutrupi . Como Decidem os Juízes? sobre a qualidade da jurisdição brasileira. In: José Rodrigo Rodriguez; Felipe Gonçalves Silva. (Org.). Manual de Sociologia Jurídica. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2013, v., p. 264.

Isso porque, em se tratando de danos morais, atinentes aos direitos de personalidade do lesado, a responsabilidade civil tem caráter compensatório, vez que não é possível restabelecer a situação anterior, como já mencionado.

Dessa forma, o bem jurídico tutelado deve ser protegido de qualquer ameaça ou lesão, encontrando na responsabilidade civil, por danos morais, proteção jurisdicional, cuja natureza é ressarcitória, mas, também, preventiva e coercitiva.⁸

Na responsabilidade civil por danos materiais, ao revés, é possível reparar propriamente o dano, com o ressarcimento ou a recomposição do prejuízo suportado pela vítima.

Nos casos de indenização por morte, os danos morais pleiteados pelos herdeiros só terão o condão de compensar o sofrimento e a dor experimentada, pois não é possível reparar a vida perdida.

Contudo, é importante medida preventiva, além de ter função dissuasória, no exato momento em que assume um caráter educativo, sinalizando à sociedade que a violência é reprovada do ponto de vista ético jurídico, com o consequente estímulo ao equilíbrio das relações.

4. Critérios de fixação do quantum indenizatório

A quantificação do dano moral, ainda hoje, é encarada com dificuldade, tendo em vista que tem por escopo compensar um dano que não é patrimonial e, portanto, não tem preço.

No Brasil, adota-se o sistema aberto de quantificação dos danos morais e não o sistema de tarifação, motivo pelo qual compete subjetivamente ao juiz fixar o quantum indenizatório. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

Cabe ao julgador, diante de um pedido de indenização por danos morais, valendo-se das normas vigentes, dos parâmetros legais, da jurisprudência e, principalmente da peculiaridade do caso concreto, fixar a indenização adequada à compensação dos danos suportados pelos familiares da vítima.

Não há como pré-definir um valor, apenas diante do caso concreto o juiz poderá arbitrar uma quantia razoável. Ao mesmo tempo, a condenação do causador do dano não deverá comprometer sua dignidade, nem deixar de verificar a extensão do dano e as peculiaridades do caso.

Devendo o juiz, no caso concreto, agir com cautela e razoabilidade, a fim de impedir pretensões desonestas, que fogem à finalidade a que o instituto se destina.

Nesse sentido, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça tem tentado estabelecer alguns parâmetros para fixação dos danos morais, especificamente com relação às indenizações por morte, como é possível verificar no seguinte julgado:

⁸ Recomenda-se a leitura de Moraes (2003).

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE AÉREO. QUEDA DE HELICÓPTERO. MORTE DE PASSAGEIROS. PLEITOS INDENIZATÓRIOS DEDUZIDO POR DESCENDENTES E CÔNJUGE/COMPANHEIRA DE DUAS VÍTIMAS DO EVENTO.

RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA DE TAXI AÉREO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. MATÉRIA PRECLUSA.

LITISDENUNCIÇÃO. RESISTÊNCIA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

1. Não se conhece de alegação de ofensa ao art. 535 do CPC quando formulada de modo genérico, sem indicação precisa do ponto supostamente omissivo, contraditório ou obscuro. Aplicação da Súmula n. 284/STF.

2. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles” (Súmula n. 283/STF).

3. A responsabilidade civil da empresa de taxi aéreo está proclamada com base na apreciação das provas produzidas nos autos, bem como das normas regulamentares que disciplinam as exigências para sobrevoos e para a sinalização da rede elétrica. Impossibilidade de análise de normas de caráter infralegal. Incidência também da Súmula 7/STJ.

4. Em se tratando de danos morais, o sistema de responsabilidade civil atual rechaça indenizações ilimitadas que alcançam valores que, a pretexto de reparar integralmente vítimas de ato ilícito, revelam nítida desproporção entre a conduta do agente e os resultados ordinariamente dela esperados.

5. É certo que a solução de simplesmente multiplicar o valor que se concebe como razoável pelo número de autores tem a aptidão de tornar a obrigação do causador do dano demasiado extensa e distante de padrões baseados na proporcionalidade e razoabilidade. Por um lado, a solução que pura e simplesmente atribui esse mesmo valor ao grupo, independentemente do número de integrantes, também pode acarretar injustiças. Isso porque, se no primeiro caso o valor global pode se mostrar exorbitante, no segundo o valor individual pode se revelar diluído e se tornar ínfimo, hipóteses opostas que ocorrerão no caso de famílias numerosas.

6. Portanto, em caso de dano moral decorrente de morte de parentes próximos, a indenização deve ser arbitrada de forma global para a família da vítima, não devendo, de regra, ultrapassar o equivalente a quinhentos salários mínimos, podendo, porém, ser acrescido do que bastar para que os quinhões individualmente considerados não sejam diluídos e nem se tornem irrisórios, elevando-se o montante até o dobro daquele valor.

7. A discussão acerca do termo inicial da correção monetária está preclusa, tendo em vista ter sido definida na sentença e não impugnada pelas partes. Manutenção do termo inicial da correção monetária quanto à indenização devida a Shirley Galli Taylor.

8. Havendo resistência da litisdenunciada, mostra-se de rigor haver condenação aos ônus da sucumbência. Incidência da Súmula 7/STJ.

9. Recursos especiais conhecidos em parte e, na extensão, parcialmente providos.

(REsp 1127913/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 30/10/2012)

Nesse caso, constata-se que para estabelecer o quantum indenizatório é necessário estipular a indenização de forma global para os parentes da vítima. Verifica-se, ainda, que o STJ, tenta fixar um teto de quinhentos salários mínimos para compensação dos danos morais em caso de morte, como forma de estabelecer um parâmetro para os julgadores, como se observa:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. MORTE DA VÍTIMA. INDENIZAÇÃO COM VALORES NÃO EXCESSIVOS. REVISÃO VEDADA.

1. No recurso especial, rever a indenização por danos morais só é possível quando a quantia for irrisória ou exagerada, o que não ocorre quando o valor é inferior a 500 (quinhentos) salários mínimos para cada um dos autores pela morte do pai.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 25.258/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 26/02/2013).

No entanto, para se chegar aos valores, o STJ tem-se utilizado do critério bifásico, percorrendo inicialmente o valor que normalmente se fixa para casos semelhantes e posteriormente agregam-seas circunstâncias específicas do caso, majorando ou reduzindo o valor básico localizado na fase inicial.

Em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau da culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. A culpa concorrente do lesado constitui fator de atenuação da responsabilidade do ofensor. Além da situação patrimonial das partes, deve-se considerar, também, como agravante o proveito obtido pelo lesante com a prática do ato ilícito. A ausência de eventual vantagem, porém, não o isenta da obrigação de reparar o dano causado ao ofendido. Aduza-se que notoriedade e fama deste constituem fator relevante na determinação da reparação, em razão da maior repercussão do dano moral, influenciando na exacerbação do quantum da indenização. (GONÇALVES, 2005, p. 401).

Com a análise dos parâmetros utilizados atualmente no momento de fixação dos danos morais, nos casos de morte, percebe-se que a família da vítima terá direito a uma indenização por danos materiais e morais, os últimos como forma de compensar o dano sofrido pela perda do ente familiar, que deverá ser arbitrada pelo juiz no caso concreto.

5. Considerações Finais

Não há um critério absoluto passível de ser determinado no momento de fixação dos danos morais, uma vez que se adota no Brasil o sistema aberto de quantificação de tais danos.

No entanto, necessário se faz estabelecer parâmetros para facilitar e uniformizar o entendimento no que se refere ao quantum indenizatório.

Para tanto, foram apresentadas recentes decisões sobre o arbitramento dos danos morais, demonstrando que o Superior Tribunal de Justiça preocupa-se com a compensação de tais danos, sem deixar de observar as peculiaridades do caso concreto que, em última análise, determinam como a indenização deverá ser fixada.

Assim, é possível apontar os critérios observados pelo julgador, como por exemplo, um teto a nortear as decisões, a verificação da extensão do dano, a capacidade econômica das partes, idade e profissão da vítima e de seus familiares.

Enfim, o presente artigo abordou os mais recentes julgados sobre o caso e sua interpretação para facilitar a compreensão do instituto e suas peculiaridades.

6. Referências

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. vol. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol III: responsabilidade civil. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUEZ, J. R. ; FERREIRA, Carolina Cutrupi . Como Decidem os Juízes? sobre a qualidade da jurisdição brasileira. In: José Rodrigo Rodriguez; Felipe Gonçalves Silva. (Org.). *Manual de Sociologia Jurídica*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v., p. 255-268.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal. In: *Temas de Direito Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. vol. 4. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

21

RESPONSABILIDADE CIVIL OU DIREITO DE DANOS? BREVES REFLEXÕES SOBRE A INADEQUAÇÃO DO MODELO TRADICIONAL SOB O PRISMA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Marcos Ehrhardt Júnior¹

A introdução da metodologia do direito civil constitucional já tem mais de 20 anos, pois ingressa no sistema brasileiro a partir do texto constitucional vigente, tendo como compromisso a promoção dos valores constitucionais para reconstruir estruturas tradicionais a partir da proteção da pessoa humana e da busca da justiça social².

Aos poucos foram moldados novos parâmetros não patrimoniais diante da insuficiência dos paradigmas do modelo tradicional para fazer frente às consequências das novas tecnologias, invariavelmente disponibilizadas a um considerável número de indivíduos num substrato que enseja situações de vulnerabilidade que exigem a proteção aos direitos fundamentais, sobretudo por conta das novas situações de risco surgidas na contemporaneidade.

A presença do risco na contemporaneidade é considerada uma constante que vem provocando transformações nas mais variadas áreas. Por um lado, está a pressão pelo desenvolvimento; por outro, a segurança da população ante aos riscos produ-

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).

2 Sobre os fundamentos constitucionais da obrigação de indenizar, enfocando os princípios da justiça social e da equidade intergeracional, ver BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do Direito Civil; entre normas jurídicas e práticas sociais**. Curitiba, Juruá, 2011, p. 114-7.

zidos para alcançar o objetivo de crescimento econômico, que também ameaçam o próprio meio ambiente³.

Em tempos de relativização das verdades científicas e incertezas constantes, percebe-se um grande paradoxo: da mesma forma que certas tecnologias produzem riscos elevados, o não uso destas também pode gerar riscos, razão pela qual Ulrich Beck sustenta que o risco pode ser definido como um modo sistemático de lidar com perigos e inseguranças da própria modernidade⁴, na qual a justificação do Estado não é mais a distribuição de bem-estar social, mas a gestão, prevenção e distribuição dos riscos inerentes à sociedade contemporânea⁵. Neste diapasão, o risco passa a ser compreendido como eventualidade de uma situação jurídica desfavorável⁶, ou seja, possibilidade de perigo de ocorrência de prejuízos.⁷

A realidade social em contínua evolução e transformação criou uma nova ordem mundial, novos valores, necessidades e desafios que precisam ser enfrentados. Experimentou-se um processo de publicização, inaugurado por uma nova ordem constitucional, reflexo das necessidades sociais que a legislação liberal não foi forjada para atender. A concepção de um código civil como sistema, base de sustentação do ordenamento destinado à tutela dos interesses individuais, esvaiu-se na medida de sua inadequação.

Não há mais como proteger o interesse individual sem imaginar seu reflexo no corpo social. A sociedade vive um período pós-industrial, caracterizado pela massificação dos meios de comunicação, mundialização da economia e pela perplexidade diante dos avanços científicos e tecnológicos. Este contexto configura uma crise sem precedentes dos modelos teóricos comumente utilizados para compreensão da ciência jurídica, baseada tradicionalmente nas verdades universais de inspiração iluminista.

Neste contexto, ressalta-se a importância da responsabilidade civil diante dos novos problemas trazidos, especialmente quando se tem em consideração o lapso de

3 Mauricio Jr., Alceu. **O direito na sociedade de risco**. *Cienc. Cult.*, 2009, vol. 61, n. 2, p.11-13.

4 BECK, Ulrich. **Risk Society: Towards a new Modernity**. Disponível *on line*: <http://www.shi.or.th/upload/risk0002.pdf>. Acesso em 9.7.2011, p. 21. No original: “*Risk may be defined as a systematic way of dealing with hazards and insecurities introduced by modernization itself*”.

5 Ver também GUIVANT, Julia. **A trajetória das análises de risco: da periferia ao centro da teoria social**. In Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais. Rio de Janeiro, nº 46, 1998, p. 3-21, e ADAM, B., BECK, U. e LOON, J., 2000. **The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory**, Sage Publications Ltd. Disponível *online*: <http://www.amazon.com/Risk-Society-Beyond-Critical-Issues/dp/076196469X>, acesso em 9.7.2011.

6 AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23.

7 Flávio Tartuce, ao tratar do conceito de risco, anota que “no risco há um sentido menor do que o perigo, uma vez que no primeiro há apenas uma probabilidade de este último acontecer. Em síntese, pode-se afirmar que *arriscado é um conceito menor do que perigoso, mas é maior do que a situação de normalidade*. Assim, em regra, andar com diligência está na normalidade, andar sem cuidado é arriscado e correr sem a devida atenção é perigoso. Diz-se ‘em regra’, pois andar em um local violento é mais arriscado do que correr em um local calmo. A calma é a normalidade, ou seja, quando se espera que as circunstâncias não se alterem”. Destaque-se ainda a advertência formulada pelo autor de que, apesar da proximidade conceitual, o risco não se confunde com as categorias jurídicas do caso fortuito e da força maior, pois do ponto de vista dos efeitos o risco potencializa a responsabilidade (**InResponsabilidade Civil Objetiva e Risco**; A teoria do risco concorrente. São Paulo: Método, 2011, p. 119-120).

tempo entre o desenvolvimento de novas tecnologias e a regulação estatal dos respectivos riscos, que pelo atual estágio do desenvolvimento tecnológico adquirem grande complexidade, já que atuam em escala global. Além disso, grande parte dos danos causados na atualidade ocorre não como consequência de condutas individuais, mas sim de comportamentos sociais⁸.

A difusa fronteira entre o público e o privado, ao longo dos anos se torna cada vez menos nítida; A Constituição torna-se verdadeira parte geral do ordenamento jurídico, deixando de ser o estatuto do poder público para se converter na ordem jurídica fundamental da comunidade, regulando relações sociais que em grande parte refletem a progressiva multiplicação de centros de poder privados com formas de coação e autoridade muito próximas dos poderes públicos⁹, dado seu caráter imperativo e sua possibilidade de execução imediata¹⁰.

Surge então um sistema orientado por normas fundamentais, consequência da hipercomplexidade das relações sacionegociais e da desistência da tentativa de reduzir o todo à unidade¹¹. Enfim, o direito civil deixa de ser o centro de regulação da ordem privada e o intérprete passa a se valer dos princípios constitucionais para a re-unificação do sistema, especialmente a dignidade humana e a solidariedade, evitando antinomias provocadas por núcleos normativos díspares, correspondentes a lógicas setoriais nem sempre coerentes¹².

Entretanto, é necessário observar as consequências decorrentes dessa viragem de perspectiva. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, mostra-se insuficiente constatar a mera transposição dos princípios básicos do texto do Código Civil para o texto da Lei Maior, pois:

8 VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no Direito de Danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 4.

9 Tratando da restrição à autonomia da vontade no momento da conclusão do negócio jurídico, Clóvis do Couto e Silva sustentava que se estaria diante, no plano sociológico, de “verdadeira coação para contratar, imposta pela necessidade, não tendo os particulares qualquer possibilidade de escolha” (COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 26).

10 BILBAO UBILLOS, Juan María. Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales: las Teorías y la Prática, p. 222. In TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**; Novos problemas à luz da legalidade constitucional (Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro). São Paulo: Atlas, 2008, p. 219-238. Ainda sobre a questão do Poder Privado, o autor anota que “*El Derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado. Tiene que afrontar esa realidad y dar una respuesta apropiada, que no podrá venir de las impleapelación al dogma de la autonomía privada, um principio seriamente erosionado em la experiencia del tráfico jurídico privado. Los derechos fundamentales de bem protegerse, por tanto, frente al poder, sin adjetivos, y el sistema de garantías, para ser coerente y eficaz, debe ser polivalente, debe operar em todas las direcciones. No hay ninguna razón para pensar que el problema de fondo cambia em función de cuál sea el origen de la agresión que sufre uma determinada libertad. El tratamiento ha de ser, em lo esencial, elmismo*”.

11 LORENZETTI, Ricardo Luis. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do Direito Civil. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVAES, Bruno de Oliveira (coord.). **Direito Civil**: Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 228.

12 TEPEDINO, Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. **Boletim da Faculdade de Direito Studia Jurídica**, nº. 48. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 332-3.

(...) É preciso avaliar sistematicamente a mudança, ressaltando que, se a normativa constitucional se encontra no ápice do ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornaram, em consequência, as normas diretivas, ou normas-princípios, para a reconstrução do sistema de Direito Privado. É preciso, portanto, buscar perceber e valorar o significado profundo, marcadamente axiológico, desta ‘constitucionalização’ do direito civil¹³.

A mudança de paradigma é mais que evidente. Analisando o fenômeno da constitucionalização do direito privado a partir da perspectiva do direito obrigacional, Paulo Luiz Netto Lôbo apresenta os contornos de uma importante síntese:

É certo que as relações obrigacionais têm um forte cunho patrimonializante. Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado, fez submergir a pessoa humana, que passou a figurar como simples e formal polo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real. A patrimonialização das relações obrigacionais, no sentido de primazia, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotados pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (art. 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, ficando o patrimônio a seu serviço. O direito das obrigações, ainda que essencialmente voltado às relações econômicas da pessoa, tem relação com essa função instrumental, além de estar conformado aos princípios e valores constitucionais que a protegem¹⁴.

Na busca da delimitação deste modelo socialmente funcionalizado de direito privado, o ideário solidarista exige uma nova racionalidade jurídica, essencialmente material e focada na proteção da parte fraca de relações sociais cada vez mais complexas e especializadas. Se no modelo liberal se costumava individualizar o lucro e socializar o prejuízo, hoje o que se busca é a diminuição dos conflitos sociais através da distribuição dos riscos de atividades empresariais capitalistas e das vantagens econômicas por elas geradas¹⁵.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana¹⁶, a solidariedade como valor deriva

13 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**; uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais, p. 68.

14 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil; Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

15 TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da Culpa ao Risco, p. 298-9. In NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Responsabilidade Civil**. Doutrinas Essenciais, Teoria Geral, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 290 a 310.

16 Ao tratar do conceito de solidariedade, Patrícia Ribeiro Serra Vieira cita o entendimento de José Fernando de Castro Faria no livro “Origem da solidariedade” (Rio de Janeiro: Renovar, 1998) para anotar que o conceito de solidariedade importa numa relação moralmente qualificada, essencial e ativa do indivíduo com a comunidade e vice-versa, o que pode ser resumido na mútua dependência dos homens numa comunidade de vida (Cf. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos**. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 91). Assim, recorre às obras de Emile Durkheim, Léon Bourgeois, Léon Duguit e Maurice Hauriou para demonstrar a evolução do conceito da solidariedade das noções de caridade e filantropia para uma construção jurídica do termo, passando pela Teoria da Justiça Social de John Rawls.

da consciência racional dos interesses em comum, consubstanciando-se num conceito dialético de reconhecimento do outro, uma obrigação moral de “*não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito*”¹⁷.

Interessante consignar o entendimento de Nelson Rosenvald, que sustenta que o direito de solidariedade se desvincula de uma mera referência a valores éticos transcendentais, “*adquirindo fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum*”¹⁸.

De fato, a noção constitucional de solidariedade deve ser interpretada pela busca da transposição do indivíduo para a pessoa, exprimindo a teleologia da justiça distributiva como padrão interpretativo-integrativo do sistema, ou seja, servindo de referência de leitura para as outras normas constitucionais e o ordenamento¹⁹, pois, como bem anota Aguiar Dias, “*o sentimento de justiça, nos que o têm, não é, por certo, mais refinado hoje do que anteriormente. Sucede, porém, que ele é, agora, muito mais solicitado a manifestar-se e a intervir, do que antigamente*”²⁰.

Entretanto, como lembra Daniel Sarmento, se o Direito não pode penetrar no psiquismo das pessoas para obrigá-las a ser solidárias, exigindo-lhes um sentimento fraterno em relação aos seus semelhantes, pode “*condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas*”²¹.

Cabe aqui lembrar lições de Pietro Perlingieri, para quem as situações patrimoniais demandam a indispensável cooperação entre os seus partícipes²². É este espírito de cooperação que densifica o primado da solidariedade social, apontando o rumo a ser seguido em qualquer relação jurídica, limitando atos de autonomia²³ privada que

17 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 110-2.

18 ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173.

19 ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173.

20 DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

21 SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 339. O autor cita Maria Celina Bodin de Moraes para explicar que “*não se faz necessário exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se sentisse*” (p. 339, nota 833). Afinal, a solidariedade “*implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum*”. Em conclusão, prossegue Daniel Sarmento, a solidariedade significa que a sociedade não deve ser “*o locus da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais*” (p. 339).

22 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2ª. ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 121/122.

23 Em relação à concepção contemporânea da autonomia privada, importante advertência faz Paulo Luiz Netto Lôbo: “*A doutrina frequentemente localiza o fundamento constitucional da autonomia privada no princípio da livre-iniciativa (art. 170 da Constituição). Na concepção atual, todavia, a autonomia privada abrange universo muito mais amplo que a atividade econômica, onde ficou insulada pelo individualismo jurídico. Os atos de autonomia têm fundamentos e fins variados. Consentir no transplante de órgão é ato de autonomia privada, mas sem dimensão econômica; por igual os atos de autonomia nas relações familiares, p. ex., o consentimento dos pais para o casamento de filho menor de dezesseis anos (art. 1.517 do Código Civil), ou o reconhecimento voluntário de filho havido fora do casamento (art. 1.609), ou o*

desviem desta rota. O Direito civil que se desenha hoje é pautado pela “*colaboração intersubjetiva no tráfico negocial*”²⁴

Ao discorrer sobre as novas tendências da responsabilidade civil, José Aguiar Dias já anotava a tendência de que mais do que apontar o responsável pelo dano, optaram legisladores e aplicadores do direito em dizer como ele será reparado, anotando que o centro da preocupação em matéria de responsabilidade civil deixou de ser o homem, isoladamente considerado, para ser o homem coletiva e socialmente considerado²⁵.

Dentro desse contexto, para Hans Jonasa noção de responsabilidade perde espaço enquanto “*imposição inteiramente formal de todo agir causal entre seres humanos, dos quais se pode exigir uma prestação de contas*” para o desenvolvimento de outra noção que “*não concerne ao cálculo do que foi feito ‘ex post facto’, mas à determinação do que se tem a fazer; uma noção em virtude da qual eu me sinto responsável, em primeiro lugar, não por minha conduta e suas consequências, mas pelo objeto que reivindica meu agir*”²⁶.

Se muda o contexto social e o objeto de preocupação dos operadores, logicamente os parâmetros tradicionais que serviam de pressupostos de configuração do dever de indenizar precisam ser repensados. O que no cotidiano forense se mostra é uma explosão de danos ressarcíveis, novas categorias sendo reconhecidas e indenizações concedidas, muitas vezes sem nenhum critério. Tal contexto pode colocar em risco todas as conquistas recentes no que concerne à proteção aos direitos fundamentais no campo da responsabilidade civil.

Na feliz imagem de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil seria uma espécie de estuário onde deságuam todas as áreas do direito – público e privado, contratual e extracontratual, material e processual –, e por conseguinte pode ser definida como uma “*abóbada que concentra e amarra toda estrutura jurídica, de sorte a não permitir a centralização de toda a sua disciplina*”²⁷.

Desse modo, o problema da responsabilidade não se resolve com proposições simplistas, mas pela contribuição de fatores múltiplos que lhe exacerbam a complexidade, imprimindo-lhe, no dizer de Orozimbo Nonato, um aspecto fugidio e difícil²⁸.

pacto antenupcial para escolha do regime matrimonial de bens (art. 1.639). (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil; Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21).

24 MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: em Busca da “Ética da situação” In: *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*, p. 132.

25 DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 50-1.

26 JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro, PUC, 2009, p. 166-7.

27 MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil; da Responsabilidade Civil*. Das preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965), vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 35.

28 NONATO, Orozimbo. *Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento*. In *Revista Forense comemorativa 100 anos*, tomo III, Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 83.

Comentando o tema, Alvinho Lima sustenta que “é preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, sem dismantlar e desencorajar as atividades úteis”, e completa seu raciocínio sustentando que “para tal conseguir, não devemos acastelar dentro de princípios abstratos ou de preceitos envelhecidos para nossa época, só por amor à lógica dos homens, à vaidade das concepções ou à dos moralistas de gabinete”²⁹.

Como bem anota Maria Celina Bodin de Moraes,

*a doutrina, de fato, tem falhado na elaboração dogmática dos novos critérios de responsabilidade civil, e a jurisprudência, premida pelas necessidades impostas pela realidade social, vem desempenhando a tarefa por conta própria, criando um universo discricionário e, não raro, incoerente*³⁰.

Se a abrangência do dano aumenta para atingir interesses transindividuais, não é mais possível pensar a responsabilidade civil a partir de uma estrutura individualista e eminentemente patrimonial. A responsabilidade, enquanto instrumento para proteção de direitos fundamentais, num contexto de pluralidade de fontes normativas, não pode se limitar ao binômio dano-reparação, sendo importante analisar a questão dos custos sociais necessários à proteção da pessoa humana e o papel do intérprete na tutela de uma noção de dignidade cada vez mais vinculada à solidariedade e igualdade substancial, razão pela qual o ponto de partida está na funcionalização das situações patrimoniais às existenciais para a construção de uma nova dogmática³¹ que vem se desenvolvendo mediante utilização de cláusulas gerais para delimitação de deveres gerais de conduta nas relações entre particulares.

Dentro da perspectiva tradicional, obter sucesso num ação de responsabilização por danos equivalia à vitória numa corrida de obstáculos, pois verificado o dano, competia à vítima a prova da culpa e do nexo de causalidade, que eram encarados como filtros à pretensão reparatória, afinal *actori incumbit probatio*.

Do sistema da culpa, de matiz nitidamente individualista, evoluiu-se para o sistema solidarista da reparação do dano, que tem por finalidade precípua a restituição do lesado ao estado anterior, desfazendo, nos limites concretos, o dano sofrido, razão pela qual Aguiar Dias sustenta que “já não é mais de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja conveniência em conservar o *nomen juris*, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, de reparação de dano”³².

29 ALVINO LIMA. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 21 e seguintes.

30 Vide o Prefácio da Obra de Anderson Scheiber – **Novos Paradigmas da Responsabilidade civil**: da Erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo, Atlas, 2007, p. xii.

31 TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**: Novos problemas à luz da legalidade constitucional (Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro). São Paulo: Atlas, 2008, p. 356-371.

32 DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

Se antes a regra era a irresponsabilidade, e a responsabilidades exceção, porque o grande contingente de atos danosos estava protegido pelo manto da culpa, daqui para frente a regra será a responsabilidade por exigência da solidariedade social e da proteção do cidadão, do consumidor e usuários de serviços públicos e privados.

No mesmo diapasão, Anderson Schreiber afirma que “*a sociedade contemporânea assiste a uma dupla expansão, que compreende não apenas os meios lesivos, mas também os interesses lesados. Sob o primeiro aspecto, a evolução tecnológica assegurou aos particulares um potencial danoso, que antes só se vislumbrava no Estado*”³³.

O estudo dos pressupostos da responsabilidade, antes centrado no sujeito responsável, volta-se agora para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido, ou seja, a vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito³⁴, pois o foco de preocupação deixa de ser os *danos causados* para os *danos sofridos*, e as atenções do julgador voltam-se para quem pode suportar o pagamento da indenização e não mais para o seu causador³⁵.

Por essa razão, pertinente a afirmação de Paulo Luiz Netto Lôbo que, ao analisar os fundamentos constitucionais da responsabilidade civil, conclui que as hipóteses tratadas pela nossa Lei Fundamental “*são voltadas essencialmente à afirmação de três valores, que marcam a transformação contemporânea da responsabilidade civil: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social*”³⁶.

Em outras palavras, o dano, nessa nova perspectiva, deixa de ser apenas contra a vítima, para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade³⁷, assegurando ao lesado uma situação favorável pelos mais variados meios e processos técnicos disponíveis ao operador do direito³⁸, como, por exemplo,

33 SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**; da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3.

34 MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**; da Responsabilidade Civil. Das preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965), vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39-40.

35 Vale destacar o teor do Enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, relativo ao art. 187 do CC/02: “*A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade*”.

36 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil; Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23. O referido autor apresenta uma análise do texto constitucional, destacando que a Constituição Federal destinou vários dispositivos legais dispersos à responsabilidade civil, permitindo ao intérprete deles extrair um sistema básico que informa e conforma a legislação aplicável, especialmente o Código Civil, chegando a listar os seguintes dispositivos específicos: incisos v, X, XLV e LXXV do art. 5º e ainda os arts. 21, inciso XXIII, alínea “c”; art.37, §6º, art.141, art.173, §5º, art.225, §§ 2º e 3º, art.236, § 1º e art. 245.

37 Ver também VALPUESTA, Rosario. Entre los Principios y las Personas: Límites y Posibilidades Del Derecho Comunitario, TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**; Novos problemas à luz da legalidade constitucional (Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro). São Paulo: Atlas, 2008, p. 137-153.

38 MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**; da Responsabilidade Civil. Das preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965), vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39-40.

a “erosão dos filtros tradicionais da reparação”³⁹, ou seja, a gradativa perda de importância da prova da culpa e do nexos causal dentro da dinâmica das ações de reparação.

Tratando do tema, José Jairo Gomes afirma que

Numa sociedade eminentemente anônima, em que os relacionamentos individuais se estabelecem superficialmente, a necessidade de se comprovar o elemento subjetivo (dolo e culpa em sentido estrito) do causador do dano tornou-se fonte de injustiças em incontáveis casos, pois deixava inúmeros danos sem reparação adequada; em diversas situações não era possível provar a culpa; em outras, o estado de hipossuficiência da vítima não lhe permitia acessar os meios probantes adequados⁴⁰.

Assim como ocorreu nos contratos, o objeto de proteção no campo da responsabilidade civil deixa de ser a esfera patrimonial dos indivíduos para se concentrar na proteção de situações existenciais, iluminadas pelos princípios da solidariedade social, justiça distributiva na construção de uma noção contemporânea de dignidade humana, que em sua dimensão comunicativa e relacional significa mais do que uma obrigação geral de respeito pela pessoa, devendo ser traduzida *num feixe de deveres e direitos correlativos*, garantindo-se o mesmo nível de consideração e respeito a todos⁴¹.

É preciso perceber que as necessidades da sociedade contemporânea exigem uma tutela diferenciada das situações patrimoniais e existenciais, uma vez que fundadas em lógicas díspares. A esta cabe, segundo Pietro Perlingieri, na hierarquia dos valores, um papel primário⁴², afinal a pessoa humana deve ser vista como o centro do ordenamento, impondo-se assim a funcionalização das situações patrimoniais às existenciais.

Não se trata apenas de apontar a necessidade de convivência de opostos. Como adverte Maria Luiza Mayer Feitosa, com a rápida e crescente expansão dos processos de mercado, em especial das dinâmicas econômicas que não respeitam fronteiras nem a experiência jurídica local, “há de se buscar novas formas interpretativas que não mais pode ficar indiferente às condições externas”⁴³.

Atualmente é possível definir o estudo da responsabilidade civil pelas incertezas, instabilidade e mutabilidade cada vez mais comuns, apresentando, frequentemente, soluções díspares para casos idênticos, transformando a responsabilidade civil contemporânea quase numa loteria.

39 SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**; da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 11.

40 GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eficácia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 229.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana**: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, p. 23/24.

42 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

43 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, 2005, p. 556.

Nesse norte, doutrina e jurisprudência destacam o surgimento de “novos danos”, em grande parte reflexos à evolução da própria noção de dignidade. Atualmente buscam-se reparações por dano de férias arruinadas, dano de processo lento, de brincadeiras cruéis (*bullying*), danos nas relações familiares (abandono afetivo, descumprimento de deveres conjugais, dano sexual, custo de manutenção de filho indesejado, dentre outros).

Difícil definir quando a perturbação de nossas atividades normais, influenciando em nosso bem-estar, tranquilidade pessoal, ou o sofrimento pela morte de um animal de estimação devem ingressar no campo da reparação por danos⁴⁴.

No entanto, importante destacar que ao menos no atual estágio de desenvolvimento das categorias jurídicas aqui trabalhadas, não parece haver espaço para apenas um único modelo regulatório, sendo necessário distinguir a responsabilidade civil que se aplica como instrumento disciplinador das condutas humanas tomadas individualmente e aquela que se aplica à atividade econômica empresarial, pois o papel do direito de danos⁴⁵ não se limita apenas à reparação dos prejuízos, mas se estende à prevenção de resultados socialmente indesejados⁴⁶.

Tendo em vista, porém, o montante elevado das indenizações e a insuficiência de patrimônio da parte que causou o dano, o seguro, convencional ou legal, será uma das técnicas cada vez mais utilizadas (...) para se alcançar a socialização do dano e, dessa forma, garantir pelo menos uma indenização básica para qualquer tipo de dano (...) em médio prazo, não obstante as vantagens do sistema de segurança social, uma combinação de sistemas de seguros privados sociais com a responsabilidade individual afigura-se mais compatível com os países de economia liberal como o nosso. A acumulação da indenização social com a resultante da ação outorgada pela norma de responsabilidade civil corresponde melhor aos ideais de uma justiça comutativa, quando configurado fique o dolo do lesante ou quando aquela indenização se mostre insuficiente para cobrir todo o dano suportado pela vítima⁴⁷.

44 Neste ponto, interessante destacar o pensamento de Anderson Schreiber: “quando se propõem a selecionar os danos morais ressarcíveis, as cortes empregam critérios equivocados como a prova da ‘dor, vexame, sofrimento ou humilhação’ – consequências eventuais e subjetivas do dano, que nada dizem com a sua ontologia - ; ou ainda a gravidade da ofensa – critério que, consagrado sob a fórmula de que ‘o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral’, implica verdadeira inversão na axiologia constitucional, já que semelhante condição não se impõe em âmbito patrimonial, onde qualquer prejuízo, por menor que seja, suscita reparação” (Op. cit., p. 6).

45 Lucas Abreu Barroso e Pablo Malheiros da Cunha Frota anotam que “o direito de danos altera a perspectiva do intérprete, ao deslocar o âmbito da investigação da conduta do lesante para o dano, já que prevalece a máxima *in dubio pro vítima*” (BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do Direito Civil; entre normas jurídicas e práticas sociais**. Curitiba, Juruá, 2011, p. 146).

46 TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da Culpa ao Risco, p. 308. In NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Responsabilidade Civil**. Doutrinas Essenciais, Teoria Geral, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 290 a 310.

47 MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil; da Responsabilidade Civil**. Das preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965), vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 40-1.

Cabe aqui referência à lúcida advertência de Luiz Edson Fachin: “o legado haurido do pretérito que ainda não se foi por completo e o porvir cuja definição não se presentificou por ora”⁴⁸, ao anotar que os conceitos e os modelos tradicionalmente empregados pelos operadores do direito são apenas *instrumentos* jurídicos e não *objetos do Direito*.

Precisa-se de novos limites. Como fazê-lo?

Como bem anota Judith Martins-Costa, o conceito de dano não tem essência, pois não é um dado inscrito de uma vez por todas na natureza das coisas, mas um construído, por se tratar de um conceito situado no espaço cultural e no tempo axiológico⁴⁹. Da configuração subjetiva do dano moral (baseado na dor e sofrimento), busca-se a objetivação com a presunção *in reipsa* a partir da violação de um direito atinente à personalidade.

Não raro testemunha-se a “a liberdade com que o Poder Judiciário trata a questão do nexa causal estimula pedidos de reparação, fundados mais na desgraça da vítima, que em uma possibilidade de imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável”⁵⁰. Não parece conveniente deixar exclusivamente a carga da jurisprudência a delimitação dos novos danos, pois juntamente com as novas modalidades de prejuízo que vêm sendo reconhecidas modificam-se as escalas indenizatórias.

Lucas Abreu Barroso e Pablo Malheiros da Cunha Frota⁵¹ apontam as tendências contemporâneas do direito de danos, ressaltando os temas que permearão o debate jurídico nos próximos anos, que podem ser resumidos da seguinte forma:

(...) a) ampliar o número de vítimas tuteladas, de danos reparáveis e de formas de reparação, por meio da flexibilização dos meios de prova, da diluição da antijuridicidade, da desnaturalização da culpa e da relativização do nexa causal; b) intensificar a responsabilização, concedendo-se reparações pecuniárias, proporcionais ao caso concreto, e também despatrimonializadas, como a retratação pública e as tutelas específicas de dar, fazer e não fazer, ou mesmo *in natura* (Código de Processo Civil, arts. 461 e 461-A e Código Civil, arts. 233, 247 e 250); c) fomentar os princípios da precaução e da prevenção diante da crescente socialização dos riscos e do incremento das situações de dano, que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa – haja vista a (re)personalização do direito civil; d) concretizar a responsabilidade sem danos, pois a possibilidade de sua verificação em potencial já acionaria o dever de reparar por parte daquele que possa vir a causá-lo; e) densificar de

48 FACHIN, Luiz Edson. Internalidade e externalidade no debate sobre constituição e relações privadas: um olhar a partir do revisitado Locke, p. 177. Para Georges Ripert, “o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser. O credor já não possui um direito adquirido, mas a simples esperança de que o juiz tenha as suas pretensões como legítimas” (In **O Regímen Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 314).

49 MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 408-446.

50 SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**; da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 76.

51 BARROSO, Lucas Abreu.; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A Obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. In BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do Direito Civil; entre normas jurídicas e práticas sociais**. Curitiba, Juruá, 2011, p. 146-7.

maneira real e concreta os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana no que tange aos riscos de danos a que está submetida em razão da evolução tecnológica dos bens e dos serviços postos para consumo, principalmente os relacionados à saúde e ao meio ambiente; f) garantir ampla e integral reparação às vítimas, com extensão de igual direito a todos quantos alcançados indiretamente pelo dano ou expostos ao risco que o provocou, mesmo que por circunstâncias fáticas, devendo nesta hipótese o valor da reparação ser destinado a um fundo voltado para o estudo e a pesquisa da antecipação e do equacionamento dos danos oriundos de determinadas atividades socioeconômicas; h) tornar irrelevante a concausa, “con el alcance de asignar la totalidad del daño a quien solo aportó una de las causas concurrentes”, objetivando diluir as responsabilidades individuais pelo dano; i) aumentar as espécies de instrumentos reparatórios, coordenando-os com os já existentes, tais como: fundos públicos substitutivos da responsabilidade civil para os casos mais comuns de danos; pagamento antecipado de tarifas pelo Estado às vítimas, a economizar custos, a reduzir o montante dos danos, o tempo de espera da vítima no recebimento do montante reparatório e os gastos judiciais; promoção de demandas diretas da vítima contra o segurador do responsável pelo dano; pactuação obrigatória de seguro para atividades com alta sinistralidade (p. ex., seguro ambiental) etc.

Ao tratar das funções da responsabilidade civil, Gaston Fernandez Cruz anota, dentre outras, as de punir, prevenir, restaurar, restituir, atribuir justiça, vingar, diluir o custo dos danos, repartir as perdas e os riscos, colocar recursos em modo mais eficiente, controlar as atividades produtivas e os serviços públicos, garantir o funcionamento ótimo do mercado e o valor primário da pessoa humana; e conclui que, dessa maneira, a ideia de reparação da vítima do dano permanece submergida em uma abundância esquizofrênica de fins e objetivos que impedem conhecer a explosão da responsabilidade civil a uma motivação unitária e, portanto, a unitários princípios operativos⁵².

O movimento é dinâmico, e a doutrina ainda não está oferecendo as respostas⁵³. Não é fácil encontrar critérios racionalmente sustentáveis para lidar com o problema, o que não raro faz com que a porosidade do sistema comprometa de algum modo a expectativa de segurança característica do ordenamento jurídico. Como efeitos colaterais perceptíveis podem ser citadas a litigiosidade e a vitimização da convivência social, numa realidade marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos⁵⁴. Resta aprofundar o debate e a funcionalização dos institutos na direção da solução dos problemas que já se tornam lugar-comum no cotidiano forense.

52 CRUZ, Gaston Fernandez. **Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: La división de sistemas y la previsibilidad**. In Revista de Direito Privado, nº. 19, p. 298-9.

53 Neste particular vale transcrever advertência de Konrad Hesse ao analisar o fenômeno da constitucionalização do direito privado: “*cabe evitar que el beneficio de una protección general y eficaz de los derechos fundamentales se convierta en la plaga de una inflación de los derechos fundamentales, con la cual el Derecho Privado tendría poco que ganar, y los derechos fundamentales y su verdadero significado mucho que perder*” (HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Civitas, 1995, p. 67).

54 SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**; da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

22

POSSÍVEIS SENTIDOS PARA A CAUSALIDADE JURÍDICA NA RESPONSABILIDADE POR DANOS

Pablo Malheiros da Cunha Frota¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A causalidade vista por outras áreas do conhecimento – 3. Sentidos atribuídos à causalidade pela civilística – 4. Conclusão: A causalidade filosófica e jurídica – entre a previsibilidade e a probabilidade.

1. Introdução

O objetivo deste artigo consiste na formulação (aqui considerada como uma problematização dialógica) de alguns dos perfis da causalidade na Filosofia, no Direito Civil e Consumerista. Discute-se se os significados construídos pela Filosofia podem ser modulados para as necessidades impostas pelo Direito, no que toca à causa ou causalidade como elemento do dever de precaução, de prevenção e de reparação, presentes na responsabilização por danos potenciais e concretos.²

Aqui, também, pretende-se pôr em debate se há uma inconciliável dualidade de sentidos entre a causalidade filosófica e a jurídica, ambas delimitadas pela previsi-

1 Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Professor do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Especialista em Direito Civil pela Unisul. Especialista em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro dos seguintes grupos de pesquisa em Direito Civil: Núcleo de estudos em direito civil constitucional “Virada de Copérnico” (UFPR), Núcleo de Pesquisas em Direito Privado Comparado (UFPR), Constitucionalização do Direito Privado (UFPE), Responsabilidade Civil (UNICEUB). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Civil Constitucional Prospectivo (UNICEUB). Advogado.

2 Ver, sobre a responsabilidade por danos, FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos. **Tese de doutorado** defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná em 2013.

bilidade e pela probabilidade, para fins de imputação de responsabilidade por danos. Trata-se de construção da base sobre a qual se erigiu o instituto do nexo causal no Direito Civil e Consumerista brasileiro, ferramenta necessária à investigação das repercussões dos sentidos que a causalidade jurídica pode explicitar, e se tais sentidos são coerentes com a adequada e prioritária tutela da vítima.

Esse itinerário passará por três momentos: (i) analisar os sentidos atribuídos ao significativo causalidade em outras áreas do conhecimento, com ênfase na construção filosófica; (ii) perquirir os sentidos apostos ao termo causalidade pelo Direito Civil moderno e contemporâneo, extensível ao Direito do Consumidor; (iii) concluir acerca da possível dialogicidade entre os sentidos atribuídos à causalidade.

2. A causalidade vista por outras áreas do conhecimento

Verifica-se, desde logo, que a causalidade se encontra presente no exame de fatos humanos ou da natureza e explica fenômenos astrológicos, meteorológicos, geológicos, zoológicos, jurídicos, físicos, entre outros.³ Pode-se entender, contudo, que a causalidade é afastada nas hipóteses de acaso ou de coincidência, quando não for possível descrevê-las racionalmente.⁴ O apartamento da causalidade nessas duas situações não enfraquece a indiscutível relevância para este artigo do sentido atribuído à causa ou à causalidade em áreas do conhecimento como a Filosofia e o Direito; mantém-se pertinente pesquisá-las para que se confirme a citada possibilidade de diálogo entre os mencionados setores do conhecimento.

Antes, porém, cabe explicitar a razão pela qual se decidiu dialogar imediatamente com a Filosofia, e de forma mediata com outras disciplinas do conhecimento, como a Física, que trouxe e traz indiscutíveis contribuições ao Direito e às ciências humanas,⁵ principalmente em relação aos sentidos atribuídos à causalidade. A Filosofia mantém intrínseca relação com o Direito por ser a disciplina desveladora do fundamento, dos valores, da existência, da análise da discursividade jurídica⁶ e de uma “conversação contínua e plural, visando à edificação das pessoas”.⁷ A relação Filosofia/Direito está plasmada pelo objetivo de reconstrução do coexistir humano, por

3 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito: introdução à ciência do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 1, p. 105.

4 JUNG, Carl Gustav. **Sincronicidade**. 12. ed. Trad. Dom Mateus Ramalho Rocha. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 1.

5 HEISENBERG, Werner. **Física e filosofia**. Trad. Jorge Leal Ferreira. Brasília: Editora da Unb, 1981, p. 115-127; BUNGE, Mario. **Física e filosofia**. Trad. Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2012; ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños. Parte general**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 211.

6 AMARAL, Francisco. **Direito civil. Introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1; COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001, 179-181; BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba, Juruá, 2013, p. 29.

7 GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **Richard Rorty: a filosofia do novo mundo em busca de mundos novos**. Petrópolis (RJ): Vozes, 1999, p. 67.

ambas as disciplinas fundarem a forma de viver e de conviver do Ocidente,⁸ podendo-se utilizar para tanto a alteridade e a justiça social, opção seguida pelo subscritor deste artigo.⁹

Diante disso, indaga-se: pode o intérprete apreender contextualmente o sentido atribuído à causalidade pela Filosofia e realizar uma transposição de sentido, adequando-o às especificidades do Direito? Essa pergunta rememora uma antiga discussão acerca da diferença entre as ciências naturais e as ciências sociais, na ambiência das próprias ciências sociais e humanas, distinções estas intensamente retratadas pela Escola de Baden no século XIX.

As especificidades de cada área do saber devem ser observadas, mas parece não fazer sentido impedir, sobretudo na vigente sociedade, um diálogo multidisciplinar, interdisciplinar ou transdisciplinar das áreas do conhecimento, mormente quando se trata da dialogicidade entre a Filosofia e o Direito.¹⁰ As perspectivas isolacionistas dificultam a dialogicidade do Direito com as demais disciplinas e com a contraprova fática dos aportes teóricos instituidores de sentido aos significantes construídos para dar conta dos problemas sociais.

Ocorre que o diálogo sobre os múltiplos sentidos atribuídos à causalidade sofre resistência no Direito e na Filosofia. Existe jurista que distingue a causalidade jurídica da causalidade das ciências naturais e da Filosofia, pois somente a causa jurídica deve atender aos objetivos específicos do Direito no momento em que se decide um caso concreto, por exemplo, relacionado à responsabilidade civil de alguém.¹¹

Kelsen acolhe essa distinção entre o sentido expresso pela causalidade filosófica e aqueles atribuídos à causalidade jurídica, ao argumento de que as diferenças existiriam no plano do Ser e não no do Dever Ser, porque as leis filosóficas são gerais, e as leis jurídicas, imputacionais. Ou seja, apenas estas atribuem consequências a fatos naturais ou humanos.¹² Hart e Honoré entendem também inexistir uma relação entre a causalidade, o efeito e o resultado vistos dentro do contexto linguístico da filosofia da linguagem e a perspectiva de causalidade jurídica, que, normalmente, permanece vinculada a uma ideia de causa necessária para o efeito. Os autores também diferenciam a causa de outros fatores necessários para a ocorrência do fato verificado, até porque à Filosofia cabe formular leis gerais sobre o assunto, e não decidir acerca de casos particulares.¹³

8 SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho. **Direito, filosofia e a humanidade como tarefa**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 11.

9 Ver, sobre o assunto, FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos.

10 PIRAGIBE DA FONSECA, Maria Guadalupe. **Iniciação à Pesquisa no Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 23-27.

11 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 12. ed. Lisboa: Almedina, 2011, p. 760-761.

12 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 151 e seguintes.

13 HART, Herbert; HONORÉ, Tony. **Causation in the law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 9, 11 e 110.

Não obstante o respeito pelo entendimento retrocitado, ressalta-se a inadequabilidade de se dividir o Direito de outras áreas do conhecimento, como se viu com a disjunção, mesmo que parcial, entre Direito e Moral, realizada por jusfilósofos como Kelsen e Hart.¹⁴ Saliente-se que a Moral está presente nas justificativas para a responsabilização com e sem culpa ou dolo,¹⁵ assim como na responsabilização por fatos lícitos e na pesquisa do nexos causal entre evento danoso e dano. É por meio deste que se imputa a responsabilidade por uma conduta humana, inclusive podendo-se responsabilizar aquele que não causou diretamente o dano, mas é responsável pela segurança, pela garantia ou pelo risco,¹⁶ a ratificar a inconveniência da aludida separação. O diálogo se faz urgente principalmente em tempos de complexidade e de perspectiva holística do fenômeno fático-jurídico, perquirido de maneira contextual e contingente, a acolher a ideia de que conhecer algo é colocá-lo em relação com outras situações.¹⁷

Essa explicação tem por objetivo evitar o aludido estancamento dos saberes, a subscrever o pensamento de Heisenberg sobre a indispensável necessidade de um diálogo entre as esferas do conhecimento em que a atividade humana se faz presente.¹⁸ Dessa maneira, a construção contextual e contingente dos sentidos jurídicos do significativo causalidade é influenciada pelos influxos erigidos pela Filosofia, a ensejar a apreensão, mesmo que breve, desses sentidos no presente artigo, transportando-os e adequando-os às particularidades exigidas pelo Direito.

O ponto de partida para o exame empreendido é a explicitação de dois correntes sentidos filosóficos conferidos à causalidade, erigidos de uma maneira racionalmente lógica e delineados a partir de uma *cosmovisão científica* acerca da natureza (*physis*).¹⁹ A explicitação desses dois sentidos não significa desprezo pelos demais existentes para o termo causalidade.

O primeiro sentido indica que em uma relação causal há a passagem de algo para algo, sendo a causa uma razão ou um motivo para a produção do efeito, ou seja, uma conexão racional-dedutiva entre a causa e o efeito, percepção atribuída

14 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 67-78; HART, Herbert. **O conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Camara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 239-273.

15 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 68.

16 MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de (Coord.) **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 2, p. 133.

17 CREMA, Roberto. **Introdução À visão holística: breve relato de viagem do velho ao novo paradigma**. São Paulo: Summus, 1989; GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **Richard Rorty: a filosofia do novo mundo em busca de mundos novos**, p. 31-32.

18 COSTA, Fábio Antônio da; VIDEIRA, Antônio Augusto Passos. Apresentação ao manuscrito de 1942. In: HEISENBERG, Werner. **A ordenação da realidade**. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. vi-xxxviii, p. ix.

19 CARUSO, Francisco; OGURI, Vitor. **Física moderna: origens clássicas e fundamentos quânticos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 1-2.

a Platão.²⁰ O segundo sentido explicita a conexão entre a causa e o efeito de modo temporal ou empírico, com o efeito não sendo deduzido da causa, mas podendo ser aferido da previsibilidade baseada na relação de constância e de uniformidade na sucessão dos eventos. Desses dois sentidos extrai-se um primeiro critério de estimação da causalidade: a *previsibilidade* unívoca e infalível do efeito advém da causa de forma dedutiva (ou não), sendo imprescindível haver uma relação causal.²¹

Essa ideia de previsibilidade é reforçada pela construção aristotélica do sentido de causa, a significar *o porquê de uma coisa*, com a essência da causa não se dissociando da própria coisa, sendo também necessário o movimento para que as coisas sejam explicadas.²² Saliente-se que os sentidos aristotélicos atribuídos à causa tornaram-se uma das principais contribuições para o estudo do tema, inclusive no Direito, haja vista que a perspectiva de causa eficiente por este filósofo elaborada é utilizada juridicamente na principal construção de sentido jurídico atribuída ao nexo causal, a causa como origem de um determinado efeito,²³ isto é, a causa como o início da mudança da situação anterior à situação posterior ao dano.

A divisão da causa gestada por Aristóteles tem a seguinte configuração: a primeira acepção refere-se à substância da qual a coisa é feita e que nela permanece – por exemplo, a madeira sendo a causa de uma porta –, ou seja, o motivo pelo qual algo é e persiste, a caracterizar a *causa material ou substancial*; a segunda noção aponta para a causa como a essência de uma coisa, sendo a causa do ser humano o seu conviver com os outros, a configurar a *causa formal*; a terceira concepção de causa indica aquilo que confere início à mudança ou ao repouso, com o contrato sendo a causa da mudança patrimonial de um contratante ou um evento danoso sendo a causa de um dano reparável imputável a alguém, a delinear a *causa eficiente*; a quarta percepção de causa a coloca como o objetivo ou o fim – por exemplo, a elevação profissional sendo a causa para a dedicação ao trabalho, a erigir a *causa final*.²⁴

Pode-se dizer que há uma hierarquia entre as causas aristotélicas, devendo-se procurar sempre a de patamar superior. Há um entendimento no sentido de a *causa material* ou *substancial* ser a de maior hierarquia, por constituir a passagem da potência ao ato, com a necessidade causal (própria necessidade do ser enquanto ser – ex.: homem como animal racional) dependendo da substância, a escapar somente o que é acidental. Desse modo, a causa material conecta causa e substância, a fim de que se

20 MILL, John Stuart. *A system of logic, ratiocinative and inductive, being a connected view of the principles of evidence, and the methods of scientific investigation*. 18. ed. New York: Harper & Brothers, 1882. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/27942/27942-pdf.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2013; PIERI, Paolo Francesco. **Dicionário junguiano**. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2002, p. 76.

21 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedeti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 124.

22 ARISTÓTELES. **Metafísica**. Trad. Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969, p. 270.

23 ANCONA LOPES, Teresa. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 22.

24 ARISTÓTELES. **Metafísica**, p. 271.

apreenda a organização interna de uma substância e se evite que seja diferentemente desta substância, a saber: o homem, por ser um ser racional, não pode agir como um animal ou ser irracional.²⁵

Outro entendimento sustenta que Aristóteles tinha a causa final como a de hierarquia maior, já que tudo acontece em função de uma finalidade, passando-se da potência ao ato por meio de uma causa eficiente que plasmou a causa material de determinada maneira e possibilitou a causa final.²⁶ Não obstante a discussão acima de qual causa é superior na concepção aristotélica, a previsibilidade permanece como critério aferidor da causalidade, no sentido atribuído pela conexão empírica ou temporal, com o movimento não sendo mecânico e puramente eficiente.²⁷

Saliente-se que a classificação aristotélica e a perspectiva dedutivista platônica (conexão racional) influenciaram outros momentos históricos sociais, como se verifica no medievo, no período moderno e na contemporaneidade. No medievo, manteve-se a hierarquização de causas, por influência aristotélica, bem como a perspectiva da conexão racional na construção realizada pela escolástica árabe, particularmente a de Avicena. Nesta, a causa primeira era o primeiro elo da cadeia causal, a gerar a causa segunda, e assim por diante, afastando-se do sentido aristotélico de causa substancial ou material.²⁸

A percepção de conexão empírica também se apresentou no medievo por meio da manutenção da causalidade advinda de uma sucessão ou de uma união cronológica *constante*. Guilherme de Ockham, já no século XIV, não acreditava na possibilidade de uma coisa conter em si uma coisa diferente. Por exemplo, a proposição de que o calor esquentado não pode ser demonstrada por silogismo, mas sim pela experiência. Isso antecipa a crítica feita por Hume, no século XVIII, acerca da *não dedutibilidade do efeito a partir da causa*, porque a relação entre causa e efeito derivaria da experiência e da observação como limitadores do conhecimento.²⁹

A previsibilidade deduzida ou experienciada da relação causal, densificada pela conexão racional, pela conexão empírica ou pela causa primeira na Antiguidade e no medievo estendeu-se ao período moderno e à contemporaneidade, mormente pelas construções promovidas pelas correntes filosóficas racionalistas. A corrente empiricista, contudo, trabalha com a probabilidade e refuta a corrente racionalista, sendo ambas relevantes perspectivas filosóficas sobre a atribuição de sentido à causalidade.

O racionalismo equipara a causa à razão e abarca a concepção de conexão racional, de conexão empírica e de causa primeira. Na época renascentista entendia-

25 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, p. 125.

26 PESSANHA, José Américo Motta. **Aristóteles** (Coleção Os pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 1987, v. 1, p. 20-21.

27 MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Trad. Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 87.

28 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, p. 126.

29 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, p. 126-128.

se que todos os eventos detinham uma ordem e uma concatenação causal dedutiva. Muitas vezes esta ordem era atribuída a uma causa primeira, que seria Deus, ou a uma de outra natureza, a jungir as ideias de conexão racional platônica com a de causa primeira medieval. Exemplifica-se a utilização da conexão racional causal em estudos de Copérnico, de Kepler e de Galileu, apresentada de maneira mecanicista por Hobbes e teologicamente por Spinoza.³⁰ A causa eficiente aparece em estudos de Galileu, com as variações de estado e de deslocamento no espaço de acordo com as leis matemáticas expressíveis.³¹

Desse modo, confirma-se o panorama acima a partir da análise de postulações de filósofos como Hobbes, Spinoza e Descartes, entre outros. Descartes, na obra *Discurso sobre o método*, demonstra o seu afinamento com a ideia racionalista ao asseverar que o conhecimento da verdade se apresenta somente pela razão, por intermédio de evidências dedutivas (ou não) moduladas por um racionalismo matemático e causalista – “*Cogito ergo sum*”.³² Nesse passo, o método cartesiano indicava que “entre causa e efeito existiria uma relação de constância e univocidade (que caracteriza a infalibilidade), de modo que à mesma causa se seguiria, inexoravelmente, o mesmo efeito”,³³ a explicitar a ideia de conexão racional e de conexão empírica.

Para Hobbes, a causa é aquilo que gera ou destrói certo estado de coisas em uma ação de um corpo sobre outro, na qual a causa perfeita segue infalivelmente o efeito, porquanto a concatenação dos movimentos constitui a ordenação causal do mundo,³⁴ comprovando-se a filiação à causa eficiente aristotélica. Spinoza vê Deus como a única substância e causa para todos os eventos no mundo, e a necessidade causal como uma concatenação de razões, isto é, verdades que configuram uma cadeia ininterrupta, a validar a ideia de conexão racional e de causa primeira medieval.³⁵

Leibniz distingue o princípio da não contradição (princípio-consequência) e o da razão suficiente (causa-efeito), a resolver o problema da causalidade sem que Deus atue em todas as instâncias dela, com cada mônada (elementos das coisas) se movimentando em seu estado, sem ser afetada por outra. Deus sincroniza e coordena as mônadas, mas elas se movimentam sem o auxílio divino. Dessa maneira, um físico conseguiria prever de forma precisa os eventos naturais, caso estivesse com todos os dados e com as corretas leis mecânicas da natureza, com os organismos sendo afetados somente em caso de colisão.³⁶ A tese de Leibniz confirma a causa primeira, mas no viés atribuído pela linha aristotélica de causa substancial.

30 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 126.

31 MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*, p. 89-90.

32 DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

33 BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

34 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 126.

35 MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*, p. 90.

36 MARÍAS, Julián. *História da filosofia*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 260.

A percepção racionalista também se encontra presente em outras construções filosóficas racionalistas, como a corrente *ocasionalista*, de Geulincx e Malenbranche, no século XVII. O ocasionalismo propõe Deus como a única verdadeira causa primeira e eficiente, havendo uma relação necessária entre causa e efeito, com as causas segundas constituindo ocasiões de que Deus se serve para realizar os seus decretos gerais, sem atuar em uma decisão particular em cada ocasião.³⁷ Há quem entenda que o ocasionalismo foi colocado em lado oposto ao racionalismo porque os racionalistas equiparam a causa à razão e os ocasionalistas, não.³⁸

Considera-se Descartes um *ocasionalista* por ele defender que todas as substâncias derivam de Deus para todo e cada movimento, bem como para a contínua existência, ou seja, não há influência causal de um corpo sobre o outro, pois as modificações são causadas por Deus, como sustentam os ocasionalistas. O ocasionalismo, por conseguinte, não deixa de ser um aspecto do racionalismo,³⁹ a afastar a oposição afirmada anteriormente entre as citadas correntes.

Feito esse esclarecimento e seguindo a linha de explicitação de correntes filosóficas racionalistas, verifica-se que a percepção de conexão racional advinda da dedutibilidade necessária entre causa e efeito também é encontrada nas teorias idealistas ou aprioristas, materialistas e mecanicistas. Fichte identifica a causa como o eu infinito que se explica e se realiza de acordo com uma necessidade racional absoluta, e Hegel deduz da causa o efeito, seja ela substancial ou eficiente, no sentido aristotélico do termo.⁴⁰

Para a corrente racionalista, portanto, a experiência elucida os fenômenos, mas a relação causal é sempre necessária e independe da experiência. Nessa linha, a previsibilidade se apresenta de várias maneiras, muitas vezes alterando o sentido das construções platônicas, aristotélicas e medievais; todavia, mantém a identificação da causa como aquilo que confere razão ao efeito, em uma relação temporal e lógica.⁴¹ Essa construção de relação causal lógica influencia duas das teorias jurídicas usadas para a aferição do nexa causal, a saber, a de causalidade adequada entre o fato danoso e o dano e a do dano direto e imediato.

A corrente racionalista, diante dos seus pressupostos e das suas conclusões, sofreu severa crítica promovida pela corrente empiricista, que prega ser a observação e a repetição de certos acontecimentos similares o fator indicativo da uniformidade de hábitos geradores de previsibilidades, sem que esta previsão possa ser justificada.⁴²

37 MAUTNER, Thomas. **Dicionário de filosofia**. Trad. Victor Guerreiro, Sérgio Miranda e Desidério Murcho. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 540.

38 MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**, p. 90.

39 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, p. 118, 726-727.

40 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, p. 127.

41 HUENEMANN, Charlie. **Racionalismo**. Trad. Jaques A. Wainberg. Petrópolis (RJ): Vozes, 2012.

42 HUME, David **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

Hume classifica o que se conhece em impressões e em ideias, com as impressões sendo as construções dos dados pelos sentidos de maneira interna (ex.: percepção do estado emocional) ou externa (ex.: visão de uma paisagem). As ideias são representações da memória ou da imaginação, a gerar uma reconstrução do lugar em que se esteve a partir da lembrança que se tem do local, sendo possível que as impressões pretéritas projetem uma situação nunca vivida ou vista, com as ideias simples aglutinando-se com as ideias complexas.⁴³

A experiência vivida não possibilita o nexo entre a causa e o efeito, que são sempre dois acontecimentos distintos, a tornar arbitrária a previsibilidade baseada neste nexo, ensejando somente relações necessárias entre ideias e não entre fatos. Estes se relacionam de forma contingente, com a sucessão regular unindo-os, mas sem conectá-los, ou seja, os elementos podem estar em conjunção, mas não em conexão, a desconstruir os pressupostos racionalistas.⁴⁴ A experiência não permite previsões certas do que acontecerá amanhã, mas possibilita traçar uma tendência do que ocorrerá pela sucessão regular de fenômenos, com alguns eventos sendo causa e outros os efeitos, possibilitando somente afirmar que um fenômeno segue o outro.⁴⁵

A regularidade dos fenômenos é uma crença de que irão ocorrer, com a conexão necessária derivando da imaginação, pois existe um hábito de associar o anterior com o posterior, como afirma Hume:

Não há idéias mais obscuras e incertas em metafísica do que as de poder, força, energia ou conexão necessária, às quais necessitamos reportar-nos constantemente em todas as nossas inquirições. (...) todo efeito é um evento distinto de sua causa, portanto, não poderia ser descoberto na causa e deve ser inteiramente arbitrário concebê-lo ou imaginá-lo *a priori*.⁴⁶

A união contingencial normalizada ou regular de eventos viabiliza apontar o nexo causal entre dois eventos, inferenciado da aludida união, haja vista a impossibilidade de se afirmar a causalidade com certeza. O empiricismo humeniano também trata da causalidade, mas atrelada a uma normalidade sucessória de eventos, pois as conexões necessárias ocorrem apenas no plano das ideias. Demonstra-se, com isso, a distinção entre a postura racionalista – razão como necessária concatenação das verdades – e o viés empiricista – não existe conexão necessária entre fatos e qualquer concatenação de verdades deve ser posta à prova. Esta diferença transmutada para o termo causalidade expõe a travessia de algo objetivo na natureza para a subjetividade do pensamento humano, a partir da ideia empiricista lastreada na provável normalidade fática dos eventos.

43 HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Os Pensadores), p. 39-40 e 75.

44 HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**, p. 41, 60-61, 81 e 84.

45 HART, Herbert; HONORÉ, Tony. **Causation in the law**, p. 10.

46 HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**, p. 51 e 75.

Outras construções procuraram jungir racionalismo e empiricismo, como em Kant. Este, absorvendo a crítica de Hume, procurou transformar a relação causal em categoria – conceito *a priori* do intelecto que se aplica a um conteúdo empírico e determina o nexos e a ordenação objetiva deste conteúdo –, como se viu na obra *Crítica da Razão Pura*.⁴⁷ A percepção kantiana é que a causalidade não pode se vincular somente à razão ou à empiria, mas a um caráter sintético e apriorístico ao mesmo tempo, enquadrando-se como um juízo hipotético, a necessitar de determinismos e de previsibilidade certa e infalível dos fatos naturais das mencionadas relações. Isso porque a demonstração da causalidade não depende da evidência ontológica (vazia de conteúdo), nem de uma demonstração empírica, que jamais possibilita resultados universais e necessários; a crítica kantiana ataca o racionalismo e o empirismo.⁴⁸ A perspectiva de Kant não afasta a crítica humeniana pelo fato de a construção por ele aludida ser dogmática ao aduzir a causalidade a uma condição do pensamento, com a natureza não desmentindo a causalidade por ela ser organizada mediante relações de causa e de efeito, necessitando de previsibilidade certa e infalível entre evento e consequência. Isso não se tornou possível, mormente com a evolução científica.

Outras concepções foram sendo erigidas no intuito de encontrar um sentido para o termo causalidade. Comte tenta “purificar” a noção de causa das referências antropomórficas ao asseverar ser a causa uma “relação invariável de sucessão e semelhança entre os fatos”, num sentido neoplatônico de conexão racional entre causa e efeito. Dessa forma, a tarefa da ciência era possível, pois previa os fenômenos e os utilizava, sendo a previsibilidade infalível o critério de validade e de eficácia da ciência, a valorizar o princípio da causalidade e a unir as noções de causalidade e de previsibilidade. March, ao partir da junção “causalidade e previsão”, substituiu o conceito tradicional de causalidade pelo de interdependência dos caracteres diferenciais dos fenômenos. As duas concepções acima não colocaram em xeque o fato de a causalidade necessitar de um determinismo rigoroso na ambiência dos fenômenos naturais em que as relações causais são conhecidas, porque também abarcam a previsibilidade certa e infalível dos fatos naturais das mencionadas relações.⁴⁹

Os sentidos múltiplos de causalidade construídos pelas correntes filosóficas retrocitadas gerou, em face das evoluções científicas e sociais dos séculos XVIII a XXI, um debate filosófico e jurídico acerca da adequação (ou não) da previsibilidade como critério indicador da causalidade entre eventos. A discussão disseminada na atualidade em várias áreas do conhecimento, como a Filosofia, o Direito e a Física, refere-se à substituição da causalidade pela probabilidade ou à inserção da probabilidade no âmbito da causalidade.⁵⁰

47 KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Fernando Costa Mattos. Petrópolis (RJ): Vozes, 2012.

48 MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**, p. 91-92.

49 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, p. 129.

50 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, p. 129; MENEZES, Luis Carlos de. **A matéria: uma aventura do espírito**. Fundamentos e fronteiras do conhecimento físico. São Paulo: Editora Livraria da Física, 2005, p. 45;

Cabe, neste momento, demonstrar a relação mediata do Direito com a Física, em vista do diálogo de ambos com a Filosofia. Como ocorreu com os filósofos empiristas, os físicos perceberam que a ideia de certeza acerca da coligação ou da correlação causal entre dois eventos era utópica, porquanto existem poucos sistemas previsíveis pelo conhecimento das forças e das condições iniciais. A verificação definitiva do fenômeno é, em princípio, impossível,⁵¹ haja vista a viabilidade permanente do falseamento das conclusões e da refutação dos enunciados.⁵²

A título de exemplo na Física, teorias como a da cinética dos gases e da mecânica quântica atribuíram um maior espaço à probabilidade, que substituiria a causalidade previsível, determinada e dedutiva (ou não), a tornar viável a previsão provável de um evento. Noutros termos, a apreensão das ondas e das partículas no ambiente atômico e subatômico somente foi viável pelo caminho da probabilidade.⁵³ Isso é ratificado com a apresentação por Heisenberg, em 1927, do *princípio da indeterminação ou da incerteza*: “o que torna previsível a probabilidade de ocorrência do evento, já que não é possível estipular concomitantemente a posição e a velocidade exata do elétron”, a perder sentido a ideia de causalidade previsível e a elevar a perspectiva de conexão provável entre o evento e o efeito.⁵⁴

O referido princípio, portanto, indica ser impossível medir com precisão uma grandeza sem prejudicar a medição exata de outra grandeza coligada, sendo possíveis somente previsões prováveis do comportamento de partículas subatômicas, com base em estatísticas.⁵⁵ Nessa linha, “todos os experimentos estão sujeitos às leis da mecânica dos *quanta*, devendo-se concluir que a mecânica dos *quanta* constatou em caráter definitivo que a lei da causalidade não é válida”.⁵⁶

A construção da relação de causa e de efeito sem a inserção da probabilidade valida a crítica feita por Baudrillard sobre a pretensão científica de certeza, na qual o acaso é apreensível, mas serve para repelir situações consideradas incertas.⁵⁷ Nessa

BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte**, p. 21-29.

51 MENEZES, Luis Carlos de. **A matéria: uma aventura do espírito. Fundamentos e fronteiras do conhecimento físico**, p. 45; SCHLICK, Moritz. A causalidade na física atual. In: MARICONDA, Pablo Rubén (org.). **Moritz Schlick, Rudolf Carnap e Karl R. Popper: coletânea de textos**. São Paulo: Abril, 1975. (Coleção Os Pensadores), p. 20.

52 POPPER, Karl. A lógica da investigação científica. In: MARICONDA, Pablo Rubén (org.). **Moritz Schlick, Rudolf Carnap e Karl R. Popper: coletânea de textos**. São Paulo: Abril, 1975. (Coleção Os Pensadores), p. 280.

53 CARUSO, Francisco; OGURI, Vitor. **Física moderna: origens clássicas e fundamentos quânticos**, p. 73-80 e 381-490.

54 HEISENBERG, Werner. **Física e filosofia**; HEISENBERG, Werner. **A parte e o todo**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996; PIZA, Antônio F.R. de Toledo. Werner Heisenberg: renovando o entendimento da natureza. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (Orgs.). **O pensamento alemão do século XX: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil**. São Paulo: Cosac Naify, 2013, v. 2, p. 281-323. Ver, sobre a crítica a Heisenberg, TALEB, Nassim Nicolas. **Lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável**. 6. ed. Trad. Marcelo Schild. Best Seller: 2008.

55 POLKINGHORNE, John. **Teoria Quântica**. Trad. Iuri Abreu. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.

56 SCHLICK, Moritz. A causalidade na física atual., p. 26.

57 BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulação**. Trad. Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 1991, p. 50.

senda, não introduzir a probabilidade no âmbito da causalidade em qualquer área do saber que analise um fenômeno parece ser inadequado, principalmente em uma sociedade enformada pela pluralidade, pela incerteza, pela complexidade e pelo risco, que, obviamente, atingem o Direito de maneira intensa.⁵⁸

Essas reflexões alertam para uma possível inadequação de uma total ruptura com a causalidade no Direito, sendo talvez mais proveitoso construir um sentido para o significante que abarque a probabilidade e outros elementos, como a complexidade e a incerteza. Essa inclusão pode levar ao soerguimento da ideia de causalidade complexa, em que “o processo de causalidade não é linear como imaginava a ciência clássica, mas circular e inter-relacional, de modo que os elementos de causalidade atuam reciprocamente uns sobre os outros de forma aleatória”.⁵⁹

A causalidade complexa tende a permitir a ruptura – poder de resistir e trabalhar contra verdades e oposições estabelecidas⁶⁰ – com a noção de causalidade previsível, por dedução (ou não), na atual responsabilidade civil e consumerista brasileiras. Acresce, portanto, mais uma razão ao transcurso do modelo tradicional de responsabilização para uma perspectiva de responsabilidade por danos, que possui pressupostos e características diversas daquele modelo tradicional combatido, objeto de estudo em outra oportunidade. Como as reflexões aqui empreendidas podem ser compreendidas pelo Direito Civil e Consumerista em relação aos sentidos atribuídos ao nexos causal? Esse é o mote do próximo item.

2. Sentidos atribuídos à causalidade pela civilística

O desafio, doravante, é compatibilizar as reflexões até o momento realizadas em torno da causalidade na Filosofia com o discurso jurídico, que, de algum modo, acolhe as mutações de sentido do significante causalidade promovidas pela probabilidade nas construções de presunção de causalidade jurídica⁶¹ e de responsabilidade por perda de uma chance.⁶² Esse diálogo demonstra que os significantes – previsibilidade e probabilidade – são centrais na construção dos instrumentos teóricos relacionados à causalidade jurídica, a resultar em uma priorização (ou não) da vítima por estes constructos. Ressalta-se que a análise da causalidade jurídica, neste artigo, limita-se ao campo do direito civil e do direito do consumidor, mais especificamente, à ambiência da responsabilidade por danos civil e consumerista, com a causa se apre-

58 ALVES, Ana Clara da Rosa. Direitos fundamentais e sistemas caóticos no direito público e direito privado. *Dissertação de mestrado* defendida em 2013 no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p. 26.

59 RICARDO CUNHA, José. Direito e complexidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 229-233, p. 231.

60 WILLIAMS, James. *Pós-estruturalismo*. Trad. Caio Liudvig. Petrópolis (RJ): Vozes, 2012, p. 17.

61 MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009; CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. 3. ed. Padova: Cedam, 2012.

62 PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade pela perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

sentando como um elemento do dever de reparar, possuindo, entretanto, sentidos diversos.

A título de exemplo, uma acepção jurídica possível para a causalidade no âmbito negocial esteia-se na construção aristotélica de causa final, pois todo negócio tem um objetivo ou fim, sendo relevante também utilizar tal sentido para divisar causa e motivo nas discussões atinentes às atividades negociais (ex.: CC, art. 1.848).⁶³ A concepção de causalidade como elemento do dever de reparar está vinculada correntemente à construção filosófica aristotélica de causa eficiente, uma vez que a relação de causa e de efeito estaria permeada pela ideia daquilo que determinou o início da mudança gerada pelo fato danoso ensejador do resultado dano⁶⁴ ou à ideia de probabilidade. Essas três acepções no âmbito negocial e extranegocial ratificam a possibilidade de adequação dialogal entre os sentidos filosóficos e os jurídicos construídos para o termo causalidade, afastando uma possível separação dos saberes, defendida por alguns filósofos e juristas, como apontado alhures.

Independentemente da adoção de qualquer dos sentidos jurídicos possíveis para o termo causa ou casualidade, esta se apresenta juridicamente de maneira explícita, como no caso do enriquecimento (CC, art. 884); ou implícita, internalizada na perspectiva de equidade e de justiça, presente em qualquer tipo de relação jurídica, haja vista que explica ou justifica os atos jurídicos ou a atividade jurídica. Essa explicação inicial serve para confirmar a importância do tema para a civilística:

A causa jurídica é compatível a esses órgãos do corpo humano que não revelam sua existência a não ser quando são deficientes ou estão doentes. Parece não ser tomada em consideração pelo direito a não ser quando está ausente ou viciada. Trata-se, naturalmente, de uma ilusão, e se o direito parece ocupar-se da causa quando ela está ausente antes que quando ela existe, é simplesmente porque ela existe na quase unanimidade dos casos.⁶⁵

Predominante parcela da literatura jurídica entende a relevância da causa⁶⁶ para a atividade negocial e para a responsabilidade civil e consumerista extranegocial, dicotomia aqui tomada apenas para divisar a origem do dever de precaução, de prevenção e de reparação, visto que se entende pela desnecessidade de tal dicotomia.⁶⁷ Para alguns, afastar a ideia de causa do ato jurídico e do negócio jurídico significa “es-

63 MACEDO, Silvio de. Causa (direito civil I). In: LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 14, p. 23-34, p. 24.

64 ANCONA LOPES, Teresa. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco**, p. 21.

65 ULHÔA CANTO, Gilberto de. Causa das obrigações fiscais. In: CARVALHO SANTOS, J. M. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, v. 8, p. 2-25, p. 7.

66 Ver, sobre o tema, REPRESAS, Trigo; MESA, Lopez. **Tratado de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: La Ley, 2004, t. 1, p. 579-581.

67 Ver, sobre o tema, EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé enquanto dever geral de conduta. **Tese de doutorado** defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco em 2012.

vaziar o direito, sacrificar o essencial e muitas vezes invisível ao acidental, acessório, aparente”.⁶⁸ A investigação da causa de um ato, de um negócio ou de uma atividade jurídica pode, por exemplo, densificar a relação Direito/Moral com a perquirição em um caso concreto da ocorrência de enriquecimento sem causa, tendo em vista que o Direito deve vedar negócios onerosos excessivamente ou reparações irrisórias ou exageradas, a explicitar um julgamento que deva ser justo em qualquer dos casos.

Parte-se, portanto, para a análise da causa na esfera da responsabilidade por danos, civil e consumerista. Nessas, a causalidade se insere como elemento do dever reparatório, diferentemente da perspectiva de causa na seara negocial, por estar mais atrelada às ideias de causa eficiente aristotélica e de probabilidade, a viabilizar o diálogo do Direito com outras áreas do conhecimento, como sustentado neste artigo. Antes, contudo, de se esmiuçar o conteúdo da causalidade, deve-se apontar o que se entende por responsabilidade civil e consumerista e onde se encontra a casualidade no itinerário percorrido pela vítima. Desse modo se logrará obter o cumprimento dos princípios de precaução, de prevenção e de reparação integral, e o da primazia da vítima.

Pode-se entender a responsabilidade civil e consumerista como um juízo valorativo que reprova condutas e gera o dever de reparar, a ser imputado àquele que violou um dever ou uma obrigação jurídica preexistente de não lesar outrem. Esta violação pode derivar de comportamentos lícitos, ilícitos, comissivos ou omissivos, aferindo-se (ou não) a culpa ou dolo, não sendo possível para parcela majoritária da literatura jurídica e da jurisprudência a existência de responsabilidade sem dano. O dever sucessivo de reparar o dano pela indenização do dano material tem o condão de colocar a vítima em uma situação igual ou parecida à em que ela estaria se não houvesse o evento danoso, e pela compensação do dano extrapatrimonial, a conferir-lhe um lenitivo.⁶⁹

A consecução da responsabilidade civil ou consumerista tradicionalmente perpassa por uma sequência estrutural dividida em cinco etapas: 1^a – enunciado normativo que dispõe sobre o dano; 2^a – fato jurídico antecedente (ato ilícito⁷⁰, fato

68 MACEDO, Silvio de. **Causa** (direito civil I), p. 24.

69 CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13, p. 50.

70 É relevante ter notícia da diferenciação feita por Fernando Noronha entre atos ilícitos (*stricto sensu*) e antijuridicidade. Os atos ilícitos *stricto sensu* seriam as ações ofensivas a direitos alheios vedados pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa, a partir de uma avaliação da conduta culposa ou dolosa. Os atos ilícitos encontram-se no âmbito da antijuridicidade, pois esta se percebe no momento em que um ato ou um fato humano ou natural contradiz o ordenamento, independentemente de qualquer juízo de censura a ser imputado a alguém, como os atos ilícitos *stricto sensu*, atos objetivamente ilícitos, ato lícito, mas que atingem terceiros, acontecimentos naturais que causem danos a bens, direitos e interesses no âmbito negocial e extranegocial (Noronha, 2010, p. 369-372). Destacam-se também as quatro modalidades de ato ilícito: a) absoluto ou *stricto sensu*, no qual inexistente uma relação jurídica prévia entre ofensor e ofendido, ou na hipótese de violação a direitos como os direitos reais e da personalidade, tidos por alguns como “absolutos”, classificação problemática na atual conjuntura da literatura jurídica; b) relativo, em que há uma ofensa aos deveres oriundos de um negócio jurídico ou de um ato jurídico *stricto sensu*; c) caducificantes, nos

jurídico ilícito *stricto sensu*, ato-fato ilícito, ato-fato lícito ou atividade jurídica civil ou consumerista); 3ª – fato jurídico consequente (dano); 4ª – primeira série de efeitos derivados do fato danoso “pretensão da vítima e dever reparatório do lesante e (ou) do responsável = responsabilidade civil ou consumerista”; 5ª – segunda série de efeitos ou a reparação do dano, com o exercício da pretensão ou do direito pela vítima e a reparação pelo responsável.⁷¹

Percebe-se que a causalidade jurídica como elemento da responsabilização civil também está colocada em um platô destacado, como já o era desde a *Lex Aquilia*, com a exigência de que o dano fosse *corpore* –contato físico do autor do fato danoso com a coisa danificada – ou *corpori* –lesão material da coisa. Além disso, o nexa causal no direito romano fundava-se na teoria da *conditio sine qua non*, que restringia a abrangência das demandas reparatórias, tendo em vista a necessidade de prova de uma causalidade estrita e direta. Esta restrição era minorada ao longo do desenvolver do instituto, mormente a partir das hipóteses de causalidade, para além daquela que exigia o contato físico com o bem ou com o lesado.⁷²

Dessa maneira, a discussão acerca da causalidade jurídica para fins reparatórios reforça a importância no âmbito da responsabilidade civil e consumerista, ao menos como tradicionalmente colocada, de se minorar as incertezas acerca da vinculação do evento danoso com o dano, visto que o acaso leva à irreparação do dano justamente por falta de nexa causal entre o evento danoso e o dano. A incerteza, contudo, analisada sob o prisma de prioridade da vítima, pode ser um fator de ampliação das responsabilidades dos agentes, que devem levar em conta os riscos potenciais e conhecidos no momento em que produzem bens e serviços postos em circulação na sociedade. Um exemplo disso são os danos pós-consumo, que muitas vezes estão desvencilhados desta lógica de causa e de efeito e não devem ficar irreparados por tal condição.⁷³

Percebido, destarte, o quão relevante é a discussão da causalidade jurídica, enfrenta-se um primeiro questionamento: os fatores subjetivos (culpa e dolo) e objetivos (risco, equidade e garantia) de atribuição de responsabilidade ensejam a causalidade? A resposta parece ser negativa, pois todos os mencionados fatores de imputação diferem da relação de causalidade. Esta demonstra quem deve ser responsabilizado e quem é a vítima, vinculando-se objetivamente com o evento danoso e mediatamente com os citados fatores de atribuição, que indicam a extensão do *quantum* reparatório por parte do responsável.⁷⁴ Além do mais, o nexa causal também é necessário na res-

quais ocorre a perda de um direito, como a autoridade parental (CC, art. 1.638); d) nulificantes, em que as violações possibilitam a invalidade dos atos e dos negócios jurídicos (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149).

71 BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria Geral do Dano**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 32.

72 LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias. **Resíduos e responsabilidade civil pós-consumo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 143-144.

73 LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias. **Resíduos e responsabilidade civil pós-consumo**, p. 146-147.

74 REPRESAS, Trigo; MESA, Lopez. **Tratado de la responsabilidad civil**, p. 580.

ponsabilidade oriunda de um fato lícito, por ser injusto que a vítima suporte o dano advindo de tal atividade lícita, cujo critério de valoração é o sacrifício, sem análise de culpa ou de dolo,⁷⁵ como acontece no Brasil (CC, arts. 188, 929, 930 e CF/88, art. 225, § 2º, da CF/88; STJ – RESP 686.486. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 27.4.2009).

Há exceções acerca da necessidade de nexos causal para a imputação de responsabilidade, como se verifica na hipótese de valoração da responsabilidade pelo critério objetivo agravado, no qual ao responsável se imputa o dever de reparar o dano não causado por ele, por seus dependentes ou por suas coisas, “embora ainda exija estreita conexão com uma determinada atividade, de forma que seja possível falar em risco inerente, característico ou típico desta”.⁷⁶ Um exemplo de tal situação é a responsabilização do transportador no transporte oneroso ou gratuito de pessoas (CC, art. 735).

Outros casos de responsabilização com ausência de nexos causal são aqueles atinentes aos seguros de responsabilidade civil e aos fundos de reparação às vítimas de específicos prejuízos, como o fundo de indenização das vítimas do amianto (FIVA) ou o fundo administrado pelo escritório nacional de indenização dos acidentes médicos (ONIAM), ambos na França, ou o seguro DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre) no Brasil. Esses casos de imputação de responsabilidade sem nexos causal socializam a reparação e visam proteger a vítima, que é reparada *ipso facto*, sem nenhuma discussão judicial. A hipótese de dano nuclear (Lei nº 6.453/77, arts. 4º e seguintes) afasta a necessidade de nexos causal, e a exoneração da responsabilidade do operador nuclear somente ocorre por culpa exclusiva da vítima. O direito francês também acolhe a responsabilidade por dano nuclear sem a presença do nexos causal (Lei nº 68.943, de 30.10.1968, art. 10), exemplo claro de presunção de causalidade.

Confirma-se a importância da causalidade jurídica na responsabilidade civil e consumerista pela raridade de casos em que o rompimento do nexos causal viabiliza a responsabilidade de reparar, como na hipótese de dano nuclear e de alguns danos ambientais. Nesses casos, a valoração é feita pelo critério objetivo de responsabilização, mas sem admitir excludentes, uma vez que o fato objetivo de atribuição da responsabilidade é o risco integral.⁷⁷ Sabe-se que este entendimento é controvertido no direito pátrio, com base no argumento de que o direito brasileiro acolheu o princípio da reparação integral e não a ideia de risco integral, como se viu na Lei nº 6.453-77, arts. 4º e seguintes, que afasta a necessidade de nexos causal na hipótese de dano nu-

75 MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português: direito das obrigações**. Lisboa: Almedina, 2010, v. 2, t. 3, p. 713-719.

76 NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 612.

77 BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006; VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 116; STJ – RESP 1.346.430. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 27.11.2012.

clear, quando a exoneração da responsabilidade do operador nuclear somente ocorre pela culpa exclusiva da vítima. Desse modo, para esta segunda corrente, sempre haverá excludente do dever de reparar, bem como somente o risco inerente à atividade viabiliza a reparação por danos diretos e indiretos.⁷⁸

A colocação da causalidade em um papel central no que concerne ao dever de reparar possibilita a construção de pelo menos três sentidos para o termo, considerado, neste particular, como sinônimo de causa: (i) como categoria, a causalidade indica que todo efeito tem uma causa; (ii) como princípio, cada efeito tem uma mesma causa; (iii) como vínculo material ou fático, a ligar um fato natural ou cultural a um resultado.⁷⁹

A certeza é atingida pela projeção “mental da causa a partir do efeito, porque se tem como verdade que a causa é geradora de um efeito”.⁸⁰ Destarte, o nexos causal é um elemento fático-jurídico da responsabilidade civil e consumerista, e não somente fático ou jurídico, como sustentam alguns, tornando-se o “espelho das consequências”.⁸¹ Demonstra, portanto, a passagem de um estado anterior ao dano ao estado posterior de ocorrência do dano, caracterizando a causa eficiente aristotélica.

É possível atribuir um primeiro sentido à causalidade, que acolhe a previsibilidade como critério enformador, vista por meio de uma conexão lógica e empírica entre fato danoso e dano. Isso porque o nexos causal é “uma espécie de liame fático que conecta a conduta lesiva ao dano propriamente dito”, sendo “conditio *sine qua non* para a verificação do dever de indenizar, dado que se encontra incrustado aos pilares que esteiam os preceitos hodiernos de responsabilidade civil”.⁸²

Essa previsibilidade pode ser extraída das construções realizadas por Lourival Vilanova e por Marcos Bernardes de Mello. Nelas, o princípio da causalidade jurídica demonstra a relação de determinação entre a eficácia jurídica, o fato jurídico e o enunciado normativo, com o enunciado normativo sendo a causa do fato jurídico, e este a causa da eficácia jurídica.⁸³

78 GRAMSTRUP, Erik Frederico. Responsabilidade objetiva na cláusula geral codificada e nos microsistemas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2006, v. 5, p. 125-140.

79 MATTOZZI, Ignacio de Cuevillas. **La relación de causalidades em la órbita del derecho de daños**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 46.

80 CAPELOTTI, João Paulo. O nexos causal na responsabilidade civil: entre a certeza e a probabilidade. **Dissertação de mestrado** defendida em 2012 no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 72.

81 CASTELLO BRANCO, Elcir. Nexos Causal. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 54, p. 205-207, p. 206. Ver discussão em MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**, p. 59

82 FACHIN, Luiz Edson. Nexos de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil. In: FACHIN, Luiz Edson. **Soluções práticas de direito: pareceres – contratos e responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 2011, v. 1, p. 357-391, p. 369.

83 VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 27-28; BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte**, p. 19-23.

A linha de pensamento supracitada segue a corrente filosófica favorável ao princípio universal de determinação, no qual nada surge do nada, nem se converte em nada, assim como nada acontece de forma incondicionada e completamente irregular, a ensejar sempre uma causa determinada e provável. Dessa forma, por tal princípio, que rege as relações naturais ou culturais, sempre que ocorrer uma determinação unívoca e constante da relação de causa e de efeito, restará configurada a causalidade.⁸⁴

A causalidade jurídica, nesta perspectiva, se diferencia da causalidade natural pelo nexos implicacional entre o enunciado normativo, o fato jurídico e as suas consequências. Além disso, a possibilidade de os efeitos não se realizarem no mundo social não afasta a relação de determinação entre o enunciado normativo, o fato jurídico e as suas consequências, por exemplo, quando o devedor, mesmo condenado, não possuir patrimônio para arcar com o adimplemento do dano arbitrado. Bernardes de Mello entende que a “*causalidade no mundo jurídico se restringe ao princípio da causalidade normativa*, que define a relação de determinação entre a norma jurídica e o fato jurídico, estando no campo da *probabilidade* a relação de determinação entre o fato jurídico e sua eficácia”.⁸⁵ Essas reflexões, por conseguinte, levam à atribuição de dois sentidos à causalidade jurídica: um, focado na previsibilidade pela determinação unívoca e infalível entre fato jurídico e dano – causalidade como causa eficiente; o outro, decorrente da ideia de probabilidade, como se percebeu na Filosofia e na Física, a tornar incontornável o citado diálogo entre os campos do saber.

4. Conclusão: A causalidade filosófica e jurídica – entre a previsibilidade e a probabilidade

Passa-se a uma brevíssima digressão acerca da previsibilidade e da probabilidade. A *previsibilidade na linha de causa eficiente aristotélica* se perfaz com a concretização da causalidade pela efetivação do suporte fático previsto no enunciado normativo, a viabilizar a incidência da normativa e o surgimento do fato jurídico correspondente. Como a incidência é infalível, comprova-se a efetivação do princípio universal da determinação unívoca e constante por condição externa, qual seja a causalidade jurídica lastreada na previsibilidade de ocorrência do evento, com a incidência do enunciado normativo sendo a causa e o fato jurídico o efeito.⁸⁶

A concepção acima é ratificada por Pontes de Miranda, embora tenha ele sustentado a ideia de probabilidade da causação entre o fato danoso e o dano, em que não se exige que um específico fato tenha solitariamente causado o dano, porém “sem êle não se haveria causado o dano”. Este autor utiliza a teoria da conexão adequada

84 BUNGE, Mario. **La causalidad: el principio de causalidad en la ciencia moderna**. Trad. Hernán Rodríguez. Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1997, p. 48-49.

85 BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte**, p. 19-23.

86 BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte**, p. 24.

e a teoria da condição como correntes explicativas da causação do dano; importa que este seja consequência do fato criador da responsabilidade.⁸⁷ Nesse passo o autor alagoano, embora trate da probabilidade, mantém-na vinculada aos pressupostos trazidos pela causalidade baseada na previsibilidade.

A causalidade previsível pode encontrar-se em várias formas de expressão do Direito, por exemplo, na lei, como nos arts. 186, 403 e 927 do CC e nos arts. 12 e 14 do CDC, pois o ato ilícito *stricto sensu* e o fato do serviço dependem de certa comprovação do vínculo entre o fato danoso e o dano, lastreando-se, portanto, na previsibilidade relacional entre o evento danoso e o dano; na jurisprudência, “quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato, sempre, e por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva” (STF – Recurso Extraordinário nº 130.764-1. 1ª Turma. Rel. Min. Moreira Alves. J. 12.5.1992; Enunciado 491/STF; no mesmo sentido: STJ – RESP 1.164.889. 4ª Turma. Rel. Des. Convocado Honildo Amaral de Mello Castro. DJ-e de 18.11.2010).

Dessa forma, a ideia denexo causal independe de uma “previsão ou consideração normativa”, uma vez que a imputação do dano ao responsável é uma questão jurídica,⁸⁸ a demonstrar quão relevante é o sentido que se atribui ao significante causalidade. Ratifica-se isso por ser a causalidade o meio de acesso à reparação, como se viu no caso julgado TJRJ, no qual se negou o auxílio acidente previdenciário a uma pessoa que o postulou em decorrência de enfermidade advinda de atividade laborativa. Ocorre que o laudo pericial afastou onexo causal entre as enfermidades e a atividade profissional, o que é “condição *sine qua non* para a concessão do benefício em sede previdenciária” (TJRJ – Apelação Cível 0014653-86.2009.8.19.0066. Rel. Des. Cláudio Brandão de Oliveira. 16ª Câmara Cível. J. 7.1.2013). Onexo causal, por conseguinte, depende mais das escolhas “político-filosóficas do que de evidências lógico-rationais”.⁸⁹

No direito anglo-saxão, dado o pragmatismo jurídico que lastreia aquele sistema, os juízes fazem política jurídica e indicam se há (ou não) causalidade em cada caso analisado.⁹⁰ No direito continental também se fazem valorações acerca donexo causal, como se extrai da hipótese julgada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (RESP 1.202.159. 1ª Turma. Min. Benedito Gonçalves. DJ-e de 7.10.2011), em que se discutia a possibilidade de reparação de danos materiais e extrapatrimoniais para hemofílicos que se diziam contaminados com o vírus HIV em transfusão de sangue realizada em unidades hospitalares de responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro.

87 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: RT, 2012 (atualizado por Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery), t. 22, p. 265-266.

88 MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, n.º 812, p. 75-99, jun./2003, p. 94.

89 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 21, 206-207.

90 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Responsabilidad alternativa y acumulativa. In: FRADERA, Vera Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis de Couto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 235-242, p. 238.

ro e da União. O STJ, porém, entendeu não haver nexo de causalidade entre o fato danoso e o dano, e impediu a reparação dos danos, como decidido pelo tribunal de origem, tendo utilizado os seguintes critérios:

No caso específico, todos os Autores receberam transfusão de sangue na rede particular, em sua grande maioria no Centro de Hematologia Santa Catarina – CHSC, e alguns autores também na rede pública. Todavia, à época do contágio dos mesmos com o vírus HIV ainda não havia um diagnóstico preciso sobre a AIDS, e, por consequência, não existia um teste eficiente que pudesse detectar a doença na amostra de sangue do doador voluntário.

– Os Autores foram submetidos a transfusões de sangue e contaminados em época em que sequer havia conhecimento detalhado sobre a AIDS, o vírus HIV, suas formas de contaminação e métodos de prevenção e detecção.

– Não se poderia exigir da União e tampouco do Estado do Rio de Janeiro a devida fiscalização do sangue, de forma a se detectar a existência do vírus HIV, se ao tempo da contaminação não havia uma previsibilidade de contágio da AIDS por transfusão de sangue. Com efeito, não se podem responsabilizar os Réus pela demora da ciência no desenvolvimento do teste de detecção do vírus HIV. Não se pode imputar aos Réus o descumprimento de um dever inexistente.

– Excluído o nexo causal, não há como imputar à União Federal e ao Estado do Rio de Janeiro qualquer responsabilidade civil pelo ocorrido.

Como se percebe, o critério previsibilidade, supedâneo do primeiro sentido da causalidade jurídica, foi e é adotado para a aferição do nexo de causalidade, mesmo aplicando-se ao caso analisado o critério objetivo de valoração da responsabilidade.

A previsibilidade, entretanto, não abarca todos os casos de acesso ao direito reparatório, tendo em vista que a relação causal entre o fato danoso e o dano pode ser de difícil aferição probatória (CPC, art. 131) em um caso concreto. Nessa linha, o evento danoso pode se projetar por intermédio de várias condições multiplicadoras, majorando o grau de complexidade para se estipular a relação de causa e de efeito entre o fato danoso e o dano. Torna-se então necessária a realização de escolhas valorativas sobre quais causas são relevantes para a atribuição (ou não) da responsabilidade a alguém pelos danos causados.⁹¹

Dessa dificuldade emerge a possibilidade de se falar em probabilidade, visualizada estatisticamente e (ou) logicamente por meio da construção filosófica empiricista, traduzida para o Direito pela ideia de *presunção de causalidade*. A incursão na probabilidade possibilita um diálogo do direito brasileiro com aquele dos países de sistema de *common law*, que também enfrentam questões relacionadas à reparação de danos e cujas decisões nestas demandas se embasam na verossimilhança. Esta se acha lastreada nas regras da experiência como fator de reconhecimento de que

91 EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. 2. ed. Trad. A. F. Cascais. Lisboa: Vega, 2000, p. 169.

determinado(s) fato(s) danoso(s) tenha(m) causado o dano sofrido pela vítima.⁹² A verossimilhança também se encontra presente no direito brasileiro, como se verifica dos arts. 6º, VIII, do CDC e 273 do CPC, a referendar o citado diálogo sistemático.

Como se vê, ambos os sistemas jurídicos, apesar das diferenças existentes, de- têm uma finalidade comum, haja vista que a causalidade conecta eventos fáticos diversos que se tornam jurídicos por associação⁹³ e possibilita uma resposta àquele que imputa a responsabilidade pelos mencionados eventos a alguém. Nessa perspectiva, a probabilidade pode advir das concepções empiricistas de causalidade, em razão de três características: “a) os eventos têm uma existência independente da observação humana; b) portanto, o conhecimento dos fatos passados é possível; c) contudo, o juízo sobre a verdade dos fatos passados só pode ocorrer segundo parâmetros probabilísticos.”⁹⁴ Isso demonstra que o diálogo entre o Direito e as demais disciplinas é relevante, sem olvidar que cada área do conhecimento possui as suas especificidades, o que deve sempre ser respeitado.

Desse modo, a corrente empiricista valida o soerguimento da categoria jurídica presunção de causalidade, com o fito de minorar o ônus probatório imposto à vítima, flexibilizando o nexa causal, como, por exemplo, fez o direito suíço ao utilizar a verossimilhança como padrão aferidor da presunção de causalidade, sempre que não se tiver certeza acerca do nexa causal ou se a prova para tanto não for de ônus de uma das partes.⁹⁵ Hipóteses de presunção de causalidade acham-se esteadas em uma normalidade fática existente em determinados casos geradores de danos reparáveis, como naqueles enquadrados no art. 927, § único, do CC,⁹⁶ nos de danos ambientais,⁹⁷ de ruína em edifício,⁹⁸ entre outros, a fim de ampliar as hipóteses de reparação. Presencia-se, outros sim, a probabilidade quando a causalidade jurídica não se expressa na relação fato jurídico e eficácia, haja vista que a eficácia não é necessária, unívoca e constante, e pode não ocorrer, como nos casos de testamento, de negócios jurídicos sob condição suspensiva, negócios jurídicos nulos, entre outros. Isso leva a uma relação de determinação condicional na qual o fato jurídico é o condicionante (antecedente) e a sua eficácia o condicionado (consequente).⁹⁹

92 VIDAL, Hélio Simões. Ainda e sempre o nexa causal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, v. 860, p. 485-509, jun. 2007, p. 506.

93 DELEUZE, Gilles. *Empirismo e subjetividade: ensaio sobre a natureza humana segundo Hume*. Trad. Luiz B. L. Orlandi. São Paulo: Editora 34, 2001, p. 60.

94 MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno 40, n. 4, p. 1.119-1.163, dic. 1991, p. 1.144; REPRESAS, Trigo; MESA, Lopez. *Tratado de la responsabilidad civil*, p. 589.

95 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. *Responsabilidade pressuposta*, p. 328-332.

96 SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. *O Problema do Nexa Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 17.

97 MORATO LEITE, José Rubens; CARVALHO, Délton Winter de. O nexa de causalidade na responsabilidade civil por danos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 76-95, jul./set. 2007, p. 82.

98 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 156.

99 BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte*, p. 24-25.

Na presunção de causalidade, faz-se um juízo abstrato sobre a existência do evento danoso caso determinado(s) fato(s) não tivesse(m) acontecido. Essa prognose retrospectiva é criticada pelo fato de sua verificação estar atrelada a saber, anteriormente, qual a causa do resultado danoso,¹⁰⁰ tornando vicioso o mencionado juízo hipotético. Tais reflexões apontam para uma insuficiência de se atribuir somente critérios lógicos à aferição de provável causalidade, com a perquirição do nexos causal a se tornar um juízo de valor acerca da relevância (ou não) de determinados fatos para a sua configuração (ou não) em um caso concreto.

Diante disso, pode-se analisar a presunção de causalidade sob um viés mais vinculado à probabilidade estatística, desde que esta estatística não seja utilizada em um percentual majorado e gere a exclusão de diversas situações danosas à vítima. Com essa ressalva, a probabilidade estatística pode se aproximar da ideia de causalidade complexa e ensejar respostas diferentes daquelas encontradas pela causalidade previsível ou pela presunção de causalidade anteriormente explicada, em razão de uma maior ou menor flexibilidade analítica ou probatória do nexos causal em um caso concreto.

Como se verifica, a previsibilidade e a probabilidade permeiam a ideia de causalidade jurídica, sendo importante afirmar que os modelos de construção da causalidade jurídica baseados na previsibilidade e na probabilidade indicam a predominância de cada modelo, e não a de exclusividade de um sobre os outros. Isso porque “descrever um tipo é, forçosamente, pôr entre parênteses uma série de marcas e notas que imprimem a cada espécie sua inconfundível singularidade”¹⁰¹

As reflexões produzidas neste artigo, por conseguinte, demonstraram uma semelhança dos critérios “previsibilidade e probabilidade”, utilizados por áreas do conhecimento como o Direito, a Filosofia e a Física, para atribuírem sentido ao significativo causalidade. Esse diálogo se perfaz com a adequação dos critérios de acordo com as especificidades de cada disciplina, sem que haja uma hierarquização de um saber em relação ao outro.

Assim, a extensão das controvérsias acerca da tentativa de se trabalhar sentidos possíveis para a causalidade jurídica a torna o mais difícil elemento a ser provado pela vítima que busca a responsabilização civil ou consumerista daquele a quem se imputa a responsabilidade pelo dever de precaução, de prevenção e de reparação. Os significantes *previsibilidade e probabilidade* podem, portanto, indicar uma tendência de construção da ideia de causalidade jurídica complexa. Esta será objeto de outros estudos, pois tal construção teórica poderá conferir adequadas e diferentes respostas às indagações relacionadas à prioritária tutela à vítima, um dos pilares da responsabilização civil e consumerista na atualidade.

100 VIDAL, Hélio Simões. Ainda e sempre o nexos causal, p. 486.

101 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e processo. *Revista de Processo*, ano 28, n. 112, p. 177-185, out./dez. 2003, p. 179.

23

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL E CONTRATUAL: RAZÕES E FUNÇÕES DA DISTINÇÃO

Paulo Nalin¹
Diogo Rodrigues Manassés²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceituação e debate terminológico – 3. Sobre a necessidade da dicotomia: o sistema – 4. Primeiras diferenças – 5. Prescrição *versus* decadência – 5.1 Prescrição da pretensão de reparação civil: um prazo para a responsabilidade contratual, outro para a extracontratual – 5.2 Prazo decadencial para responsabilidade civil contratual: um caso excepcional – 6. Ônus probatório – 7. Considerações finais.

1. Introdução

O escopo do presente artigo é investigar as razões teóricas e as implicações funcionais (práticas) decorrentes da diferenciação entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual, em vista de uma percepção geral de que tais distinções somente teriam relevância no campo acadêmico.

Não se trata, alerte-se desde já, de um estudo embasado na dogmática clássica referente ao tema, ou seja, mera repetição do que já foi dito. Ao revés, não é caso de mera elucubração teórica, mas um olhar denso e crítico a respeito do que traz a doutrina como instrumental teórico, uma revisão sobre um instituto que ainda carece de análise, principalmente tendo em vista a civilística contemporânea, pautada em

1 Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Adjunto de Direito Civil da UFPR (graduação e pós-graduação). Advogado.

2 Advogado.

novos pilares – o principal deles, a primazia da dignidade da pessoa humana. O que se pretende, enfim, é adequar uma classificação antiga à nova ótica dada à responsabilidade civil.

Preliminarmente, serão estabelecidas as bases teóricas, especialmente diferenças conceituais e terminológicas abordadas por autores convocados a opinar, bem como o questionamento central acerca da oportunidade de se sustentar teorias distintas para cada campo da responsabilidade civil. Em seguida, analisar-se-á o Código Civil de 2002 e as diferenças por este estruturadas, com vistas às consequências práticas da distinção, e, por fim, se tal estruturação atende à função (*rectius*, funções) da responsabilidade civil contemporânea.

2. Conceituação e debate terminológico

A doutrina tem o costume de se debruçar sobre os conceitos do Direito Civil e na seara da responsabilidade civil não é diferente. Mesmo tratando-se de um campo que tem sofrido intensas transformações, com os mais diversos reflexos³ (dentre eles, o mais relevante é a valorização dos danos extrapatrimoniais, em reconhecimento ao perfil existencial da pessoa humana), a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual é um dos poucos setores, em seus desenhos conceituais, relativamente intacto⁴. Talvez neste setor específico se apresente com mais força a máxima do direito das obrigações de que seria ele um ramo do direito atemporal e abstrato, razão da sua perenidade teórica e ampla recepção pelos povos (relevância espacial). Nada obstante, mesmo nesse específico setor do direito obrigacional o conceito tem impacto no sistema civil, no qual ele está estruturado e com a sua práxis funcional.

Em virtude desta vastidão doutrinária de conceitos, cada autor oferece seu enfoque na síntese conceitual. Para Luiz Roldão de Freitas Gomes, a responsabilidade contratual “é a que provém da falta de cumprimento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação, ou de um dever jurídico especial”, já a extracontratual “é a que resulta da violação de um dever genérico de abstenção, ou de um dever jurídico geral, como aqueles que correspondem aos direitos reais e aos direitos de personalidade”⁵.

Da mesma forma, Paulo Nalin elucida que a responsabilidade contratual surge “do descumprimento do dever jurídico a que estava adstrito o devedor, oposto pelo

3 MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Reflexos das tendências do Direito Civil na responsabilidade civil: apontamentos para uma nova teoria do Direito dos Danos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3036, 24 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20266>>. Acesso em: 5 de março de 2012.

4 Do mesmo modo, por exemplo, o direito contratual sofreu alterações. Isso não significa, porém, que os conceitos clássicos são eliminados, ao revés, recebem nova feição – ou alguns deles permanecem hígidos (MANASSÉS, Diogo Rodrigues; LACERDA, Heloisa Camargo de. A equivalência material e a hermenêutica da revisão dos contratos cíveis. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Org.). *Diálogos sobre direito civil* – volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 514-515).

5 GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 29.

qual se realizaria o cumprimento, tendo, por consequência, inexecução ou execução inexata da obrigação”⁶.

Paulo Nader é autor de um dos poucos manuais que verticaliza na distinção, pois a grande maioria cessa nos conceitos. Explica o autor que “a responsabilidade civil origina-se de violação da lei ou descumprimento de obrigação negocial”. No primeiro caso, a responsabilidade é extracontratual, no segundo, trata-se de contratual. Afirma ainda que, “de acordo com a boa doutrina, em ambas as modalidades ocorre a figura do ato ilícito”, havendo então “o ilícito extracontratual, em que o agente descumpra dever jurídico imposto pela ordem jurídica, e o ilícito contratual, que emana do inadimplemento de obrigação originária de negócio jurídico”⁷.

É em relação à terminologia que iniciam os primeiros debates. É inegável que a ampla maioria dos juristas utiliza-se das expressões responsabilidade contratual e extracontratual, todavia, existem outras, quicá não tão difundidas, como responsabilidade negocial ou obrigacional, adotadas por doutrinadores e sistemas estrangeiros, como o português.

Paulo Lôbo trata dos ramos como sendo ilícito absoluto e ilícito relativo, ao referir-se aos ilícitos civis⁸. É uma terminologia pouco utilizada, todavia, considerando-se que o art. 186 do Código Civil apresenta a cláusula geral de responsabilidade civil no ordenamento brasileiro⁹, dispendo sobre o cometimento do ato ilícito, trata-se de expressões mais coerentes com o diploma civil.

Há autores que referem à responsabilidade extracontratual como sendo *aquiliana*, o que vem a ser um equívoco pouco visível ante a consagração das expressões como sinônimas. Conforme ensina Fernando Noronha, “a designação ‘aquiliana’ tinha por origem a *Lex Aquilia de damno*, que no Século III a. C. introduziu no Direito a ideia de culpa, como pressuposto da obrigação de indenizar”¹⁰. Ora, trata-se de uma confusão conceitual absurda, segundo o tratadista. O equívoco reside na classificação: de um lado, podemos classificar a responsabilidade civil de acordo com a origem do dever de indenizar – se for contrato (ou, conforme será analisado oportunamente, negócio jurídico), a responsabilidade é contratual, se for outra fonte (não negocial), é

6 NALIN, P. R. R. *Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. 1996. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 1996, p. 63.

7 NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 22. Sergio Cavalieri Filho também apresenta uma seção, mais sintética, dedicada à distinção aqui analisada. Explica ele que, “se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15).

8 LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318.

9 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da república*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 337.

10 NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 64, ano 17, p. 12-47, abril-junho 1993, p. 14.

extracontratual –, de outro, podemos classificar a responsabilidade de acordo com a necessidade de existência da culpa para a responsabilização – se a culpa for exigida, a responsabilidade é subjetiva (ou culposa), se prescindível, será objetiva (ou pelo risco). São classificações absolutamente independentes¹¹, o que significa dizer que a responsabilidade pode ser contratual e objetiva, contratual e subjetiva, extracontratual e objetiva, extracontratual e subjetiva. Em suma, portanto, ao mencionar “aquiliana”, a referência é em relação à culpa, que não se relaciona à existência ou não de liame negocial prévio. Responsabilidade aquiliana pode ser sinônima de responsabilidade subjetiva, mas não de responsabilidade extracontratual.

Inocência Galvão Telles¹² adota posição segundo a qual é feita a divisão entre responsabilidade obrigacional e extra-obrigacional. A primeira trata dos casos em que há violação de uma obrigação preconstituída, a segunda se aplica para todas as outras hipóteses.

Fernando Noronha também é singular nesse quesito, adotando a expressão responsabilidade civil em duas acepções distintas: ampla e restrita. “Na acepção ampla, consiste na obrigação de reparar *quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem*”. Inserida nela, encontram-se a acepção restrita e a responsabilidade negocial. Responsabilidade negocial é “a obrigação de reparar danos que sejam consequência do inadimplemento de obrigações negociais”, enquanto que a responsabilidade civil em sentido estrito (ou técnico, ou, ainda, responsabilidade civil geral) é referente às “obrigações que visam a reparação de danos resultantes da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios”. Por conseguinte, a responsabilidade civil geral “abrangerá os danos causados a pessoas que não estavam ligadas ao lesante por qualquer negócio jurídico e também aqueles que, embora causados a alguém ligado ao lesante por um (...) negócio jurídico (...), ainda sejam resultado da violação de deveres gerais superiores e preexistentes a esse negócio”¹³.

Para Noronha, portanto, a responsabilidade civil, em acepção ampla, refere-se a todos os danos antijuridicamente causados, dividindo-se em responsabilidade civil em sentido estrito, para casos em que não há liame negocial entre o causador do dano e a vítima (extracontratual) e responsabilidade negocial, em havendo negócio jurídico prévio e respectivo descumprimento deste (contratual).

São expressões bastante adequadas do ponto de vista técnico, mas pouco adotadas. Por sua vez, “responsabilidade extracontratual” e “responsabilidade contratual” são as mais utilizadas (e, justamente por esse motivo, serão aqui adotadas). Cabe, contudo, o alerta de Noronha:

11 Idem, p. 15.

12 TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. 6. ed. rev. e atualizada. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 199-200.

13 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações, volume 1: fundamentos do Direito das Obrigações e Introdução à Responsabilidade Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 428 e ss.

Trata-se, porém, de expressões equívocas, na medida em que ignoram a existência de obrigações nascidas de negócios jurídicos unilaterais, como a promessa pública de recompensa, a garantia convencional oferecida por fabricantes ao consumidor final e a subscrição de títulos de crédito.¹⁴

Apesar de ser válida a crítica, tendo em vista que é bastante escassa a adoção das terminologias negocial e extranegocial¹⁵, utilizar-se-ão as expressões “responsabilidade contratual” e “responsabilidade extracontratual”, pois consagradas e correntes, não obstante a aparente equivocidade semântica já referida. É justamente em virtude da sua ampla adoção que se justifica a ressalva de que a responsabilidade contratual abarca as hipóteses de descumprimento de quaisquer negócios jurídicos (não apenas descumprimento contratual), e, ao nosso entendimento, também os atos jurídicos são por ela alcançados, enquanto que a extracontratual abrange ilícito que não se refere a negócio ou ato jurídico. Utiliza-se a terminologia mais adotada, feita, porém, a ressalva de que contratual não se refere unicamente aos contratos.

Contudo, além de meras expressões jurídicas, se afigura muito relevante contextualizar a responsabilidade civil no plano contemporâneo das obrigações. Nessa esteira, seria contratual a responsabilidade que viola a garantia de cooperação econômica e aquiliana, ao seu turno, a invasão ilícita na esfera protegida da pessoa¹⁶. Na linha da funcionalização social dos institutos, pode-se argumentar que a violação da cooperação social (não somente a econômica) igualmente pode ensejar descumprimento do contrato e por consequência responsabilidade contratual.

A relevância desse amplo desfile de opiniões e conceitos doutrinários, o qual obviamente espelha um brevíssimo panorama dentre tantas outras posições pessoais de autores não citados, encontra a sua utilidade no encaixe deles dentro da estrutura do sistema da responsabilidade civil, mormente no plano do Código Civil, objeto das análises seguintes.

3. Sobre a necessidade da dicotomia: o sistema

Vencida a questão terminológica e adotadas as expressões “responsabilidade contratual” e “responsabilidade extracontratual”, feitas as reservas necessárias, mister se faz explorar a existência de uma divisão da responsabilidade civil, abrindo-se algumas interrogações: a dicotomia existe para além das monografias e dos manuais? A dicotomia, se existente, é necessária? A quais interesses ou funções estaria ela vinculada?

A doutrina francesa, bastante influente no cenário jurídico brasileiro sobre o tema ao longo do séc. XX entende, majoritariamente, que é uma distinção prescin-

¹⁴ Idem, p. 430.

¹⁵ Pontes de Miranda é um dos raros autores que utiliza as expressões tecnicamente mais corretas (*Tratado de Direito Privado*, 1. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsó, vol. 53, 1996, § 5.498, p. 3).

¹⁶ LORENZETI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Parte geral. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 590.

dível. Eric Savaux mostra-se bastante radical, ao afirmar que « la mort prochaine de la responsabilité contractuelle est une nécessité »¹⁷. Como argumento, o autor cita a desorganização doutrinária (o que é inegável), vez que o descumprimento contratual reside tanto no direito contratual quanto na responsabilidade civil.

Da mesma forma, Véronique Wester-Ouisse afirma que « la dualité des régimes peut être aisément abandonnée en modifiant certaines perspectives: l'inexécution contractuelle n'est pas le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Elle est un résultat, et non le fait initial (...) »¹⁸.

Já Henri e Léon Mazeaud e André Tunc adotam entendimento mais parcimonioso, segundo o qual a diferenciação é necessária. Os autores consideram que os regimes devem ser unidos, com a reserva de que existem diferenças, não sendo, contudo, fundamentais. « Il n'y a pas de différence fondamentale entre les deux ordres de responsabilités. Il existe des différences accessoires »¹⁹. Verificam-se, segundo eles, algumas diferenças, mas, como são acessórias, é preciso estabelecer um regime único – sem, contudo, excluir as inegáveis diversidades.

No mesmo sentido, o autor português Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge aduz que “não nos parece (...) que essas diferenças de regime sejam suficientes para afirmar uma distinção *essencial* entre as duas responsabilidades”²⁰.

No Brasil, Aguiar Dias já afirmava que existem diferenças, todavia, “essas diferenças não são fundamentais, não atingem os princípios essenciais da responsabilidade”²¹. Em síntese, defendia o autor que existem regras gerais, concernentes à responsabilidade contratual tanto quanto à extracontratual, bem como o que chamou de “caracteres peculiares”, especificidades de cada regime, que, contudo, não possuem o condão de afetar os princípios essenciais. As diferenças têm sua importância e merecem estudo, mas não afetam os pilares das regras gerais.

Em síntese, alegava o autor que são evidentes caracteres gerais, aplicáveis às duas modalidades, bem como caracteres peculiares. Defendia a necessidade de se avaliar o que chamou de “caracteres peculiares”, mas, tendo em vista seu caráter minoritário no sistema – ou seja, existem mais similitudes do que diferenças entre os regimes –, entendia que as distinções não eram centrais a ponto de receberem maior destaque.

17 SAVAUX, Eric. La fin de la responsabilité contractuelle? *Revue trimestrielle de droit civil, janv.-mars 1999*, p. 7. “A morte futura da responsabilidade contratual é uma necessidade” (tradução livre).

18 WESTER-OUISSSE, Véronique. Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle: fusion des régimes à l'heure internationale. *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 20, juillet-septembre 2010, p. 419. “A dualidade de regimes pode ser facilmente abandonada modificando certas perspectivas: a inexecução contratual não é o fato gerador da responsabilidade contratual. Ela é um resultado, e não o fato inicial (...)” (tradução livre).

19 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tome premier*. Paris: Éditions Montchrestien, 1932, p. 103. “Não existe diferença fundamental entre as duas ordens de responsabilidade. Existem algumas diferenças acessórias” (tradução livre).

20 JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 41, grifo original.

21 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil* – volume I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 157.

De todo modo, comunga-se da opinião de Antunes Varela, para quem, “apesar de nítida distinção conceitual existente entre as duas variantes da responsabilidade civil, (...) a verdade é que elas não constituem, sobretudo na prática da vida, *compartimentos estanques*. Pode mesmo dizer-se que (...) funcionam como *vasos comunicantes*”²². Isso porque existem situações em que é difícil precisar se o caso é de responsabilidade contratual ou extracontratual.

No ordenamento pátrio, a distinção permanece no âmbito civil, todavia, foi eliminada da seara consumerista. Com razão, o legislador do Código de Defesa do Consumidor preferiu exterminar a classificação entre responsabilidade contratual e extracontratual.

O tratamento que o Código dá a essa matéria [da responsabilidade] teve por objetivo superar, de uma vez por todas, a dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Isso porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual (responsabilidade contratual) ou o fato ilícito (responsabilidade aquiliana) para se materializar em função da existência de um outro tipo e vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não. (...) O texto legal simplesmente não as teve em mente. Muito ao contrário, procurou delas se afastar, sepultando, por assim dizer, a *summa divisio* clássica.²³

Embora essa classificação não tenha sido adotada pelo CDC, o diploma adotou outra: fato e vício do produto e do serviço. A distinção clássica do direito civil pode não ser relevante para o direito do consumidor (e de fato não é), mas é inafastável estabelecer regimes diferentes para cada situação.

Já, no Código Civil, a distinção é explícita. Encontramos a disciplina da responsabilidade contratual nos arts. 389 e ss. do CC, e da responsabilidade extracontratual nos arts. 927 e ss. e 948. Contudo, como são “vasos comunicantes” (utilizando-se da expressão de Varela), existem também disposições aplicáveis para ambas, como as dos arts. 944 e ss²⁴ ou ainda o artigo 405 CC, relativo ao cômputo processual de juros, comando sincrético de responsabilidade civil contratual-extracontratual-processual. Sem embargo, a conexão dos sistemas parece residir na cláusula geral da responsabilidade civil ou do ato ilícito, assentado no art. 186 do CC.

A grande questão é: existem regras gerais, que unificam a responsabilidade contratual e a extracontratual? A resposta é afirmativa. Contudo, isso não significa que as diferenças existentes são irrelevantes, conforme será exposto.

22 VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, volume I. 10. ed. rev. e atualizada. Coimbra: Almedina, 2005.

23 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 138.

24 E é justamente com base nisso que podemos afirmar que o legislador adotou a corrente eclética (e não a unitária, tampouco a dualista), pois podemos encontrar “a existência de um sistema unitário em seus elementos fundamentais: existência de culpa, dano e nexos causal entre o dano e o ato culposos. Reconhece [o Código Civil], por outro lado, especificidades técnico-legais de cada qual, mas sem força para poder apontar a existência de dois ramos de responsabilidade completamente distintos” (NALIN, *op. cit.*, p. 66).

São pressupostos do dever de indenizar²⁵: conduta humana (comissiva ou omissiva), dano (patrimonial ou extrapatrimonial), nexos causal (liame entre a conduta e o dano) e imputabilidade. A culpa pode ou não ser pressuposto, a depender de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Em virtude do art. 186, a responsabilidade subjetiva é a regra geral do ordenamento brasileiro²⁶, havendo, todavia, situações em que há responsabilização sem culpa (nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, na dicção do parágrafo único do art. 927 do Código Civil). Vale dizer, conduta, culpa, dano, nexos causal e imputabilidade são pressupostos gerais do dever de indenizar.

Em resumo, pode-se afirmar que, no ordenamento civil brasileiro, existem preceitos eficazes tanto para a responsabilidade contratual quanto para a extracontratual. Com efeito, numa visão intra-sistemática, o CC apresenta um regime fracionado em grupos de artigos de lei num circuito que se estabelece entre Parte Geral - Dos Atos Ilícitos, Parte Especial - Do Inadimplemento das Obrigações e Da Responsabilidade Civil, contudo, esta pulverização não tem a capacidade e o condão de constituir ramos distintos de responsabilidade civil, verificando-se um sistema interno de responsabilidade civil.

Por outro lado, atendendo a interesses funcionais, algumas regras específicas destinam-se, exclusivamente, ora à responsabilidade contratual, ora à extracontratual, de modo a ser relevante e a divisão tanto na ótica teórica quanto na prática.

Em apertada síntese, numa visão sistemática e abstrata, não existem dois campos ou ramos da responsabilidade civil. Entretanto, posicionado o caso concreto, emergem regras especiais que podem e devem melhor cumprir as funções da responsabilidade, iniciando por tornar indene a vítima: repor a vítima ao status que se encontrava no momento imediatamente anterior ao fato danoso (*status quo ante*).

Ou seja, se alguma distinção pode ser justificada, ela se assenta no melhor interesse da vítima, quando não sujeito o caso concreto ao juízo de equidade do magistrado, que vem a ser um dos novos pilares da responsabilidade civil brasileira. Novamente, trata-se de um olhar voltado para a proteção integral da pessoa humana: a responsabilidade civil é um instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana, todo e qualquer estudo nesta seara (como nas outras do Direito Civil) tem como norte inafastável este grande vetor. Afinal, se responsabilizar (o agente causador do dano) é tutelar (a vítima do dano), há que se ter em vista o sujeito tutelado, os mecanismos de tutela e as razões da proteção. Este é o fio condutor do presente estudo, premissa de exame da matéria e até mesmo pressuposto de reflexão.

25 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume I: parte geral*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 490.

26 Alerta-se que o entendimento da responsabilidade subjetiva como regra geral do Código Civil não é unânime. Paulo Nader comunga deste entendimento (*op. cit.*, p. 31), já Gagliano e Pamplona Filho (*idem*, p. 491) entendem que as duas formas de responsabilidade convivem, mas que, por outro lado, o CC adotou a objetiva como regra.

4. Primeiras diferenças

Em seu “Tratado de direito civil”, Antônio Chaves estabelece diferenças que qualifica como “irredutíveis entre as duas ordens de responsabilidade”²⁷.

A primeira é referente à origem: na responsabilidade contratual, é o contrato (em verdade, a origem é o negócio jurídico, na prática, contudo, a maioria dos casos é restrita aos contratos), enquanto que, na extracontratual, é qualquer fonte que não negocial.²⁸

Outra importante diferença é que a extensão da responsabilidade contratual é medida no contrato, ou seja, o contrato estabelece se há ou não indenização, e em que medida (afinal, pode-se estabelecer cláusula penal compensatória e sua extensão, cláusulas de impossibilidade, exoneração ou atenuação de responsabilidade. Exce-tua-se, logicamente, se a for relação de consumo, nesse caso, é cláusula nula, na forma do inciso I do art. 51 do CDC. De outro vértice, na responsabilidade extracontratual, a indenização é fixada de acordo com a extensão do dano (art. 944 do CC, com as ressalvas do parágrafo único do art. 944 e do art. 945).

A capacidade civil também tem consequências práticas, a depender do regime:

(...) refere-se à capacidade para assumir e responder pelo dever jurídico acessório da responsabilidade civil, haja vista que o menor púbere só se vincula contratualmente quando assistido por seu representante legal – e, excepcionalmente, se maliciosamente declarou-se maior (art. 180 do Código Civil de 2002, art. 155 do Código Civil de 1916) –, somente devendo ser responsabilizado nesses casos, ao contrário da responsabilidade civil aquiliana, em que o prejuízo deve ser reparado, pelo menos na previsão do art. 156 do Código Civil de 1916, sem correspondente no novel diploma civil. O Novo Código Civil, por sua vez, sem distinguir púberes de impúberes, dispõe que ‘o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes’ (art. 928).²⁹

Portanto, como a responsabilidade contratual decorre de negócio jurídico, e como a capacidade das partes é elemento necessário para a validade do negócio jurídico, em tese, ela sempre envolverá um causador do dano civilmente capaz. Já a extracontratual pode ser decorrente de conduta de incapaz, respondendo, em tese, as pessoas por ele responsáveis, na forma do art. 928 do CC.

Algumas distinções mais contextualizadas podem ser lembradas para os fins deste breve estudo, sem prejuízo de tantas outras serem apontadas:

27 CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*: volume III, responsabilidade civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 279.

28 “a responsabilidade contratual decorre de relação obrigacional preexistente, enquanto na aquiliana a relação obrigacional surge pela primeira vez ao verificar-se o dano. Naquela, a prestação indenizatória é simples mudança do objeto da relação, enquanto na segunda o dever de ressarcir é originário” (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 552).

29 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil, volume IV*: contratos, tomo 1: teoria geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 329.

- a) historicamente, o brocardo latino preconizava: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*; já na responsabilidade contratual, em tese, seria necessário que o agente obras-se com culpa leve ou grave;
- b) recentemente, a distinção de obrigação de meio e de resultado somente teria sentido na responsabilidade contratual. Para essas compete ao lesado provar que o agente não empregou toda a diligência normalmente utilizada para o cumprimento do dever. É afeita aos deveres contratuais profissionais e encontra respaldo na responsabilidade subjetiva excepcional de consumo dos profissionais liberais (art. 14, § 4º, CDC);
- c) a culpa da responsabilidade contratual é presumida. Na responsabilidade extracontratual, incumbe ao lesado a prova da culpa do agente (art. 333, inc. I e II, CPC). No caso contratual, o dever jurídico está concretizado, individualizado e personalizado, cabendo à pessoa onerada com a alegação a prova das razões que possam justificar o não cumprimento;
- d) verificando o concurso de agentes causadores, o regime é o da solidariedade³⁰ no caso da extracontratual (art. 942, parágrafo único, CC) e de individual se contratual, exceto se havia expressa previsão contratual ou de lei (art. 265 CC) a estabelecer o regime da solidariedade entre os que violaram o contrato;
- e) a redução equitativa da indenização é aplicável somente à responsabilidade extracontratual;
- f) a prescrição ocorre na extracontratual no prazo geral de dez anos; na extracontratual, em três anos;
- g) na responsabilidade contratual por obrigação pecuniária, além da indenização *in integrum* (art. 402 CC), o devedor responde pelos juros vencidos no termo da obrigação e pelos honorários do advogado do credor;
- h) em se tratando de responsabilidade contratual, a constituição em mora pode se constituir na data do vencimento da obrigação (art. 394 CC), caso não seja ela “pura”³¹, sem a necessidade de interpelação, portanto; em se tratando de responsabilidade extracontratual a mora se constitui no momento do ato ilícito. Também dispensa interpelação a violação da obrigação negativa, na data em que a obrigação foi executada, se bem que daí tem-se inadimplemento e não mora;
- i) tema ainda bastante turbulento no cenário da responsabilidade civil é o do nexa causal, que também encontra debates na linha distintiva entre responsabilidade contratual e extracontratual. Segundo Ricardo Lorenzetti, na aquiliana (extracontratual) se responde de forma plena e integral pelas consequências imediatas e pelas mediatas previsíveis, ao passo que na contratual se responde pelas consequências imediatas e necessárias do descumprimento. A opinião do autor argentino se alinha, em boa medida, com o disposto no art. 403 do CC, se bem que a este comando legal não se atribui um caráter reducionista, de modo a aparentemente incidir somente na responsabilidade contratual, tal qual já amplamente justificado ao longo deste texto.

30 AMARAL, *op. cit.*, p. 552.

31 PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 932.

Feitas essas diferenciações pontuais, resta tratar de duas questões mais polêmicas na ordem do direito civil e processual civil brasileiro, quais sejam, prescrição e ônus da prova.

5. Prescrição *versus* decadência

O decurso do tempo e sua influência sempre foram importantes nas relações jurídicas. Não é uma noção atual aquela segundo a qual um sujeito de direito tem um prazo para exercê-lo. Desde os tempos mais remotos, o fato do transcurso do tempo ganhou desenhos jurídicos (fato jurídico), configurando institutos próprios: prescrição e decadência.

É nesse contexto que nascem a prescrição e a decadência (ou caducidade, expressão sinônima, mas não adotada pelo legislador de 2002), que nada mais são que espécies de extinção de um direito³².

“No Brasil”, ensina Mário Luiz Delgado, “sempre foi tormentosa a distinção doutrinária entre prescrição e decadência, graças, em grande parte, ao Código Civil de 1916, que, em diversas situações, empregava o verbo ‘prescrever’ para se referir a prazos de decadência”³³.

Pode-se afirmar que, dentro da categoria jurídica direito subjetivo, gênero, existem ao menos duas espécies: direito subjetivo (ss) e direito potestativo.

(...) os *direitos subjetivos comuns* são direitos a determinados bens da vida, normalmente de natureza patrimonial. Podem ser violados, na medida em que alguém descumpra determinada prestação, positiva ou negativa, ou um determinado dever imposto pelo ordenamento jurídico. O comprador, em um contrato de venda a prazo, que não paga a parcela da dívida no vencimento, viola um direito subjetivo do vendedor (direito de receber o preço).³⁴

A cada direito, corresponde um dever. Na hipótese de descumprimento deste dever, o direito é violado, surgindo então para o titular do direito a pretensão de direito material. Dotado da pretensão material, o titular do direito poderá promover ação correspondente (pretensão processual) para proteger o interesse juridicamente tutelado e violado. Todavia, a pretensão não será eterna, havendo um prazo para que a exercite (por meio da ação). Para defender seu direito e exercer sua pretensão, poderá o autor se valer de ação condenatória. É nesse contexto que reside a prescrição.

Prescrição “é a extinção da pretensão à prestação devida (...) em função de um descumprimento (que gerou a ação), esta somente pode ser aplicada às ações conde-

32 Excetuando-se, logicamente, a prescrição aquisitiva, que é o decurso do tempo que leva o sujeito a adquirir direitos.

33 DELGADO, Mário Luiz. A pretensão de reparação civil e as controvérsias quanto ao novo prazo prescricional. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil – Questões controvertidas*. Série Grandes Temas de Direito Privado – vol. 5. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 401-402.

34 Idem, p. 406, grifos originais.

natórias. Afinal, somente este tipo de ação exige o cumprimento coercitivo de uma prestação”³⁵. Com o fim do prazo prescricional, fica extinta a pretensão, todavia, o direito subjetivo (material) subsiste.

Violado o direito subjetivo através da transgressão do dever, surge a pretensão, sujeita a prazo prescricional, se o autor não a exercer, mediante ação condenatória. Passado o prazo prescricional, é extinta a pretensão, não podendo mais o sujeito pleitear o direito com ingresso de ação condenatória, mas o direito material ainda existe.

Ao seu turno, direitos potestativos são aqueles que envolvem “um poder conferido pelo ordenamento jurídico a alguém, que implicará sempre um dever de sujeição por parte de outrem, influenciando a situação jurídica deste, independentemente da sua vontade”, como, “por exemplo, (...) o direito do doador de revogar a doação por ingratidão do donatário (CC, art. 555)”³⁶. Para ser exercido o direito potestativo, pode seu titular se valer de ação constitutiva, como a ação de investigação de paternidade, a ação de divórcio e a ação de falência.

Do mesmo modo que ocorre com o direito subjetivo, que existe um prazo para a perda da pretensão, existe um prazo referente ao direito potestativo. Todavia, não se perde a pretensão, que não existe, em se tratando de direito potestativo, mas sim o próprio direito.

Já a *decadência*, como se refere à perda efetiva de um direito, pelo seu não exercício no prazo estipulado, somente pode ser relacionada aos direitos potestativos, que exijam uma manifestação judicial. Tal manifestação, por ser elemento de formação do próprio exercício do direito, somente pode dar-se, portanto, por *ações constitutivas*.³⁷

Por fim, como as ações declaratórias não constituem nem condenam, são *meramente* declaratórias, não são atingidas nem pela prescrição, nem pela decadência³⁸.

Prescrição atinge a pretensão de direito material, mantendo intacto o direito. Envolve, pois, ações condenatórias, pois é por meio destas que o titular do direito obtém do réu a prestação devida. Decorrido o prazo (prescricional) para exercer a pretensão por meio de ação (condenatória), fica extinta a pretensão. Por sua vez, decadência atinge o direito potestativo em si, a que o outro indivíduo é sujeito. Envolve ações constitutivas, pois é com estas que o titular do direito busca a criação, a extinção ou a modificação de determinada relação jurídica, pela via judicial. Decorrido o prazo (decadencial) para exercer a ação (constitutiva), é o direito que fica extinto.

Anote-se, para encerrar, que apenas a prescrição é sujeita a suspensões e interrupções.

35 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, vol. 1, p. 513.

36 DELGADO, *op. cit.*, p. 404.

37 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, *idem*, p. 513, grifos originais.

38 *Idem*, *ibidem*.

Neste sucinto esboço diferenciador da prescrição e da decadência podemos concluir, desde logo, que a indenização, ao envolver direito subjetivo, está sujeita a prazo prescricional, pois o que o titular do direito busca é a condenação do ofensor a reparar (ação condenatória). Todavia, existe controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto aos prazos previstos no Código Civil, bem como nem todos os prazos de reparação são sujeitos à prescrição. Serão objeto das próximas subseções.

5.1. Prescrição da pretensão de reparação civil: um prazo para a responsabilidade contratual, outro para a extracontratual

O legislador de 2002 estabeleceu um prazo geral e residual de prescrição, bem como prazos específicos. No art. 206 estão dispostos prazos prescricionais específicos (bem como, logicamente, outras previsões fora do Código Civil). Se a pretensão não está incluída no rol taxativo do art. 206, aplica-se o prazo prescricional do art. 205 (e por isso ele é residual), qual seja, de dez anos. Vale dizer, em havendo disposição específica de prazo prescricional, ela é aplicada, em não havendo, a pretensão é sujeita ao prazo geral de dez anos do art. 205 do CC.

No que tange à reparação civil, estabelece o art. 206, § 3º, inciso V:

Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3º Em três anos:

(...)

V - a pretensão de reparação civil;

Em uma primeira leitura, parece evidente que o titular da pretensão de indenização, qualquer que seja a origem do dever de indenizar e qualquer que seja o teor da indenização, o prazo prescricional será de três anos. Este não é, contudo, o melhor entendimento.

A regra da pretensão de reparação civil é a prescritebilidade trienal. Contudo, existem dois casos de imprescritebilidade. Primeiramente, em se tratando de compensação, ou seja, de indenização, por danos extrapatrimoniais, a pretensão é imprescriteável. Os danos extrapatrimoniais são necessariamente referentes a direitos da personalidade, e justamente por esse fator é que vale a imprescritebilidade³⁹. Manifesto o dever de comprovar a ofensa real a direito de personalidade. Ainda, quanto às ações de reparação de dano causado por perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o regime militar, entende o STJ pela sua imprescritebilidade, por se tratar de ofensa a direito humano⁴⁰. Estas são, pois, as primeiras exceções ao dis-

39 TARTUCE, Flávio. *Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2010, p. 455. No mesmo sentido: TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, *op. cit.*, p. 366. Não há unanimidade neste tema, e a jurisprudência majoritária não adota a imprescritebilidade para danos extrapatrimoniais.

40 Nesse sentido: AgRg no AgrInstr n.º 1.337.260-PR (2010/0145497-6), rel. Min. Benedito Gonçalves; AgRg

positivo acima mencionado: imprescritibilidade das ações de reparação por ofensa a direito de personalidade ou direito humano.

Existe outra exceção, mais complexa, tendo-se em vista que envolve interpretação sistemática do Código Civil. A doutrina de Humberto Theodoro Júnior é de solar clareza neste quesito:

Quando a norma do art. 206, § 3º, inciso V, fala em prescrição da 'pretensão de reparação civil', está cogitando da obrigação que nasce do ato ilícito *stricto sensu*. Não se aplica, portanto, às hipóteses de violação do contrato, já que as perdas e danos, em tal conjuntura, se apresentam com função secundária. O regime principal é o do contrato, ao qual deve aderir o dever de indenizar como acessório, cabendo-lhe função própria do plano sancionatório. *Enquanto não prescrita a pretensão principal (a referente à obrigação contratual) não pode prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos)*. Daí que enquanto se puder exigir a prestação contratual (porque não prescrita a respectiva pretensão), subsistirá a exigibilidade do acessório (pretensão ao equivalente econômico e seus acréscimos legais). É, então, a prescrição geral do art. 205, ou outra especial aplicável *in concreto*, (...) que, em regra, se aplica à pretensão derivada do contrato, seja originária ou subsidiária a pretensão. Esta é a interpretação que prevalece no Direito Italiano (Código Civil, art. 2.947), onde se inspirou o Código Civil brasileiro para criar uma prescrição reduzida para a pretensão de reparação do dano.⁴¹

Na linha do que explica Theodoro Júnior, o dever de reparar surge em virtude do descumprimento de um dever próprio, proveniente ou não de contrato. A responsabilidade contratual emerge do inadimplemento do pacto. Nesse caso é que surgem as perdas e danos. Estas possuem feição residual, pois, antes de existirem, é preciso que não ocorra o adimplemento – perdas e danos constituem, pois, a exceção, a situação residual, que só acontece se a situação normal (adimplemento) não se concretizar. Seria ilógico o credor ter um prazo para exigir o cumprimento maior que o prazo para exigir a consequência (dano) do descumprimento (perdas e danos) – ou, por raciocínio inverso, seria ilógico o credor ter prazo para pretensão de perdas e danos, que constitui a sanção, situação patológica, menor que o prazo para cobrar a prestação do devedor em mora.

Como pode o prazo para perdas e danos, que correspondem à consequência do *inadimplemento*, ser menor que o prazo para a exigibilidade do *adimplemento*? No mínimo, os prazos devem ser iguais!

Em outras palavras, a pretensão principal, que é a pretensão do adimplemento não pode prescrever antes da sua respectiva pretensão substitutiva, que é a pretensão de reparação pelo inadimplemento. O cumprimento do contrato é o primeiro dever

no AgrInstr n.º 1.391.062-RS (2010/0223579-4), rel. Min. Benedito Gonçalves; AgRg no REsp n.º 1.042.632-GO (2008/0064207-8), rel. Min. Mauro Campbell Marques; AgRg no REsp n.º 1.231.621-PR (2011/0013542-5), rel. Min. Hamilton Carvalhido.

41 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t. 2: Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 333, grifo nosso.

jurídico exigível, é a primeira pretensão. Tem ele o prazo geral, de dez anos (art. 205 do CC). Se, e apenas se, o devedor não cumpre o acordo, é que vai surgir o dever, secundário, de indenizar, a segunda pretensão, na forma de perdas e danos. O prazo da segunda pretensão não pode ser menor que o prazo da primeira, caso contrário, está-se diante de pretensão (o dever de reparar) inócua. A pretensão secundária deve então possuir prazo no mínimo igual ao da pretensão principal.

É com base nessa linha de raciocínio que se conclui que, como o prazo do exercício da pretensão do *cumprimento* do contrato é de dez anos do art. 205, e, como não há disposição explícita de prazo *maior* para o exercício da pretensão do seu *descumprimento*, aplica-se também para as perdas e danos o prazo de dez anos do art. 205.

Em suma, portanto, para a reparação civil decorrente de responsabilidade contratual (ilícito relativo), aplica-se o prazo de dez anos, do art. 205 do Código Civil, pois o prazo de três anos, do art. 206, § 3º, inciso V, é aplicável apenas para a reparação civil decorrente de responsabilidade extracontratual (ilícito absoluto).

Vale ainda registrar o que indica Venosa:

Embora existam opiniões discordantes, esse prazo [do art. 206, § 3º, V] não se aplica à violação dos contratos, onde as perdas e danos se apresentam como aspecto secundário. Nesse caso, aplica-se a prescrição da prestação principal contratual. As perdas e danos são acessórios da obrigação principal. A prescrição será então a geral do art. 205 ou outra aplicável ao caso concreto por força de outra norma (...).⁴²

Trata-se de entendimento ainda minoritário⁴³, e a maioria dos autores sequer analisa esta questão (e justamente por isso, ao afirmarem que o prazo é de três anos, indistintamente, que ocupam posicionamento prevalecente). Contudo, já se verifica na jurisprudência casos em que esta interpretação é a adotada quando o tema é enfrentado⁴⁴.

Para a responsabilidade extracontratual, aplica-se o inciso V do § 3º do art. 206 (três anos). Para a contratual, aplica-se o prazo geral do art. 205 (dez anos). Todavia, existem também prazos prescricionais específicos, de leis esparsas, que afastam essas regras amplas do Código Civil. Podemos aqui citar os prazos prescricionais e decadenciais do Código de Defesa do Consumidor (arts. 26 e 27), que, reitera-se, ignorou a dicotomia contratual-extracontratual; e o prazo prescricional de dez anos do art. 12 da Lei n.º 6.453/77 (responsabilidade civil por danos nucleares). Isso sem contar, evi-

42 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, p. 233.

43 TEPEDINO, MORAES e BARBOZA, por exemplo, adotam o juízo segundo o qual o art. 206, § 3º, inciso V, é válido para quaisquer pretensões de reparação civil: “Importante notar que o dispositivo tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito” (*op. cit.*, p. 411). José Fernando Simão é outro com este entendimento: “Tratando-se de perdas e danos, o prazo para exercer a pretensão será de três anos para as relações civis (...)” (SIMÃO, José Fernando. Aspectos controvertidos da prescrição e decadência na teoria geral dos contratos e contratos em espécie. In: DELGADO, M. L.; ALVES, J. F. *Novo Código Civil – Questões controvertidas*. Série Grandes Temas de Direito Privado – vol. 4. São Paulo: Editora Método, [s.d.], p. 393).

44 Por exemplo, na Ap. Cív. 0134916-16.2010.8.26.0100 da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo relator foi o Des. Mario A. Silveira.

dentemente, os outros prazos do art. 206 do Código Civil, alguns de responsabilidade contratual, outros de extracontratual.

Outro sim existe um prazo, ainda mais excepcional, referente à reparação civil, em que não há prescrição, mas sim decadência.

5.2. Prazo decadencial para responsabilidade civil contratual: um caso excepcional

Como visto, adota-se neste estudo a posição de o art. 205 do CC estabelecer dez anos como prazo prescricional para a responsabilidade contratual. Contudo, como a mesma regra já prevê, este prazo prescricional vale para “quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. É por isso que, para contrato de seguro, o prazo é de um ano, pois a lei fixou, no inciso I do § 1º do art. 206, prazo prescricional menor.

Todavia, existe uma situação ímpar, em que uma ação, mesmo sendo de responsabilidade civil contratual (o que, em tese, teria prazo *prescricional* de dez anos), aplica-se prazo menor, *decadencial*. Trata-se do prazo para o exercício das ações edilícias⁴⁵: ação redibitória, ação *quantum minoris*⁴⁶ e ação *ex emptio* (espécies de ações edilícias).

As ações edilícias existem como meio de responsabilização do alienante por vícios redibitórios que a coisa apresente ao adquirente. O art. 441 do Código Civil oferece o conceito de vícios redibitórios:

Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Os primeiros requisitos para uma ação edilícia também estão presentes no art. 441, são os elementos que tornam a coisa portadora de vício redibitório: a coisa deve ter sido recebida por contrato comutativo, deve ter defeito ou vício oculto (não aparente), que torne a coisa imprópria ao uso a que é destinada, ou defeito ou vício oculto que diminua o valor da coisa⁴⁷.

É por força do art. 442 do Código Civil que o adquirente da coisa portadora de vício redibitório tem duas possibilidades de atitudes:

Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar o abatimento do preço.

45 “Tanto a ação redibitória quanto a ação *quantum minoris* são espécies das denominadas *ações edilícias* (...)” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, vol. IV, p. 229).

46 “As ações redibitória e *quantum minoris* recebem a denominação de edilícias ou edilicianas por razões históricas, pois são criação dos *aediles curules*” (SIMÃO, *op. cit.*, p. 357).

47 *Idem*, p. 356.

Verificando, então, um vício redibitório, o adquirente poderá (i) rejeitar a coisa, redibindo o contrato, ou, ainda, (ii) reclamar o abatimento do preço – trata-se de faculdades alternativas, ou seja, o autor opta por uma dessas possibilidades. Na primeira hipótese, lançará mão da ação redibitória, na segunda, da ação *quantum minoris* ou estimatória – ambas, como visto, ações edilícias.

A primeira solução é a mais drástica. O alienatário, insatisfeito pela constatação do vício, propõe, dentro do prazo decadencial previsto em lei, uma *ação redibitória*, cujo objeto é, precisamente, o desfazimento do contrato e a devolução do preço pago, podendo inclusive pleitear o pagamento das perdas e danos.

No segundo caso, prefere o adquirente, também dentro do prazo decadencial da lei, propor ação para pleitear o abatimento ou desconto no preço em face do defeito verificado. Tal ação denomina-se *ação estimatória* ou '*quantum minoris*'.⁴⁸

Não envolve pretensão, mas direito potestativo do adquirente, ou seja, este, ao verificar um vício redibitório, poderá exercer uma ação edilícia, estando o alienante sujeito à ação. Por conseguinte, não obstante tratar-se de ação de responsabilidade civil contratual, o prazo será decadencial, e não prescricional⁴⁹, estando previsto no art. 445 do Código Civil:

Art. 445. O adquirente *decai* do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

Note-se que o legislador não deixa dúvidas ao afirmar que “o adquirente *decai* (em destaque) do direito de obter a redibição ou abatimento no preço”, nos prazos previstos⁵⁰. Explica José Fernando Simão que, “apesar de a ação estimatória visar ao abatimento do preço (tutela condenatória), haveria uma desconstituição de parte do negócio, notando-se a presença de um direito potestativo do adquirente, bem como um interesse público a ser protegido”⁵¹.

Mesmo se tratando de situação bastante excepcional, faz-se mister ressaltar que, embora a regra geral seja de prazos prescricionais, nos arts. 205 (responsabilidade contratual) e 206, § 3º, V (responsabilidade extracontratual), existem prazos diferenciados, um deles, inclusive, decadencial.

Os prazos prescricionais e decadencial aqui enfocados atendem a interesses de ordem privada e pública. O tema passou a ganhar especial relevo na medida em

48 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, idem, ibidem, grifos originais.

49 Idem, p. 231.

50 “O Código expressamente atribui aos prazos a natureza decadencial” (SIMÃO, *op. cit.*, p. 358).

51 Idem, p. 259.

que a prescrição deve ser reconhecida de ofício pelo magistrado (art. 219, parágrafo 5º, CPC), devendo ser minuciosamente observado o ramo da responsabilidade civil com o qual o intérprete se depara sob pena de se decretar o fim a pretensão em tempo incompatível com os regimes do Código Civil.

6. Ônus probatório

Ensinam Marinoni e Mitidiero que prova é “o meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais”⁵². É o art. 333 do Código de Processo Civil que estabelece a quem cabe o ônus da prova:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

Neste íterim, aduz Francisco Amaral que “quanto ao ônus da prova, na responsabilidade contratual o devedor é que tem de provar a inexistência de culpa ou qualquer excludente do dever de indenizar, enquanto na aquiliana cabe à vítima demonstrar a culpa do agente”⁵³. Isso porque, na primeira hipótese, basta ao credor comprovar o inadimplemento⁵⁴.

A maioria da doutrina entende que, na responsabilidade contratual, demonstrado o inadimplemento, há presunção de culpa do devedor⁵⁵. Contudo, o melhor entendimento é o de Miguel Kfoury Neto, que utiliza a doutrina de Bueres:

BUERES, forte no escólio de BUSTAMANTE ALSINA, a partir de uma orientação unitária, entende que a prova do descumprimento, nas obrigações de resultado, não enseja *presunção de culpa*, ao contrário do que muitos afirmam. Simplesmente, o não atingimento do resultado prometido deixa a culpa – conduta devida – fora de questão, descartando-a. Ainda que tenha havido comportamento diligente do devedor, este somente se eximirá de responsabilidade se houve culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou ausência denexo causal.⁵⁶

52 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 333.

53 AMARAL, *op. cit.*, p. 552-553.

54 VENOSA, S. de S. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003 (Coleção direito civil; v. 2), p. 475.

55 “Enquanto na responsabilidade contratual, em caso de inadimplemento, a culpa do devedor é presumida, cabendo a ele a prova em contrário, na aquiliana o ônus é de quem alega, ou seja, do próprio lesado” (NADER, *op. cit.*, p. 102). Nesse mesmo sentido: CHAVES, A., *op. cit.*, p. 280; e FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008, p. 277.

56 KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado*. Responsabilidade civil em pediatria,

Comprovado o inadimplemento, não há presunção de culpa, mas sim “presunção *iuris tantum* do elemento subjetivo – a imputabilidade”⁵⁷. A culpa torna-se preocupação do inadimplente, cabendo a ele demonstrar que houve culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou nexos causal, para se eximir de responsabilidade. Se comprovar culpa concorrente, sua indenização será reduzida proporcionalmente, mas a responsabilidade permanece.

Em verdade, trata-se de conclusão lógica, que prescinde de embasamento legal. Contudo, o inciso II do art. 333 do CPC explicita que cabe ao réu o ônus de comprovar existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Comprovando, por exemplo, culpa exclusiva da vítima (do credor), esta será fato extintivo do direito do autor. É, pois, a interpretação a ser atribuída ao art. 333 do CPC no direito dos danos.

Em resumo, conclui-se que, em cabendo ao autor (vítima do dano em responsabilidade extracontratual e credor na responsabilidade contratual) o ônus de provar fato constitutivo do seu direito, ao credor basta evidenciar o inadimplemento, o dano dele decorrente e o nexos causal entre eles, enquanto que à vítima de dano extracontratual caberá comprovar a conduta do lesante, o dano, o nexos entre eles e a culpa do ofensor. Por via reflexa, comprovando o réu (ofensor ou devedor) fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, exime-se de responsabilidade.

7. Considerações finais

O texto percorreu o caminho do saber geral para o especial, buscando, ao final, justificar os porquês da manutenção doutrinária distintiva terminológica e de localização legislativa dos ramos da responsabilidade civil contratual e extracontratual, mormente no Código Civil.

Cabe finalizar lembrando que, não obstante a responsabilidade civil se encontre arquitetada no seio do Código Civil em locais esparsos, de modo aparentemente assistemático, em verdade ela encontra um sistema interno ao próprio texto da lei civil, o que atende a um anseio abstrato e geral de unidade interna do próprio sistema.

Contudo, ao se lançar um olhar para a realidade do caso concreto, distinções se fazem necessárias, visando atender, sobretudo ao interesse da vítima do dano (contratual ou extracontratual), o que se revela muito claro ao enfrentar os temas da prescrição e do ônus probatório.

As distinções são relevantes, em que pese a unidade interna do sistema da responsabilidade civil, para dar vazão a um dos pilares fundamentais do novo Direito Civil brasileiro, que vem a ser a ética da situação.

Por fim, vale reiterar o que foi dito ao longo do texto: o plano de fundo do estudo sempre foi a primazia da dignidade da pessoa humana. Analisar a responsa-

responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 33, grifos originais.

57 Idem, p. 32.

bilidade civil na ótica contemporânea significa abraçar toda a nova lógica do Direito Civil brasileiro contemporâneo, em especial este macro princípio. Mesmo institutos e classificações tradicionais não podem se afastar deste núcleo, pois é em torno dele que orbita o Direito.

24

A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA E POSSÍVEIS INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO: A AUTOTUTELA E AS DESPESAS PREVENTIVAS¹

Thaís G. Pascoaloto Venturi²

SUMÁRIO: 1. A construção da Responsabilidade civil preventiva – 2. Os problemas e as perspectivas do exercício da autotutela no Direito civil contemporâneo – 3. A Responsabilidade civil e as despesas preventivas – 4. Referências.

1. A construção da Responsabilidade civil preventiva

O redimensionamento da responsabilidade civil como instrumento de tutela dos direitos inerentes à pessoa e não apenas voltado à recomposição do patrimônio ou ao seu equivalente por meio da indenização constitui um dos grandes desafios que a realidade do século XXI faz emergir.

1 O presente artigo é baseado em pesquisa que redundou na apresentação da tese de doutoramento intitulada “A construção da Responsabilidade civil preventiva no Direito Civil Contemporâneo”, defendida em agosto de 2013 no Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná – UFPR.

2 Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Civil e Direito Administrativo (Instituto de Direito Romeu Felipe Bacelar). Professora dos cursos de Pós-graduação do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e da Universidade Positivo (UP). Professora das Faculdades de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP) e da Universidade Positivo (UP). Estágio de doutoramento – pesquisadora Capes – na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Membro do Virado de Copérnico grupo interinstitucional de pesquisa e estudo de Direito Civil. Membro do Colegiado da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná. Advogada. thaisgpv@uol.com.

Repensar a própria razão de ser da responsabilidade civil envolve uma análise dos seus fundamentos suscitando uma revisão do seu próprio conceito, uma espécie de avaliação da sua “história interna”³ que permite analisar a sua estrutura contemporânea.⁴

A construção de um adequado regime jurídico de responsabilização civil se presta, sem dúvida, não só ao aprimoramento da prestação jurisdicional como também à formação de uma consciência coletiva a respeito dos comportamentos sociais tolerados ou incentivados, buscando-se a ética da responsabilidade e da solidariedade.⁵

Nesse sentido, buscar-se-á demonstrar não apenas a necessidade como também os caminhos abertos para a refundamentação⁶ ou refuncionalização⁷ da respon-

3 Acerca da historiografia jurídica da responsabilidade civil, LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 7 e segs e; TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2ª ed. Paris: Economica, 1989, p. 51-95.

4 HIRONAKA, Giselda Maria F. N. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 23.

5 Ressalta Pietro PERLINGIERI que “merece tutela o ato de solidariedade realizado por determinados sujeitos em relação a indivíduos ou determinadas coletividades. A solidariedade política, econômica e social não é somente um direito, mas um dever (...)”. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 36. Consulte-se, ainda, TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 218. O princípio da solidariedade visa garantir à pessoa condições “para uma existência livre e digna pela afirmação e desenvolvimento da própria personalidade”. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 11 ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 53. De acordo com Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, “(...) os princípios constitucionais de solidariedade social e de dignidade humana encontram-se presentes como atributo valorativo fundante, mas não só assim, senão também como autocritério de justificação da responsabilidade civil, ela mesma”. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192. E, ainda, MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44 e seguintes. Da mesma autora, ver ainda, Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 866 e seguintes.

6 O fundamento é a razão que justifica uma regra ou um instituto jurídico, estabelecendo a congruência desses com os ideais de justiça que permeiam uma dada sociedade em determinado período histórico. Afirma Louis BACH referindo-se ao fundamento da responsabilidade jurídica: “*Et c'est pourquoi nous dirons que rechercher le fondement d'une responsabilité juridique, c'est à dire le fondement, soit de la responsabilité d'un sujet de droit dans un cas déterminé, soit, ce qui revient au même, de la règle qui statue cette responsabilité, c'est rechercher la raison qui la justifie, c'est-à-dire que permet d'affirmer que la réglementation établie en la matière par le législatuer et 'l'application' que font de celle-ci les tribunaux, sont conformes aux idéaux de justice que fait siens une société donnée à une époque déterminée de son existence (...)* Ce postulat une fois admis, une première conséquence paraît devoir en découler: c'est que le fondement de la responsabilité civile, comme de toute responsabilité juridique, doit être recherché dans un principe qui se situe, de soi, c'est-à-dire initialement, en dehors du droit, autrement dit dans une norme, dans un principe métajuridique”. Tradução livre: “Diríamos que buscar o fundamento de uma responsabilidade jurídica é buscar a razão que a justifica, quer dizer que permite afirmar que a regulamentação estabelecida sobre a matéria pelo legislador e a aplicação que fazem dela os tribunais estão em conformidade com os ideais de justiça que tornam seus uma dada sociedade em uma época determinada de sua existência. (...) Uma vez admitida essa premissa, uma primeira consequência deve ser destacada: é a de que o fundamento da responsabilidade civil, como de toda a responsabilidade jurídica, deve ser buscado em um princípio que se situe por ele mesmo, quer dizer, inicialmente, fora do Direito, diferentemente dito, em uma norma, em um princípio metajurídico.” BACH, Louis. *Fondement de la Responsabilité en Droit Français*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº1, janvier-mas, LXXV, Paris: Sirey, 1977, 1. p. 20.

7 Afirma RUZYK, “o que se cogita é de uma prestação (ou seja, de uma função) que consiste na promoção, exercício e proteção de liberdade das pessoas em relação, a ser levada a efeito pelos institutos fundamentais do Direito Civil”. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão*

sabilidade civil, capazes de orientá-la para a proteção dos direitos sob uma *perspectiva eminentemente preventiva*.⁸

Não se trata, por evidente, de negar ou mesmo diminuir a tradicional função reparatória do instituto, imprescindível e de extrema utilidade à recomposição dos danos provocados pela violação dos direitos. Trata-se, por outro lado, de redimensionar o Direito da responsabilidade civil, fazendo-o incidir também para a proteção da integralidade dos direitos, vale dizer, para a prevenção contra a sua violação e possível produção de danos.

Aludir-se à responsabilidade civil preventiva pode parecer estranho, incommum, subversivo ou até mesmo equivocado, ao menos quando contrastada a referida designação com os fundamentos e objetivos tradicionalmente imputados ao instituto. Contudo, o que se pretende é justamente a internalização da prevenção no Direito da responsabilidade civil, para a adequada proteção dos direitos, o que já vem sendo objeto de importantes trabalhos doutrinários.⁹

É certo que a prevenção dos danos deriva de um princípio geral do Direito, concernente ao *neminem laedere*, podendo, assim, aparentar-se alienada dos clássicos referenciais repressivos propugnados pela responsabilidade civil compreendida como um “Direito de Danos”. Todavia, parece cada vez mais evidente a insatisfatoriedade do sistema de justiça civilista, que se deseja “constitucionalizado”, quando reduz o Direito da responsabilidade civil à mera regulação dos danos decorrentes da violação dos direitos.

Muito embora a ideia de prevenção sempre tenha estado mais ou menos presente no âmbito da responsabilidade civil, todavia, comumente é tratada de forma meramente indireta, reflexa ou eventual.¹⁰

funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 149. Acerca do tema, consultar: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – novos estudos da teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 101 e seguintes; BARROSO, Luiz Roberto. *Constitucionalização do Direito e o Direito Civil*. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*; TEPEDINO, Gustavo (org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 257 e segs; e DUGUIT, León. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon*. Paris: Felix Alcan, 1912.

8 Como afirma Adela M. SEGUI, “*Tengo la convicción de que así como el siglo XX fue el de la reparación de los daños, el presente será el de la prevención*.” Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 52, out.-dez., 2004, p. 317.

9 A prevenção como fundamento da responsabilidade civil já vem sendo debatida na doutrina de diversos países (França, Itália, Áustria, Alemanha, Estados Unidos, dentre outros). Nesse sentido consultem-se: THIBIERGE, Catherine. *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)*. *Revue Trimestrelle de droit Civile*, n.º 3, 1999, p. 561; KOURILSKY, Philippe e VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Paris Editions Odile Jacobs, 2000; PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 766 e seguintes; European Group on Tort Law. *Principles of European Tort Law*. Áustria: Springer Wien New York, 2005; SCHÄFER, Hans-Bernd and OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2004, p. 113 e segs. Na doutrina brasileira: LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010 e; COUTO E SILVA, Clóvis V. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit bresilien et compare*. 1998, p. 56.

10 A função de prevenção vem sendo aplicada por via do possível agravamento da indenização/compensação, nos moldes já consagrados pelo sistema norte-americano (teoria dos *punitive* ou *exemplary damages*), e a cada dia mais

A partir dessa constatação, e assumindo a premissa de que a exurgência de novas realidades sociais impõem a assunção da prevenção como novo fundamento da responsabilidade civil, pretende-se trilhar caminhos que oportunizem um redimensionamento do tema, no intuito da verificação dos problemas e apontamentos de eventuais soluções que se prestem à implementação de um sistema de responsabilização que, funcionando conjunta e paralelamente com o sistema reparatório, seja apto a veicular uma verdadeira tutela inibitória material,¹¹ que propicia autêntica proteção preventiva dos direitos que facilite e amplie a proteção jurisdicional dos direitos essenciais inerentes à pessoa e aos interesses difusos e coletivos.

Compreender-se a incidência do sistema de responsabilidade civil por um viés preventivo parece ainda mais necessário e oportuno na medida em que se constata que grande parte dos direitos mais caros aos seres humanos (dentre os quais, os próprios direitos fundamentais, derivados ou não dos atributos da personalidade, e os direitos difusos e coletivos), caracteriza-se pela nota da extrapatrimonialidade, não comportando solução repressiva satisfatória.

Nesse particular, buscar-se-á demonstrar de que forma o Direito material também pode e deve estar comprometido com a compreensão do sentido e do alcance da tutela inibitória,¹² que não pode nem deve existir tão somente no campo do processo e da tutela jurisdicional.

A partir disto, serão apontados alguns mecanismos inibitórios materiais hábeis, a refundamentar a responsabilidade civil da atualidade em uma perspectiva preventiva. Trata-se de instrumentos inibitórios predestinados a evitar a violação dos direitos, mediante técnicas de inibição da prática, reiteração ou continuidade da ilicitude.

Dentre os possíveis instrumentos inibitórios comprometidos com a concretização da tutela dos direitos essenciais individuais e transindividuais, aptos a gerar tanto prevenção geral como prevenção especial em relação à continuidade ou repe-

recorrente na jurisprudência brasileira, nos casos de responsabilidade civil decorrente de danos morais.

11 Preconiza-se o comprometimento do Direito material com a implementação de técnicas que viabilizam a prevenção do ilícito e do dano, para além das já existentes e utilizadas no âmbito do processo, destacadamente, por via da técnica da tutela inibitória processual. Atento à necessidade de o próprio Direito material viabilizar, tanto quanto possível, a concretização dos direitos subjetivos, anota com propriedade PERLINGIERI, criticando a tendência de se imputar somente à Jurisdição, por via do processo, referida tarefa, “A falta de aprofundamento, por parte dos civilistas, da temática concernente à concretização das relações não patrimoniais encontra explicação em numerosos fatores, e principalmente em três deles: a identificação a) do direito privado com o direito das relações patrimoniais; b) da juridicidade com o momento coercitivo específico; c) da juridicidade com a mera tutelabilidade do interesse mediante o processo, embora muitas técnicas de realização dos direitos sejam previstas em normas de direito substancial. O instrumento de retificação (da informação: art. 8 L. n. 47 de 1948; de dados pessoais: arts.7, §3, let. a, d.lg. n. 196 de 2003 e 8, §2, Carta EU) certamente representa um remédio extraprocessual para reagir a uma lesão do valor da pessoa. Falar de concretização dos direitos através do processo pode afastar das exigências efetivas; as técnicas de concretização presentes no direito substancial, diversas da execução forçada, deveriam ser aprofundadas e utilizadas para a tutela das situações não patrimoniais.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 770-771.

12 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

tição da violação dos direitos, sustentar-se-á um renovado emprego da autotutela e das despesas preventivas.

A autotutela será examinada a partir de importantes inovações geradas pela codificação civil brasileira que, aparentemente, fomenta um renovado olhar sobre as excepcionais aberturas à autodefesa, seja no campo dos direitos de personalidade, seja no campo das obrigações de fazer e de não fazer. Conjuntamente, serão apreciados os mais recentes estudos a respeito da indenização das chamadas “despesas preventivas”, uma realidade já presente no Direito comunitário europeu.

2. Os problemas e as perspectivas do exercício da autotutela no Direito civil contemporâneo

A autotutela (ou autodefesa) comumente é retratada pela doutrina processual como um “equivalente jurisdicional”, vale dizer, forma não jurisdicional de solução de conflitos, que se caracteriza pela direta imposição da vontade de um dos litigantes com o sacrifício do interesse do outro.¹³

Trata-se de forma de resolução de controvérsias considerada primitiva, ultrapassada (aplicada, sobretudo, em sociedades pré-estatais) e injusta, por se fundar não exatamente em critérios de “justiça”, mas sim pelo rudimentar método da “força” de quem “pode mais”.

Gradativamente, a autotutela foi sendo substituída pelos métodos de intermediação privada (mediação e arbitragem) ou pública (jurisdição), considerados mais apropriados para a solução dos conflitos.¹⁴

Precisamente por isso, o emprego da autotutela é, em regra, vedada pelos ordenamentos jurídicos, tal como ocorre no Direito brasileiro, que estabelece a proibição geral do exercício arbitrário das próprias razões.¹⁵

Todavia, apesar de ser considerada obsoleta e injustificável como meio de solução de conflitos na atualidade, a autotutela não foi completamente abandonada, sendo possível constatar reminiscências do referido sistema, em decorrência não apenas da necessidade de preservação de certos valores considerados altamente relevantes

13 Conforme conceituação de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “La auto defensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (tratése de persona individual, asociación obrera o patronal, consorcio económico, partido político oficial, profesión o cuerpo, Estado nacional etc.), y aun a veces los dos, como en el duelo on em la guerra, resuelvem o intentam resolver el conflicto pendiente com el outro, mediante su acción directa, en lugar de servise de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso”, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, Universidad Nacional Autonoma de Mesico, 1991, p. 50. Eduardo Couture, por sua vez, conceitua a autotutela como “reacción directa y personal de quien se hace justicia com manos próprias”. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª Ed., Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988, p. 9.

14 Conforme assinala Calamandrei, “se puede decir que la historia de la lucha contra la autodefensa es la historia del Estado y de la misma civilización humana”, CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil*. México: Oxford University Press, 1999, p. 38.

15 “Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.”

(e, portanto, passíveis de proteção anterior e independentemente da intermediação do Estado), como também da compreensão de que o Estado nem sempre pode estar presente, e com a devida agilidade e efetividade, para intermediar as crises sociais, prestando adequada proteção jurisdicional.¹⁶

Isso torna a autotutela merecedora, quando menos, de uma reavaliação crítica fundada na natural constatação da predeterminação responsável dos seres humanos. Na síntese do pensamento de CAPELO DE SOUZA, “A dignidade da natureza de cada homem, enquanto sujeito pensante dotado de liberdade e responsabilidade outorga-lhe autonomia não apenas física, mas também moral, particularmente, na condução da sua vida, na auto-atribuição de fins a si mesmo, na eleição, criação e assunção da sua escala de valores, na prática dos seus actos, na reavaliação dos mesmos e na recondução do seu comportamento”.¹⁷

No Direito brasileiro, as autorizações para o emprego da autotutela são consideradas, tradicionalmente, como sendo *típica e exhaustivamente* previstas pelo legislador ordinário que, nas hipóteses remetidas, concederia excepcional aval para a autodefesa, pelos motivos acima apontados.

Tanto no campo do direito público como no direito privado, assim, encontram-se exemplos da sobrevivência da autotutela no ordenamento jurídico brasileiro.

No sistema do Direito penal, por exemplo, autoriza-se o emprego da autotutela nas hipóteses em que se caracteriza a legítima defesa¹⁸, o estado de necessidade¹⁹ e o estrito cumprimento do dever legal (exercício regular do direito).²⁰ Por evidente, tratam-se de situações em relação às quais o Estado deve consentir com o emprego da força privada para a salvaguarda de direitos próprios ou alheios, respeitada a razoabilidade e a proporcionalidade da reação havida.

No campo do Direito administrativo, a possibilidade de a Administração Pública reapreciar seus atos *de ofício*, vale dizer, sem a necessidade de provocação do particular, com fundamento no princípio da autoexecutoriedade, também é qualificada como forma de autotutela, no intuito de proteção do interesse público.²¹

16 Neste sentido, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 56.

17 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1965, p. 317.

18 “Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

19 “Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

20 “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

21 Conforme a Súmula 473 do STF “A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em qualquer caso, a apreciação judicial”. Também, consoante a Súmula 346, “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”

Mais intrigante e pertinente à análise da responsabilidade civil preventiva, todavia, revela-se a verificação da autorização do exercício da autotutela no campo do Direito privado, sobretudo em face dos ideais democráticos e garantistas prometidos pela heterotutela.²²

No que diz respeito ao Direito civil brasileiro, pode-se afirmar que o emprego da autotutela sempre foi *típica e taxativamente* estabelecido já pelo Código Civil de 1916, em hipóteses intimamente correlacionadas com a proteção da propriedade e da posse.²³

Tratam-se dos casos lembrados e consagrados por parte do legislador de 2002, relativamente ao *direito de retenção*²⁴, ao *desforço imediato*²⁵, ao *penhor legal*²⁶, ao *direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do*

22 De acordo com Norberto BOBBIO, “A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima ‘Tem razão quem vence’ é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima ‘Vence quem tem razão’; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da ‘supremacia da lei’ (rule of law)”. BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. 4ª ed. Trad. João Ferreira. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, pp. 97-98.

23 Curioso anotar, nesse sentido, mais um excepcional exemplo de como a ideologia liberal-patrimonialista continuou e continua, em larga escala, a inspirar e reger o direito do século XXI.

24 “Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador.”

“Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas.”

“Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.”

“Art. 1.433. O credor pignoratício tem direito:

I - (...)

II - à retenção dela, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua.”

“Art. 1.434. O credor não pode ser constrangido a devolver a coisa empenhada, ou uma parte dela, antes de ser integralmente pago, podendo o juiz, a requerimento do proprietário, determinar que seja vendida apenas uma das coisas, ou parte da coisa empenhada, suficiente para o pagamento do credor.”

25 “Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.”

26 Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção:

I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;

II - o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.”

*prédio*²⁷, e aos chamados *atos justificados*, ou seja, aqueles praticados em legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de direito.²⁸

Todavia, a grande novidade da legislação civil nacional no tema da autotutela, aparentemente ainda pouco explorada pela doutrina, diz respeito à possível abertura do sistema do direito privado para o que podemos chamar de *atipicidade da autotutela*, capaz de fundamentar expressivamente a proteção inibitória material dos direitos e, em especial, dos direitos fundamentais.

Essa abertura à autodefesa no campo do direito privado se deve, segundo sustentamos, à inserção de alguns dispositivos no Código Civil brasileiro que, se sistemática e teleologicamente interpretados, viabilizam uma verdadeira tutela inibitória dos direitos.

Ao tratar do Direito das obrigações, e mais especificamente do inadimplemento das obrigações de fazer e de não fazer, o Código Civil estabelece, nos artigos 249 e 251, para além do já consagrado modelo da solução indenizatória em perdas e danos, a possibilidade de o credor exigir a tutela específica da obrigação inobservada.²⁹

Além disso, porém, a legislação brasileira passou a autorizar o credor a, em casos de urgência, por intermédio de terceiros ou por conta própria e “independentemente de autorização judicial”, satisfazer a sua pretensão, sem prejuízo do direito de vir a ser posteriormente ressarcido pelas perdas e danos suportados.³⁰

Tais dispositivos, conforme a autorizada doutrina de Ada Pellegrini GRINOVER, inauguram no Brasil renovadas e importantes modalidades de autotutela:

27 “Art. 1.283. As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.”

28 “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.”

29 Nesse sentido, o Código Civil veio a reforçar a *tutela específica* processualmente já garantida por força do sistema art. 461 do Código de Processo Civil que, reformulado pela Lei nº 8952/94, estabelece: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. §1.º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. §2º. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). §3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §4º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. §5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. §6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

30 “Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.” “Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfazer, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.”

A leitura conjunta dos dois *caput* e respectivos parágrafos dos mencionados dispositivos mostra que a regra geral, inscrita no *caput*, é a da intervenção judicial, enquanto a exceção é constituída pelos parágrafos únicos, que dispensam autorização judicial, constituindo-se em formas de autotutela.(...) A grande novidade do Código Civil, aplicável evidentemente ao regime processual, consiste na nova modalidade de autotutela criada para as obrigações de fazer e não fazer nos parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 supra transcritos. Pressuposto explícito da autotutela nas obrigações de fazer ou não fazer é a *urgência*. O requisito coaduna-se com os próprios fundamentos das formas de autotutela permitidas pelo ordenamento, os quais, como visto, são a impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo, bem como a impossibilidade de se confiar no altruísmo da outra parte, inspirador de uma possível autocomposição. Mas existem pressupostos implícitos da autotutela, que impregnam todo o sistema do Código Civil: o princípio da *boa-fé*, da *eticidade*, da fustigação do *abuso do direito*. Segue-se daí que não é correta a afirmação de que os dispositivos em questão representam um “cheque em branco” para o credor. Embora se tratem de conceitos abertos, indeterminados, não consagram eles uma liberdade ilimitada.”³¹

Como se percebe, pois, é plenamente possível sustentar que os novos dispositivos mencionados, ao autorizar o exercício da autotutela, em casos de urgência, para o adimplemento das obrigações de fazer e de não fazer, podem constituir importantes instrumentos para a concretização da tutela específica dos direitos, seja pelo viés indenizatório, seja pela ótica inibitória.

Com efeito, ao se imaginar a multiplicidade de direitos para cuja concretização específica ou para a sua não violação seja necessária a observância de prestações de fazer e ou de não fazer, facilmente se constata a extraordinária funcionalidade que a autotutela, agora expressa e genericamente prevista pelo Código Civil brasileiro no campo das obrigações de fazer e não fazer, pode proporcionar para a afirmação, tanto preventiva como repressiva, dos direitos.

Maior alcance e efetividade da referida autotutela, todavia, podem ser extraídos a partir de uma interpretação extensiva dos artigos 249 e 251 do Código Civil, que permita sua aplicabilidade para muito além das relações privadas derivadas dos negócios jurídicos.

Muito embora contida em legislação privada, a autorização do Código Civil para a autotutela no campo das obrigações de fazer e de não fazer pode ser compreendida como aplicável também para a satisfação de direitos não obrigacionais, vale dizer, tutelando o cumprimento específico ou a inibição da violação de quaisquer *deveres jurídicos*, ainda que derivados da lei e não de negócios jurídicos.

Semelhante discussão já foi entabulada no Brasil, ainda que sob contexto da tutela jurisdicional, quando da alteração do art. 461 do CPC que, como supra-veri-

31 GRINOVER, Ada Pellegrini, A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil), *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, n. 10 - jul./dez. 2007, pp. 17-18.

ficado, implantou um importante e revolucionário sistema de proteção judicial das “obrigações de fazer e de não fazer”.³²

Evidentemente que não se desconhecem nem se menosprezam as dificuldades hermenêuticas que podem obstaculizar a compreensão ampla do sentido de “obrigações de fazer e de não fazer”, contida nos artigos 249 e 251 do Código Civil ora tratados, como “deveres de fazer e de não fazer”, sobretudo por se tratar de legislação privada e regulação tópica do chamado “Direito das Obrigações”.

Contudo, diante do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, que trouxe consigo a necessidade de funcionalização dos institutos privados no intuito supremo da afirmação dos direitos fundamentais (que, como antes verificado, devem ter aplicabilidade direta e imediata sobre o direito privado), parece bastante razoável sustentar a extensão da autorização da autotutela referida para a proteção de outros direitos, cuja concretização ou não violação dependam da observância de deveres constitucional ou legalmente estabelecidos.

Mesmo que não se abone a interpretação ora sustentada, há ainda outro possível fundamento legal, também oriundo da codificação civil brasileira de 2002, para justificar a autotutela de direitos relativos à personalidade.

Trata-se da previsão contida no art. 12 do Código Civil, segundo o qual “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

Nesse específico campo dos direitos de personalidade, destaque-se, há muito se preconiza a imprescindibilidade de se inferir, não só da legislação ordinária, mas do próprio texto constitucional brasileiro (CF, arts. 1º, III, 3º, III e 5º, *caput*, inciso X e § 2º), a existência de uma verdadeira “cláusula geral de proteção da personalidade”, a ser implementada por via de renovadas e adequadas técnicas que superem o inapro-

32 À época, parte da doutrina, fundada sobretudo na interpretação literal do referido dispositivo, supôs que a *tutela específica das obrigações*, garantida inclusive por via de técnicas coercitivas e subrogatórias, diria respeito tão somente às *obrigações* civis, não sendo extensível para a proteção de outros direitos de natureza não obrigacional. Contra tal entendimento reducionista, reagiu TALAMINI, dentre outros processualistas, após enfrentar a correlação de gênero e espécie existente entre os termos “dever jurídico” e “obrigação”, “O sistema das tutelas estabelecido a partir do art. 461 não se limita às obrigações propriamente ditas. Estende-se a todos os *deveres jurídicos* cujo objeto seja um fazer ou um não fazer – como reconhecido pela doutrina. Não faria sentido a lei excluir de regime de proteção mais adequado os deveres não obrigacionais. Precisamente entre estes é que se apresentavam algumas das situações mais críticas em face das deficiências do anterior regime. (...) As regras em exame, portanto, disciplinam a consecução do resultado de deveres derivados de direitos relativos (obrigacionais ou não) e absolutos (reais, da personalidade etc), públicos e privados – com as evidentes ressalvas acerca da eventual existência de vias especiais de tutela. O sentido de “obrigações” alcança até mesmo os interesses difusos – para os quais, porém, há via específica, equiparável à do art. 461. O art. 461 dá suporte a provimentos destinados a cessar ou impedir o início de condutas de afronta a qualquer direito da personalidade ou, mais amplamente, a qualquer direito fundamental de primeira geração. Aí se inserem a integridade física e psicológica, a liberdade em suas inúmeras facetas (de locomoção, associação, crença, profissão...), a igualdade, a honra, a imagem, a intimidade etc. – todos considerados em seus vários desdobramentos. A proteção jurisdicional pode ser necessária tanto perante ações indevidas estatais quanto de particulares. (...) Em síntese, “obrigação” no art. 461 assume o sentido larguíssimo de dever jurídico.” TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, pp. 125-129.

priado modelo patrimonialista que oferece insatisfatória resposta repressiva contra a violação dos direitos.³³

Nesse sentido, conforme TEPEDINO,

Nem parece suficiente o mecanismo simplesmente repressivo, próprio do direito penal, de incidência normativa limitada aos momentos patológicos das relações jurídicas, no momento em que ocorre a violação do direito, sob a moldura de *situações-tipo*. A tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão-sanção), exigindo, ao reverso, instrumentos de promoção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado. (...)

A tutela da personalidade – convém, então, insistir – não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção de dignidade humana.³⁴

Assim sendo, para além de a literalidade da redação do referido dispositivo (art. 12 do Código Civil) abrir margem para que se conclua tratar-se de autorização ordinária para o exercício da autotutela na defesa dos direitos de personalidade (sobretudo se combinado com os parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do mesmo Código Civil), pode-se afirmar que *o direito à autodefesa possui assento diretamente constitucional no Brasil*, mais especificamente, para a proteção do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Com efeito, ao inaugurar o título II, atinente aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, a Constituição Federal brasileira, em seu art, 5º, *caput*, estabelece que “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 (...)”.

Ora, se o que se objetiva assegurar primordialmente, como direito fundamental, é a “inviolabilidade” e não a “reparação dos danos causados” à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, parece claro que, em relação a tais direitos, antes mesmo de o Estado prestar as mais eficientes formas de tutela imagináveis, abre-se ao

33 Analisando especificamente o art. 12 do Código Civil e a necessidade de uma tutela preventiva aos direitos de personalidade, Paulo NADER conclui que “quase sempre, quando se recorre ao Judiciário, está-se diante do fato consumado, não restando outro caminho senão o de se pleitear ressarcimento, além de eventual procedimento criminal. Os órgãos da Administração Pública e o Judiciário podem, todavia, atuar preventivamente, evitando que a violação dos direitos se concretize. Aliás, a finalidade primordial do direito é esta, mediante dispositivos de intimidação, evitar a quebra da harmonia e da paz social. *Curso de direito civil – parte geral*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 191.

34 TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 46-50.

próprio titular do direito a autorização, intuitiva até, de que atue, sempre que necessário e urgente, para autotutelar-se contra qualquer ameaça razoável da sua violação.

Dessa forma, em que pese todo o preconceito ideológico contra o emprego da autotutela nos sistemas jurídicos atuais, parece certo que o tema merece ser cuidadosamente revisitado, no intuito de se verificar um possível redimensionamento e re-fundamentação do exercício da autodefesa, sobretudo no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais.

A toda evidência, não se deseja defender a volta do emprego da “vingança privada”, da “força bruta” ou da “lei do mais forte” para justificar, indevidamente, a autodefesa dos direitos.

Muito ao contrário, apenas se suscita a viabilidade de, sem descurar do possível e necessário controle jurisdicional *a posteriori*, referentemente ao uso arbitrário das próprias razões e ao abuso do direito (a serem viabilizados por via da aplicação de princípios tais como o da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa fé), abrir-se definitivamente o caminho para a aceitação de uma renovada forma de autotutela que, consentânea com os valores e as necessidades da vida social do século XXI, demonstre-se apta a se antecipar ou a complementar a tutela estatal, nem sempre presente, nem sempre acessível, nem sempre célere, nem sempre efetiva.

3. A responsabilidade civil e as despesas preventivas

Com base nas premissas supra delineadas, a autotutela pode ser caracterizada como relevante instrumento preventivo, capaz de abrir novas perspectivas dentro do direito da responsabilidade civil.

Isso porque, ao se autorizar o emprego justificado e razoável da autodefesa em todas as hipóteses de sérias ameaças aos direitos fundamentais, pode-se operar uma verdadeira inversão do próprio emprego do sistema de tutela jurisdicional.

Para melhor esclarecer tal inversão, não se pode deixar de anotar que, atualmente, ignorada a autorização da autotutela, o que se tem verificado é a multiplicação da jurisdicionalização das tutelas de urgência (cautelares e inibitórias, muitas vezes pretendidas antecipatoriamente), em dramáticas e nem sempre bem sucedidas buscas por proteções contra a violação dos direitos.

Por outro lado, abrindo-se a possibilidade de o próprio titular do direito ameaçado agir materialmente, mediante diversas formas de autotutela, para a preservação integral do direito ameaçado, o emprego da tutela jurisdicional ficaria relegada, então, *a posteriori*, para garantir eventuais e possíveis pretensões de ressarcimento não apenas pelas perdas e danos suportados (decorrentes do insucesso da autodefesa) como, também, pelos custos gerados com a proteção preventiva.

Vale dizer, preserva-se a incolumidade do direito em essência, repassando-se ao agressor responsável pela injusta ameaça a responsabilidade de ressarcimento pe-

los custos da prevenção suportados pelo titular do direito (autotutela) ou mesmo por terceiro em sua defesa.

Precisamente nesse sentido, o “European Group on Tort Law”,³⁵ ao enunciar quais seriam, sob a perspectiva de suas pesquisas, os princípios do direito europeu de responsabilidade civil, propugna pela adoção de uma nova categoria de danos indenizáveis, correspondentes justamente àqueles derivados das despesas havidas com a prevenção dos danos.

Destacam-se a seguir o pertinente enunciado do princípio e sua correspondente justificação:

Art. 2:104. Despesas preventivas: As despesas realizadas com vistas a prevenir uma ameaça de dano são consideradas dano ressarcível, desde que a realização dessas despesas se revele razoável. (...)

Objetivo desse artigo: O artigo aborda uma subcategoria de dano ressarcível. Trata-se de despesas expandidas antes que um dano ocorra. O artigo também se aplica a despesas de prevenção se nenhum dano ocorreu, seja porque as precauções impediram a ocorrência do dano ou ameaça, ou porque o risco não se concretizou. Para todos estes casos o art. 2:104 dispõe que se as medidas financiadas pelos gastos eram razoavelmente aptas a impedir a ameaça de dano tais despesas são reembolsáveis. Se as precauções e as despesas respectivas foram razoavelmente idôneas, isso deve ser avaliado a partir de um ponto de vista objetivo de uma pessoa sensata e cuidadosa, que tem de pesar os riscos com antecedência. Portanto, as despesas de prevenção podem ser ressarcidas mesmo se o risco de danos não se materializou e uma retrospectiva revele que as precauções tomadas eram desnecessárias. E também quando a ameaça de dano finalmente se concretiza apesar de razoáveis precauções as despesas preventivas ainda permanecerão ressarcíveis. Todavia, nesses dois casos, deve ser particularmente julgado – por via de de um ponto de vista ex ante – se as precauções tomadas e as despesas conformam-se ao standart de razoabilidade.³⁶

35 Trata-se de grupo acadêmico sediado em Viena, formado no ano de 1992 e apoiado pelo Institut of European Tort Law, integrado por pesquisadores de diversos países, especificamente no campo do direito da responsabilidade civil, que objetiva avaliar os diversos sistemas de responsabilidade e propor inovações para o seu desenvolvimento. Endereço eletrônico <http://civil.usg.edu/php//index.php?id=128>

36 “Art. 2:104. Preventive expenses: Expenses incurred to prevent threatened damage amount to recoverable damage in so far as reasonably incurred.

The Article covers a subcategory of recoverable damage. It deals with expenses spent before a damage has occurred. The Article even applies to preventive expenses if no damage occurred at all either because the precautions prevented the occurrence of the threatened damage or because the risk did not materialise. For all these cases Art. 2:104 provides that if the measures financed by the expenses were reasonably apt to prevent the threatened damage such expenses are recoverable. Whether the precautions and the respective expenses were reasonably apt must be assessed from an objective point of view of a reasonable and careful person who has to weigh the risks in advance. Therefore preventive expenses can be recovered even if the risk of damage did not materialise and hindsight revealed that the precautions taken were unnecessary. And equally where the threatened damage finally occurs despite reasonable precautions the preventive expenses still remain recoverable. However, in these two cases it must be particularly thoroughly adjudicated – from an ex-ante point of view – whether the taken precautions and expenses conformed to the standart of reasonableness”, European Group on Tort Law, *Principles of european tort law*, Springer Wien New York, 2005, p. 37-38.

Na verdade, as chamadas “despesas preventivas” já estão incorporadas ao direito comunitário europeu, sendo especificamente previstas em matéria de proteção ambiental.

A Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 21 de Abril de 2004, estabeleceu regras relativas à responsabilidade ambiental objetivando “estabelecer um quadro comum de prevenção e reparação de danos ambientais a custos razoáveis para a sociedade” que, se não podem ser suficientemente realizados pelos próprios Estados-membros, podem ser também alcançados ao nível comunitário, pela intervenção direta (ainda que subsidiária) dos órgãos executivos da União Europeia.

Dentre as considerações da referida Diretiva, fundada no princípio do «poluidor-pagador», prescreve-se que

O operador que cause danos ambientais ou crie a ameaça iminente desses danos deve, em princípio, custear as medidas de prevenção ou reparação necessárias. Se a autoridade competente atuar, por si própria ou por intermédio de terceiros, em lugar do operador, deve assegurar que o custo em causa seja cobrado ao operador. Também se justifica que os operadores custeiem a avaliação dos danos ambientais ou, consoante o caso, da avaliação da sua ameaça iminente. Os operadores devem suportar os custos respeitantes às medidas de prevenção se estas tiverem, em qualquer caso, de ser tomadas por eles em cumprimento de disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regulem as suas actividades, incluindo eventuais licenças ou autorizações.³⁷

Na regulação específica do ressarcimento das despesas com as medidas de proteção ambiental, dispõe o art. 8º da Diretiva 35/2004:

Artigo 8º. Custos de prevenção e de reparação.

1. O operador suporta os custos das ações de prevenção e de reparação executadas por força da presente diretiva.
2. Sob reserva do disposto nos nº 3 e 4, a autoridade competente deve exigir, ao operador que causou o dano ou a ameaça iminente de dano, nomeadamente através de garantias sobre bens imóveis ou de outras garantias adequadas, o pagamento dos custos que tiver suportado com as ações de prevenção ou de reparação executadas por força da presente diretiva. Todavia, a autoridade competente pode decidir não recuperar integralmente os custos, quando a despesa necessária para o efeito for mais elevada do que o montante a recuperar, ou quando o operador não puder ser identificado.
3. Não é exigido ao operador que suporte o custo de ações de prevenção ou de reparação executadas por força da presente diretiva, se este puder provar que o dano ambiental ou a ameaça iminente desse dano:
 - a) Foi causado por terceiros e ocorreu apesar de terem sido tomadas as medidas de segurança adequadas; ou
 - b) Resultou do cumprimento de uma ordem ou instrução

³⁷ Diretiva 2004/35/CE, texto integral traduzido encontrado no endereço eletrônico <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:PT:PDF>

emanadas de uma autoridade pública que não sejam uma ordem ou instrução resultantes de uma emissão ou incidente causado pela atividade do operador. Nestes casos, os Estados-Membros devem tomar as medidas adequadas para permitir ao operador recuperar os custos incorridos.³⁸

A mesma tendência segue o projeto de lei de reforma do Código Civil francês, em cujo artigo 1344 se propõe que “as despesas havidas para prevenir a realização iminente de um dano ou para evitar o seu agravamento, assim como para reduzir suas conseqüências, constituem um prejuízo reparável desde que tenham sido razoavelmente suportadas.”³⁹

Assim, o mecanismo da autotutela, agregado à ideia da plena ressarcibilidade das despesas preventivas, parece mesmo ser uma das formas adequadas de se viabilizar a efetiva proteção dos direitos fundamentais, sobretudo de natureza extrapatrimonial: o titular do direito tem a autorização constitucional e infraconstitucional para se auto defender, empregando os meios de que dispõe (materiais, econômicos etc), sendo-lhe sempre deferido o direito de buscar tutela jurisdicional repressiva, quando não dos danos, dos custos gerados com a lícita e razoável proteção pessoal dos direitos.

Por outro lado, ao se qualificar as despesas com a prevenção contra o risco razoável de violação dos direitos como autênticos “*danos preventivos*”, cria-se ambiente profícuo não apenas para incentivar a autotutela como, ao mesmo tempo, para aumentar o nível de cuidado geral relativamente aos deveres de não violação dos direitos, na medida em que a criação de riscos ou ameaças injustificadas de violação a direitos alheios pode vir a gerar o dever de reparar gastos preventivos.

Vale dizer, abrem-se renovadoras e estimulantes perspectivas de autotutela dos direitos, baseada na ponderação de razoabilidade e de proporcionalidade da necessidade, natureza e meios empregados para a reação defensiva.

4. Referências

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

BACH, Louis. Fondement de la Responsabilité en Droit Français. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº1, janvier-mas, LXXV, Paris: Sirey, 1977.

38 Diretiva 2004/35/CE, texto integral traduzido encontrado no endereço eletrônico <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:PT:PDF>

39 “L'article 1344: Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour écarter son aggravation ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées”. Texto do anteprojeto de alteração do código francês consultado no endereço eletrônico http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

- BARROSO, Luiz Roberto. *Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*; TEPEDINO, Gustavo (org.). São Paulo: Atlas, 2008.
- BOBBIO, Norberto *As Ideologias e o Poder em Crise*. 4ª ed. Trad. João Ferreira. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.
- _____. *Da estrutura à função – novos estudos da teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.
- CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil*. México: Oxford University Press, 1999, p. 38.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1965.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. *Principes fondamentaux de la responsabilite civile en droit bresilien et compare*. 1998.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª Ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.
- DUGUIT, León. *Les transformations générales du droit prive depuis le Code Napoleon*. Paris: Felix Alcan, 1912.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Áustria: Springer Wien New York, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). *Revista brasileira de direito constitucional – RBDC*, n. 10 – jul./dez. 2007
- HIRONAKA, Giselda Maria F. N. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- KOURILSKY, Philippe e VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Paris Editions Odile Jacobs, 2000.
- LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil – parte geral*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SEGUÍ, Adele M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 52, out.-dez., 2004.

SCHÄFER, Hans-Bernd and OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2004.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?). *Revue Trimestrelle de droit Civile*, n.º 3, 1999.

TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. 11 ed. Milano: Giuffrè, 1996.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2ª ed. Paris: Economica, 1989.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2007.

IV

DIREITO DAS COISAS

25

A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL SEM REGISTRO: ENSAIO SOBRE UMA REALIDADE A PARTIR DA DIMENSÃO FUNCIONAL DO DIREITO CIVIL

Alexandre Barbosa da Silva¹

SUMÁRIO: 1. Palavras iniciais – 2. O discurso proprietário clássico sobre imóveis – 3. A constituição e a ideia sobre pré-compromissos e restrições – 4. Do individualismo proprietário à funcionalização: a propriedade e o contrato contemporâneos – 5. A superação do formalismo registral pela realidade: caso concreto versus casuísmo judicial – 6. Considerações Finais – 7. Referências.

1. Palavras iniciais

A aquisição da propriedade imóvel no Brasil, a partir de atividades jurídicas que se constituam em títulos de compra e venda, permuta ou doação, tem por fundamento o art. 1245 do Código Civil e seus parágrafos, que são expressos em afirmar da transferência do bem apenas e tão somente no momento do registro do contrato no cartório de imóveis.

Qualquer outro formato de apropriação documental não é considerado pelo Direito como translativo de propriedade quando se está a tratar de imóveis. Ainda

¹ Doutorando em Direito na Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Professor de direito civil na graduação e pós-graduação da UNIVEL e da Escola da Magistratura do Paraná. Bolsista CAPES no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior nº 9808-12-4, com Estudos Doutorais na Universidade de Coimbra.

que tenha por finalidade a transmissão, mesmo que de boa-fé e com cumprimento regular das obrigações entre as partes, não gera suficiência a concluir o pacto.

Pode a pessoa exercitar todos os poderes inerentes à propriedade descritos no art. 1228 do Código Civil, mas, sem registro, não será proprietário, ainda que toda a construção fática demonstre essa condição.

Isso, em virtude da intenção codificada de regradar exaustivamente o trânsito imobiliário, com um controle direto do Estado, na tentativa de assegurar, por meio da abstração da lei e do individualismo proprietário, segurança ao dono, que permita mantê-lo à salvo de questionamentos e perturbações sobre sua titularidade.

Em que pese esse propósito de segurança nas transações imobiliárias, não se pode tapar os olhos à realidade que persiste em desafiar a letra codificada, mormente ao considerar-se a quantidade de pessoas que detém imóveis com documentação de aquisição sem registro, não por sua vontade, mas por obstáculos burocráticos atinentes ao próprio sistema ou em razão de peculiaridades relacionadas a cada caso concreto.

A primeira tentativa de resolução prática da questão, comumente utilizada pelos advogados, é o ajuizamento de Ações de Usucapião, no mais das vezes frustradas em face da ausência de todos os requisitos autorizativos da medida. Outra, como no caso de dupla contratação pelo vendedor, é a via da Ação Anulatória. Aludidas experiências, no entanto, nem sempre resultam no prestígio da realidade, e as tutelas jurisdicionais, em grande parte fundamentadas no apego estrutural do Código, são negativas aos “verdadeiros proprietários”.

O que se busca com o presente escrito é uma proposta de reflexão sobre a superação desse burocrático modelo constitutivo da propriedade imóvel, a partir de um viés que, fulcrado no direito civil de matriz constitucional, permita o acesso do “não proprietário” que seja titular de um contrato firmado e cumprido de boa-fé ao direito de se ver constituído na propriedade do bem, mesmo sem o formalismo oitocentista do registro.

Não se trata de rompimento com a “segurança”² oriunda do instituto, mas da necessidade do “compartilhamento dessa segurança”, que deve alcançar, igualmente, o adquirente do bem que tenha exercitado regularmente as atividades que conduzam à finalidade proprietária.

2 Segurança que não se revela como uma verdade sequer razoável, especialmente diante dos muitos litígios questionando a veracidade de dados e registros imobiliários. Veja, por exemplo, que o CNJ determinou em 2010 o cancelamento de inúmeros registros imobiliários na comarca de Altamira, no Estado do Pará, abrangendo uma área superior a 410 milhões de hectares, que equivale à metade de todo o território brasileiro. Os fundamentos foram diversas irregularidades em matrículas, que datam desde o ano de 1934, passando por 1964 e 1988. O CNJ criou o Comitê Executivo do Fórum Nacional para Monitoramento e Resolução de Conflitos Fundiários Rurais e Urbanos, por meio da Portaria nº 491 de 11 de março de 2009, que tem como função, dentre outras, “o estudo e monitoramento da atividade dos cartórios de registro de imóveis, nas questões relacionadas à ocupação do solo rural e urbano”, nos termos do inciso VI de seu art. 2º. Essa atuação do Comitê, no Estado do Pará, foi a primeira de outras que acontecerão em outros Estados. Para conferir a informação, acesse: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7566&Itemid=675

Os direitos fundamentais devem servir à efetiva proteção da pessoa, não mais considerada abstratamente como nos Códigos da modernidade, mas percebida a partir da realidade e concretude da vida.

Para além da estrutura rígida, abstrata e conceitual do Código Civil, está o raciocinar funcionalizante, que deve ter ocasião no estudo da propriedade, do contrato e da família. Deseja-se, com isso, suscitar atenção para a urgente e insuperável necessidade de enfrentamento dos problemas e questões oriundas das realidades, complexas e plurais, havidas no convívio social, sob um fundamento que tenha por nascedouro a principiologia constitucional e, mais especificamente, a função social dos institutos fundamentais do Direito Civil.

O desafio, portanto, está em propiciar a realização do Direito aos denominados “não proprietários”, com a concretização da função social da propriedade e do contrato.

A temática será desenvolvida em quatro momentos: a exposição do estado da arte da apropriação imobiliária no Brasil; uma reflexão em torno do conteúdo constitucional a partir de pré-compromissos e restrições; a demonstração da importância de se transitar da estrutura para a função no estudo da propriedade e do contrato; uma discussão sobre a superação do formalismo registral pela realidade.

2. O discurso proprietário clássico sobre imóveis

As estruturas clássicas do discurso proprietário pairam sobre a segurança nas relações interpessoais, uma vez que a desconfiança é a regra no trato social.

No que tange aos imóveis, o modelo brasileiro, que envolve uma mescla do sistema germânico com o romano, pretende separar relativamente os planos do direito das obrigações e dos direitos reais. A transmissão imobiliária somente se aperfeiçoará com a somatória dos resultados de dois eventos: um de cunho obrigacional e outro real. Primeiramente, realiza-se um contrato público (escritura pública), que serve para a manifestação de vontade do alienante em entregar o bem, e do adquirente em recebê-lo, de forma onerosa, gratuita ou por permuta. Uma vez cumpridas as obrigações reciprocamente, surge a obrigatoriedade de que tal acordo seja registrado no Cartório de Registro de Imóveis, para que, agora sim, seja a propriedade transferida ao novo dono.

Por isso falar-se em separação dos planos na transmissão imobiliária. O contrato, em verdade, tem a única função de reger as obrigações, não sendo suficiente à constituição da propriedade. Trata-se de construção teórica, oriunda do direito civil dos oitocentos, que desejava imprimir uma maior segurança ao titular da propriedade, a partir de documentação aferida por órgão estatal, como presunção de publicidade e regularidade do domínio. O registro, assim, é o ato gerador do direito real de propriedade sobre o imóvel, com eficácia *erga omnes*.

O art. 1245 do Código Civil de 2002, que repisou, com alguns ajustes de vernáculo, o art. 530 e 531 do Código de 1916³, orienta a intenção do legislador – pautado na proposta do codificador Clóvis Beviláqua – de separar os planos de negociação e aquisição da propriedade.

A sistemática, então, pode ser resumida da seguinte forma: a) as partes fazem um contrato em que o devedor apenas *promete* pagar e o comprador tão somente *promete* transferir “o domínio”; b) “o domínio” somente é transferido com o registro do contrato.

Os direitos reais⁴ configuram as relações entre a pessoa e a coisa, de forma absoluta, direta e imediata, não sendo a ninguém lícito interferir nessa ligação. Esta a lição da doutrina clássica ou realista, oriunda da pandectística alemã (CORDEIRO, 1993, p. 224). A teoria personalista dos direitos reais, por sua vez, defende a impossibilidade de haver ligação entre pessoa e coisa, mas, sim, do proprietário com toda a coletividade, que deve se abster de incomodar o direito do titular. Windschied (na Alemanha) e Planiol (na França) foram os expoentes desta teoria. No centro, a teoria mista, que une o que as duas guardam de útil, ou seja, há direito sobre a coisa e este deve irradiar perante terceiros. (VIEIRA, 2008, p. 77-83)

Diversamente, os direitos obrigacionais informam-se por uma relação entre pessoas, onde o titular de um direito (credor) possa exigir de outro (devedor) o cumprimento de uma prestação, havida em uma relação jurídica específica entre eles.⁵

O exame das fases da relação obrigacional e real tem grande relevância na dogmática orientadora do Código, assim como da doutrina clássica que até hoje se mantém, especialmente porque se refere aos efeitos “entre as partes” e aos efeitos “perante terceiros”. Esse, pode-se afirmar, é o paradigma forte que fundamenta a separação de planos.

Os planos de que se fala para os bens imóveis, portanto, são os planos da negociação e do adimplemento (obrigacionais) e o da constituição do direito proprietário (real).⁶

Nesse formato jurídico que diferencia os planos, pode-se falar em uma separação total ou parcial, de acordo com os caminhos que devam trilhar as causas e as atividades dos participantes do negócio complexo. É o que distingue os vários siste-

3 Na descrição original do Código Civil de 1916: “Art. 530. Adquire-se a propriedade imovel: I. Pela transcrição do titulo de transferência no registro de imovel.”; “Art. 531. Estão sujeitos á transcrição no respectivo registro, os titulos translativos da propriedade imovel, por acto entre vivos.” (SIQUEIRA, 1922. p. 204).

4 Lembre-se que o Código Civil, na pretensão de não atribuir direitos reais à posse, nomina o Livro III da parte especial como “Direito das Coisas”.

5 Neste sentido: LOBO, 2005, p. 16. Vide, ainda: VARELA, 2012, p. 15-16.

6 A lição de Clóvis do Couto e Silva: “Essa duplicidade de planos – sobre os quais se fundamenta o sistema do nosso Código Civil – torna impossível, como se afirmou, qualquer tentativa de tratarem-se unitariamente os negócios jurídicos. Quem vende um imóvel, por escritura pública, não necessitará de outro ato, ou de outra declaração de vontade, para que possa ser realizado o registro, pois, na vontade de vender – frise-se mais uma vez – está a vontade de adimplir, de transmitir, que, por si só, é suficiente para permitir o registro no albo imobiliário.” (SILVA, 2006, p. 56)

mas de transmissão imobiliária pelo mundo, com destaque para o formato alemão e o modelo franco-italiano.

Pelo sistema da separação absoluta dos planos, que tem como grande modelo o do direito germânico, o BGB de 1896 separou objetivamente o contrato de compra e venda do ato que transfere a propriedade. (RUZYK; FRANK, 2011, p. 143). Clóvis do Couto e Silva explica que o sistema se divide em três etapas absolutamente delimitadas e específicas: uma primeira, em que o contrato de compra e venda tem por finalidade estipular o bem, as partes e os valores (negócio obrigacional); a segunda, que se refere a outro negócio, em que acontece o acordo de transmissão a respeito da propriedade do bem vendido (negócio de direito das coisas); e o último momento, denominado por acordo de transmissão sobre o preço (também negócio jurídico de direito real). (SILVA, 2006, p. 55)

A grande peculiaridade do sistema da separação total dos planos, é que existem três manifestações de vontade, em três atos diferentes.

Na separação relativa, os planos são, apenas, um de obrigações, que corresponde à vontade recíproca da alienação e do compromisso em repassar a propriedade, e outro de direitos reais, que é o registro. Aqui, o que se registra é o contrato de compra e venda obrigacional. Na separação absoluta são dois contratos diversos: o obrigacional e o real. O que se registra é o contrato real. (BESSONE, 1988, p. 32.)

O modelo de separação dos planos é o que tem por base uma distinção, formal e abstrata, dos direitos reais e obrigacionais. Já mereceu crítica na própria Alemanha, em virtude de seu conteúdo acentuadamente abstrato, tendo, em situações específicas, sofrido “temperamentos” para adequar-se a casos concretos em que se verificam contratos reais contrários aos “bons costumes”. (SILVA, 2006, p. 50)

Em sentido inverso ao da separação, existe o sistema consensual, onde a obrigação de transferir e a efetiva transferência da propriedade se concretizam em negócio único, diretamente no contrato. É o exemplo dos países de influência franco-italiana.

O consensualismo é movimento que, no âmbito da aquisição da propriedade, atribui ao contrato o caráter completo de manifestação de vontades e de transmissão dos bens. No caso de imóveis não é diferente, o mero consenso é constitutivo da propriedade imóvel. A influência maior desse sistema vem do *Code Napoléon*, onde não havia institutos correspondentes aos modos de adquirir voluntários e derivados do direito romano, de forma que tudo se resolve na venda. O registro, naquele país, é meramente declarativo, gerando força apenas contra terceiros. (BESSONE, 1988, p. 28)

No direito francês até hoje o sistema é o consensual (MATHIEU, 2010, p. 114-115), da mesma maneira que o italiano⁷⁻⁸

Importante lembrar que o formato de conceber-se maior solenidade à aquisição imobiliária, que Orlando Gomes trata como “riqueza imobiliária”, está na cotação econômica mais significativa dos imóveis no mercado dos noventa e nove (GOMES, 1998, p. 136). Hoje, por certo, aludido requisito não tem mais o condão de justificar tão elevado formalismo, visto que são múltiplos os exemplos de bens móveis – materiais ou imateriais – acentuadamente mais valorizados do que imóveis.

Tranquilo, por conseguinte, e sem maiores polêmicas no Direito Civil patrimonial atual, que a propriedade imóvel é constituída pelo registro, cuja presunção de publicidade faz nascer o dever geral de abstenção de terceiros para com o direito do proprietário.

Essa conjectura geral de abstenção, no entanto, tem sido objeto de agudas críticas, no sentido de que o contrato também gera a obrigação de respeito por pessoas alheias ao pacto e, dessa maneira, um dever geral de abstenção. É o pensamento de António Menezes Cordeiro, para quem “os direitos pessoais também são protegidos pelo ‘dever universal de respeito’; neste sentido, são tão oponíveis como os direitos reais.” (CORDEIRO, 1993, p. 309)

Afigura-se como suficiente, por agora, afirmar que uma das “mitologias jurídicas da modernidade”, repetindo-se as palavras de Paolo Grossi⁹, é a de que o direito real, por gerar um dever geral de abstenção, vai tornar a propriedade imóvel algo perpétuo, seguro e inatingível por terceiros.

3. A Constituição e a ideia sobre pré-compromissos e restrições

A construção do Estado moderno tem por base o fundamento de pré-compromissos e restrições, especialmente quando se remonta ao pacto/contrato social de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

7 Como afirma Nicoletta Muccioli: “L’art. 1376 c.c. espressamente prevede che, dati determinati presupposti, la manifestazione del consenso delle parti è sufficiente al prodursi dell’effetto traslativo-costitutivo. Stando al dettato della norma (nel combinato disposto con l’art. 922 c.c.), la trascrizione e la consegna non appaiono deputate a svolgere una funzione costitutiva dell’acquisto; piuttosto il contratto traslativo rappresenta, nel contempo, il titolo e il modo dell’acquisto.” (MUCCIOLI, 2004, p. 89)

8 Portugal também tem como modelo de transmissão proprietária sobre imóveis o mero consenso. O contrato transfere a propriedade e o registro o garante perante terceiros. É um plus, que proporciona maior tranquilidade em caso de discussão judicial sobre os termos e forma da aquisição, como, por exemplo, o caso de dupla alienação. António dos Santos Justo explica que: “O nosso Código dispõe que ‘o direito de propriedade adquire-se por contrato’ e determina ainda que ‘a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvo as exceções previstas na lei’” E continua o autor: “Esta solução, que consagra o princípio *consensus parit proprietatem*, foi introduzida no nosso direito pelo Código de Seabra que se inspirou no Code Civil francês, influenciado pela Escola Racionalista do Direito Natural.” (JUSTO, 2012, p. 279-280).

9 Afirma o autor: “O Código fala ao coração dos proprietários, é, sobretudo a lei tuteladora e tranquilizadora da classe dos proprietários, de um pequeno mundo dominado pelo ‘ter’ e que sonha em investir as próprias poupanças em aquisições fundiárias (ou seja, o pequeno mundo da grande *comédie* balzaquiana).” (GROSSI, 2004, p. 130)

Isso porque, na construção de cada um desses autores, ainda que com suas peculiaridades, vê-se o grupo social abrindo mão de liberdades individuais em prol de uma segurança coletiva.

Quando se fala em pré-compromissos e restrições como paradigma para a edificação do ideal constitucional contemporâneo, existe razoável sintonia com aquele pacto social, ou seja, são criadas normas, a partir de um consenso (ainda que majoritário) descrevendo o que cada qual poderá fazer no seu comportamento cotidiano, jurídico e político. Há um compromisso prévio de as pessoas agirão da maneira ótima que o grupo decidiu, restringindo-se em adotar condutas diversas do esperado.

Jon Elster descreve que os pré-compromissos podem nascer de auto restrições, com a finalidade de influenciar no autocontrole das pessoas, servindo de limitador às paixões (ELSTER, 2009, p. 19). Na reflexão do autor, as paixões podem constituir-se em elementos desagregadores das decisões racionais, mas também podem criar os dados que motivem a um pré-compromisso socialmente adequado.

O constituinte, a partir dessa premissa, norteia limites à ação individual que possa prejudicar o conjunto social, mas com base em uma justa medida que, na mesma proporção, não agrida o particular. É a perspectiva de que as restrições sociais somente se justificam se houver benefício da maioria. Fixa, também, pré-compromissos que visem a estimular a evolução da sociedade, cumprindo-se os ideais de desenvolvimento, melhoria das condições de vida e qualidade nas relações intersubjetivas. É o que se espera, em linhas gerais, de uma Constituição.

Mencionados limites e pré-compromissos envolvem o indivíduo, o gestor público e as instituições. E assim deve ser, visando a precaver que alguém, em um momento de desequilíbrio, possa tomar “decisões pouco sábias”. (ELSTER, 2009, p. 119)

No que se refere ao assunto eleito neste escrito, o que se verificou, desde aquele momento de formação do Estado moderno, é que a propriedade imóvel se tornou relevante para as pessoas, o que ensejou a fixação de pré-compromissos de respeito ao que é dos outros, com restrições de acesso ao bem alheio, para uma convivência harmônica no sentido coletivo.

O que se faz necessário de inclusão na pauta dos debates jurídicos e políticos é se (e como) as instituições estão atuando na defesa dos princípios e garantias insculpidos na Constituição, especialmente no trato do acesso à propriedade imóvel.

Nesse contexto, é de examinar-se a postura dos “atores políticos com poder de veto”, ou, em outras palavras, das pessoas que detém alguma forma de poder capaz de influenciar aspectos decisórios vinculantes.

George Tsebelis classifica os aludidos atores como “atores individuais com poder de veto” e “atores coletivos com poder de veto”, considerando-os a partir de sua influência no processo decisório, uma vez que entende o sistema político “como um meio de tomada coletiva de decisão” (TSEBELIS, 2009, p. 37). Tanto os atores individuais, quanto os coletivos, são aqueles cuja atuação é necessária para que se chegue a um consenso, suficiente à alteração do *status quo* (TSEBELIS, 2009, p. 42).

Facilitada, a partir dessa verificação, a percepção de que os pré-compromissos e as restrições são criados por atores sociais, que vinculam as atitudes do coletivo, a partir da justificação de autoridade constitucional, legal e de escolha democrática. Considerar como coerente a escolha de um sistema em que a propriedade se deva adquirir e comprovar unicamente por ato registral em órgão público, de estrutura local, com acentuado ônus financeiro para a parte interessada, é decisão política que merece ser revista, ante ao contexto social majoritário e aos novos recursos tecnológicos disponíveis.

A eleição por esse modelo, anterior até mesmo ao Código Civil de 1916¹⁰, forte na influência do Estado liberal burguês, não parece condizente com a perspectiva de primazia da pessoa, bem como da funcionalização social da propriedade e do contrato, previstos como compromissos constitucionais de 1988.

Como amplamente sabido, os atores que criaram politicamente a ideia de segurança pelo registro de imóveis foram os grandes latifundiários da pré-modernidade. No Brasil, trata-se da elite “proprietária” que via no registro o formato ideal para se proteger da retomada de suas posses (sesmarias) pela própria Coroa concedente¹¹ ou ter documentação probatória (absoluta) de seus imóveis, na medida em que estes alcançam verdadeira relevância econômica somente com o final da propriedade sobre escravos.¹²

Destarte, rediscutir-se o modelo proprietário atual (unicamente pelo registro) não significa apenas efetivar um compromisso constitucional de 1988, mas uma restrição ao individualismo proprietário e à abstração que inviabiliza, pela leitura assistemática dos Códigos, a realização da pessoa humana.

Assim, importante que a reflexão gire em torno de perceber que o Estado brasileiro comprometeu-se constitucionalmente (pré-compromissos) em garantir o direito à propriedade funcionalizada (função social da propriedade e do contrato como efetivador de acesso aos bens da vida), com facultando liberdades que devem ser observadas para garantir direitos e comprometer deveres.

10 A Lei 601, de 18 de setembro de 1850, regulamentada pelo decreto 1.318, de 30 de Janeiro de 1854, instituiu o chamado “Registro do Vigário”, por meio do qual as posses deveriam ser registradas no livro da Paróquia Católica da situação dos imóveis. Em 1864, pela lei 1.237, foi criado o “Registro Geral”, fazendo nascer a “transcrição”. Os Decretos 169-A, de 19 de Janeiro de 1890, e 370, de 2 de maio de 1980, do governo da república, tornaram obrigatória a “Inscrição” e a “Especialização” de todo o direito real de garantia incidente sobre bens imóveis no País. Somente depois veio o Código Civil de 1916, para falar em aquisição pelo registro.

11 Não se ignora que o Código Civil de 1916, republicano, seja a lei inicial a reger o sistema atual do registro obrigatório. Importante perceber, no entanto, já existiam no Império movimentos para individualização da propriedade.

12 Sobre o tema, veja Roberto SMITH: “A principal característica [...] não será a da propriedade privada capitalista da terra, mas sim a da propriedade de escravos; e o não-aparecimento da renda da terra como categoria fundamental, mas sim, a da renda do escravo, que estará presente à lógica da acumulação mercantil.” (SMITH, 1990, p. 141). Em continuação da ideia, Laura Beck Varela afirma que: “urgia encontrar uma válvula de escape, um substituto ao escravo como categoria econômica central. A essa crise do trabalho escravo responderia a elite colonial com o processo de organização da propriedade privada e mercantilização da terra.” (VARELA, 2005, p. 111).

4. Do individualismo proprietário à funcionalização: a propriedade e o contrato contemporâneos

A propriedade, a partir da modernidade, ganha traço individualista, uma vez que o dono do bem alcança liberdade absoluta de agir a partir de seus poderes descritos na lei.

As consequências desse referencial egoístico sempre tiveram por pano de fundo a dominação, a acumulação desigual de riquezas e o atraso do desenvolvimento social na perspectiva da qualidade de vida. Mas isso nasce da construção da esfera pública como “o comum” e da privada como “a propriedade”, na explicação de Hannah Arendt (1997, p. 59 e 69). O comum é o espaço de todos e a propriedade compreende a família e a intimidade.

Paolo Grossi identifica esse momento histórico como aquele em que “o Código fala ao coração dos proprietários”, constituindo-se em lei tranquilizadora de um pequeno mundo dominado pelo “ter”. (2004, p. 130)

A ideia de função, no entanto, é um referencial na busca pela minimização da desigualdade e do egoísmo proprietário. Ao longo do tempo, passa por variadas leituras que vão – por exemplo – desde a limitação do proprietário (ou contratante) em relação a seus bens (ou contratos) até a liberdade de alcançá-los. Em outras palavras, a categoria “função” pode ser empregada em múltiplas faces do conhecimento jurídico.

Antes de se pensar na “função social” de algum instituto do direito civil, primeiro faz-se mister conceber o alcance do vocábulo “função”, o que se buscará nas lições de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk que, a partir de Norberto Bobbio (função com conteúdo de “prestação”) (BOBBIO, 2007) e de Guy Rocher (função como “contributo”), orienta a análise funcional passando por três elementos: algo *que exerce* uma prestação/contributo/papel; algo *que se destina* a esse papel e a prestação/contributo/papel que é a função propriamente dita. (RUZYK, 2011, p. 144-145)

Sob a batuta de Norberto Bobbio, continua, mencionando que o conceito de função relaciona meios e fins, de maneira que “se cogita de uma finalidade de um elemento com relação, ao menos na literalidade do conceito, a um ‘todo’”. A partir disso, pondera que como Bobbio analisa a questão sob o enfoque funcionalista, tomando por “todo” o sistema social, este mesmo “todo” não precisa ser tomado em um “sentido totalizante, e que pode ser, inclusive, os indivíduos.” (RUZYK, 2011, p. 148-149)

A função, assim, não se perfaz tão somente nas atitudes de alguém em prol de um todo social. Por função, deve-se entender, igualmente, ações pretendidas por uma pessoa, ou várias, ou ainda do Direito como um todo, em face de pessoas específicas, em situações individualizadas.

Esse modo de considerar o conteúdo de função permite justificar que o contributo que se deva propiciar, da mesma forma que na esfera coletiva, pode alcançar

pessoa específica (ou situação fático-jurídica) que necessite beneficiar-se de direitos fundamentais. É o que o autor trata por “função como liberdade.

Na transição do Estado Liberal até o presente Estado Constitucional, também tratado por Estado Democrático de Direito, a esfera proprietária transitou do absolutismo individual para a titularidade funcionalizada, ou seja, rompeu-se com a ilimitada possibilidade de exercício dos poderes de uso, gozo e fruição, dando azo à uma perspectiva de aproveitamento consciente dos bens em um ambiente de socialidade, não egoística, e que possa gerar direitos individuais ou coletivos.

O indivíduo não é mais considerado como isolado – atomizado – na sociedade e por esse motivo deve respeito ao Direito e a seus pares. Daniel Sarmento analisa a temática com precisão ao dizer que: “quando se afirma que o direito privado contemporâneo centra-se na pessoa humana e nos seus valores existenciais, constata-se a superação do paradigma individualista.” (SARMENTO, 2003, p. 118)

A superação desse paradigma guarda fundamento, também, na consideração de um Direito menos preocupado com a estrutura e mais focado na função. Em outras palavras, encontra-se em curso uma mudança de perspectiva do estudo das ciências jurídicas para além da rígida escola analítica e dos conceitos, migrando-se para a efetividade e concretização dos direitos em relação à pessoa. É sair do abstrato para considerar a realidade.

A pretensão funcionalizante confere maior autonomia à busca máxima possível da efetivação dos direitos atinentes às realidades de vida – e não abstratos e irrealizáveis, típicos das normas programáticas – com vistas a conceber à ciência jurídica o *status* de conjunto de conhecimentos que incidam sobre efetividades.

Não se ignora, naturalmente, a importância do pensamento estrutural, que sempre vai existir em contextos jurídicos, ainda que sob a forma de método ou descrição de algum conteúdo normativo ou relacional. (PERLINGIERI, 2002, p. 116-117) Ao mesmo tempo, o “excesso de estrutura”, como visto, gera o engessamento do Direito, impedindo que seja possível ao jurídico constituir-se, como deseja Pietro Perlingieri, em “uma força de transformação da realidade”. (PERLINGIERI, 1988/1999, p. 3)

Por tudo isso, simples compreender que o Direito, hoje, está para além do dogma da lei, transitando para a emancipação do jurista, permitindo-o pensar e efetivar as promessas próprias da Constituição, que jamais se pode colocar em patamar de equiparação com qualquer outra espécie legislativa, por conteúdo democrático, axiológico e libertário. (FACHIN, 2009, p. 264-265)

O ultrapassar do Estado liberal e da abstração jurídica a ele inerente¹³, traz consigo a consciência da necessária efetivação dos comandos constitucionais de for-

13 Sobre a abstração e igualdade formal como típicos do Estado liberal, a oportuna lição de Paolo Grossi: “Abstração e igualdade formal foram, talvez, as armas mais afiadas da grande batalha burguesa, armas só aparentemente desinteressadas, só aparentemente em benefício e para a proteção de todos. Aos meus alunos da disciplina de História do direito moderno, nunca deixo de ler uma frase retirada do magnífico romance *“Le lys rouge”*, de Anatole France,

ma direta e imediata. As Constituições típicas da modernidade eram dotadas tão somente de dispositivos programáticos, de projetos a serem efetivados no futuro. A Constituição brasileira de 1988, ao contrário, pretendeu ser norma jurídica com poder de efetivação direta, especialmente no que tange aos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2003, p. 438)

Possível afirmar que o precursor da funcionalização do Direito Civil foi Rudolf Von Ihering, ao defender que o Direito se destinava à sociedade e que por isso a propriedade não tinha, como se propagava, caráter sagrado (IHERING, 2002, p. 352). Tratava o autor de uma ideia de socialidade do Direito, que em finais do século XIX e início do século XX, influenciou os sistemas jurídicos constitucionais.¹⁴

Na esteira de Rudolf Von Ihering, mas sob fundamento diverso, importante autor a enfrentar a temática foi León Duguit. Pautado no positivismo de Augusto Comte, a teoria deste autor se funda na fuga do individualismo, a partir da afirmação da solidariedade social como fonte de compreensão e respeito do Direito e do Estado (DUGUIT, 2005, p. 16 e 20). Ignora qualquer dimensão axiológica ao Direito, o que é próprio do positivismo científico.¹⁵

Atualmente, entretanto, a compreensão de função social – quer da propriedade, quer do contrato – está para além do mero papel de limitadora dos poderes proprietários como outrora, mas, ao contrário, é contributo que tem por finalidade tornar o uso do bem coerente e em favor de toda a coletividade, bem como do próprio dono e dos “não proprietários”.

O ponto de tensão está, assim, na não consideração específica das situações de acesso aos bens pelos denominados “não proprietários”. O Direito volta-se, pela constitucionalização, para recuperar aos excluídos o sentido do viver social, protegendo também os não proprietários, ao minimizar a autonomia e liberdade absoluta na exploração das titularidades, mormente em face do avanço da sociedade que superou o período liberal. (CORTIANO JUNIOR, 2002, p. 141 e 153-154)

Em sentido contrário à ideia muitas vezes exposta pela doutrina de que o conceito de função social é abstrato e indeterminado (GOMES, 1989, p. 423-437), faz-se necessário compreender a concretude da situação fática para oportunizar a adequação do instituto à realidade. Para tanto, é preciso superar o que Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk trata como crise de fundamentação da função social, que se soluciona na definição do conteúdo de “função social” e na identificação dos destinatários dessa prestação funcional. Necessário, nesse viés, considerar a função no Direito Civil para

uma frase que acumula em si um diagnóstico historiograficamente agudíssimo; o grande romancista assinala com pungente sarcasmo: *la majesteuse égalité des lois, qui interdita u riche comme au pauvre de coucher sous le ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain*”; e conclui, mal conseguindo esconder a zombaria: *“ele élewa, sous le nom d’égalité, l’empire de la richesse”*. (GROSSI, 2004, p. 127-128).

14 Lembrando que Ihering faleceu em 17 de setembro de 1892, e as primeiras constituições a tratar da temática da função social são de 1917 (Mexicana) e 1919 (Weimar).

15 Para completa análise da função social e do direito subjetivo em León Duguit, vide: RUZYK, 2011, p. 166 a 175.

além das simples referências da dogmática tradicional a “bem comum” e “interesse coletivo”. (RUZYK, 2011, p. 197-198)

O resultado a que chega o autor, após construção inovadora de fôlego, é no sentido de que a fundamentação funcional do Direito Civil (quer no tocante às titularidades, ao trânsito jurídico ou ao projeto parental) está em um conceito plural de liberdade. É o que denomina como “função como liberdade(s)” no Direito Civil Contemporâneo.¹⁶ A função como liberdade(s) faculta à pessoa o acesso aos bens da vida, garantidos a partir dos direitos fundamentais.

É natural que a perspectiva funcional eleita como base para a justificação deste ensaio – em superação à estrutural – orienta o caso concreto como indicador do percurso para o preenchimento do conteúdo da função social específica, pelo pretendente a dono. Na lição de Eroulths Cortiano Junior, em sintonia com Filipo Vassali e Salvatore Pugliatti, o fim do conceito unitário de propriedade permite o rompimento com o modelo proprietário tradicional, abandonando-se a ideia de que a propriedade é uma relação imediata do proprietário com o bem e vincula-se à noção de Estado como distribuidor das riquezas que permite a representação mais íntima do estatuto jurídico da pessoa. (CORTIANO JUNIOR, 2002, p. 161-162).

A problemática a ser desvendada, então, reside em como utilizar a função social como fundamento apto a justificar a proteção do acesso da pessoa individualmente considerada à propriedade, mesmo não registrada, para além da ideia de “bem comum” ou “interesse coletivo”. Isso, porque o Direito Civil deve servir para realizar as necessidades concretas da pessoa. (RUZYK, 2011, p. 5)

5. A superação do formalismo registral pela realidade: caso concreto *versus* casuismo judicial

Se bem percebido tudo o que até aqui se tratou, sequer o Código Civil de 2002, supostamente concebido da energia constitucional, foi suficiente a conduzir adequadamente a aplicação da função social. E isso tem um motivo lógico, qual seja, a ideia de que o conteúdo da função está para muito além de qualquer limitação, totalização coletiva ou individualismos.

O que se pretende concretizar com o fundamento da função social é a ideia de “liberdade(s)”, em um sentido múltiplo e plural, que não se dirige a um todo orgânico, nem a abstrações totalizantes e, tampouco, abstrações individualistas, típicas do século XIX e XX. (RUZYK, 2011, p. 207-208)

Para Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk é possível a constatação objetiva da categoria *função social* aplicável ao Direito (e sobretudo à propriedade, como garantia constitucional *jusfundamental*), seja pelo fato de que, ao menos *prima facie*, as razões

16 Muitos são os exemplos de decisões judiciais que tem concretizado o princípio da função social da propriedade a partir da preferência em prestigiar a pessoa em detrimento do patrimônio. Vide decisões comentadas em: RT 723/1996, p. 203-223. Igualmente em: TEPEDINO; SCHEREIBER, 2002.

ideológicas, aquelas pertinentes a um suposto déficit de efetividade, ou que decorrem de uma mudança no modelo de Estado ou, ainda, de um déficit de fundamentação, parecem superáveis. (2011, p. 208)

A base para compreender-se a função como liberdade está em reconhecer que entre as funções dos institutos básicos do Direito Civil estão o exercício e a promoção da liberdade que esse autor, a partir de Carlos Fernandes Sessarego, trata como “liberdade coexistencial”. (SESSAREGO, 1995, p. 84)

A coexistencialidade pode ser vista como a necessidade de integração existencial entre as pessoas de um denominado grupo social, mais amplo ou mais restrito, mas que não necessariamente tem por função proteger o grupo, podendo, na perspectiva do caso concreto, preferir o individual ao coletivo.

Não significa sempre proteger o indivíduo, mas, na mesma toada, não se vai, abstratamente, preferir o coletivo. A complexidade da vida, a pluralidade das formas de visão sobre o mundo e a diversidade, recomendam a fuga da linearidade de decisões, a partir de contextos pré-determinados e abstratos.

A liberdade também não é conceito unitário, devendo ser compreendida de maneira plural e integrada por diversos perfis: liberdade como efetividade, como abstração; liberdade negativa, positiva; que em alguns momentos convergem e em outros se distanciam. É essa liberdade plural que se quer colocar como função do Direito Civil, na esfera das titularidades ou do contrato.¹⁷

Aludidas prestações não são apenas as que se realiza em favor do coletivo, mas, da mesma maneira, podem ser realizadas em favor de uma pessoa concreta, posto que a prestação de liberdade é plural. A normatividade pode ser construída a partir das opções livres de vida, que não se esgotam no gosto coletivo. Daí falar-se em liberdade substancial ou liberdade como efetividade. (RUZYK, 2011, p. 214)

Não se olvide, que dados como liberdade, modos de vida e vontades das pessoas, apuradas individualmente ou em grupo, comumente propiciam conflitos. Esses conflitos, no direito dos noventa e na codificação atual, sempre foram solucionados pela técnica da subsunção.

É muito difícil para o jurista de formação clássica pensar o Direito fora da “segurança” que o silogismo proporciona. É cômodo, afinal basta ver se o caso está em sintonia com alguma regra e fazer a exata ligação da norma com o fato. Sair desse ambiente de conforto – até porque foi o único modo de vivenciar o jurídico por mais de um século – é um desafio, que exige a disposição para enfrentar o novo, com espírito aberto e livre dos dogmas do passado.

De fato, ao visualizar-se a função de um instituto do Direito, especialmente a partir da abertura típica de sua nova configuração legislativa como “norma aberta”, o

¹⁷ O autor indica que: “o norte enunciado significa que tanto o contrato como a propriedade e a família têm prestações a realizar em termos de liberdade em favor dos indivíduos e de grupos de indivíduos, ampliando o espaço das escolhas, incrementando opções de vida e ofertando possibilidades concretas de exercício efetivo dessas escolhas.” (RUZYK, 2011, p. 2012-213)

jurista não encontra a exata equação silogística. Fundamentar uma proposta jurídica de funcionalização, com as técnicas do legalismo e da verticalidade da exata subsunção clássica, será impossível.

A partir das significações históricas de função social como “proteção de um coletivo abstrato” (por exemplo: a proteção ambiental), é possível compreender que a qualificação de “social” deva também se referir a “comunidades concretamente definidas” ou a “pessoas individualizadas”, na medida em que careçam de acesso a bens fundamentais constitucionalmente garantidos. (RUZYK, 2011, p. 245)

No que pertine ao entendimento sobre propriedade (função social da propriedade), já se assentou no Direito brasileiro importantes opiniões no sentido de que a propriedade é uma entre outras formas de pertencimento, como é o caso da posse.¹⁸

A posse é a demonstração mais perene da efetividade, pois exige, para sua configuração, uma íntima ligação da pessoa com a coisa, muito mais sensível do que a abstração da propriedade, que precisa nascer, na maioria dos casos, de um título. A posse, como ensina Luiz Edson Fachin, se liga às necessidades do ser humano, na medida em que – independentemente da polêmica sobre o *animus* ou o *corpus* – satisfaz, por exemplo, o direito à moradia. (FACHIN, 1988, p. 20-21)

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, fixa a posse como fundamental, quando afirma que: “A posse ocupa lugar privilegiado nessa intersecção entre função social e função como liberdade(s). Isso se deve ao fato de que, se a propriedade como direito subjetivo tem na abstração sua característica mais marcante na Modernidade, a posse está situada na seara da efetividade.” (RUZYK, 2011, p. 245)

O juiz, na averiguação da posse, terá muitas possibilidades de aferição de sua qualidade para conduzir à propriedade, como no exemplo da posse-trabalho para usucapião constitucional (art. 191 da CF), as construções como prova da mansidão e pacificidade da posse “ad usucapionem”, entre outras situações. Não são análises abstratas, mas, sim, concretas, acerca da função social no contexto da liberdade.

Tudo isso é revelador de que o acesso a bens é um dos corolários da dimensão funcional centrada na liberdade. O contrato de boa-fé, aliado à posse, ainda que indireta, tem nessa função social um *locus* de garantia de acesso à propriedade imóvel, mesmo sem registro.

A pretensão totalizante da exigência do registro como constitutivo da propriedade (art. 1245), a partir de um contrato de compra e venda – por exemplo – que somente promete a transferência do domínio (art. 481), sucumbem diante da função social (enquanto liberdade) que faculta o acesso da pessoa individualizada à coisa, quando demonstrada a especificidade do fato libertário que vai fundamentar a apropriação sobre o imóvel.

¹⁸ Em que pese a posse não seja direito real – por isso, para inseri-la, o Código Civil tratou a temática geral como “Direito das Coisas” – é uma Titularidade que tem grande valor e deve obedecer a uma função social. Para essa reflexão, as melhores referências são: FACHIN, 1988; GIL, 1969; RODRIGUES, 1996; DOMANSKI, 1998.

A função como liberdade está baseada, ainda, na axiologia constitucional sobre o valor da pessoa humana, que Luiz Edson Fachin orienta partir do que já se tratou como coexistencialidade, ou seja, a recíproca responsabilidade das pessoas umas em relação às outras, pela proteção de suas dignidades. É a perspectiva da alteridade, que envolve o conceito de função, na medida em que supera-se o atomismo individualista sem a necessidade de recorrer-se a abstrações coletivistas. (RUZYK, 2011, p. 250)

O acesso aos bens e aos meios de subsistência realizam o sentido de ampliação das capacidades e, por isso, geram “liberdade positiva”, que é a possibilidade de se viver a liberdade, no reconhecimento do Direito como realidade.

É a função social da propriedade, tal como definida na Constituição, um conjunto de possibilidades muito maiores à intersecção com a função como liberdade(s), do que com o conceito de propriedade pelos poderes de uso, gozo e disposição descritos no art. 1228, e seus parágrafos, do Código Civil. (RUZYK, 2011, p. 268)

A concretude da vida deve ser o fundamento da função social na esfera proprietária. Deve-se, para bem interpretar e aplicar o conteúdo funcional, ter em mente a necessidade de dialogar com a “dinâmica da sociedade que tem a apresentar múltiplas contribuições” ao entendimento do que seja, e de como se venha a constituir, o direito de propriedade. (RODOTÁ, 1987, p. 218-220)

A propriedade funcionalizada é a que promove liberdade de acesso também aos não proprietários, a partir da dialeticidade, muito mais do que a simples perspectiva de limitação estatal aos bens que não tenham utilização útil à coletividade. Faça-se coro à afirmação de Fernanda Lousada Cardoso: “Neste sentido, é a função social dever fundamental, previsto na norma constitucional, fundado que é na soberania do Estado, mas de um Estado assente na primazia da dignidade da pessoa humana.” (CARDOSO, 2008, p. 45)

O contrato, nesse viés, para atender função social deve ser considerado a partir, também, de sua perspectiva externa. Em outras palavras, o discurso de que as obrigações vinculam apenas as partes envolvidas em um contrato é tema sobremaneira questionado – e antiquado – em um país que afirma viver um Estado constitucional.

É nesse sentido que se defende como Luiz Edson Fachin, que “*quem* contrata não contrata mais tão-só com *quem* contrata, e quem contrata não mais contrata apenas o que contrata, numa superação subjetiva e objetiva dos conceitos tradicionais de partes e de objeto contratual, remodelado, inclusive, pelo sítio jurídico que pode ser ocupado pela boa-fé.” (FACHIN, 2008, p. 18-19).

Os terceiros alheios à relação contratual ou proprietária, em face da função social da propriedade, têm sido tratados, na doutrina de Eroulths Cortiano Junior, como “sujeitos não proprietários”. Em outras palavras, o não proprietário não é mais o sujeito passivo universal, pois tem o direito de exigir do proprietário que cumpra a função social, assim como de aceder à propriedade.

A função social do contrato envolve a perspectiva de um novo olhar sobre as relações jurídicas, que devem derivar não mais da *pacta sunt servanda* ou da rígida

tipicidade contratual, mas, sim, da alteridade, da solidariedade e da eticidade. (NALIN, 2008)

A atuação do julgador, do intérprete, nesse contexto, não deve residir tão somente no conteúdo específico da lei e da sua interpretação a partir dos paradigmas consagrados na clássica visão da civilística. É a lição de Luiz Edson Fachin: “Destarte, como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos historico-ideologicos bastante distintos, busca-se uma hermenêutica critica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o a partir de seus princípios e valores fundamentais; uma hermenêutica não adstrita a formalidade, mas alargada pela substancialidade do ser humano e de sua dignidade.” (FACHIN, 2012, p. 47)¹⁹

Necessária a conscientização sobre a valorização do caso concreto, a partir da ideia de funcionalização, compreendendo-se as realidades de cada pessoa, posto que estas não mais se enquadram silogisticamente no *standard* legal, como outrora. Luiz Edson Fachin bem explica essa necessidade: “Considerar, assim, o fato um elemento fenomenológico informador do ordenamento jurídico, importa reler a própria hermenêutica jurídica - a qual não pode ser vista separadamente de uma teoria da compreensão, como se dela diferisse - para que se possa levar em conta não apenas a norma, o que inclui a própria Constituição, mas também a ação legítima do sujeito concreto como constituinte de sua própria personalidade e da história daqueles com quem dialeticamente se relaciona.” (FACHIN, 2012, p. 47-48).

A hermenêutica a orientar o intérprete, na perspectiva funcional, deve ser encarada como *compreensão* e *ação constitutiva* da pessoa. (FACHIN, 2012, p. 48). Na análise do caso concreto que envolva adquirente de imóvel sem registro no sistema imobiliário, agirá de acordo com a perspectiva funcional enquanto liberdade(s), determinada na Constituição, o intérprete que se desamarra das literais e estruturais perspectivas codificadas, conseguindo extrair da análise dos fatos (do elemento fenomenológico informador do ordenamento jurídico) a solução jurídica justa e coerente ao prestígio dos direitos fundamentais de acesso aos bens da vida.

A pessoa é a base. O patrimônio deve servir à sua qualidade de vida e, jamais, o contrário, como ocorria na modernidade e no direito codificado de índole individualista, dotado de egoística abstração e generalização.

A tarefa do julgador (do intérprete) não é fácil, mas é a realidade que prevalecerá no trânsito em curso do direito novecentista para o contemporâneo.

19 E prossegue o autor: “Remarque-se: como a hermenêutica está para além do puro e simples interpretar, uma vez que transcende o que está escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto, premente se faz sua construção em um sistema dialeticamente aberto, que submeta perenemente as normas aos preceitos constitucionais e a contraprova da realidade. [...] Tendo por pressuposto essas compreensões, verifica-se que a maior contribuição trazida ao Direito Civil contemporâneo por uma hermenêutica diferenciada pode ser a consciência crítica e dialética para com a realidade de uma hermenêutica que não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação pelo próprio sujeito que nele esta inserto.” (FACHIN, 2012, p. 47).

Nesse contexto, a clara orientação de Gustavo Tepedino: “Ao magistrado, sob esse ponto de vista, caberá, em atividade simultânea, qualificar o fato, interpretar a norma e aplicar o direito. Não se vale de premissas abstratas imaginadas pelo legislador, em operação silogística, neutra e mecânica, apartada da realidade da vida, identificando, ao contrário, a norma do caso concreto a partir da pujante realidade sobre a qual incide e da qual, ao mesmo tempo, extrai as peculiaridades indispensáveis a própria interpretação.” (TEPEDINO, 2012, p. 39).

É a força normativa dos fatos, indicativa da realidade da “pessoa de carne e osso”, que deverá nortear a decisão jurídica (e judicial), para além da letra da lei e, em especial, do individualismo que rege o Código Civil no âmbito da aquisição da propriedade imóvel.

E nem se cogite de fomento a uma “insegurança jurídica” nesse modelo hermenêutico prospectivo, pois, uma vez mais valendo-se da palavra de Gustavo Tepedino: “A noção de segurança jurídica, nessa perspectiva, longe de se ater ao texto legal isoladamente considerado, deve ser reconstruída na vinculação do magistrado ao ordenamento como um todo, incorporando, em cada decisão, devidamente fundamentada, os valores e princípios que definem a unidade do sistema.” (TEPEDINO, 2012, p. 40).²⁰

No contexto ora desenvolvido, tranquilo verificar-se que a análise do caso concreto em muito se distancia do “casuismo”, uma vez que este se dá quando o julgador concede aos fatos *a sua visão própria* de mundo, independentemente de fundamento constitucional sustentável. A proposta, aqui, é a de que os casos, na perspectiva da função como liberdade(s), mereçam cuidadosa atenção, em decisões dotadas de coerente e exauriente justificação (fundamentação) constitucional, a partir da doutrina mais sofisticada e da jurisprudência de qualidade.

A fundamentação há que ser condizente, pois deve exteriorizar de modo racional e transparente as razões da superação da regra legal, ou seja, os princípios da solidariedade, da boa-fé e da lealdade contratual, aplicados à realidade concreta, fundamentam a exceção, especialmente porque a complexidade da sociedade contemporânea exige a fuga da abstração da lei, com a aplicação desta ao caso específico, respeitando suas especificidades. Não se trata de casuismo, uma vez que a situação poderá (e deverá) ser replicada em futuros casos idênticos, na perspectiva de precedente, atendendo a requisito exposto por Thomas Bustamante, sob a rubrica de princípio da Universalizabilidade. (BUSTAMANTE, 2010, p. 175.)

Somente por esse meio será possível realizar-se a pessoa e suas necessidades fundamentais, em especial o acesso proprietário sobre imóvel, na medida em que a

20 E continua o autor: “Essa perspectiva unitária será preservada na medida em que o magistrado traduza, na sentença, não um pedaço do direito, um fragmento vinculado a este ou aquele (assim chamado) microsistema, mas o direito como um todo, inteiramente apreendido pelo magistrado que ausculta a sociedade e contextualiza o fato social no conjunto de valores, princípios e regras que compõem o sistema. Cada sentença representa o (*rectius*, um) - ordenamento jurídico integralmente considerado.” (TEPEDINO, 2012, p. 40).

posse – por mais relevante que seja – não se afigura mais como suficiente à tranquilidade e desenvolvimento da pessoa e da família.

Faz-se mister, por fim, perceber que a segurança oriunda do atual sistema de trânsito jurídico imobiliário não deve mais socorrer somente ao proprietário – assim considerado pelo registro –, merecendo ser “compartilhada” com os “não proprietários de direito”, mas que são, na grande verdade, “proprietários de fato”.

6. Considerações finais

A proposição deste ensaio – que se espera tenha ficado clara – localiza-se na necessidade de permitir-se o acesso dos não proprietários a bens imóveis, quando titulares de contratos devidamente cumpridos e de boa-fé, a partir dos fundamentos encontráveis no conteúdo da função social da propriedade, e do contrato, como liberdade(s). Trata-se de possibilitar à pessoa a demonstração de sua qualidade de “proprietário” mesmo sem o registro do imóvel, quando inviáveis a usucapião ou a anulação de registro.

Acessar a propriedade é Direito Fundamental garantido no art. 5, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal, que deve ser considerado para além da patrimonialidade descrita no Título da Ordem Econômica e Financeira, da mesma Carta Maior (art. 170, II e III da CF).

A percepção ora exposta, por óbvio, não é pronta e acabada. Há, neste momento, um conjunto de colocações e interrogações críticas da propriedade e do contrato, em um universo rico de ideias e questões. (FACHIN, p. 308)

Finaliza-se, nesse campo reflexivo, com uma necessária referência à lição de Luiz Edson Fachin:

Três perspectivas se presentificam em direção ao porvir: de uma parte, considerando-se que um Código não está na ordem do *dado*, uma dimensão criativa é a que se fará, sob as luzes da jurisprudência, doutrina e legislação superveniente, a concretude real e efetiva da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002; de outra parte, uma teoria crítica, inclusive por coerência, deve estar no campo do inacabado, do refazimento permanente, o que se alça como alavanca metodológica de análise e não apenas como dissecação estável de seu objeto; e por derradeiro, a dimensão constitucional do Direito Civil para que, no limite, acerte o passo com as demandas de seu tempo, e na possibilidade, contribua na edificação da justiça. (FACHIN, 2012a, p. 363)

Não é demais repisar: não se está a pregar o casuísmo, qualificado por decisões diversas para casos semelhantes. Quer-se, isso sim, suscitar a humanização do Direito Civil através do verdadeiro acesso à justiça, com a certeza de que o judiciário saberá conhecer das peculiaridades dos casos concretos de apropriação imobiliária, para além da letra da lei, o que significará a fuga do legalismo, mas com a coerência dos julgados a partir do fundamento constitucional.

7. Referências

- ARENDETT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- BESSONE, Darcy. **Da compra e venda: promessa & reserva de domínio**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.
- BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. **Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem**. *In*: Direito, Estado e Sociedade, n. 37 p. 152 a 180 jul/dez 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 11. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade privada urbana obriga? Análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CORDEIRO, António Menezes. **Direitos reais**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.
- DOMANSKI, Marcelo. **Posse: da segurança jurídica à questão social: na perspectiva dos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador através de embargos de terceiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. Trad. Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: 2005.
- ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromissos e restrições**. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins, São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- FACHIN, Luis Edson. **Função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- _____. **Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional**. *In*: Revista de derecho comparado nº 15: reformas concursales: segunda parte. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. v. 2. p. 243-272.
- _____. **Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica**. *In*: V Jornada de Direito Civil, [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. - Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 42-49.
- _____. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012a.

GIL, Antonio Hernández. **La función social de la posesión: ensayo de teorización sociológico-jurídica**. Alianza: Madrid, 1969.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

_____. **A função social da propriedade**. *In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor A. Ferrer-Correia*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1989.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004

JHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Trad. da versão original em Alemão *Der zweck im recht*, por Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.

JUSTO, António dos Santos. **Direitos reais**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

LIJPHART, Arendt. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Trad. Roberto Franco. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

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

MATHIEU, Marie-Laure. **Droit civil: les biens**. 2. ed. Paris: Éditions Dalloz, 2010.

MUCCIOLI, Nicoletta. **Efficacia del contrato e circolazione della ricchezza**. Padova: CEDAM, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

_____. **Normas constitucionais nas relações privadas**. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n. 6 e 7. Rio de Janeiro: UERJ, 1998/1999, p. 3.

RODOTÁ, Stefano. **El terrible derecho**. Madrid: Civitas Ediciones, 1987.

RODRIGUES, Manuel. **A posse: estudo de direito civil português**. 4. ed. rev. anot. e prefaciada com o título **Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica** por Fernando Luso Soares. Coimbra: Almedina, 1996.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011

_____. **FRANK, Felipe. Revisando os direitos reais a partir de sua interface com o direito obrigacional: a importância da relatividade entre os planos real**

- e obrigacional nas relações privadas. In: Revista Sequência: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC. v. 32. Núm. 63. Ano 2011. p. 143.**
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho y persona.** Trujillo: Normas Legales, 1995.
- SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo.** 8 reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- SIQUEIRA, A. do Valle. **Código civil brasileiro anotado de acordo com a jurisprudência dos nossos tribunais.** São Paulo: Livraria Academica Saraiva & C. – Editores, 1922.
- SMITH, Roberto. **Propriedade da terra e transição: estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para o capitalismo no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 1990.
- TEPEDINO, Gustavo. **Dez anos de código civil e a abertura do olhar do civilista. In: V Jornada de Direito Civil, [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. - Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centra de Estudos Judiciários, 2012. p. 38-41.**
- _____. SCHEREIBER, Anderson. **O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José [org.]. Questões agrárias: julgados comentados e pareceres.** São Paulo: Método, 2002.
- TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas.** Trad. Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral.** 10. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- VIEIRA, José Alberto C. **Direitos reais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

26

PROPRIEDADE: A INVENÇÃO DA IRREGULARIDADE

Daniele Regina Pontes¹
Giovanna Bonilha Milano²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Irregularidade e desigualdade na produção das cidades no Brasil – 3. Direito à moradia e a garantia da segurança legal da posse – 4. A política pública: entre a posse e a propriedade – 5. Autonomia da posse: entre as novas perspectivas e os limites do reconhecimento – 6. Alterações de sentido da posse na política habitacional – 7. Referências.

1. Introdução

A ação estatal de promoção de moradia realizada via política pública de provisão habitacional e reconhecimento de direito à permanência da população ocupante de terras consideradas “irregulares” tornou mais visíveis, do ponto de vista jurídico³, os problemas relativos à forma como se construiu o modo de aquisição de propriedade no Direito brasileiro.

Duas considerações nesse sentido são necessárias à análise. A primeira diz respeito à questão relativa à titularidade, o que significa dizer, a frequente não coincidência entre proprietários e possuidores das terras que são objeto de regularização

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil na graduação e pós-graduação. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Civil-Constitucional, Núcleo Virada de Copérnico, UFPR.

2 Doutoranda e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil na graduação e pós-graduação. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Civil-Constitucional, Núcleo Virada de Copérnico, UFPR.

3 Diz-se “mais visíveis” porque a disputa pela terra e as inconsistências do sistema formal de apropriação e utilização dos bens não se constitui em novidade no cenário jurídico brasileiro.

fundiária. E, a segunda, diz respeito ao uso dos bens e os limites legais estabelecidos para a constituição de “garantias” aos particulares que aproveitam os bens e aos interesses coletivos e difusos implicados nesses mesmos imóveis.

Diante das constatações da insuficiência e inadequação do modelo adotado para a apropriação de bens no Brasil e das consequências, que somadas ao quadro socioeconômico significaram um quadro estrutural de irregularidades, busca-se analisar em que medida os novos instrumentos de provisão de moradia e regularização fundiária estabelecidos na Lei Federal n. 11977 de 2009, legislação relativa à política habitacional nominada como “Minha Casa Minha Vida”, representam um avanço no sentido de autonomia da posse ou se constituem como permanências de um sistema proprietário e formalista. Mais do que a constatação da permanência, busca-se compreender o contexto da criação da irregularidade e da proposta de regularização nesse “novo” modelo habitacional.

2. Irregularidade e desigualdade na produção das cidades no Brasil

A análise dos processos de reconhecimento jurídico, visibilidade e formalização das titularidades fundiárias urbanas não podem prescindir de sua vinculação às características socioeconômicas, históricas e políticas que marcam as manifestações espaciais nas cidades brasileiras. Conforme afirma Villaça⁴, não existe possibilidade de compreensão das dinâmicas espaciais urbanas no Brasil, sob qualquer viés, sem considerarmos a desigual distribuição socioespacial, verificável pelas expressivas ocorrências de precariedade habitacional traduzidas nas expressões “assentamentos irregulares ou ocupações informais”.⁵

São nestes espaços de “informalidade” e “invisibilidade” que se torna explícita a articulação entre a ausência de realização do direito à moradia adequada e o caráter concentrado da distribuição fundiária no Brasil. Segundo Jacques Alfonsin, seriam três as vias que proporcionariam o acesso a terra para moradia: a primeira delas estaria conformada segundo o ritmo do mercado formal de terras e habitação, ou seja, operando na distribuição da propriedade do solo àquele que possui potencial econômico para aquisição. Em uma segunda hipótese, figura a possibilidade de acesso à terra urbana por meio do subsídio estatal, com a inclusão em financiamentos ou políticas públicas elaboradas para este propósito. E finalmente, para os que não se enquadram em qualquer das alternativas há o recurso às ocupações de terra como última possibilidade para moradia e sobrevivência.

4 VILLACA, Flávio. São Paulo: segregação urbana e desigualdade. *Estud. av.*, São Paulo, v. 25, n. 71, Apr. 2011. p. 37.

5 A utilização dos termos é controversa mesmo na doutrina especializada sobre o assunto. Neste trabalho utilizamos os termos assentamentos irregulares ou ocupações informais com o objetivo de abarcar o maior número de situações de precariedade habitacional que compreendam situações de informalidade jurídica, urbanística, dentre outras. O termo assentamentos irregulares é empregado neste sentido pelo jurista Nelson Saule Junior, que com ele faz alusão a formações socioespaciais identificadas com assentamentos informais, favelas e cortiços.

Ocorre que, tanto o acesso ao mercado habitacional formal quanto o acesso aos programas e políticas públicas apresentam-se dificultosos, diante de características que advém historicamente como insígnias do percurso de urbanização brasileiro. Contribuem, nesse sentido: i) o processo de industrialização com geração de baixos salários, impossibilitando o custeio da mercadoria “habitação” diante dos valores dispensados à reprodução da força de trabalho⁶; ii) a formação de um mercado residencial de acesso restrito, controlado pelo mercado privado; iii) e o desempenho de gestões urbanas cujas opções administrativas privilegiaram a especulação fundiária em detrimento do acesso a terra para moradia.⁷ Diante deste contexto, conforme enunciado pela urbanista Ermínia Maricato, a ocupação de terras e a irregularidade fundiária no Brasil antes de representarem exceção constituem-se como “parte intrínseca do processo de urbanização”, marcadamente excludente.⁸

Muito embora os dados pertinentes à situação das ocupações informais e dos assentamentos irregulares sejam contundentes em manifestar uma realidade marcada pela ausência da universalidade do acesso à terra urbana para moradia, esta cidade “real” permanece velada por detrás de representações reificadas e ideológicas da cidade “formal” – juridicamente regular e urbanisticamente planejada.

Neste sentido, pontua Maricato:

A exclusão urbanística, representada pela gigantesca ocupação ilegal do solo urbano, é ignorada na representação da “cidade oficial”. Ela não cabe nas categorias do planejamento modernista/funcionalista, pois mostra semelhança com as formas urbanas pré-modernas. É possível reconhecer nas favelas semelhanças formais com os burgos medievais. Ela não cabe também no contexto do mercado imobiliário formal/legal, que corresponde ao urbanismo modernista. Ela não cabe ainda, de modo rigoroso, nos procedimentos dos levantamentos elaborados pela nossa maior agência de pesquisa de dados, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). E, por incrível que pareça, os órgãos municipais de aprovação de projetos, as equipes de urbanistas dos governos municipais e o próprio controle urbanístico (serviço público

6 MARICATO, Ermínia. As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias- Planejamento urbano no Brasil. In: **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. Otilia Arantes; Carlos Vainer; Ermínia Maricato – Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 155.

7 Ibidem. p. 157.

8 MARICATO, Ermínia. As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias- Planejamento urbano no Brasil. In: **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. Otilia Arantes; Carlos Vainer; Ermínia Maricato – Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 154-155. Cumpre ressaltar que, conforme pesquisas realizadas pela Fundação João Pinheiro, o déficit habitacional brasileiro é de 5,546 milhões de novas moradias urbanas, dentro das quais 89,6% da demanda concentra-se no setor da população com renda até três salários mínimos. Ademais, no que tange ao contingente populacional que habita moradias inadequadas ou sob alguma forma de irregularidade jurídica e urbanística, estas totalizam 10,948 milhões de unidades, correspondendo a aproximadamente 22,3% do total de domicílios permanentes no Brasil. Os dados correspondem à pesquisa contratada pela Secretaria Nacional de Habitação, pertencente ao Ministério das Cidades e elaborada pela Fundação João Pinheiro com base nas informações da Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios (PNAD/2008), divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

de emissão de alvarás e habite-se de construções), frequentemente desconhecem esse universo. Mesmo nas representações cartográficas é de hábito sua ausência. (...) ⁹

É neste cenário, portanto, que as implicações decorrentes da irregularidade fundiária devem ser entendidas, interpretadas e incorporadas como um problema também pertinente ao ordenamento jurídico. Seja porque a ausência de regularidade dos imóveis urbanos se reflete imediatamente no acesso a direitos sociais básicos - especialmente a moradia, mas também saneamento ambiental, saúde, educação, transporte e tantos outros àquela articulados. Ou ainda, porque tais dinâmicas fundiárias importam em necessária ressignificação dos conceitos atribuídos às titularidades no percurso de formação do direito privado tradicional, destacadamente às noções de “posse” e “propriedade”.

3. Direito à moradia e a garantia da segurança legal da posse

Na seara da proteção internacional do direito à moradia merece destaque o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, instituído pela Organização das Nações Unidas em 1966 e ratificado pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 591, em 1992. Dentre os avanços elaborados por este instrumento, que especificou os direitos previstos no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, encontra-se o reconhecimento do direito à moradia adequada como um direito humano, vinculando os Estados-partes a adotarem medidas que garantam sua promoção e proteção.

Assim dispõe o Art. 11:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (grifo nosso)

Com o objetivo de monitorar a efetivação pelos Estados signatários do rol de direitos previstos no PIDESC, a Organização das Nações Unidas criou, no ano de 1985, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esta instância possui a competência de receber pareceres periódicos acerca das condições de implementação de direitos em âmbito local e proferir recomendações sobre constatadas violações ou omissões na realização destes. Além disso, já no início de seu funcionamento, passou a elaborar Comentários Gerais (CG) dirigidos à delimitação do conteúdo dos

9 MARICATO, Ermínia. As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias- Planejamento urbano no Brasil. In: **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. Otilia Arantes; Carlos Vainer; Ermínia Maricato – Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 122-123.

direitos vinculados ao Pacto, com o intuito de aperfeiçoar a efetivação e monitorar o cumprimento por parte dos agentes competentes.¹⁰

Neste contexto, dentre os Comentários Gerais emitidos pelo Comitê DESC, cumpre fazer alusão especialmente ao CG n.º 4, dirigido à garantia do direito à moradia. O Comentário Geral n.º 4 apresenta como maior avanço a formulação de definição de conteúdo mínimo para realização do direito à moradia adequada, enumerando princípios e norma gerais que devem servir de subsídio para as legislações e políticas habitacionais nacionais.¹¹ Realiza desta maneira, a delimitação do conteúdo material do direito à moradia adequada, qualificando uma série de componentes fundamentais para sua efetividade social, quais sejam: segurança legal da posse; disponibilidade dos serviços, materiais, benefícios e infraestrutura; gastos suportáveis; habitabilidade; acessibilidade; localização e adequação cultural.

Para esta análise, merece destaque o item dedicado à segurança legal da posse, dirigido especialmente à proteção jurídica das situações de moradia que não possuem regularidade jurídica ou urbanística e que por este motivo se encontram em condição de insegurança no que tange à permanência de seus habitantes.

Note-se que ao se remeter à “segurança legal da posse”, como um elemento cuja garantia é indispensável para concretização do direito à moradia, o Comitê DESC esclarece sobre o conteúdo do termo “posse”, tomando-o por conceito ampliado que supera a noção possessória estrita, desenvolvida pela dogmática civilista tradicional.

Neste sentido:

A posse pode se dar de várias formas, com o aluguel (público e privado), a moradia em cooperativa, o arrendamento, a ocupação pelo próprio proprietário, a moradia de emergência e os assentamentos informais, incluindo a ocupação da terra ou da propriedade. Seja qual for o tipo de posse, todas as pessoas devem possuir um grau de segurança de posse que lhes garanta a proteção legal contra despejo forçado, perturbação e qualquer tipo de outras ameaças. Consequentemente, os Estados-partes devem adotar imediatamente medidas destinadas a conferir segurança legal da posse às pessoas e propriedades que careçam atualmente de tal proteção, em consulta genuína a pessoas e grupos afetados (grifo nosso)¹²

A elaboração do sentido de “posse”, depreendida deste enunciado, afasta-se do conceito classicamente construído à imagem e semelhança da propriedade e aproxima a vinculação possessória ao uso do bem e à sua vocação para satisfação das

10 ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. **Direito à moradia: análise da situação no município de Curitiba à luz de indicadores sociais.** Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2010. p.50.

11 SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 100-.101

12 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general n° 4: el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Tradução livre da autora. Disponível em: <http://www.hic-al.org/documentos.cfm?id_categoria=10>. Acesso em 20/04/2012.

necessidades humanas.¹³ Ademais, tal deslocamento reforça a noção de “autonomia da posse” ao estabelecer expressamente a tutela jurídica desta relação sob a denominação de “segurança legal da posse”, em detrimento a quaisquer ameaças que possam violar à função de moradia ali desempenhada.

No âmbito nacional, o marco da proteção jurídica contemporânea ao direito à moradia encontra previsão na Constituição da República Federativa de 1988, que incluiu tal garantia no rol dos direitos sociais¹⁴, explicitados no art. 6º do texto constitucional.¹⁵

Note-se que o reconhecimento constitucional do direito à moradia como um direito social fundamental articula-se ao núcleo axiológico da Constituição, representado pela dignidade da pessoa humana, bem como a outros direitos fundamentais que se realizam de forma interdependente a este. O direito à vida digna é tomado, nesse sentido, como parâmetro constitucional para verificação do cumprimento do direito à moradia adequada e suas projeções no que tange ao direito à saúde, direito à alimentação, ao saneamento básico e a um meio ambiente equilibrado.¹⁶

No que se refere especificadamente à organização do espaço urbano, incluiu-se capítulo dedicado à Política Urbana brasileira que fixou como princípios gerais o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes. Além disso, ratificou a função social da propriedade urbana, atrelada ao cumprimento dos parâmetros estabelecidos nos Planos Diretores municipais, e reconheceu o direito à moradia nas ocupações urbanas estabelecidas há mais de cinco anos e utilizadas para esta finalidade.¹⁷

13 FACHIN, Luiz Edson. **Função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.p. 21.

14 A inclusão do direito à moradia no texto constitucional ocorreu por meio da emenda constitucional n.º26, de 14.2.2000. Entretanto, como ressalta José Afonso da Silva “O direito à moradia já era reconhecido como uma expressão dos direitos sociais por força mesmo do disposto no art. 23, IX, segundo o qual é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”. Aí já se traduzia um poder-dever do Poder Público que implicava a contrapartida do direito correspondente a tantos quantos necessitem de uma habitação. (...)” SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.p. 314. Além disso, de acordo com Nelson Saule Junior, o direito à moradia já encontrava guarida constitucional no rol de direitos expostos no art. 7º da Constituição, que se refere aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Isto porque, em seu inciso VI, estabelecia dentre tais garantias “o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas e às de sua família como *moradia*, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor,2004. p.167.

15 São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art.6º.

16 SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor,2004. p.168.

17 O instituto da usucapião urbana é previsto constitucionalmente no Art. 183, nos seguintes moldes: Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos

Os avanços preconizados no texto constitucional adquiriram ainda maior fôlego com a Lei n.º 10.257 de 2001, denominada Estatuto da Cidade.¹⁸ Este diploma normativo possui efeitos jurídicos potencialmente “promissores”, no dizer do jurista Jacques Alfonsin, especialmente no que tange à terra urbana e a função social da propriedade nas cidades.¹⁹

A função social da propriedade urbana encontra previsão já no primeiro artigo do Estatuto, que preconiza a regulação da propriedade urbana de acordo com a ordem pública e o interesse social, devendo atuar “em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.²⁰ Mais adiante, menciona diretamente o necessário cumprimento da função social da propriedade urbana - mediante exigências para ordenação da cidade estabelecidas no Plano Diretor municipal - propondo exercício que possibilite o atendimento às necessidades de qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento de atividades econômicas de modo a contemplar todos os cidadãos.²¹

Faz-se, dessa maneira, uma diferenciação entre o direito à terra urbana, pertencente a todos os municípios, e o direito à propriedade da terra, que só poderá ser exercido em consonância aos interesses da coletividade. Conforme aponta Alfonsin:

A “descoberta de medidas sociais para a quantidade de coisas úteis”, no fundo, põe em confronto, de novo, a liberdade de iniciativa econômica e o Poder Público, no que se refere ao melhor uso da terra, além daquela parte da sociedade civil que ela ainda não teve acesso. (...) Relativamente à terra urbana, mais ainda, de acordo com os arts. 182 e seguintes da CF, e as novas normas do Estatuto da Cidade. Bastaria lembrar o que o Plano Diretor nelas significa, para se ter uma ideia da força de intervenção com

ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 183.

18 A respeito desses avanços constitucionais e principalmente da consagração de um “estatuto jurídico das cidades”, consubstanciado na Lei n.º 10.257/2001 é preciso registrar que são fruto de permanente reivindicação protagonizada pelos movimentos sociais urbanos brasileiros. A memória deste percurso é descrita por Ermínia Maricato, referindo-se “a condição rara que os chamados movimentos urbanos lograram no Brasil quando comparado a outros países: uma certa unidade em torno do ideário da Reforma Urbana, do direito à cidade e à cidadania para todos, em especial para os excluídos territorialmente. Essa reunião de movimentos, federações de sindicatos, associações profissionais e acadêmicas, e ONGs, muitos deles participantes do Fórum de Reforma Urbana, contabiliza muitas conquistas ao longo dos últimos 20 anos. Entre elas, alguns capítulos na Constituição Federal de 1988, a Lei 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, em 2001, a Medida Provisória 2220/01, a criação do Ministério das Cidades em 2003 (...)”. MARICATO, Ermínia. **Nunca fomos tão participativos: Reflexões sobre os movimentos sociais urbanos**. In MARICATO, Ermínia. **O impasse da política urbana no Brasil**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

19 ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 77

20 BRASIL. **Lei n.º 10.257 de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Art. 1º, Parágrafo Único.

21 “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei”. BRASIL. **Lei n.º 10.257 de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Art. 39.

que se dotou o Poder Público, para garantir o respeito devido aos direitos humanos fundamentais de proprietários e não proprietários.²²

É possível citar ainda diversos outros instrumentos no Estatuto que perseguem o objetivo de garantia da funcionalização social da cidade e da propriedade urbana, dentre os quais estão o estímulo ao controle do uso do solo - com o intuito de re-tenção da especulação imobiliária (Art. 2º, VI, alínea “e”) e à gestão democrática da cidade (Art. 2º, II). Ademais, apregoa especial observância do Poder Público no que tange à regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, determinando a utilização de normas especiais de urbanização e uso e ocupação do solo que considerem, dentre outros fatores, a situação socioeconômica dos moradores. (Art. 2º, XIV).

As normas internacionais e nacionais acima delineadas informam um quadro consideravelmente avançado e protetivo em relação à garantia do direito à moradia adequada; da funcionalização social da propriedade e da cidade; e da tutela de direitos fundamentais articulados ao acesso a terra urbana. Embora ainda existam sérios obstáculos, identificados principalmente na legislação ambiental e nas regulamentações processuais, é possível afirmar uma aproximação da cidade “informal” diante do ordenamento jurídico brasileiro positivo.

Todavia, a ascensão dos conflitos fundiários relacionados à disputa pela terra urbana²³ e o frequente desrespeito à segurança legal da posse parecem colocar a aplicabilidade destes instrumentos jurídicos a prova. Com vistas ao enfrentamento da questão, a Lei n.º 11.977 de 2009 apresenta um novo programa habitacional com incidência nacional²⁴ e renovada disciplina para a regularização fundiária de assentamentos localizados em terras urbanas, com a proposição de instrumentos inéditos para o tratamento jurídico da questão fundiária urbana.

4. A política pública: entre a posse e a propriedade

A política pública, em grande medida, descrita na legislação conhecida pelo nome que leva o programa - Minha Casa Minha Vida -, enfrenta duas questões tradicionais relativas à habitação. A primeira diz respeito à provisão habitacional e aos modos de aquisição de moradia via financiamento. A segunda, objeto de enfrentamento da não coincidência entre possuidores e proprietários, visa a consolidação das áreas ocupadas por possuidores que, sem alternativa, submeteram-se às dificuldades já referidas anteriormente, de enfrentamento à informalidade.

22 ALFONSIN. Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.p. 107.

23 Segundo informações fornecidas pelo Ministério das Cidades o registro de conflitos fundiários urbanos cresceu em 200% desde o ano de 2009.

24 Refere-se ao Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV.

O modo de alteração dessa realidade inclui a utilização de instrumentos que permitem a passagem dessas áreas ocupadas para o universo formal, sendo que dentre outros meios estabelecidos pelo Estatuto da Cidade e pelas demais legislações tradicionais, a Lei 11.977 de 2009 redefiniu a regularização fundiária com intervenção do Poder Público para tal fim.

A regularização fundiária se configura como instituto complexo, conformado no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais relativas à inclusão das áreas no universo das formalizações da posse e sempre que possível, da propriedade. E, ainda, na organização urbanístico-administrativa definida no conjunto de normas municipais concernentes ao zoneamento, parcelamento, sistema viário, construção e posturas, tudo em consonância com aquilo que, por tais normas, estiver sujeito ao cumprimento de função social da propriedade.

Com vistas a garantir a finalidade da regularização fundiária e de criar mecanismos flexibilizadores da ordem vigente, consideradas as condições concretas de moradia e ocupação do território pelas populações de baixa renda, alguns instrumentos foram inseridos.²⁵ Nesse sentido, merecem destaque a demarcação urbanística e a legitimação de posse como procedimentos administrativos de reconhecimento, pelo Município, de ocupações consolidadas, conforme se pode verificar a seguir:

Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:

III – demarcação urbanística: procedimento administrativo pelo qual o poder público, no âmbito da regularização fundiária de interesse social, demarca imóvel de domínio público ou privado, definindo seus limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses;

IV – legitimação de posse: ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse;

§ 1º A demarcação urbanística e a legitimação de posse de que tratam os incisos III e IV deste artigo não implicam a alteração de domínio dos bens imóveis sobre os quais incidirem o que somente se processará com a conversão da legitimação de posse em propriedade, nos termos do art. 60 desta Lei.

Assim, a demarcação urbanística permite que o Poder Executivo reconheça publicamente o uso e a destinação da área, do ponto de vista do cumprimento da função social concernente à moradia.

O procedimento é realizado no espaço registral e demanda que o Poder Executivo e o Oficial de Registro façam o chamamento dos interessados, bem como,

²⁵ Tais instrumentos completam aqueles já esboçados na Constituição de 1988, que aproximou os regimes possessórios e proprietários via usucapião especial e, no Estatuto da Cidade com a usucapião coletiva e as Zonas Especiais de Interesse Social.

ofereçam oportunidade de manifestação contrária à demarcação, podendo esta ser realizada sobre imóveis privados e públicos.

Os instrumentos, demarcação e legitimação de posse, não conferem a mudança da titularidade, apenas são significativos do conhecimento do Poder Público sobre aquela situação e buscam precisão em relação às dimensões da ocupação, a possibilidade de realizar o parcelamento e a identificação de pessoas, tempo e aproveitamento do bem.

As dimensões da ocupação, definidas no auto de demarcação, não precisam coincidir com aquelas definidas nas matrículas. O que significa dizer, que a questão formal sobre o conhecimento da propriedade do bem resta suplantada pela situação de fato, inclusive diante da ciência da quantidade de imóveis registrados sem precisão ou não registrados.

A demarcação, momento em que se buscam as informações pertinentes ao bem e aos sujeitos implicados no procedimento de reconhecimento de posse pode alcançar a caracterização de legitimação da posse, portanto, em passo subsequente. A legitimação opera favoravelmente ao possuidor, no sentido de lhe fornecer os elementos que qualificam a sua posse no tempo, o que a “aproxima” da posse de boa-fé, no tratamento tradicionalmente conferido pelo Direito Civil, a permitir, pelo tempo, a sua respectiva conversão em propriedade.

Os dois instrumentos combinados evidenciam a tentativa de autonomização da posse diante da propriedade, pois, tratam, em certa medida, da verificação das condições concretas de uso e aproveitamento dos bens, sem, necessariamente, observar a conversão da titularidade.

Havendo interesse manifesto sobre tal conversão, na tentativa de facilitar o reconhecimento do direito de propriedade, via exercício possessório e cumprimento de função social para direito existencial de moradia, a legislação previu que a operação pode ser realizada no próprio Registro de Imóveis, tal como prevê o artigo 60 da Lei n. 11977/2009.

Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.²⁶

Na definição do dispositivo legal, criou-se uma espécie de usucapião que é declarada independentemente de decisão judicial. Entende-se que o conjunto probatório do exercício da posse no tempo é plenamente realizado com a demonstração dos instrumentos da demarcação e da legitimação de posse.

26 BRASIL. Lei n.º 11977 de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm Acesso em: 15/05/2013.

Essa leitura também se torna possível uma vez que a sentença da usucapião é meramente declaratória de direito pré-existente, de modo que, o que se estabelece no registro é a declaração diante da verificação dos requisitos estabelecidos para a usucapião especial.

5. Autonomia da posse: entre as novas perspectivas e os limites do reconhecimento

Os marcos conceituais definidos para a posse no Direito brasileiro ignoraram a história e o tempo da apropriação dos bens no território.

O Brasil, país de possuidores, no passado e no presente, escreveu sua trajetória jurídica solenemente disfarçada. Na pretensão de fazer valer um recurso sem base sólida, o da garantia da propriedade, inscreveu a maior parte da população de seu território em uma história sem papel, sem registro, sem formalidade.

O que a legislação do programa habitacional fez reconhecer é que ao contrário do que possa parecer, independentemente da classe social, o que se convencionou chamar de “irregularidade fundiária” está presente em todas as cidades brasileiras e em todas as faixas de renda. Por isso, a referência aos dois tipos de regularização fundiária: a de interesse social, considerando o reconhecimento das posses da população de baixa renda e a de interesse específico, apreciadas as demais espécies de irregularidades.

Os títulos, em grande medida, eivados de vícios e de erros, acumulam a experiência da apropriação formal da terra pela força ou pelo privilégio. A “casa própria”, expressão nascida no sobressalto da industrialização tardia, iniciada no século XX, somente aproximará a propriedade do trabalhador assalariado, quando esse, em determinada situação de previsibilidade, poderá arcar com financiamentos longos, que variariam entre vinte e trinta anos, na dívida que lhes garantiria a segurança da moradia, quem sabe, na aposentadoria.

Nem de perto o número de financiamentos e as políticas públicas foram capazes de sustentar a quantidade de demandas por essa garantia. Fosse assim, conforme o que prometeu a política pública da casa própria, não chegaria a mais de sete milhões o déficit de moradias no ano de 2005.

Mas, então, de que posse e de que propriedade tratou o Código Civil de 1916?

O que significou uma política tardia, também, da estruturação do registro público de garantia proprietária?

Considerados os termos da “qualidade” proprietária, contemporaneamente não é forçoso reconhecer que diante das inúmeras inconsistências registrais, elemento chave da estrutura proprietária que demanda o reconhecimento do Estado, havia a necessidade de se buscar meios que perfizessem a conversão e melhor precisassem as especificidades dos imóveis.

As legislações que tratam da regularização fundiária operam justamente nesse sentido. Os inúmeros mecanismos dispostos nas novas normas, conjugados com os avanços tecnológicos permitem a construção de material jurídico de maior confiabilidade. Mas, a compreensão sobre tais mecanismos deve apreciar a mudança com as devidas cautelas relativas ao reconhecimento do histórico e do presente da apropriação de bens no sistema de propriedade moderna.

No caso específico do novo instrumental da demarcação de posse e da legitimação de posse que pode ser convertida em propriedade, cabe a reflexão sobre a capacidade e o interesse nessa operação que é promovida por dois importantes agentes na implementação da legislação: o Poder Executivo e o Oficial de Registro.

Do ponto de vista dos Municípios, a ação aparece impulsionada pela teia de relações estabelecidas pelos entes das diferentes esferas de poder. O pacto federativo não opera aqui exatamente como pacto, mas, como necessidade diante da oferta de recursos da União aos Municípios que, para acessarem tais recursos, estão convidados a realizarem as suas tarefas relativas à certa “ordenação” territorial.

Quanto aos Registros Públicos, em virtude da sua forma de estruturação e operação, cabe o questionamento acerca da capacidade e do interesse de seus respectivos Oficiais em executarem as ações que permitem visibilidade aos limites dos conteúdos dos respectivos documentos públicos, considerando os esforços e a questão econômica que envolve esse trabalho.

É importante lembrar que não se trata de mera retificação, como afirma Luiz Antonio Galiani, “[...] na Retificação Imobiliária não existe “Lide”, não existe conflito de interesses. Existe sim, a interferência do Juiz-Estado, tendo em vista requerimento da parte, para que corrija erros ou omissões contidos no Registro de Imóveis [...]”²⁷. No caso dos instrumentos estabelecidos na Lei n. 11977/2009, a suposição é de que o oficial de registro deve ser o mediador dos interesses envolvidos na regularização fundiária.

Art. 57. Encaminhado o auto de demarcação urbanística ao registro de imóveis, o oficial deverá proceder às buscas para identificação do proprietário da área a ser regularizada e de matrículas ou transcrições que a tenham por objeto.

§ 1º Realizadas as buscas, o oficial do registro de imóveis deverá notificar o proprietário e os confrontantes da área demarcada, pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação ao oficial de registro de títulos e documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, para, querendo, apresentarem impugnação à averbação da demarcação urbanística, no prazo de 15 (quinze) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 9º O oficial de registro de imóveis deverá promover tentativa de acordo entre o impugnante e o poder público.²⁸

27 GALIANI, Luiz Antonio. Retificação Imobiliária. In.: DIP, Ricardo e JACOMINO, Sergio. Doutrinas essenciais: Direito Registral. v. VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 701

28 BRASIL. Lei n.º 11977 de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida e a regularização

Como se pode notar, a partir do texto da Lei mencionada, o papel do Oficial do Registro é ativo na fase procedimental que pode levar ao reconhecimento da usucapião. Mas, além da iniciativa quanto à execução dos procedimentos, ainda, o direcionamento da sua conduta está voltado para a mediação dos conflitos que envolvam particulares e poder público, considerados os interesses de cada um.

Assim, não se quer defender a impossibilidade de implementação dos instrumentos, mas, sem dúvida, a autonomia da posse depende de base estrutural condicionante de um sistema proprietário que demanda profundas alterações, em face das novas responsabilidades e dos sentidos da apropriação de bens.

6. Alterações de sentido da posse na política habitacional

Diante das questões apresentadas, é possível identificar, que a partir de 1988, mudanças significativas no que diz respeito aos sentidos da posse e da propriedade podem ser identificadas. Ainda que a estrutura geral proprietária tenha sido mantida, novos elementos foram agregados à interpretação relativa aos poderes considerados como absolutos.

Se, a usucapião especial, definida constitucionalmente, objetivou tais mudanças, consideradas a partir da diminuição do prazo para a declaração de propriedade após comprovada posse de cinco anos e o estabelecimento de requisitos que indicavam claramente a intenção de se converter posses legítimas em propriedades, na mesma esteira novos instrumentos foram propostos.

Sem dúvida é possível afirmar que os novos instrumentos não dão conta de toda a realidade informal, mais do que isso, é evidente que a estrutura que permite a sua operação também precisa sofrer profundas alterações para que os resultados da implementação dos instrumentos sejam perceptíveis.

Ocorre que a afirmação de legitimidade que inspira a própria denominação do instrumento propicia a leitura do intérprete da norma a outros possíveis sentidos possessórios e proprietários. Desvela a precariedade da propriedade, dos seus registros, abala a estrutura de certezas frequentes nos discursos sobre tal direito. Ao contrário disso, a presença desses institutos, ainda que de difícil experimentação, fazem da posse um direito, direito esse que necessariamente deve ser tratado, apreciado. Se for possível se questionar a origem da posse e qualificá-la frente às velhas classificações, que tais dúvidas se perfaçam quanto à origem e a segurança do registro proprietário, precário em sua história e natureza.

Não se olvida que o mercado de terras e a regularização fundiária pode significar a inserção de títulos que favoreçam a troca e as garantias, produzidas a partir da “disposição” do Estado em formalizar áreas até então, consideradas à margem dos negócios imobiliários formais.

fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/111977.htm Acesso em: 15/05/2013.

Considerando a afirmação de Mariana Fix

A vinculação do mercado de terras ao mercado de capitais é uma característica do capitalismo avançado em vários países. O certificado de propriedade da terra é potencialmente uma forma de capital fictício, um título jurídico que dá direito a seu detentor de se apropriar de uma parte da riqueza social. A diferença entre o preço de um lote ou imóvel antes ou depois da realização de uma obra pública, custeada socialmente, é capturada pelo proprietário na forma de renda da terra, por exemplo. O aluguel, por sua vez, propicia um fluxo de rendimentos a quem detém o título de propriedade.²⁹

A riqueza apropriada pelo proprietário na propriedade privada é mais do que a garantia da individualização de um bem é a apropriação de um valor coletivo conforme afirma a autora. Mas, ao mesmo tempo, e paradoxalmente, as mudanças ocorridas com a regularização fundiária de interesse social podem produzir o questionamento sobre os modelos tradicionalmente propostos pelo Direito como forma de apropriação legítima desse bem de caráter tão especialmente necessário à produção objetiva e subjetiva das condições de vida, a terra.

7. Referências

ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. **Direito à moradia: análise da situação no município de Curitiba à luz de indicadores sociais**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2010.

BRASIL. **Lei n.º 10.257 de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art.6º.

BRASIL. **Lei n.º 11977 de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm Acesso em: 15/05/2013.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general nº 4: el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).

²⁹ FIX, Mariana de Azevedo Barretto. Financeirização e transformações recentes no circuito imobiliário no Brasil. Tese de Doutorado. Campinas/SP [s.n]: 2011. p. 03

FACHIN, Luiz Edson. **Função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.

FIX, Mariana de Azevedo Barretto. **Financeirização e transformações recentes no circuito imobiliário no Brasil**. Tese de Doutorado. Campinas/SP [s.n]: 2011

GALIANI, Luiz Antonio. **Retificação Imobiliária**. In.: DIP, Ricardo e JACOMINO, Sergio. Doutrinas essenciais: Direito Registral. v. VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARICATO, Ermínia. As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias- Planejamento urbano no Brasil. In: **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. Otília Arantes; Carlos Vainer; Ermínia Maricato – Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

MARICATO, Ermínia. Nunca fomos tão participativos: Reflexões sobre os movimentos sociais urbanos. In MARICATO, Ermínia. **O impasse da política urbana no Brasil**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLACA, Flávio. São Paulo: segregação urbana e desigualdade. **Estud. av.**, São Paulo, v. 25, n. 71, Apr. 2011.

A AUTONOMIA DA POSSE FRENTE À PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO E A HIPÓTESE DOS PARÁGRAFOS 4º E 5º DO ARTIGO 1.228 DO CÓDIGO CIVIL

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk¹
Felipe Frank²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As teorias clássicas da posse – a contribuição do debate entre Savigny e Ihering – 3. As críticas às teorias clássicas da posse – as teorias sociais da posse e sua funcionalização – 4. Da natureza jurídica da hipótese do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, do Código Civil – 5. A guisa de conclusão: a hipótese do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, do Código Civil, como uma modalidade especial de *suppressio* e de *surrectio* de direitos contrapostos – 6. Referências.

1. Introdução

A posse é um dos institutos jurídicos mais debatidos doutrinariamente na civilística contemporânea, seja devido à sua controversa e ambivalente natureza jurídica, seja pelo questionamento à sua forma de apreensão e funcionalização pelo Direito.

A rigor, o debate contemporâneo tem por cerne a questão atinente à existência ou não de autonomia da posse frente à propriedade. Vale dizer: trata-se de saber se a

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); mestre em Direito pela UFPR; professor de Direito Civil da UFPR (Graduação e Pós-Graduação) e da PUC/PR; advogado.

2 Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); professor de Direito Civil da faculdade Opet e da Universidade Positivo; pesquisador do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional da UFPR; advogado.

posse, como direito, conserva ou não sentido de “guarda avançada da propriedade”, como sustentava Rudolf Von Ihering.

Essa discussão não é alheia ao âmbito legislativo, tendo adquirido especial relevo na análise do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, do Código Civil. Nesse dispositivo legal, posse e propriedade se apresentam como passíveis de colisão, cuja evidenciação passa a depender da análise do caso concreto, e que pode culminar com a tutela dos possuidores em detrimento do direito de propriedade.

A polêmica que gira em torno do supramencionado artigo pode residir entre dois extremos: um que critica o dispositivo por, supostamente, violar o direito de propriedade abstratamente concebido como uma garantia fundamental; outro que avalia ser o dispositivo insuficiente à concretização plena da *função social* prevista constitucionalmente, pois, supostamente, condicionaria sua eficácia à indenização do proprietário que não cumpre sua função social pelos possuidores que estão faticamente, a cumpri-la.

Nesse embate, suscita-se uma segunda polêmica, que reside na definição da qualificação jurídica adequada a essa figura *sui generis* trazida a lume pelo legislador de 2002.

A hipótese que se sustenta no presente artigo busca reunir ambas as polêmicas (ou seja, a autonomia da posse e a natureza da figura jurídica instituída pelo parágrafo 4º do artigo 1.228) sob um mesmo fio condutor. Consiste a hipótese em afirmar que a figura jurídica em questão é reveladora da autonomia da posse frente à propriedade, e que, nessa medida, atendidos os requisitos do supracitado dispositivo legal, estar-se-ia diante de verdadeira causa extintiva da oponibilidade material do direito de reivindicação do proprietário frente aos possuidores que atendem aos requisitos do mencionado parágrafo 4º do artigo 1.228, qualificada como uma atípica hipótese de *supressio e surrectio* no âmbito do Direito das Coisas, independente do pagamento da indenização prevista no parágrafo 5º do artigo em comento.

Nesse sentido, buscar-se-á, a partir de um breve resgate histórico das principais doutrinas possessórias, estruturar as concepções mais relevantes dessa figura jurídica, objetivando-se, com isso, oferecer o aporte teórico necessário tanto às críticas que serão tecidas ao dispositivo em comento quanto às possibilidades que se abrem a partir de uma interpretação constitucionalmente prospectiva, tanto do instituto da posse quanto do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, do Código Civil.

2. As teorias clássicas da posse – a contribuição do debate entre Savigny e Ihering

Em breve resgate histórico, apresenta-se aqui o embate que foi considerado a pedra angular da teoria possessória no Direito Moderno, e que foi travado por Savigny e por Ihering.

No ano de 1803, em seu tratado sobre a posse no Direito Romano, Savigny erigiu a chamada *teoria subjetiva da posse*, assim definida porque relevava em sua con-

ceituação o aspecto subjetivo da situação possessória. Partindo da preocupação em diferenciar posse de detenção da coisa, Savigny constatou que a posse, diferentemente da detenção, traz consigo *consequências jurídicas importantes*, como, por exemplo, a usucapião. (SAVIGNY, 1893, p. 2-4).

Aproximando o fato posse de um direito, Savigny afirmou que *a posse é um fato assemelhado a um direito*, identificado a partir da constatação de dois elementos integrantes: o *corpus* (apreensão física da coisa) e o *animus domini* (ter a coisa como se dono fosse) (SAVIGNY, 1893, p. 187). Vale destacar que é por conta deste segundo elemento que esta teoria é chamada de *subjetiva*, nada obstante sua definição do elemento *corpus* seja substancialmente distinta da definição atribuída pela teoria objetiva de Ihering.

A seu passo, Ihering critica o posicionamento de Savigny e afirma que ele fez elucubrações sobre o Direito Romano desprovidas de maior cientificidade e cuidado teórico no estudo histórico desse direito (IHERING, 1957).

Ihering reinterpreta as fontes romanas para afirmar que o *animus*, defendido como elemento estrutural da posse, seria inerente ao exercício do *corpus* (*destinação econômica da coisa*), prescindindo, pois, de qualquer motivação subjetiva consciente, uma vez que pode ser apurado objetivamente a partir da conduta do possuidor. É por isso que sua teoria é chamada de objetiva.

Ihering também defende que é posse aquilo que o direito assim o define, vale dizer, aquilo que o Direito não caracteriza como mera detenção. Para Ihering, portanto, a posse é um direito, e não um fato, já que direito é “todo interesse juridicamente protegido” (IHERING, 1957, p. 52). Entretanto, não se trata, segundo sua concepção, de um direito autônomo, uma vez que ele se exerce em função do direito de propriedade; eis que Ihering põe a posse a serviço da propriedade:

Posse é o poder de fato, e a propriedade o poder de direito, sobre a coisa. Ambas podem encontrar-se reunidas no proprietário, como também estar separadas [...]: ou o proprietário transfere a outro a posse [possessio justa], reservando para si a propriedade, ou a posse da coisa lhe é tirada contra a sua vontade [possessio injusta]. [...] A importância prática que esse direito representa para ele, é evidente. A utilização econômica da propriedade tem como condição a posse. (IHERING, 1957, p. 9).

Nesses termos, a posse é a exteriorização do direito de propriedade, que legítima, nos termos da lei, a ação do possuidor perante terceiros. Daí porque, “*a noção de propriedade implica necessariamente no direito do proprietário à posse*” (IHERING, 1957, p. 13). Seria, pois, a posse *guarda avançada da propriedade*, bem como o fundamento dos interditos possessórios residiria não na posse em si, mas sim na propriedade que estaria na iminência de sofrer uma grave violação (IHERING, 1908, p. 71).

Considerado uma das maiores contribuições à ciência do direito até mesmo por Ihering, o estudo de Savigny serviu à investigação da posse por inúmeras gerações de juristas, tendo, inclusive, tido adeptos em face da teoria de Ihering, como é

o caso de Lafayette Rodrigues Pereira, um dos maiores juristas brasileiros do século XIX, para quem a posse é o “poder de dispor fisicamente da coisa, com a intenção de dono, e de defende-la contra as agressões de terceiro.” (PEREIRA, 1940, p. 23).

Destaque-se que a teoria objetiva de Ihering foi amplamente aceita pela doutrina oitocentista, especialmente por sua satisfatória explicação técnica ao fenômeno jurídico do desdobramento possessório, tendo se tornado, no século seguinte, a teoria da posse mais aceita entre os juristas brasileiros (TEPEDINO, 2011, p. 66), o que, inclusive, corroborou com sua positivação pelos Códigos Civis de 1916 (art. 485)³ e 2002 (art. 1.196)⁴, sem embargo de alguma reminiscência da teoria subjetiva de Savigny.

Exemplo claro desta reminiscência pode ser constatado de modo explícito no já revogado artigo 493 do Código Civil de 1916, que apesar de adotar expressamente a teoria objetiva de Ihering (art. 485, CC/16), valeu-se do conceito de *corpus* de Savigny, além de arrolar, em contradição à teoria objetiva, os modos de aquisição da posse.⁵

Mesmo que modo implícito é possível verificar, em certa medida, reflexos da teoria de Savigny ainda no Código Civil de 2002, que apesar de ter adotado expressamente a teoria objetiva da posse (art. 1.196, CC/02) e de ter eliminado a incorreção teórica havida no revogado artigo 493 do Código Civil de 1916, acabou não sendo perfeitamente claro em seu artigo 1.240⁶, o que, inclusive, pode ter contribuído para um ligeiro equívoco teórico no seu artigo 1.240-A, posteriormente incluído.⁷

Nada obstante as contribuições que ambos trouxeram à doutrina possessória, em especial as contribuições havidas desse embate entre ambas as teorias, cujo alcance acabou por se prostrar no tempo e por envolver inúmeros juristas em sua discussão, o que se pode concluir é que tanto Savigny quanto Ihering se valeram de

3 Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade.

4 Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

5 Art. 493: Adquire-se a posse: I - Pela **apreensão da coisa**, ou pelo exercício do direito; II - Pelo fato de se dispor da coisa, ou do direito; III - Por qualquer dos modos de aquisição em geral. (grifos nossos)

6 Art. 1.240: Aquele que possuir, **como sua**, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (grifos nossos)

7 Art. 1.240-A: **Aquele que exercer**, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, **posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano** de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011).” (grifos nossos).

Como se observa, ao invés de o artigo 1.240, CC/02, adotar expressamente o termo posse própria, em oposição ao conceito de posse não-própria, vale dizer, aquela que não provém de desdobramento possessório ou de mero fâmulos da posse, preferiu-se caracterizar a posse *ad usucapionem* como o ato de possuir como sua determinada área, dando margem certo subjetivismo. Por sua vez, o artigo 1.240-A confunde categoricamente os conceitos de posse própria e posse direta, em clara incorreção técnica. Mencione-se que a hipótese descrita neste artigo não remete à figura do desdobramento possessório; aqui, o conceito de posse direta foi tratado de modo atécnico, querendo se referir à posse exercida diretamente pelo possuidor em relação à coisa (a rigor isso seria posse própria), remetendo, nesses termos, à ideia de corpus de Savigny, vale dizer, de apreensão física da coisa.

metodologia história própria de sua época, que assumia o retorno ao Direito romano como apto a permitir cotejo com o Direito de seu próprio tempo. Trata-se de metodologia típica das escolas Histórica e Pandectista.⁸

A rigor, não seria demasiado afirmar que tanto a teoria de Savigny quanto a de Ihering, sob as vestes do estudo do Direito Romano, estava a versar sobre o Direito de suas respectivas épocas. Não foi por acaso que o conceito de posse foi, desde então, reconstruído por suas teorias inovadoras, construída a partir de significantes pretéritos, mas à luz de significações novas, de reconstrução.

3. As críticas às teorias clássicas da posse – as teorias sociais da posse e sua funcionalização

Embora quase a totalidade da doutrina pátria defenda, com razão, que o sistema possessório brasileiro guarda correspondência, em geral, com a teoria objetiva delineada por Ihering (TEPEDINO, 2011, p. 66), verifica-se que essa filiação não é integral. Com efeito, Ihering tomava a propriedade como fundamento da posse, vinculando o direito de posse ao direito de propriedade de forma indissociável. No ordenamento vigente, todavia, a autonomização da posse frente à propriedade é realidade aferível.

Não houvesse tal autonomia, seria inviável admitir tutela jurídica da posse frente à propriedade, como no caso do parágrafo quarto do artigo 1.228 aqui em comento. Também restaria impossibilitado que o desiderato constitucional consagrado na *função social* possa ser cumprido de forma autônoma pela posse.

Impende, pois, destacar a crítica de Sérgio Staut à teoria objetiva de Ihering: “o ideário da posse, no âmbito mais amplo das relações de pertencimento entre as pessoas e as coisas, foi pensado na modernidade ocidental a partir e em função da propriedade privada” (STAUT, 2009).

Tendo-se a ressalva de que o significante *social* guarda diferentes conotações ideológicas e jurídicas, podendo albergar as mais diferentes matrizes doutrinárias, desde o marxismo até o positivismo, anote-se que ao longo do século XX foram suscitadas algumas *teorias sociais da posse*, dentre as quais destacamos as de Perozzi, Saleilles e Hernandez Gil.

Remarque-se que, assim como os significantes posse e propriedade, o significante *social* possui diferentes significados, em especial se analisado ao longo de seu

8 Em crítica a este método, Ricardo Marcelo Fonseca aduz que por vezes o Direito Romano é invocado como argumento de autoridade, pensando-se nele “como algo que contém em si mesmo um núcleo precioso, de juridicidade ‘pura’, e que poderia ser aplicada diretamente (ou após algumas poucas mediações) na nossa realidade moderna.” (FONSECA, 2010, p. 23). Com isso, está Ricardo Marcelo Fonseca a asseverar que esse transporte do Direito Romano ao Direito Contemporâneo, ignorando as transformações sobre ele empreendidas pelos glosadores e mesmo pelos próprios teóricos das escolas modernas – dentre os quais podemos citar, inclusive, Savigny e Ihering – não permite criticar os significantes à luz da relatividade e da mudança de seus significados, pois não vislumbra a forma como os institutos romanistas foram filtrados e recepcionados na modernidade.

percurso histórico. Justamente por isso, a investigação sobre as teorias ditas *sociais* não podem, ao menos não sem a devida contextualização, ser invocadas como se fossem unívocas, atribuindo um sentido único ao conceito de *função social* que hoje vemos estampado na Constituição de 1988.

Logo no início do século XX, Perozzi se levanta contra a teoria posta por Ihering. Entende ele que a teoria do jurista alemão se pauta única e exclusivamente na aparência, na posse como exteriorização (*guarda avançada da propriedade*). Para ele, é a propriedade que deriva da posse, e não o contrário, sendo esta um fato social e aquela um direito.

Para ele, a posse é o *reconhecimento social de um poder* de um indivíduo sobre determinada coisa, podendo-se defini-la como “a plena disposição de fato de uma coisa”⁹ (PEROZZI, 1948, 827), consubstanciando-se, pois, em um fato consuetudinário, derivado da própria autonomia social, e que independe de sua aceitação pelo Direito.

Nesse sentido, para ele, a posse não seria apenas um instituto jurídico, mas, sim, um genuíno fato social. Diferentemente, a propriedade não é um fato social, mas jurídico, na medida em que é produto do Direito e depende, assim, da coerção estatal para se impor aos demais sujeitos. Portanto, para o autor, a posse é totalmente independente da ordem jurídica, prescindindo desta para que tenha efetividade, já que a abstenção universal de terceiros em relação à posse derivaria de uma responsabilidade social espontânea (PEROZZI, 1948, p. 829).

Para Perozzi, a posse apenas se assemelharia à propriedade se esta fosse considerada uma *propriedade social*, um estado que respeita a liberdade de ação dos indivíduos em relação às coisas por conta de uma força social.

Muito embora tenha a teoria de Perozzi feito uma crítica substancial às teorias precedentes, qual seja, a de criticar o atrelamento servil da posse em relação à propriedade, esta teoria se afasta tanto do direito formal quanto do direito material, estabelecendo como fundamento da posse um elemento metafísico, segundo o qual os indivíduos reconheceriam a posse legítima de outrem por meio de uma responsabilidade coletiva consuetudinária dotada de força social.

Nesse sentido, além da teoria social de Perozzi tornar demasiadamente difícil a própria definição do que seria posse e sua distinção em relação à detenção, ela deixa a posse em particular e o Direito em geral à mercê de apropriações totalitárias.

Nada obstante Saleilles também conceber a posse como um ato autônomo em relação à propriedade, fruto de uma vontade social, ele busca extrair esta vontade da destinação econômica da coisa (SALEILLES, 1909, p. 321), aproximando-se, em termos, de Perozzi no que diz respeito à autonomia da posse em relação à propriedade e de Ihering no que diz respeito ao conceito de *corpus*, vale dizer, o aproveitamento econômico do bem, o qual traz consigo, inerentemente, o elemento *animus*, que não

9 Tradução livre de: “*la piena disposizione di fatto di una cosa*” (PEROZZI, 1948, 827).

se caracteriza pelo voluntarismo do indivíduo, mas pela própria efetivação da destinação econômica.

Sem embargo do avanço teórico estabelecido por esta doutrina, ela ainda insiste em firmar seu fundamento numa concepção abstrata de sociedade, deslocando o foco do sujeito concreto para um todo abstrato, em nome do qual concessões poderiam ser suscitadas e, assim, não estaria livre, também, de apropriações totalitárias.

Por isso, afirma-se que se determinado instituto jurídico for dirigido única e exclusivamente à sociedade compreendida como um todo, ignorando os sujeitos concretos, poder-se-á incorrer no equívoco de se conceber a sociedade segundo uma concepção abstrata de organismo, de coletividade, ocultando-se as relações sociais de fato nela desenvolvidas por “uma compreensão de sociedade que transcende vínculos concretos e que reside acima dos indivíduos”, dando margem, com isso, à possibilidade de se preterir a dignidade da pessoa humana concretamente considerada (PIANOVSKI RUZYK, 2011).

A seu turno, Hernandez Gil afirma que a individualidade da pessoa humana deve ser resguarda pela autonomia dos sujeitos, até mesmo nos sistemas socialistas de governo, e que uma das formas de se garantir essa autonomia é, justamente, assegurando a autonomia da posse do indivíduo, uma vez que a posse particulariza e repersonaliza a situação do sujeito para com a coisa. Assim, pelo reconhecimento da posse autônoma e funcionalizada, conferem-se os meios materiais necessários para que o indivíduo atenda às suas necessidades e, com isso, possa se desenvolver pelo exercício material de sua liberdade (GIL, 1980, p.101).

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, Luiz Edson Fachin já defendia a autonomia da posse em relação à propriedade, propugnando que a posse teria, sim, uma *função social*, uma vez que, admitida a existência de uma função social da propriedade, seria a posse o meio hábil para cumprir com o seu desiderato (FACHIN, 1988).

Assevera o autor que “à medida em que a posse qualificada instaura nova situação jurídica, observa-se que a posse, portanto, não é somente o conteúdo do direito de propriedade, mas, sim, e principalmente, sua causa e sua consequência.” (FACHIN, 1988, p. 13).

Nesse sentido, defende o autor a aplicabilidade da função social à posse, ressaltando que “a função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal.” (FACHIN, 1988, p. 19)

Assim, afirma Fachin:

A ser uma forma atributiva da utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todos os seres humanos e dar-lhe autonomia significa construir um contraponto humano e social de uma propriedade consciente e acima de tudo, aduz, a posse tem um sentido distinto da propriedade, qual seja o de entrada e despersonalizada, pois, do ponto de vista dos fatos e da exteriorização, não há distinção fundamental entre

o possuidor proprietário e o possuidor não proprietário. A posse assume então uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser encarnação da riqueza e muito menos manifestação de poder: é *uma concessão à necessidade*. (FACHIN, 1988, p. 20-21)

Nesse sentido também está Hernandez Gil, para quem “a regulação possessória está muito ligada à realidade social, em um grau superior ao dos demais direitos [...], sendo a posse o instituto jurídico de maior densidade social.”¹⁰ (GIL, 1980, p. 52).

Ao afirmar isso, Hernandez Gil (*ibidem*, p. 27) fundamenta sua teoria na afirmação da posse como via empírica das relações de pertencimento humanas. Assim, conceitua a posse como “o fenômeno humano e social do uso e da utilização das coisas anterior à institucionalização que representa a propriedade privada.”¹¹ (GIL, 1980, p. 39).

Destarte, ao afirmar que “a função social atua como pressuposto e como fim respectivo das instituições e das situações reguladas pelo direito.”¹² (GIL, 1980, p. 93), o autor confere autonomia à posse em relação à propriedade, destacando-a desse direito, pondo seu fundamento nas relações humanas direcionadas ao cumprimento da função social.

Deste modo, a *função social* perpassaria pela posse oferecendo-a coordenadas e particularizando-a em relação à propriedade, autonomizando-a. Com isso, permite-se que ela tutele mais adequadamente as ações humanas que trabalham a posse para atender necessidades diárias, ações estas tendentes ao cumprimento da *função* que orienta a posse. Não obstante o problema da autonomia dentro do sistema jurídico, não se pode deixar de pensar em soluções para outro problema central da posse: a falta de acesso universal a ela.

Destaque-se que Hernández Gil não nega a posse como um direito; o que ele faz é destacar a qualidade de fato da posse para separá-la da propriedade, podendo, então, defendê-la como fato/direito autônomo em relação à propriedade, fato porque não provém do direito e direito subjetivo porque é por ele tutelada:

Afirmar que a posse é um direito não significa muito menos desconhecer nela a presença de um poderoso elemento de fato. Não há contradição em definir, por uma parte, a posse como o senhorio, poder de fato, e considerá-la, por outra, como um direito. O elemento de fato que figura na posse é insuficiente para expressar sua total estrutura e função.¹³ (GIL, 1980, p. 52).

10 Tradução livre de: “*la regulación posesoria está muy ligada a la realidad social em un grado superior a la de los demás derechos [...], la posesión es la institución jurídica de mayor densidad social*” (GIL, 1980, p. 52).

11 Tradução livre de: “*el fenómeno humano y social del uso y la utilización de las cosas anterior a la institucionalización que representa la propiedad privada*” (*ibidem*, p. 39).

12 Tradução livre de: “*la función social actúa como presupuesto y como fin respecto de las instituciones y las situaciones ordenadas por el derecho*.” (*ibidem*, p. 93).

13 Tradução livre de: “*afirmar que la posesión es um derecho, no significa, ni mucho menos, desconocer la presencia em ella de um poderoso elemento de hecho. No hay contradicción en definir, por una parte, la posesión como señorío o poder de hecho, y considerarla, por otra, como um derecho. El elemento de hecho que figura en la posesión es insuficiente para expresar su total estructura y función*.” (*ibidem*, p. 52).

Afirmar isso não significa que o exercício da posse, por si só, implica a concretização de sua respectiva função social, como aduz Laércio A. Becker, para quem a função social seria algo *ínsito à posse* e que “diante da doutrina da função social da posse, entendemos que, infeliz e paradoxalmente, seria impossível exigir do possuidor o cumprimento da função social da posse, apenas com base na Constituição” (BECKER, 2009, 33).

Primeiramente, não parece adequado afirmar, *tout court*, que a função social é ínsita a qualquer posse, na medida que isso implica tutelar alguém que esteja descumprindo de forma veemente princípios e preceitos constitucionais que direcionam o regime da função social da propriedade.

Isso porque, embora a Constituição tenha se reportado apenas à *função social da propriedade*, por consectário lógico, acabou-se funcionalizando, também, a posse, uma vez que ela é o principal meio de exteriorização da propriedade, sendo, pois, por meio da posse que se viabiliza o cumprimento dos preceitos da função social da propriedade.

Vale destacar que, com a promulgação da Constituição de 1988, o direito à função social da propriedade foi alçado à categoria de direito fundamental, tendo, então, sido posto ao lado do sedimentado direito de propriedade (art. 5º, XXII e XXIII), além do que verifica-se que suas diretrizes, ao menos no que diz respeito à propriedade rural, estão bem definidas nos arts. 182 a 186, CF¹⁴, a par do direcionamento legislativo do art. 1.228, § 1º, CC¹⁵.

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

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

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. (grifos nossos)

15 Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

É possível afirmar, em suma, que há uma função social do pertencimento, que se revela tanto como função social da posse como sob a forma de função social da propriedade.

Destarte, verifica-se que a posse também está sujeita aos ditames constitucionais da função social, a ser apreendida diante do caso concreto.

Por exemplo, imagine-se o caso de uma determinada área de terra improduti-va e que, portanto, não cumpre sua função social, sob o aspecto do aproveitamento racional e adequado; caso essa área passe a ser possuída por alguém que explora ilicitamente mata virgem local, valendo-se, para tanto, de trabalhadores em regime análogo ao de escravidão, por violação ao disposto no art. 186, CF, verifica-se que esta posse também não é passível de tutela jurídica, por não cumprir ditames integrantes da função social.

Aliás, neste caso, como nem o possuidor e nem o proprietário atendem à função social, ambos devem sofrer as consequências disto: o possuidor não terá protegida sua posse e deverá arcar com os atos ilícitos por ele cometidos, e o proprietário deverá ter seu imóvel desapropriado.

Em segundo lugar, negar que a função social da posse seja exigida do possuidor apenas com base na Constituição, implicaria negar a eficácia direta e imediata de direitos fundamentais nas relações privadas, o que não é factível diante de uma leitura aberta do texto constitucional. Nessa linha, acolhe-se o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, que preleciona:

os direitos fundamentais [*dentre os quais podemos incluir a função social da posse e da propriedade*] não carecem de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, assumindo diretamente o significado de vedações de ingerência no tráfico jurídico-privado e a função de direitos de defesa oponíveis a outros particulares. (SARLET, 2000, p. 122).

Defende-se, assim, a autonomia da posse em relação à propriedade para que se tutele não um direito abstrato, mas o sujeito concreto que faz uso da coisa em atendimento aos postulados da função social constitucionalmente desenhada, justificando-se sua tutela, mesmo em face do proprietário formal, a partir dos valores protegidos pelos princípios constitucionais, como os da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade material, da moradia e do trabalho.

Nesse sentido está Gustavo Tepedino, para quem:

Por se originar de relação fática, a função social da posse, contudo, quando desacompanhada de título dominical que estipule previamente os seus contornos, mostra-se essencialmente dúctil e define-se a posteriori, dependendo da compatibilidade da utilização atribuída à coisa, no caso concreto, com situações jurídicas constitucionalmente merecedoras de tutela. Em outras palavras, apartada da propriedade, a tutela possessória depende do direcionamento do exercício possessório

a valores protegidos pelo ordenamento, que a legitimem e justifiquem sua proteção legal, inclusive contra o *verus dominus*.

Na esteira de tal construção, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade, informadores da normativa referente à moradia e ao trabalho, serve de referência axiológica a justificar a disciplina dos interditos possessórios e da usucapião dos bens imóveis, e encerram o fundamento para a tutela possessória na ordem civil-constitucional (TEPEDINO, 2011, p. 57).

Deste modo, como a função social visa ao atendimento dos direitos fundamentais e à proteção da pessoa humana concretamente considerada, e não propriamente à proteção de uma sociedade tida como um todo abstrato, verifica-se possível a revisão da tradicional concepção da posse de *guarda avançada da propriedade* para uma concepção autônoma da posse, que venha a cumprir a função social de modo independente em relação ao direito de propriedade, podendo, inclusive, contrapor-se a este, como no caso do art. 1.228, §§ 4º e 5º, Código Civil.

4. Da natureza jurídica da hipótese do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, do Código Civil

Tomando-se por premissa a antes demonstrada autonomização da posse frente à propriedade, cabe, doravante, examinar o tema atinente ao artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, do Código Civil brasileiro.

O dispositivo em tela regula a perda da propriedade que não cumpre a função social em razão de atos de posse alheia tendentes ao cumprimento dessa função, *in verbis*:

§ 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.

Dentre os requisitos legais à aquisição *sui generis* da propriedade prevista nesse artigo estão: (i) área extensa; (ii) considerável número de pessoas; (iii) obras e serviços de interesse social e econômico relevante; (iv) posse de boa-fé.

Gustavo Tepedino define alguns critérios balizadores na interpretação de alguns desses requisitos, merecendo destaque a definição (i) de área extensa, feita consoante a previsão do art. 191 da Constituição, vale dizer, assim seria considerada a área acima de 250 metros quadrados para imóveis urbanos e acima de 50 hectares para imóveis rurais; (ii) de considerável número de pessoas, feita consoante a previsão legal do art. 2º, IV, Lei 4.132/1962, ou seja, seria extraída conforme a concentração populacional por metro quadrado da região ocupada; (iii) de obras e serviços de

interesse social e econômico relevante, assim entendidas as “estradas, praças, equipamentos urbanos, escolas, moradias e todas as demais construções realizadas pelos possuidores que se destinem ao uso daqueles que ali residam e trabalhem.” (TEPE-DINO, 2011, p. 259).

Trata-se, esse último requisito, de demonstração de atos tendentes ao atendimento do bem-estar dos possuidores, como forma de ampliação de sua liberdade substancial, tendendo, a um só tempo, à realização da função social da posse e da função social da cidade.

Sobre o conceito de *boa-fé*, verifica-se que, no que tange à posse, a sistemática do Código Civil se refere, em regra, à *boa-fé* subjetiva, consubstanciada, segundo Orlando Gomes (GOMES, 2010, p. 52), na *ignorância* quanto à presença de vícios. Essa interpretação pode ser, todavia, no que tange à figura jurídica em exame, ampliada também para a *crença* na ausência ou na superação dos vícios relativos à posse. Essa crença deriva da ausência de oposição do proprietário ao exercício de posse, ao longo do prazo previsto em lei. Trata-se de inversão da qualidade da posse, no que tange ao seu elemento subjetivo, em virtude da conduta omissiva do proprietário privado da posse.

Quanto à natureza jurídica deste instituto, diverge a doutrina.

Dentre aqueles que defendem ser a hipótese prevista no art. 1228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil, uma espécie de *usucapião* estão Eduardo Cambi (CAMBI, s.d.), que defende ser o presente instituto uma forma de usucapião especial ou coletiva, e Carlos Alberto Dabus Maluf (MONTEIRO, 2009, 89-90).

Talvez o principal argumento que afasta a hipótese sob análise do instituto da usucapião seja a necessidade de se indenizar. Entretanto, há de ser feita a ressalva de que os destinatários da reforma urbana ou agrária podem requerer que a indenização ao proprietário seja paga pelo Estado, consoante dispõe o enunciado nº 308 da IV Jornada de Direito Civil.¹⁶

Não obstante os argumentos deduzidos contra o enquadramento como usucapião, caracterizá-la como tal teria um único efeito prático positivo, qual seja, a possibilidade de adoção desta medida como exceção quando pender ação reivindicatória, haja vista o entendimento sumulado do STF (súmula 237). Todavia, não se pode qualificar uma figura jurídica apenas por juízos de valoração sobre seus efeitos.

Outros autores defendem a hipótese do supramencionado artigo como uma espécie de desapropriação. Entre eles, pode-se citar Fábio Caldas de Araújo (ARAÚJO, 2003, p. 217), Miguel Reale (REALE, 2005, p. 104), Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 43-44), Micheli Mayumi Iwasaki (IWASAKI, 2001), Maria Helena Diniz (DINIZ, 2007, p. 197), Camilo de Lelis Colani

16 308 – 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.

Barbosa e Rodolfo Pamplona Filho (BARBOSA; PAMPLONA, s.d.), Joana Tonetti Biazus (BIAZUS, s.d.).

Embora a doutrina majoritária aponte para a natureza desapropriatória do instituto, verifica-se, em uma análise mais acurada, que não se trata de desapropriação, haja vista ser este um instituto de direito administrativo, pertinente às relações do Estado para com os administrados, que pressupõe, inclusive, uma relação jurídica hierarquizada.

Conforme Antônio Bandeira de Mello, “à luz do Direito Positivo brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro.” (MELLO, 2009, p. 857).

A perda da propriedade, no caso do parágrafo 4º do artigo 1.228, não decorre de iniciativa estatal pautada em um juízo de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, nem do administrador, nem do juiz. O magistrado não tem discricionariedade para decidir se aplica ou não o comando da norma aqui examinada.

Trata-se, ao contrário, de consequência necessária, inexorável, do atendimento, pelos possuidores, dos requisitos do parágrafo 4º, associado à omissão do proprietário tanto no atendimento da função social quanto no exercício do *jus reivindicandi*.

A decisão que aplica o parágrafo 4º do artigo 1.228 não é ato de império, mas, sim, reconhecimento judicial de um direito que emerge para os possuidores antes mesmo da sentença.

Há, porém, mais: o pagamento da indenização prevista no parágrafo 5º, embora necessária à aquisição da propriedade pelos possuidores, não é condição para a proteção autônoma da posse por eles exercida. Em outras palavras: o legislador, no parágrafo 4º, afasta a possibilidade de retomada da área pelo proprietário, sem condicionar a supressão da reivindicação ao pagamento de indenização alguma.

É somente para fins de aquisição da propriedade, e não de proteção da posse, que se determina a fixação da indenização.

A área objeto da reivindicação frustrada, além disso, sequer passa ao domínio público (salvo nas hipóteses excepcionais em que o Estado deve pagar a indenização, no âmbito da reforma agrária e da reforma urbana), sendo atribuída diretamente aos particulares mediante o pagamento da indenização.¹⁷

Afastada a natureza desapropriatória da hipótese prevista no art. 1.228, parágrafos 4º e 5º, do Código Civil, há aqueles que classifiquem esse instituto como uma *acessão invertida social*, como é o caso de Pablo Rentería (RENTERÍA, 2008, p. 88) e Gustavo Tepedino (TEPEDINO, 2011, p. 263).

17 Nessa linha, vem o Enunciado 84 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal “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.

Segundo esses autores, o art. 1.228, parágrafos 4º e 5º, deve ser interpretado sistematicamente com o parágrafo único do art. 1.255 do Código Civil, permitindo que haja a acessão do solo em relação às construções, plantações e demais benfeitorias havidas socialmente pelos homens naquela área.

A novel interpretação proposta pelos autores é de inequívoca relevância, mostrando-se viável diante da ordem sistemática pertinente à disciplina das acessões. Observe-se, porém, que esse fundamento é mais vinculado à possibilidade de aquisição da propriedade – e, portanto, da eficácia própria do parágrafo 5º – do que, propriamente, à oposição da posse autônoma frente ao exercício da reivindicação pelo proprietário.

Ou seja: na antessala da possibilidade de aquisição da propriedade por acessão invertida, reside o fato obstativo da reivindicação que consiste na proteção autônoma ofertada à posse qualificada. A proteção da posse é um *prius*, derivando diretamente do parágrafo 4º; a aquisição mediante o pagamento da indenização, sob o fundamento da acessão invertida, é um *posterius*, que legitima a aquisição da propriedade.

Note-se, porém, que, com ou sem a aquisição da propriedade, a posse está assegurada autonomamente, ainda que a indenização não seja paga. A indenização pela aquisição por acessão invertida social fundamenta a propriedade, não a proteção ofertada autonomamente aos possuidores frente ao proprietário.

Por fim, Fredie Didier Júnior (DIDIER JUNIOR, s.d.) e Teori Albini Zavascki (ZAVASCKI, s.d.) apresentam o instituto como um *contradireito processual*. Segundo a tese dos autores, o direito à reivindicação do proprietário seria suprimido processualmente, exurgindo uma obrigação alternativa aos possuidores, que podem simplesmente restituir a coisa ou, então, pagar a justa indenização.

Esta posição não coaduna com a operacionalidade que se exige do instituto, especialmente nos casos dos destinatários da reforma urbana ou agrária, que poderiam deixar de pagar o preço da propriedade e exigir do Estado o seu pagamento.

A atenta leitura do parágrafo 4º conduz à conclusão de que se opera uma extinção do direito de reivindicação, ou, quando menos, a supressão de sua oponibilidade àqueles possuidores qualificados pelos seus atos tendentes ao cumprimento da função social. Não se pode olvidar que esse *jus reivindicandi* não tem natureza meramente processual. Ele integra o domínio, como um dos seus atributos, diretamente derivado da aderência e da seqüela. O seu não exercício, pelo proprietário, por cinco anos, contraposto aos atos de posse qualificados pela função social exercidos pelos possuidores, enseja a constituição de causa obstativa que impede o titular formal do bem de exigir a restituição do imóvel, esvaziando o conteúdo material do direito de propriedade.

Verifica-se que, com efeito, a norma do parágrafo 4º do artigo 1.228 suprime um dado direito em favor de outro, que exsurge em oposição àquele. Entretanto, isso não ocorre na esfera do direito processual, mas sim do direito material. Tampouco se sujeita ao pagamento da indenização. Pode-se sustentar que o que se configura é

uma modalidade especial de *supressio* e de *surrectio* de direitos contrapostos. É o que se verá a seguir.

5. À guisa de conclusão: a hipótese do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, do Código Civil, como uma modalidade especial de *supressio* e de *surrectio* de direitos contrapostos

Pode-se definir a *supressio* como hipótese que resulta da inércia abusiva de uma das partes de uma dada relação jurídica, que faz nascer à outra uma expectativa legítima, passível de proteção jurídica.

Segundo Anderson Schreiber, esta figura nasceu após a I Guerra Mundial “para designar a inadmissibilidade de exercício de um direito por seu retardamento desleal” (SCHREIBER, 2007, p. 185).

Este retardamento, explica Schreiber, dava-se devido ao interesse econômico decorrente dos juros e da descontrolada correção monetária, que faziam com que o credor tardasse a exercer a sua pretensão com vista ao incremento de sua fortuna. Disto, entendeu-se que decorreria a *perda* da pretensão à correção monetária. Posteriormente, este entendimento foi aplicado ao exercício de direito intelectual para elidir o interesse escuso daqueles que pretendiam se locupletar indevidamente a partir do crescimento de uma marca que outrora haviam vendido (SCHREIBER, 2007, p. 187).

Verifica-se estar, assim, a *supressio* conectada à demora anormal para o exercício de um determinado direito, implicando a sua *supressão*, em virtude da caracterização de exercício abusivo.

Schreiber aproxima a figura da *supressio* do *venire contra factum proprium*, afirmando tratar-se aquela de uma subespécie deste. Nesse sentido, revelar-se-ia contraditório e abusivo o exercício de determinado direito após o decurso de um lapso temporal considerável.

No caso da propriedade, agrava-se o conflito de interesses devido à sua *abstração*, que permite ao proprietário manter-se como tal tão-somente pelo registro imobiliário e pela matrícula do imóvel.

Impende ressaltar que a *supressio* implica a perda da pretensão de determinado direito a partir de uma conduta omissiva que deu ensejo à proteção da legítima confiança de outrem, senão vejamos o que afirma Schreiber:

a inadmissibilidade do exercício do direito vem como conseqüência de ter a conduta omissiva – a inatividade, o retardamento – do titular deste direito gerando em outrem a confiança de que aquele direito não seria mais exercido. O que se tutela é a confiança no comportamento coerente daquele que se retardou em fazer valer o seu direito. (SCHREIBER, 2007, p. 189).

Segundo Judith Martins Costa, a *supressio* se pauta no valor da *confiança*, que faz com que o transcurso do tempo altere a situação de fato, uma vez que o não

exercício de um direito que gera a outrem um benefício pode significar, ao longo do tempo, a construção de uma situação de confiança, que estará apta a *suprimir uma situação de direito* (MARTINS-COSTA, s.d.).

Antônio Manuel Menezes Cordeiro defende a possibilidade e a viabilidade de se aplicar o instituto da *suppressio* aos mais diversos setores do direito civil e do direito privado, afirmando que o dinamismo da boa-fé faz com que este instituto perpassse toda a vida jurídica privada, notadamente aquelas áreas marcadas pelo dinamismo econômico e social, fundando, assim, o seu *domínio de aplicação* (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 803).

Deste modo, a *suppressio* de alguns dos direitos inerentes à propriedade dar-se-ia dentro de um regime de *ponderação*, cujos critérios são oferecidos pelo art. 1228, parágrafos 4º e 5º, e devem ser aplicados às circunstâncias de cada caso concreto, sendo assim analisadas para se mitigar a segurança jurídica formal que rege a situação do proprietário para tutelar a segurança jurídica material em favor daqueles que depositaram legítima confiança no exercício de seus direitos.

Ademais, assim como para Schreiber o *venire contra factum proprium omissivo qualificado pelo tempo* não se confunde com a prescrição e com a decadência por tutelar, em verdade, a legítima confiança despertada em terceiros devido à inércia do titular do direito não exercido, afirma-se aqui que a hipótese prevista no art. 1228 não se confunde com os institutos da usucapião e da desapropriação, haja vista ser a *suppressio* uma saída extraordinária àqueles casos não abarcados por outras prescrições jurídicas.

A *surrectio*, a seu turno, tem sido usada, segundo Menezes Cordeiro, “para a constituição *ex novo* de direitos subjetivos” (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 821). Esta figura pode consubstanciar uma contrarreação à *suppressio*, um *subproduto* desta, uma vez que se cria um direito a partir do não exercício de outrem de uma posição jurídica.

Embora na seara do Direito das Obrigações, a partir de seu nascedouro, a *suppressio* e a *surrectio* estejam pautadas pela noção de boa-fé objetiva, não é possível desconsiderar que o fundamento central em que as figuras jurídicas se pautam é a *vedação ao exercício abusivo de um direito em virtude de seu retardamento*, como antes explicitado.

No direito pátrio, o abuso do exercício de um direito, conforme disciplinado pelo artigo 187 do Código Civil, não decorre apenas da violação da confiança, como elemento integrante da boa-fé, mas, também, no não atendimento da função social e da função econômica do direito.

É sustentável, nessa linha, que o cerne do fundamento da *suppressio*, mais do que a frustração da confiança, é a vedação ao exercício abusivo de posição jurídica. Assim, esse exercício abusivo tanto pode ocorrer como violação da boa-fé quanto sob a forma de ofensa à função social.

É essa última hipótese que reveste a figura jurídica objeto deste estudo. A *suppressio* do direito de reivindicar – ou, quando menos, de sua oponibilidade aos pos-

suidores – deriva da omissão abusiva quanto ao atendimento da função social da propriedade, fazendo com que, no tempo em que se retarda o exercício do *jus reivindicandi*, venha a emergir uma posse qualificada como socialmente relevante, exercida pelos ocupantes da área intempestivamente reivindicada.

Em outras palavras: a posse socialmente útil exercida como fato pelos ocupantes constitui para eles a *surrectio* de um direito de posse qualificado, oponível frente ao proprietário da área. Este último, em virtude (a) da *surrectio* do direito dos possuidores, associada (b) à omissão abusiva na satisfação da função social e (c) ao retardamento no exercício do direito de reivindicar, acarreta a *supressio* deste último – ou, ao menos, de sua oponibilidade àqueles possuidores.

Uma vez que se está diante da aquisição de um direito de posse oponível contra o proprietário, que suprime ao menos a eficácia do direito de reivindicar – senão o próprio direito –, bem se observa que o pagamento da indenização não é necessário à proteção dessa posse qualificada e autônoma, que se reveste da condição de direito advindo da *surrectio*. A indenização, assim, diz respeito apenas à conversão dessa posse em propriedade, em virtude da acessão invertida social antes mencionada.

Em suma, pode-se concluir que a autonomização da posse frente à propriedade fundamenta a perda do direito de reivindicar – ou, pelo menos, de sua oponibilidade àqueles possuidores – em face da *surrectio* da posse qualificada exercida tendencialmente ao cumprimento da função social, não dependendo a proteção autônoma dessa posse do pagamento de qualquer indenização. Esta, quando paga, permite converter a posse autônoma em direito de propriedade.

6. Referências

ARAÚJO, Fábio Caldas. *O usucapião no âmbito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do art. 1228 do Código Civil brasileiro*. Disponível: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/8365/7931>>

BECKER, Laércio A. *Posse e Moradia à luz da Constituição*. Porto Alegre: Manas, 2009.

BIAZUS, Joana Tonetti. *A posse-trabalho, prevista no art. 1.228, §§4º e 5º, do Código Civil, como forma de aquisição da propriedade através da usucapião especial coletivo*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/260407.pdf>>.

CAMBI, Eduardo. *Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil*. Disponível: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/7839/7406>>

- DANTAS, F. C. San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1984.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *A função social da propriedade e a tutela processual da posse*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp>>.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2010.
- GIL, Antonio Hernandez. *La Posesión*. Madrid: Civitas, 1980.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- IHERING, Rudolf von. *O fundamento dos interdictos possessórios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.
- IHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. Salvador: Livraria Progresso, 1957.
- IWASAKI, Micheli Mayumi. *A desapropriação judicial do Código Civil: limites e possibilidades para a reforma agrária*. Curitiba: UFPR, 2011. Dissertação.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé*. Disponível: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/CostaJudith.pdf>
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENEZES COREDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil 3: direito das coisas*. 39. ed, rev., atual. e aum. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Cousas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.
- PEROZZI, Silvio. *Instituzioni di Diritto Romano, Vol. I*. Roma: Athenaeum, 1949.
- PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.

RENTERÍA, Pablo. *A Aquisição da Propriedade Imobiliária pela Acesso Invertida Social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 34, abr/jun. 2008.

SALEILLES, Raymond. *La posesión*. Madrid: Librería General e Victoriano Suárez, 1909.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.) *A Constituição Concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SAVIGNY, Frederich Karl Von. *Traité de la Possession en Droit Romain*. Bruxelas: Bruylant-Christophe Éditeurs, 1893.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

STAUT, Sérgio. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*. Curitiba: UFPR, 2009. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/19305/1/TESE-COMPLETA-STAUT.pdf>

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. vol. 14. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *A tutela da posse na constituição e no novo código civil*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1036>.

V

FAMÍLIA, LIBERDADE E TUTELA CONSTITUCIONAL

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO- PARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Antonio dos Reis Júnior¹
Juliana de Sousa Gomes Lage²
Vitor Almeida³

SUMÁRIO: 1. O estabelecimento da paternidade: entre presunções, certezas e socioafetividade – 2. O princípio da parentalidade responsável e seus efeitos sobre o estabelecimento da filiação-parentalidade – 3. Uma decisão exemplar – 4. Uma decisão para refletir – 5. Considerações finais.

1. O estabelecimento da paternidade: entre presunções, certezas e socioafetividade

A Constituição Federal de 1988 provocou uma verdadeira quebra de paradigma nas questões afetas a família brasileira. Consagrou o texto constitucional a su-

1 Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Privado Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Atualmente é Professor de Direito Civil na Universidade Cândido Mendes/RJ.

2 Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora do Departamento de Direito Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

3 Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor substituto do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professor da Pós-Graduação do CEPED-UERJ e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

premacia da dignidade da pessoa humana e a consequente prioridade das relações existenciais sobre as patrimoniais, o que resultou na releitura de vários institutos do direito de família, especialmente a relação paterno-filial.⁴

Se no passado o estabelecimento da paternidade tinha como resposta uma única afirmação, tendo em vista o estabelecimento de presunções jurídicas para tal questionamento⁵, hoje a resposta pode ser considerada um pouco mais complexa.⁶

Na busca do estabelecimento da paternidade que atenda ao melhor interesse do filho⁷ será necessário a determinação do vínculo paterno filial que promova a melhor forma de desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente e que proteja a dignidade da pessoa do filho que é merecedor de uma tutela especial por ser pessoa em desenvolvimento.

Conforme entendimento de Rose Melo Venceslau podem ser indicados três critérios que servem para o estabelecimento do vínculo de filiação: o jurídico, o biológico e o afetivo, que dependem cada um deles da Ciência que a atem como objeto de estudo.⁸

O vínculo parental “ideal” seria aquele em que uma mesma pessoa fosse determinada pai ou mãe em relação a um filho por sustentar os três critérios de vinculação da filiação. No entanto, as mudanças na forma de viver em família, além do advento das novas tecnologias, especialmente o exame de DNA e as técnicas de reprodução humana assistidas alteraram completamente o panorama, mostrando, não raro, diferentes pessoas exercendo os critérios caracterizadores da filiação simultaneamente, razão pela qual se questiona qual critério deve ser o prevalente.

4 Neste sentido: GustavoTEPEDINO. A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional das Relações Familiares. In *Temas de Direito Civil*. Rio de janeiro: Renovar, 2004, p. 395-416.

5 Ainda subsiste em nosso ordenamento jurídico a mais antiga forma de fixação de paternidade e da maternidade, que se constitui através de presunções, principalmente aquelas assentadas nos brocardos romanos do *matersemper certa est e pater is est quem nuptiae demonstrant*.

6 Neste sentido Rainer Frank afirma: “Qu’est-ce qu’être un père ou une mère aujourd’hui? Pour un non-juriste la réponse à la question de savoir qui est le père ou la mère d’un enfant est simple: le père est celui qui a conçu l’enfant, la mère est celle qui l’a mis au monde. Pour un juriste de tradition continentale européenne, la réponse est considérablement plus compliquée: le père n’est pas nécessairement le père biologique mais plutôt celui comme étant le père c’est-à-dire soit le mari de la mère soit celui qui a reconnu l’enfant. La mère n’est pas nécessairement la femme qui a mis au monde l’enfant”. (Qu’est-ce qu’être un père ou une mère aujourd’hui? In: FULCHIRON, Hugues(Coord.). *Mariage-Conjugalité. Parenté-Parentalité*. Paris: Dalloz, 2009, p. 111). Em tradução livre: “O que significa ser um pai ou uma mãe hoje? Para a resposta de um não-advogado para a questão de quem é o pai ou mãe de uma criança é simples: o pai é aquele que concebeu a criança, a mãe é a que deu à luz. Para um advogado tradição europeia continental, a resposta é consideravelmente mais complicada: o pai não é necessariamente o pai biológico, mas sim o pai, isto é, o marido da mãe é o único que reconheceu a criança. A mãe não é, necessariamente, a mulher que deu à luz a criança”.

7 Sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança, v. VENCELAU, Rose Melo. O princípio do melhor interesse da criança. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 459-494.

8 “Se é o direito que analisa a filiação, tem-se a verdade jurídica. Se é a biologia, tem-se a verdade biológica. Se é a psicologia, tem-se a verdade afetiva”. VENCELAU, Rose Melo. O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno filial. Rio de Janeiro:Renovar, 2004, p. 231.

Tradicionalmente, o vínculo paterno-filial se baseia na presunção prevista no art. 1.597 do Código Civil de que mãe é certa, em virtude da gravidez e do parto e o pai é o marido da mãe. No entanto, o exame de DNA⁹ e as técnicas de reprodução assistida têm relativizado essas presunções, uma vez que se atribui a paternidade nas hipóteses de reprodução assistida heteróloga mesmo se tendo certeza que a origem genética não coincide e sedescura da proeminência das relações de paternidade fundadas no afeto em razão de exames laboratoriais que fornecem a certeza biológica.

O grau de certeza obtido com os exames de DNA acarretou na chamada sacralização da verdade biológica. Contudo, não se pode afirmar que o modelo biológico traduzido pela certeza consanguínea seja suficiente ou eficaz para se atestar a verdadeira parentalidade.¹⁰

Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lobo afirma:

O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. Nenhuma legislação até agora editada, nenhuma conclusão da bioética, apontam para atribuir a paternidade ao doador anônimo de sêmen. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga não tende a questionar a paternidade e a maternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros. Situações como essas demonstram que a filiação

9 RASKIN, Salmo. A análise do DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no liminar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da atualidade de DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e penais*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 319.

10 Neste sentido, decisão da 3ª Turma do STJ: FAMÍLIA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C.C. DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL. INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade, nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que, por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto. - Se por um lado predomina o sentimento de busca da verdade real, no sentido de propiciar meios adequados ao investigante para que tenha assegurado um direito que lhe é imanente, por outro, reina a curiosidade, a dúvida, a oportunidade, ou até mesmo o oportunismo, para que se veja o ser humano - tão falho por muitas vezes - livre das amarras não só de um relacionamento fracassado, como também das obrigações decorrentes da sua dissolução. Existem, pois, ex-cônjuges e ex-companheiros; não podem existir, contudo, ex-pais. - O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido de que o "pai registral" foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto. - Tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento. - A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1003628/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 14 out. 2008)

biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional.¹¹

Desse modo, cresce na doutrina pátria a preocupação com a socioafetividade, advinda da posse de estado de filho¹²- agora à luz da hermenêutica construtiva do direito civil, podendo-se sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento¹³, eis que o próprio legislador presumiu a paternidade mesmo nos casos em que é patente o uso de material genético de terceiros.¹⁴

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues defendem que o parentesco socioafetivo é essencialmente um tipo de parentesco funcional e o que determina a vinculação entre familiares é o exercício de determinadas funções, independente de vínculos biológicos, razão pela qual a socioafetividade deve produzir os mesmos efeitos que o parentesco biológico ou civil, tanto na esfera patrimonial quanto na esfera pessoal. E que para tanto, bastaria o reconhecimento da relação socioafetiva em ação declaratória em que deve ser evidenciada através dos requisitos da posse do estado de filho (nome, trato e fama).¹⁵

A busca pelo estabelecimento da paternidade deve atender ao interesse prevalente do filho, uma vez que é crucial e necessário a determinação do vínculo paterno-filial que promova a melhor forma de desenvolvimento de sua personalidade, o que nem sempre coincide com os genitores biológicos. Por isso, há que se entender que a parentalidade deve ser atribuída àquelas pessoas que irão exercer as funções paterna

11 LOBO, Paulo Luiz Neto. *Princípio Jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em <http://ibdfam.com.br>. Acesso 28 abr. 2011.

12 Conforme demonstram os seguintes enunciados do CJF: Enunciado n. 103: “Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho”; Enunciado n. 108: “Art. 1.603: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a sócio-afetiva”; e, Enunciado n. 256: “Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

13 Nas palavras de Luiz Edson Fachin: “O contido no art. 1.593 permite, sem dúvida, a construção da paternidade socioafetiva ao referir-se a diversas origens do parentesco. Dele se infere que o parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como prevê expressamente. Não sendo a paternidade fundada na consanguinidade ou no parentesco civil, o legislador se referiu, por certo, à relação socioafetiva. É possível, então, agora à luz dessa hermenêutica construtiva do Código Civil, sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento. Mesmo no reducionismo desatualizado do novo Código é possível garimpar tal horizonte, que pode frutificar por meio de uma hermenêutica construtiva, sistemática e principiológica”. (In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, n. 19, ano 3, mar./abr., 2003, p. 3).

14 Art. 1.597, inciso V: “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

15 Ainda afirmam que: “a sentença proferida deve operar efeitos *ex tunc*, retroagindo até o momento da vinculação entre esses familiares, marcado pelo início da convivência em família”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Eficácia do parentesco socioafetivo. In: *O direito das Famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p.187-188.

e materna no desenvolvimento da criança e do adolescente, cumprindo, desse modo, com o princípio do prioritário interesse.

Exatamente por isso, pode-se afirmar em concordância com o disposto pelas referidas autoras que o panorama que determina a fixação dos vínculos parentais na pós-modernidade gera dificuldades quando existem conflitos entre eles que só podem ser verificados no caso concreto. Razão pela qual só é possível verificar os critérios de busca da verdade jurídica da filiação que atenda o melhor interesse do filho de forma individual em cada realidade que se apresenta.¹⁶

Certo é que apenas diante da análise do caso concreto é que será possível determinar o vínculo jurídico da parentalidade, uma vez que as diferentes formas de concretização do projeto parental possibilitadas com as técnicas de reprodução assistida e as plúrimas entidades familiares reconhecidas no ordenamento brasileiro impõem uma análise mais detida dos critérios de atribuição da parentalidade à luz do desenho constitucional e da realidade sociocultural.

2. O princípio da parentalidade responsável e seus efeitos sobre o estabelecimento da filiação-parentalidade

O princípio da parentalidade responsável¹⁷, ao lado da dignidade da pessoa humana, funda e informa o direito ao planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988¹⁸. O escopo do exercício da parentalidade

16 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Eficácia do parentesco socioafetivo, cit., p.171.

17 Em que pese à expressa menção ao termo “paternidade responsável” no art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988, deve-se conjugar este dispositivo com o art. 229, o qual atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, razão pela qual se prefere denominar de princípio da parentalidade responsável. Guilherme Calmon Nogueira da Gama esclarece que “o termo ‘paternidade responsável’ não abrange o conteúdo material do limite previsto no § 7º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, porquanto somente se refere à paternidade, como se a maternidade pudesse ser irresponsável. [...] o exame mais aprofundado do próprio dispositivo, aliado a outras normas constitucionais - como, por exemplo, a igualdade entre homem e mulher em direitos e deveres -, permite a conclusão de que o constituinte disse menos do que queria, provavelmente por ter sido induzido em equívoco diante da tradução do termo ‘parental responsibility’ que, no entanto, possui outra significação no âmbito do direito inglês”. Assim, sem o cuidado que se deveria ter no transplante jurídico da noção inglesa para o direito brasileiro, o constituinte empregou o termo paternidade responsável quando na realidade o sentido é de parentalidade responsável. De outro lado, é possível encontrar explicação linguística que justifica o emprego do termo ‘paternidade responsável’ ao considerar que adotou o plural ‘pais’ para designar ambos os ascendentes - das linhas paterna e materna -, e, por conseguinte, fez-se alusão à paternidade responsável, enquanto referência derivada. De todo modo, é fundamental que se constate que o termo não se limita ao homem, mas logicamente se refere também à mulher que, desse modo, terá vários deveres decorrentes das consequências e efeitos jurídicos - no campo da filiação - do exercício dos direitos reprodutivos e sexuais” (Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões, cit., p. 326-327).

18 Art. 226, § 7º, CRFB/1988: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

responsável¹⁹ a partir da livre e consciente decisão sobre a liberdade de procriar²⁰ se assenta na assunção de deveres em relação ao filho a porvir, seja durante a fase gestacional, em que deve se garantir o sadio desenvolvimento *in utero* do nascituro e lhe assegurar condições dignas de existência no futuro, seja a partir do nascimento com vida da pessoa do filho, em que se efetiva, em concreto, os deveres de assistência, criação e educação dos pais em relações aos filhos menores, conforme disposto no art. 229 da Constituição da República.

Nesta perspectiva, leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama que:

[...] a consciência a respeito da paternidade e maternidade abrange não apenas o aspecto voluntário da decisão – de procriar –, mas especialmente os efeitos posteriores ao nascimento do filho, para o fim de gerar a permanência da responsabilidade parental principalmente nas fases mais importantes de formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana: a infância e a adolescência, sem prejuízo logicamente das consequências posteriores relativamente aos filhos na fase adulta.²¹

Desse modo, deve ser afastada a simplista noção de paternidade responsável como fundamento do estabelecimento do estado de filiação, como se a função deste princípio se destinasse exclusivamente para fins de reconhecimento do vínculo paterno-materno-filial, para entender que “[...] a parentalidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos – mediante conjunção carnal, ou com recurso a alguma técnica reprodutiva²². Qualquer tendência de diminuição da potencialidade e *colorido* que o princípio da parentalidade responsável²³ detém atenta à unidade da Constituição,

19 De acordo com Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza, o “princípio da responsabilidade parental, mencionado de forma tímida no art. 226, § 7º da Constituição, expande seu sentido ao ter sua interpretação preenchida pela norma do art. 227, *caput*, que coloca a família como um dos entes devedores de respeito aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, e pelo art. 229, que impõe o dever recíproco de cuidado para os pais e filhos, a depender da vulnerabilidade de cada um no decorrer da vida e do desenvolvimento da relação parental” (Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil. In: *Civilistica.com* - Revista Eletrônica de Direito Civil, a. 2, n. 2, 2013, p. 25. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso 28 jun. 2013).

20 Guilherme Calmon Nogueira da Gama ressalva que “a parentalidade responsável decorre não apenas do fundamento da vontade da pessoa em se tornar pai ou mãe, mas também pode surgir em razão do risco do exercício da liberdade sexual - ou mesmo reprodutiva no sentido mais estrito - no campo da parentalidade” (Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões, cit., p. 328-329).

21 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da paternidade responsável. In: *Revista de Direito Privado*, n. 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 2004, p. 31.

22 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da paternidade responsável, cit., p. 30.

23 Ainda que o princípio da paternidade responsável se encontre positivado na ordem constitucional desde 1988, é recente a preocupação da doutrina jurídica, sendo escassos os artigos e textos jurídicos sobre o conteúdo, abrangência e aplicações do referido princípio, salvo honrosas exceções. Dentre elas é possível destacar: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da Paternidade Responsável. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 18, abr./jun., 2004, p. 21-41; Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: Estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2009, p. 317-338; e, Princípio da Paternidade Responsável. In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo TakemiKataoka; Flávio Galdino (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.

que, embora o tenha mencionado de forma tímida no art. 226, § 7º, estendeu seu âmbito de aplicação e abrangência se examinado conjuntamente com os artigos 227 e 229 da Lei Maior.

Neste sentido, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio Souza já afirmou que “o princípio da responsabilidade parental, realizada uma interpretação sistemática, encontra fundamento nos artigos 226, § 7º; 227, *caput* (que traz a previsão dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes) e 229 (que institui o dever de cuidado recíproco entre pais e filhos)”²⁴

A respeito da abrangência e do alcance do princípio da parentalidade responsável, a referida autora entende que sua área de incidência “é vasta, alcançando o planejamento familiar, o nascimento e a satisfação das necessidades físicas e psíquicas inerentes ao crescimento humano até que seja alcançada a maioridade, momento em que objetivamente se presume a independência e a maturidade necessárias para justificar o afastamento das atribuições parentais”²⁵

Nesta linha, não há óbice para o entendimento de que o princípio da parentalidade responsável também alcança e, portanto, fundamenta a responsabilidade dos envolvidos no projeto parental de modo a impor deveres em relação ao concebido *in utero* desde o momento da concepção²⁶. Ora, na medida em que o próprio ordenamento jurídico, como já visto, reconhece e tutela a liberdade no campo reprodutivo às pessoas que desejam concretizar o desejo de procriar, deve-se, por outro lado, imputar-lhes deveres em relação ao nascituro, de maneira a assegurar os direitos deste que são mercedores de tutela.²⁷

A parentalidade se constitui mediante ato complexo decorrente do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, sendo que o reconhecimento da paternidade é uma manifestação de vontade que visa a formalização do vínculo, com conteúdo meramente declaratório. Assim, o vínculo jurídico da paternidade não surge com o

927-945; BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o Cuidado como dever jurídico. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira (Org.). *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 85-96; SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Princípio constitucional da paternidade responsável: diretrizes para a reinterpretação do art. 1614 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 31, 2013, p. 17-39.

24 SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil, cit., p. 5.

25 SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil, cit., p. 5.

26 Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama já expôs: “O desejo de procriar, ínsito às pessoas em geral, não enfeixa apenas benefícios ou vantagens à pessoa, mas impõe a assunção de responsabilidades das mais importantes na sua vida cotidiana a partir da concepção e do nascimento do filho” (Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões, cit., p. 328). Ainda nesta linha, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza afirma que “a responsabilidade parental é postura imposta pela Constituição desde antes do nascimento (art. 226, § 7º) até a maioridade do filho (art. 227 e art. 229), momento em que se presume sua autonomia para a realização de escolhas de natureza existencial e patrimonial” (Princípio constitucional da paternidade responsável, cit., p. 17).

27 Ressalta Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana cuja pessoa - a criança - deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos dos direitos fundamentais reconhecidos em seu favor” (Princípio da paternidade responsável, cit., p. 30).

reconhecimento (voluntário ou judicial), que somente tem o condão de declarar sua existência para fins legais, mas pode decorrer da vontade consciente e responsável em se tornar pai ou mãe, bem como pode surgir em razão do risco intrínseco do exercício dos direitos reprodutivos, e que, portanto, terá efeitos no campo da parentalidade. É desta vontade consciente em procriar ou da assunção do risco que se forma o vínculo jurídico da paternidade.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que “o princípio da parentalidade responsável fundamenta o estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação com base no simples risco, a par de também não excluir a vontade livre e consciente, como fontes geradoras de tais vínculos”²⁸. A parentalidade (maternidade ou paternidade) é, em essência, uma decisão, que pode se dar compartilhadamente (casal heterossexual ou homossexual) ou individualmente - que dará ensejo a constituição de uma família monoparental. Assim, em última instância, tal decisão se escora no princípio da liberdade, o que, por óbvio, implica na assunção da responsabilidade parental.

Sob outra perspectiva, se a parentalidade é, em essência, uma decisão pessoal, individualmente ou em conjugalidade, em relação à vontade de ter filhos (e, assim, fundar uma família), e, mais, quantos filhos e quando serão concebidos, todos estes aspectos contemplados pelo planejamento familiar, é bem verdade, por outro lado, que o exercício irresponsável da liberdade sexual que vier a ocasionar a concepção de um ser humano, impõe a assunção das responsabilidades parentais, que, obviamente, podem ser afastadas por intermédio das ressalvas legais em relação ao aborto²⁹, sem descurar da urgente necessidade de se colocar em pauta o debate sobre a legalização do aborto.³⁰

Tal concepção se encontra prevista no conteúdo do Enunciado n. 570 do CJF, cuja redação é a seguinte: “O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga “a patre” consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira”. De acordo com o enunciado, em que pese a presunção de paternidade disposta no

28 Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões, cit., p. 329.

29 São hipóteses de aborto não punível previstas no ordenamento jurídico brasileiro aquelas decorrentes (i) de ato necessário, por não haver outro meio de salvar vida da gestante, (ii) de gravidez resultante de estupro e (iii) de desenvolvimento de feto anencéfalo, na forma do art. 128 do Código Penal e da decisão do STF na ADPF n. 54. Há quem defenda, inclusive, a ampliação do rol permissivo do aborto. Para Anderson Schreiber, embora a decisão do STF no julgamento da ADPF n. 54 se aplique estritamente à anencefalia, “o raciocínio traçado pela Corte pode e deve, contudo, ser estendido a outras situações patológicas que, radicando na mesma característica fundamental da anencefalia, evidenciem o elevado risco de morte do feto antes, durante ou logo após o parto (como ocorre, por exemplo, em certas hipóteses de má-formação óssea). Não há razão para que a interrupção da gravidez nesses casos seja considerada crime, se já não o é na hipótese de anencefalia” (Aborto de feto anencéfalo e tutela dos direitos da mulher. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 338).

30 Cf. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

artigo 1.597 do Código Civil contemplar somente os filhos havidos do casamento, tal presunção deve ser estendida ao filho havido em união estável, desde que na hipótese de reprodução assistida heteróloga (art. 1.597, V, CC) o companheiro tenha consentido expressamente.

Isto corrobora com o entendimento que o vínculo de parentalidade-filiação hoje se apresenta como um ato complexo, no qual a constituição se dá com o início da gestação, seja em razão do exercício consciente e responsável do planejamento familiar (através da relação sexual ou recurso às técnicas de reprodução assistida) ou mediante a assunção do risco da liberdade sexual e reprodutiva, sendo que o reconhecimento (voluntário ou judicial) representa somente a formalização.

De fato, os novos arranjos familiares (famílias monoparentais, famílias homossexuais, entre outras) e as novas formas de reprodução humana (reprodução humana homóloga ou heteróloga e o recurso à barriga de aluguel, por exemplo) exigem novos mecanismos de estabelecimento da parentalidade-filiação. Neste diapasão, vincular a constituição do vínculo filial-parental ao exercício do direito ao planejamento familiar, em seu aspecto positivo, ancorado nos princípios da parentalidade responsável e dignidade humana, parece contemplar a preocupação constitucional com o melhor interesse da criança a ser gerada, bem como com a responsabilidade parental disposta nos artigos 227 e 229 da Constituição de 1988.

3. Uma decisão exemplar

Em uma família formada mediante o estabelecimento de união estável, devidamente registrada em cartório civil, foram concebidas duas crianças. A primeira nasceu em 19 de setembro de 2004 e a segunda em 20 de março de 2006. No entanto, o companheiro faleceu em 19 de julho de 2005, isto é, duzentos e trinta e nove dias anteriores ao nascimento da segunda criança³¹. Em razão disso, a segunda filha -representada por sua mãe - pleiteou, perante as Instâncias ordinárias, o reconhecimento da sua filiação em relação ao companheiro falecido de sua mãe. Após a extinção do feito, sem julgamento do mérito, na primeira instância, bem como o não provimento do recurso de apelação no Tribunal de origem, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria, em sede de Recurso Especial, dando-lhe contornos inéditos naquela Corte.³²

De início, a despeito da demanda autodenominar-se como “reconhecimento de paternidade”, ajuizada pela filha, autora da ação, em face do pai falecido, a Terceira Turma da Corte Superior conheceu da ação como pretensão declaratória dos efeitos jurídicos previstos no art. 1.597, inciso II, do Código Civil, ao regime da união estável³³, vale dizer, pelo reconhecimento da extensão dos efeitos da presun-

31 Urge sublinhar que nos termos do art. 1.597, II do Código Civil, “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos [...] nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento”.

32 STJ. REsp n 1194059/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Massami Uyeda. Julgado em 11.06.2012.

33 Neste sentido, excerto do voto do Ministro Relator: “o caso dos presentes autos difere da orientação

ção de parentalidade aos filhos nascidos no ambiente familiar informal constituído por união estável.

Ao contrário do que defende parcela da doutrina, o Ministro Relator, acompanhado pelos demais integrantes da Terceira Turma, avançou no sentido de estender os efeitos da presunção de parentalidade para além dos filhos havidos na constância do casamento, fazendo incidir a presunção também nas hipóteses de entidade familiar fundada na união estável entre pessoas³⁴, à motivação de que (i) o ordenamento jurídico brasileiro reconhece como entidade familiar a união estável de pessoas; (ii) razão pela qual os efeitos do art. 1.597 do Código Civil devem ser aplicados a relações de união estável por meio de interpretação sistemática; (iii) uma vez que, de fato e de direito, a união estável está equiparada ao casamento.

Neste aspecto, o Superior Tribunal de Justiça deu um salto adiante na corrida pela concretização dos valores constitucionais nas relações de direito de família. Primeiro porque desconsiderou uma demanda de parte da doutrina segundo a qual a filiação presumida deveria ser abandonada porque erigida sob os pilares da sociedade aristocrática que presumia a exclusividade sexual e fidelidade conjugal da mulher, em função da proteção especial da família constituída sob o matrimônio³⁵. Segundo porque consagrou, mais uma vez, a aplicação das normas de direito civil segundo a legalidade constitucional, utilizando-se de uma interpretação sistemática e axiológica do ordenamento jurídico considerado globalmente.³⁶

supramencionada, tendo em conta que, apesar de pouco técnica, o que se pretende na presente demanda é o reconhecimento dos efeitos jurídicos previstos no art. 1.597, inciso II, do Código Civil, ao regime de união estável. A propósito, desimporta o *nomem iuris* dado à presente demanda pelos ora recorrentes que a identificaram como 'pedido de homologação de acordo extrajudicial de reconhecimento de paternidade'. Na realidade, cabe, aqui, o velho adágio romano da *mihifactum dado tibi jus*" (STJ, *REsp nº 1194059/SP*, cit., p. 05).

34 "Sendo assim, é mister deixar assente que o ordenamento jurídico pátrio reconhece, como entidade familiar, a união estável entre pessoas (ut ADPPF N. 132/RJ, Rel. Min. Ayres Brito, DJe de 14/10/2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1.723 do Código Civil), com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação de filhos (artigo 1.724 do Código Civil), de modo a permitir aplicação, às relações patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (artigo 1.725 do Código Civil). [...] Ora, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, § 3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, inciso II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável". V. STJ. *REsp nº 1194059*, cit. pp. 05-06.

35 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 501, para quem a presunção de paternidade surgiu "da ficção da exclusividade sexual ou fidelidade conjugal", satisfazendo exclusivamente "um interesse social de proteção da família constituída pelo casamento, em detrimento inconciliável da família extrapatrimonial, para cuja entidade familiar como força constitucional a legislação brasileira pressupõe esteja ausente a sinceridade da gestante convivente, cuja mulher, por ser companheira e não esposa, está impedida de registrar seu filho e no cartório indicar o nome do pai da criança". Inclinado a favor do abandono das presunções na filiação, v. VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro de filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 109, ao afirmar que "o direito de família, quanto a esta questão [filiação], não pode continuar sendo o mesmo, baseado em princípios, critérios, presunções e conhecimentos que perderam valor e qualquer sentido diante do fantástico progresso representado por esta nova técnica de comparação de genes [teste de DNA]". (grifos nossos).

36 Nesta direção, v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. vol. V. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 323, para quem "equivocou-se o legislador de 2002,

Conquanto tenha razão parcela da doutrina ao apontar os fundamentos pelos quais se originou a norma de presunção de paternidade, calcada na família aristocrática tradicional, com o fito de proteção da família matrimonial, entendida como instituição com valor em si mesma, não se pode negar que a presunção de parentalidade tem o condão de proteger, em última análise, os filhos, cujos interesses não podem se subordinar à vontade do homem sobre o qual recai a dúvida de ser o pai da criança, ou à realização de exame de DNA em todas as hipóteses de nascimento, indiscriminadamente. A presunção de parentalidade, em verdade, relida à luz da legalidade constitucional, existe não em razão da proteção da família matrimonial, mas em função da tutela do melhor interesse da criança, em decorrência direta do livre planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável³⁷, impondo aos pais da criança, desde logo, o *munus* do poder familiar, garantindo à criança, desde a concepção, a satisfação de seus interesses através do exercício da autoridade parental por parte dos pais.

Daí porque a regra da presunção de parentalidade não pode se encerrar nas hipóteses de filhos havidos na constância do casamento, não somente em razão da equivalência constitucional entre a família matrimonial e não matrimonial, mas também porque a sua função não é proteger a família constituída pelo casamento, mas atender ao melhor interesse da criança, que terá, desde logo, ambos os pais vinculados a ela segundo os ditames do poder familiar, atribuindo-lhe proteção integral³⁸. Sendo assim, se uma pessoa nasce de uma relação familiar, pouco importa se formal ou informal, porque não há hierarquia entre elas, presume-se pai (ou mãe) aquele(a) com o(a) qual a parturiente estabeleceu a comunhão plena de vida, sendo despciente se os pais têm ou não uma relação de convivência sobre o mesmo teto³⁹.

no que concerne à filiação, ao reportar-se sempre ao casamento, sem mencionar situações oriundas das relações de fato reconhecidas como União Estável, hoje entidade familiar protegida pelo Estado”. Em sentido contrário, entendendo ser legítima a diferenciação entre filhos matrimoniais, que geram presunção de paternidade ao marido da parturiente, e filhos extramatrimoniais, cujo vínculo de filiação paterno depende de reconhecimento espontâneo do pai, v. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 340, nos seguintes termos: “Há, portanto, duas categorias de filhos no sistema jurídico brasileiro, com o elemento discriminatório – razoável e justificável – do casamento. Com efeito, a filiação matrimonial se estabelece fundamentalmente pelo fato jurídico do parto (e do nascimento com vida) da criança relativamente à linha materna e a incidência da presunção legal de paternidade relativamente ao marido da parturiente. A filiação extramatrimonial, por sua vez, também se estabelece pelo parto em relação à linha materna, mas depende do reconhecimento espontâneo ou judicial no que tange à linha paterna – diante da falta de presunção legal a respeito da tal paternidade”.

37 “[...] a Constituição, no §7º do artigo 226, menciona os princípios da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana e, no artigo 227, deixa claro e inequívoco que devem ser priorizados os interesses da criança e do adolescente”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Cuidado e Planejamento Familiar*. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coords.). *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 236.

38 Segundo Heloisa Helena Barbosa, “a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico, como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal” (O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 115).

39 Segundo a doutrina de Rolf Madaleno, “a razão da ausência de presunção de filiação na união estável estaria no

Isto significa afirmar que, à guisa de síntese, o filho havido dentro de um ambiente reconhecidamente familiar, seja ele formal ou informal, atrai a disciplina da presunção de parentalidade, porque fruto do planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável (art. 227, §7º, da CF), cujo escopo visa atender o melhor interesse da criança (art. 227, *caput*, da CF), correspondente ao seu livre desenvolvimento com relação parental definida, de modo a vincular os pais ao *munus* da autoridade parental que devem exercer no melhor interesse dos filhos.

Por tudo isso, merece aplauso a decisão que interpretou o sistema de presunção previsto no art. 1.597 do Código Civil conforme os valores consagrados constitucionalmente, de modo a implicar presunção de parentalidade a toda relação de filiação oriunda de uma relação familiar, seja ela fundada, ou não, no casamento.

4. Uma decisão para refletir

Recepcionada com euforia por alguns, merece maiores reflexões a decisão do Superior Tribunal de Justiça que confirmou a adoção unilateral de criança pela companheira da mãe biológica, unidas por vínculo de união estável homoafetiva cabalmente demonstrada nos autos, cuja prole foi resultado de reprodução assistida heteróloga, com doador desconhecido e prévia autorização da companheira.⁴⁰

fato de não ser obrigatória a coabitação, logo, não haveria certeza da paternidade” (*Curso de Direito de Família*, cit., p. 500). Em nosso entender, o dever de coabitação não é absoluto nem mesmo na relação matrimonial, razão pela qual não pode ser este o fundamento da presunção de parentalidade. Por outro lado, a ausência de certeza da paternidade ocorrerá em qualquer circunstância, podendo-se falar, no máximo, em juízo de probabilidade.

40 V. STJ. REsp 1281093/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Publicado em 04.02.2013. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistia um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando”. VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas “(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo”. (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: *Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação

A despeito de utilizar fundamento aparentemente louvável, o precedente parece ter solucionado a questão de modo obtuso, consagrando um instituto que não deveria ser utilizado na hipótese vertente, porque prejudicial ao melhor interesse da criança e conflitante com o princípio do livre planejamento familiar. A decisão ilustrada entendeu legítima a adoção unilateral da criança fruto de reprodução assistida em união estável homoafetiva porque (i) o STF equiparou a união estável heteroafetiva à união estável homoafetiva, (ii) como resultado da aplicação do princípio da igualdade, (iii) bem como se verificou, no caso concreto, o real benefício para a criança, nos moldes do art. 43 do ECA, (iv) não havendo comprometimento no desenvolvimento da criança o fato de ser ela criada e educada por casal homoafetivo, (v) adaptando-se, em última análise, a ordem infraconstitucional aos princípios constitucionais da igualdade e do melhor interesse da criança, inclusive expandindo o rol de pessoas que desejam adotar.

Ocorre que, como explicitado no acórdão, a criança foi gerada através de técnica de reprodução assistida heteróloga, com doador desconhecido (CCV), em circunstâncias nas quais já havia formado o vínculo de união estável com sua companheira, que inclusive acordou previamente com a inseminação, no intuito de concretizar o projeto parental comungado pelo casal homoafetivo. Isto é, a criança cuja companheira da mãe pretendeu adotar foi fruto do *livre planejamento familiar* de ambas as companheiras, a representar valor constitucional fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável (art. 227, §7º, da CF).

Ora, admitir-se a hipótese de reprodução assistida heteróloga desconsiderando a companheira da parturiente, que acordou previamente com a concepção, como mãe em igualdade de condições, a denotar a necessidade de adoção unilateral na forma do art. 41, §1º, do ECA, é esvaziar o conteúdo do direito constitucional ao livre planejamento familiar, uma vez que a concepção, nos casos de união estável homoafetiva, não implicaria nenhum efeito jurídico de constituição de vínculo de filiação entre a criança e a companheira que participou do planejamento familiar. Do mesmo modo, viola a dignidade da criança, porque não criado o vínculo de solidariedade familiar com a companheira, livrando-a do *munus* da autoridade parental. Ignora, enfim, o princípio da parentalidade responsável, porquanto o prévio planejamento familiar, cujo resultado implica nascimento da criança sem a criação de qualquer vínculo com a companheira da mãe que participou da decisão reprodutiva,

de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO.

impõe o reconhecimento jurídico da procriação irresponsável, livre dos encargos impostos pela situação jurídica do poder familiar.

Melhor solução seria aplicar o precedente da própria Corte Superior, comentado no caso analisado no item anterior, segundo o qual as normas do art. 1.597 do Código Civil se aplicam, em igual medida, àquelas relações familiares não matrimoniais, formadas por vínculo de união estável. Sendo assim, como o próprio acórdão em análise admitiu, não havendo distinção entre união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva, aplicada será, na mesma proporção, a regra da presunção de parentalidade à(ao) companheira(o) da mãe parturiente.

Na espécie, cuida-se de filho havido na constância de união estável homoafetiva, fruto do livre planejamento familiar, com a prévia autorização da companheira da mãe parturiente para a realização da reprodução assistida, em laboratório, por inseminação heteróloga, de modo a incidir o disposto no art. 1.597, V, do Código Civil⁴¹. Daí porque deveria ser considerada mãe, desde a concepção, e por presunção legal, a companheira da mãe parturiente, fazendo-se incidir, desde já, os direitos e, sobretudo, os deveres decorrentes do exercício da autoridade parental. Entender deste modo é consagrar o direito constitucional do livre planejamento familiar, calcado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável, atendendo, igualmente, ao princípio do melhor interesse da criança, pois o vínculo de filiação criado desde a concepção atribui à criança a maior gama possível de cuidado⁴², em ambos os sentidos, pessoal e patrimonial, impedindo, por outro lado, a fuga daqueles que, não se considerando pai ou mãe, na dissolução do casamento ou união estável, tentam se imiscuir dos deveres decorrentes da autoridade parental. Se observada a questão do ponto de vista da criança, não há solução que, juridicamente, atribua maiores vantagens a ela, concluindo-se, invariavelmente, pelo respeito ao seu melhor interesse, como se deve perseguir sempre, na forma do art. 227, *caput*, da CF.

É em razão disso que consideramos a decisão, aparentemente vanguardista, um passo atrás na concretização dos valores constitucionais no Direito de Família, uma vez que o recurso à reprodução assistida heteróloga, como expressão do aspecto positivo do livre planejamento familiar, seja no meio de uma família matrimonial ou extramatrimonial, heteroafetiva ou homoafetiva, deve criar vínculo de filiação com o cônjuge ou companheiro(a) na forma do disposto no art. 1.597 do CC/02, por presunção, como medida que atende, em mais alto grau, o princípio constitucional do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana e da parentalidade

41 “Presumem-se concebidos na constância do casamento: V - os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

42 Sobre o valor jurídico do cuidado na filiação, sustenta Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “as limitações quanto ao direito ao planejamento familiar são dignidade da pessoa humana, a parentalidade responsável e o melhor interesse da futura criança, o que implica a assertiva de que o direito à reprodução assistida não pode ser considerado senão dentro do contexto acentuadamente solidarista e humanista do Direito de Família e, portanto, vinculado ao valor jurídico do cuidado, devendo ser avaliado previamente” (*Cuidado e planejamento familiar*, cit., p. 237).

responsável. Aceitar a tese da adoção⁴³ unilateral do filho da companheira, gerado por decisão livre do casal em união estável homoafetiva, não representa a concretização do princípio da igualdade, como faz crer os fundamentos da decisão, mas parece consagrar o *discrimen* injustificado, com a inobservância da proteção integral da criança, dando azo a decisões de planejamento familiar calcadas na irresponsabilidade parental.

5. Considerações finais

A disciplina jurídica das relações familiares interpretadas à luz da legalidade constitucional impõe o reconhecimento de formas múltiplas de estabelecimento da relação de parentalidade a denotar ato complexo individuado conforme a realidade do caso concreto. Entre o vínculo jurídico (presunção), biológico (consanguíneo) e psicológico (socioafetivo) relevante será aquele que, no exame da realidade concreta, mostrar-se mais adequado ao cumprimento dos princípios consagrados na Constituição de 1988, notadamente, a dignidade da pessoa humana, a parentalidade responsável e o melhor interesse da criança, respeitada a garantia do livre planejamento familiar.

Com a sedimentação do caráter meramente exemplificativo do rol do art. 226 da Constituição de 1988, que não encerra qualquer espécie de *numerusclausus*⁴⁴, é vibrante o reconhecimento da pluralidade das entidades familiares. Embora cada entidade familiar demande uma regulamentação específica que atenda as suas peculiaridades, é preciso que o intérprete - ante o silêncio do legislador ordinário em regulamentar tais famílias - equalize as questões já postas pela realidade social, optando pela solução do caso concreto que melhor contemple os princípios constitucionais em jogo. No campo do direito de filiação, a doutrina e jurisprudência ainda permanecem atados ao discurso de preponderância do casamento em detrimento das demais formas de constituição de famílias.

A atual disciplina de presunção de paternidade, prevista no artigo 1.597 o Código Civil, em que pese às imprecisões técnicas, ainda guarda utilidade no sentido de facilitar o reconhecimento voluntário de crianças, embora haja vozes que identifiquem sua inconstitucionalidade⁴⁵. A interpretação do referido dispositivo à luz dos

43 Como se sabe, o vínculo de parentalidade oriundo da adoção se constitui com a sentença judicial, na forma do art. 47, *caput*, do ECA, enquanto que o vínculo decorrente da presunção se constitui, em nosso entender, com a gravidez, seja conscientemente planejada ou cujos riscos foram assumidos com o exercício irresponsável da liberdade sexual, e que será formalizado com o reconhecimento (voluntário ou judicial). Assim, permitir que a presunção de paternidade seja aplicada aos companheiros em união heterossexual ou homossexual implica o entendimento de que o planejamento familiar é direito de todo cidadão (art. 1º, Lei 9.263/96), além de facilitar o reconhecimento da criança pela via voluntária, ao invés de forçar o recurso à instância jurisdicional.

44 Sobre a não-taxatividade do rol de entidades familiares na Constituição remete-se a Luiz Paulo Netto Lôbo. *Entidades Familiares Constitucionalizadas*: Para além do *numerusclausus*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) *Família e Cidadania – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002, p. 89-107.

45 Cf. Gabriela Tabet. A inconstitucionalidade da presunção pater is est. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 6, v. 22, abr./jun., 2005, pp. 71-95.

artigos 226, § 7º e 227 da Constituição da República de 1988 permite sustentar que ele funciona como mecanismo jurídico de atribuição da parentalidade, assentado na presunção a casais que conjuntamente participaram do projeto parental, independentemente do meio empregado - se relação sexual ou recurso à reprodução assistida - e da estrutura familiar adotada, se fundada em união formal ou informal, heterossexual ou homossexual.

Na busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente, deve-se perseguir no caso concreto qual o critério de atribuição da parentalidade será preponderante, se o jurídico, biológico ou socioafetivo. No entanto, a disciplina da presunção de parentalidade, hoje, encontra sentido somente se se admitir que pais são aqueles que desde o início participaram conjuntamente do projeto parental, assumindo responsabilidades e consentindo com o uso de material genético ou útero de terceiros, de modo a garantir o livre planejamento familiar, fundado na parentalidade responsável e dignidade da pessoa humana.

SOLIDARIEDADE E TUTELA DO IDOSO: O DIREITO AOS ALIMENTOS

Denis Franco Silva¹

Fabiana Rodrigues Barletta²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A família nuclear e seus reflexos em relações intergeracionais – 3. Da fraternidade à solidariedade – 4. Solidariedade e deveres alimentares para com o idoso – 5. Conclusão.

1. Introdução

Há direitos de ordem patrimonial que funcionam como instrumentos para a concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, pois estão intimamente ligados a seu pleno desenvolvimento³. Tais direitos possibilitam a satisfação de indigências sem as quais não é possível existir⁴.

A própria metodologia do Direito Civil-Constitucional, que aponta para a primazia do *ser* sobre o *ter* não separa essas duas esferas dicotomicamente. Muitas vezes, para *ser* (estar vivo) é necessário, antes, *ter*. Alguns imperativos de índole material

1 Mestre em Direito Civil pela UFMG, Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, Pós-Doutorado na Università degli Studi di Camerino, Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF.

2 Mestre em Direito Civil pela UERJ, Doutora em Teoria do Estado pela PUC-Rio, Professora Adjunta da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

3 O desenvolvimento da pessoa de idade longa consiste no caminhar, em patamar de dignidade, para a finitude.

4 Cf. assinala SCRHEIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013, p. 21: “Não há, como se vê, segregação, mas funcionalização do ter ao ser. Uma rígida distinção entre relações jurídicas patrimoniais e relações jurídicas existenciais seria, em primeiro lugar, impossível. Como aspecto da vida social, o patrimônio está direta ou indiretamente envolvido na imensa maioria das relações privadas. A relação de paternidade, por exemplo, impõe, a um só tempo, deveres existenciais (criação, educação etc.) e patrimoniais (alimentos, sucessão etc.).”

revelam-se imprescindíveis para que a pessoa apresente condições de existência e de saúde. Percebe-se então que, quando uma pessoa natural encontra-se inábil para auferir por si própria seu sustento, os alimentos – prestados pela família ou pelo Estado – apresentam-se como direitos subjetivos exigíveis⁵.

A cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana no ordenamento brasileiro⁶ representa a garantia do livre desenvolvimento de sua personalidade em qualquer espaço, público ou privado.

O princípio da solidariedade revela-se essencial na concretização dessa tutela justamente porque, a partir deste, se estabelecem os deveres prestacionais em relação à pessoa na sua conjuntura de vida e em sua unicidade. A pessoa, quando idosa, possui demandas diferenciadas em função de sua vulnerabilidade imanente⁷.

Observe-se, todavia, que se tratando especificamente da tutela de pessoas idosas no ambiente familiar, necessária se faz, inicialmente, digressão acerca da estrutura da família e dos reflexos da sua composição nos dias de hoje no que toca às relações intergeracionais.

2. A família nuclear e seus reflexos em relações intergeracionais

O grupo familiar passou por uma verdadeira reformatação ao longo dos últimos dois séculos. De fato, uma série de transformações sociais, como a própria noção de individualidade desenvolvida a partir da modernidade, indica que os limites do afeto familiar se revelam mais restritos, dando origem, na dimensão sociológica, à chamada família nuclear, composta unicamente por pais e filhos. Da mesma forma, o papel a ser desempenhado pela família dentro da sociedade sofreu profundas modificações.

Alguns episódios políticos e suas consequências, como a formação do Estado nacional, a Reforma Protestante, a Contra Reforma Católica e até o constitucionalismo da Idade Moderna, tendo em vista sua dimensão macrocósmica e seu elevado poder de penetração, acabaram levando à perda da capacidade de reconhecimento da família fora das perspectivas do estado e da religião. A visão corrente de família,

5 Veja-se art. 6º da Constituição da República brasileira, que faz referência expressa ao direito fundamental à alimentação, a partir da Emenda nº 64, de 4.02.2010.

6 TEPELINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54: “Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento.”

7 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012, p. 127, apoiando-se nas lições de Erick Jayme: “o direito pós-moderno caracteriza-se por valorar o diferente e a diferença (*Unterschied*), por pretender realizar o direito de ser diferente (*droit à la différence*) e manter-se diferente, ser igual mesmo na diferença (ser criança e incapaz e ser reconhecido como um pleno sujeito igual em direitos e qualificações, ser idoso e plenamente capaz e ser reconhecido como mais fraco a privilegiar de forma especial... etc.)”

até hoje, encontra-se, em certa medida, permeada não por aquilo que ela é, mas pelo que o sagrado e o político tentaram fazer dela⁸.

A família, atualmente, deve ser vista como algo muito diferente da versão de família da época de despedida do *ancien régime* e do triunfo da ideologia liberal burguesa, com instauração da tríade liberdade, igualdade e fraternidade, visto que, naquele momento, nela se identificava o organismo provedor de recursos humanos a repor os contingentes dizimados por guerras e epidemias, cumprindo todo o ciclo econômico que ia da produção ao consumo. Em seu espaço, também ensinavam-se e aprendiam-se os ofícios⁹.

De fato, o desenvolvimento de espaços públicos de convivência como alternativa ao espaço privado da família – por exemplo: escolas, associações, sindicatos e partidos políticos – acaba por transferir para esses o exercício de muitas atividades antes concentradas na unidade familiar¹⁰. Assim, aos poucos, a família tem passado da condição de unidade institucional a núcleo de convivência e companheirismo, fenômeno conhecido por “desencargo de funções”, que leva a uma espécie de decompressão do grupo familiar. Perdendo esses papéis, a família acaba por reencontrar seu próprio papel, ou seja, o de local de amor, afeto e companheirismo¹¹, centrada na ideia de afetividade.

Essa acepção da entidade familiar em torno do afeto, notadamente com a perda de funções econômicas de produção de bens e serviços, produziu impacto relevante sobre o próprio sentido e alcance do sentimento de família. É certo que, até o século XVIII, encontrava-se um número maior de pessoas a compor a unidade familiar, com “um elevado número de pessoas habitando o mesmo fogo”¹². No entanto, com a industrialização e a migração das funções de produção para o mercado, a família, como unidade de produção, passou a tornar-se exceção, desaparecendo, por exemplo, a figura do agregado familiar dos artesãos ou comerciantes, a do aprendiz ou do oficial, bem como a de outros indivíduos ligados ao grupo familiar preponderantemente por razões econômicas. Esses, até então, representavam um papel tão importante dentro da família a ponto de os vínculos de parentesco assumirem posição secundária¹³.

A perda da função econômica de produção pelo agregado familiar determinou, assim, uma marcante evolução no que se refere à sua composição. Se a família pode subsistir mesmo “amputada”, pessoas passaram a sobreviver de forma mais isolada, tendo em vista que a divisão social do trabalho passou a permitir que a socie-

8 Cf. VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: I CONGRESSO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, [s.d.], p. 15-16.

9 Cf. VILLELA. Repensando..., cit. p. 17.

10 Cf. VILLELA. Repensando..., cit. p. 17.

11 Cf. VILLELA. Repensando..., cit. p. 18.

12 CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e sucessões*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 55.

13 Cf. CAMPOS. *Lições de...*, cit., p. 56.

dade lhes forneça bens e serviços que, até então, não estavam à sua disposição. Daí surgiram as bases da família nuclear¹⁴, composta apenas por pais e seus filhos, a qual se consolidaria no século XX.

Ao longo do século XX, verificou-se maior facilidade para deslocamentos geográficos (migração da população para centros urbanos e abandono das pequenas comunidades), divisão social do trabalho, emancipação do gênero feminino, aumento dos indicadores de educação formal da população, surgimento de técnicas de contracepção e planejamento familiar, bem como centralidade do afeto nas famílias. Todos esses fatores foram determinantes para que a noção de entidade familiar tivesse seu sentido e alcance imediatos redefinidos para se referirem, basicamente, à unidade composta por pais e filhos.

Em função disso, filhos adultos passaram a estabelecer novos núcleos familiares em sincronia com aquele conhecido por tanto tempo. Todavia, deixou de existir a coincidência geográfica dos núcleos de habitação. Constatou-se, portanto, a partir da segunda metade do século XX, o que até então se considerava paradoxal: um único indivíduo pertence a dois núcleos familiares.

Esse processo, obviamente, afetou sobremaneira as relações intergeracionais no interior do ambiente familiar, mormente se associado ao crescente aumento da expectativa de vida da população.

Naturalmente, as relações internas à entidade familiar composta por cônjuge e filhos precedem as relações de filhos adultos com seus pais e tios.

Pais e tios idosos são lentamente excluídos do sentido e alcance imediato da expressão família no seu dia a dia e no seu convívio, embora reconhecidos e mantidos os vínculos jurídicos de parentesco. Tais transformações, por óbvio, não podem ser desconsideradas ao se refletir acerca da tutela integral da pessoa neste ambiente, notadamente porque se transformou, também, o valor de referência a ser concretizado na comunidade e, de forma mais ampla, na família. Se a família tradicional orientava-se pela fraternidade, a família, atualmente, deve se orientar a partir de um princípio de solidariedade.

3. Da fraternidade à solidariedade

A regulação do espaço privado da família durante a vigência do Código Civil de 1916 desenvolveu-se, inegavelmente, sob uma perspectiva fraterna à luz da tríade principiológica das revoluções liberais baseadas nos valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Todavia, é inegável que a Carta Magna de 1988 inaugurou uma nova perspectiva ao estabelecer, em seu art. 3º, que se constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e, grife-se, *solidária*.

14 Cf. CAMPOS. *Lições de...*, cit., p. 60.

Faz-se necessário, portanto, compreender que, assim como o conceito de fraternidade encontrava seu sentido e alcance em conjugação com os ideários de liberdade e igualdade formais, que compunham a tríade axiológica da modernidade, o conceito de solidariedade e sua concepção como norma dependem de sua conjugação com outros valores, notadamente segurança e diversidade¹⁵.

Deve se entender que fraternidade e solidariedade são conceitos que se articulam inicialmente com a ideia de reconhecimento e pertença, todavia, a partir de diferentes perspectivas. De fato, o credo liberal informativo da ideia de fraternidade encontra-se ligado aos anseios de construção do estado-nação e, assim, a uma certa pretensão de homogeneidade populacional em uma perspectiva de igualdade puramente formal. O apelo por fraternidade é, também, dessa maneira, de caráter mais sentimental do que operacional, na medida em que se liga a um conceito de liberdade baseado na não intervenção, isto é, ações efetivamente fraternas devem ser desenvolvidas não no espaço público, que se revela mínimo, mas por meio da voluntária atuação privada.

O conceito de solidariedade, por sua vez, embora parta também das imagens de vínculo sentimental e reconhecimento, articula-se com aquelas de forma diferente. A solidariedade é caracterizada por sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado, que compele à oferta de ajuda, apoiando-se, em uma mínima similitude, em interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade¹⁶. Trata-se de uma permanente injunção no sentido de mostrar decência em relação ao outro e afirmar a transcendência do “meramente jurídico” para as esferas da ética e da moral¹⁷.

Assim como a ideia de fraternidade somente pode ser compreendida a partir de suas interações com a liberdade e a igualdade liberais, a compreensão da solidariedade articula-se com o desejo de diversidade, com o fomento a posturas positivas de atendimento das necessidades especiais do outro por uma via de reconhecimento mais ampla, qual seja, a da inclusão em razão da simples condição humana, respeitando-se diversidades étnicas, culturais sociais ou, no que é particularmente relevante neste momento, geracionais¹⁸. Portanto, diferentemente da ideia de altruísmo, em que se converte em interesse próprio o interesse de um outro específico, de “espírito de equipe ou grupo” (que se aplica tão somente aos membros do grupo), a essência da solidariedade encontra-se na hipótese de que pessoas devem responder de maneira empática a uma condição que aflija “outros”, independentemente de quem sejam tais outros¹⁹.

15 Cf. DENNINGER, Erhard. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. *Revista brasileira de estudos políticos*, nº 88, dezembro de 2003. Belo Horizonte: UFMG, 2003, p. 25.

16 Cf. DENNINGER. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de..., cit. p. 36.

17 Cf. DENNINGER. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de..., cit. p. 35.

18 Cf. DENNINGER. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de..., cit. p. 35.

19 ARNSPERGER, Christian; VAROUFAKIS, Yanis. Towards a theory of solidarity. *Erkenntnis*, v 59, n. 2, sept., 2003., p.157.

Ao tradicional significado de pluralidade subjetiva e unicidade do objeto referente ao direito obrigacional soma-se diverso de muito maior relevância, que conclama, a partir do art. 3º da Constituição da República de 1988, uma função promocial da atuação estatal aliada à concepção de justiça distributiva e voltada à igualdade substancial. Isso pressupõe a assunção comum de riscos e a consciência de que todos são responsáveis pelo destino de todos²⁰. Essa é a compreensão do princípio de solidariedade que se projeta sobre a ideia de solidariedade familiar.

4. Solidariedade e deveres alimentares para com o idoso

Segundo Vanessa Buholt e Clare Venger, pode-se utilizar como parâmetro relativamente seguro para definir a presença ou a ausência daquilo que é descrito como solidariedade familiar ao menos cinco dimensões relacionais, a saber: solidariedade estrutural (proximidade física dos familiares), solidariedade associacional (frequência de contato), solidariedade afetiva (proximidade emocional), solidariedade consensual (similaridade de opiniões) e solidariedade funcional (recebimento e fornecimento de ajuda ou suporte econômico)²¹.

A ideia de uma solidariedade normativa, que implica deveres perante uma pessoa específica a ser considerada dentro do ambiente familiar, no caso o idoso, não se podem desconsiderar tais dimensões. A tutela da pessoa, que se pretende integral, somente pode se concretizar levando-se em consideração os variados aspectos das relações familiares, sempre multidimensionais. Se credor e devedor ordinariamente encontram-se relacionados a partir de uma única dimensão – o crédito – o mesmo não ocorre entre membros de uma família.

É certo que o dever de alimentar insere-se na dimensão funcional da solidariedade familiar e, no caso do idoso, seu direito à percepção de alimentos pode facilmente ser reconduzido a seus fundamentos constitucionais, pois a Constituição da República proclama, em seu art. 230, que “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.” Fato é que a normativa constitucional garante a todos o direito à vida, independente de idade, com base no princípio da dignidade da pessoa, que pressupõe uma existência envolta no bem-estar. Pontue-se, porém, que, ao tratar do idoso, a Constituição *reafirma* seu direito à vida e ao bem-estar de maneira específica.

20 Nas palavras de BODIN MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: _____. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 239-240: “A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação dos direitos por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade.”

21 Cf. BUHOLT, Vanessa; WENGER, Clare. Differences over time in older people’s relationships with children and siblings. *Ageing & Society*, v. 18, 1998, Cambridge: Cambridge University, 1998, p. 544.

A razão dessa garantia é o reconhecimento de que o idoso necessita de acurada atenção, pois, pelas circunstâncias de ser que envelhece, sua vida não possui as mesmas qualidades da experimentada por pessoas de outra faixa etária e de, por conseguinte, seu bem-estar se encontrar, de maneira mais latente, em risco. Idosos são, muitas vezes, invisíveis socialmente²² e, como visto, a redefinição sociológica da família em moldes de família nuclear implicou o movimento de distanciamento, ou mesmo de exclusão, do idoso desse ambiente.

O elemento mais diferenciador que o art. 230 da Constituição da República de 1988 traz à colação é o dever de amparo à pessoa idosa, advindo da família, da sociedade e do Estado, ou seja, faz-se clara a presença do princípio da solidariedade nesse mandamento. Tal determinação constitucional acerca do dever de amparo ao idoso impõe, diante de uma lógica solidária, melhor compreensão das disposições relativas ao direito à alimentação pelo idoso constantes do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

O Estatuto do Idoso estabelece, em seu art.11, que os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil e, em seu art. 14, institui um papel subsidiário ao Estado no que se refere ao dever de se responsabilizar pelos idosos sem condições de prover o seu sustento. Somente no caso de também os familiares do idoso não possuírem condições para fazê-lo é que o Estado passa a atuar em clara manifestação de lógica fraternal.

A ideia de cooperação não pode mais ser compreendida a partir da lógica da fraternidade, uma vez que esta se encontra associada aos postulados de liberdade e igualdade formal, componentes de uma ideologia liberal que se pauta, como é sabido, no não intervencionismo, visto que asseguradora de liberdades de caráter negativo. Nesse caso, o suporte familiar na velhice ou em situações de necessidade é tido como tradicional e até mesmo natural, de acordo com o modelo de hierarquia compensatória, no sentido de os pais sustentarem os filhos na infância e de os filhos sustentarem os pais na velhice, com o acionamento de formas mais “distantes” de suporte apenas quando os provedores do topo da hierarquia familiar encontram-se ausentes ou indisponíveis²³.

Por mandamento constitucional, disposto no 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”, mas esta disposição apenas afirma que existe um dever compensatório entre pais e filhos. Tal modelo é incorporado em políticas sociais através do que se chama de princípio da subsidiariedade, ou seja, um modelo em que a responsabilidade primeira de prover cuidados cabe à fa-

22 BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; DE OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, p. 67, faz referência expressa a tal invisibilidade e desenvolve, da página. 63 a 68, considerações sobre a vulnerabilidade do idoso.

23 Cf. DAATLAND, Svein Olav; HERLOFSON, Katharina. “Lost solidarity” or “changed solidarity” a comparative european view of normative family solidarity. *Ageing & Society*, v. 23, 2003. Cambridge: Cambridge University, 2003, p. 538.

mília, enquanto a seguridade social assume função residual e atua como uma espécie de rede de segurança²⁴. Essa ideia costuma ser reforçada, ainda, com o argumento de que serviços formais de seguridade social não devem ser expandidos por desencorajar cuidados familiares ou outras modalidades informais de cooperação²⁵.

Não é esse o modelo de tutela ao idoso imposto pela lógica da solidariedade constitucional!

Ademais, o Estatuto do Idoso cunhou, para o ator social que tutela, em seu art. 8º, um direito personalíssimo, o de envelhecer, e, portanto, o de se vulnerabilizar, além de dois subprincípios a guiar a interpretação de suas disposições: o da proteção integral, na forma do art. 2º, e o da absoluta prioridade, na forma do art. 3º, pontuados em diversas circunstâncias trazidas pelo próprio Estatuto, mas também estendidos a todas as situações em que caiba ao Direito intervir quando o idoso figurar numa relação jurídica de direito público ou de direito privado.

O princípio da absoluta prioridade na aferição de direitos pelo idoso decorre da proteção ao envelhecimento em razão das situações de urgência dele decorrentes. Os velhos têm urgência por estarem com sua saúde em declínio. Se não tiverem certas primazias, perdem o bem-estar ou mesmo a vida, por terem reservas de vitalidade menores. Sabe-se que a vida é finita, mas é dever das instituições preservá-la dentro das possibilidades reais.

O princípio da solidariedade constitucional que informa os subprincípios da proteção integral e da absoluta prioridade do idoso implica, necessariamente, o afastamento do tradicional modelo de hierarquia compensatória e subsidiariedade da atuação estatal em matéria de alimentos. A lógica da solidariedade impõe outra solução.

Independentemente da capacidade econômica dos elencados pela lei civil como obrigados à alimentação do idoso, entende-se que o Estado também pode ser demandado diretamente. A existência de capacidade econômica por parte dos familiares poderia ensejar, tão somente, eventual direito de regresso, cuja delimitação de alcance ultrapassa os limites deste trabalho.

O direito prestacional aos alimentos deve ser também dever do Estado.

Assegurar alimentos aos idosos que deles necessitam, na perspectiva do dever de ampará-los por se tratarem de pessoas em contingências especialíssimas de vida, faz parte da concepção de um Direito solidário, conforme direcionamento da Constituição da República de 1988, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Contextualizado, o princípio da dignidade, nos estados específicos de sua incidência na velhice, fala por si: é a pessoa – na sua conjuntura de vida e em sua unicidade – um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito²⁶.

24 Cf. DAATLAND; HERLOFSON. “Lost solidarity” or..., cit. p. 538.

25 Cf. DAATLAND; HERLOFSON. “Lost solidarity” or..., cit. p. 538.

26 Dispõe o Artigo 1º da Constituição da República brasileira que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se *Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos [...] III, o *princípio da dignidade da pessoa humana*”. [Grifou-se].

O Estado ao qual se refere o art. 1º da Constituição tem íntima ligação com a solidariedade social, já que a própria ideia de democracia repousa sobre a multiplicidade de situações que demandam atitudes de cooperação com as diversas situações da pessoa, uma vez que ela se imiscui numa sociedade plural e heterogênea, o que gera, por consequência, heterogeneidades nas precisões dos que a compõem²⁷. Sob essa ótica deve ser apreciada a problemática dos grupos de pessoas idosas.

O princípio constitucional da solidariedade determina, portanto, que o Estado, como prestador de assistência ao idoso, encontre-se abrangido pelo alcance de tal regra de solidariedade obrigacional, podendo ser demandado, portanto, não apenas de forma subsidiária, como daria a entender o art. 14 do Estatuto do Idoso se interpretado a partir da lógica fraternal e do modelo estrito de hierarquia compensatória. Isso porque, em virtude da crescente expectativa de vida da população, não é incomum que três, ou até mesmo quatro gerações de uma mesma família coexistam por um período de tempo considerável. Levando-se em conta a eventual limitação de recursos de cada uma dessas gerações, o estabelecimento de relações de suporte econômico na velhice acabaria por ser deveras dificultado.

Além disso, asseverar amparo aos idosos parte da compreensão que eles fazem jus a um acolhimento especial. Tal acolhimento especial oscila entre o reconhecimento de sua autonomia – que deve ser afiançada pela preservação da sua capacidade de exercício nos atos da vida civil, apesar de certos declínios físicos e psíquicos causados pelo envelhecimento – e o de sua necessidade de proteção, em virtude das conjunturas específicas que permeiam sua vida social, bem como, agora em sentido diverso, pelos mesmos declínios físicos e psíquicos que, se não lhes retiram a capacidade, certamente os fragilizam²⁸. É essa ambivalência que confere sentido ao dever de cuidado que deve permear as relações em que o idoso esteja imiscuído.

O princípio da proteção integral, no que se refere aos alimentos, diz respeito às precisões advindas das minúcias da condição de idoso, que podem demandar alimentação especial, gastos com saúde diferenciados como, por exemplo, fisioterapia, uma casa com certos aparatos para deficiências visuais, de audição, de locomoção, de alcance, de manuseio ou, talvez, uma entidade de atendimento que já possua esses elementos.

Somados, os princípios da proteção integral e da absoluta prioridade compõem um só princípio: o do melhor interesse do idoso²⁹. Essa construção decorre das necessidades ambivalentes de autonomia, que advêm do princípio da liberdade e

27 Veja-se FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 187.

28 Segundo PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Tradução de: DE CICCO, Maria Cristina. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 168: “A inexistência de problemas relativos à capacidade negocial do idoso não implica a inexistência de problemas ligados ao idoso como portador de interesses, caso a caso, especiais e merecedores de proteção e promoção.”

29 Seja consentido remeter a BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 85-126, *passim*.

de proteção, sucedâneo do princípio de solidariedade, conferidas ao idoso de forma peculiar e, na medida do caso concreto, de acordo com suas especificidades, a fim de se preservar seu melhor interesse num ou noutro sentido.

Outro ponto que merece análise é a possibilidade, criada pelo art. 12 do Estatuto do Idoso, de atribuir ao vulnerável a opção de escolher a que prestador de alimentos demandar e que tem sido sujeita a críticas de inconstitucionalidade³⁰.

Bem antes da vigência do Estatuto do Idoso, a então Lei de Locações de Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991) fixou, em seu art. 30, que o locatário mais idoso deveria ser o escolhido, na hipótese de multiplicidade de locatários, para exercer o direito de preferência. Esse dispositivo foi, por alguns intérpretes, considerado inconstitucional, mas a Constituição já previa o dever de amparo ao idoso e uma “interpretação reunificadora do direito privado”³¹ não permitiria que fosse aventada tal inconstitucionalidade sob o pálio de se estar a ferir o princípio da isonomia.³²

Há que se observar que quando o idoso recorre à via judicial para ter acesso aos alimentos, ele o faz, na maioria das vezes, porque perdeu sua autonomia no que concerne às condições de trabalho para se manter. Observe-se que tal situação é bastante diferente da conjuntura da criança e do adolescente. Quando esses precisam de alimentos, são representados ou assistidos por alguém, não ocupam estes, assim se diga, a “linha de frente” do conflito. Eles não se expõem. Há quem o faça por eles. Ademais, crianças e adolescentes nunca gozaram de autonomia para se satisfizer materialmente.

Com o idoso ocorre o contrário. Ele já se sustentou por meio do trabalho e, por suas vicissitudes peculiaríssimas, perdeu condições de subsistir autonomamente. Essa situação não é amena, pelo contrário, muitas vezes é percebida como humilhação. Veja-se o quadro: o idoso não tem mais reservas de força para o trabalho físico ou intelectual por declínios de saúde e de dificuldade de adaptação social a um mundo que já não é mais o seu (dificuldades socioprodutivas),³³ mas tem discerni-

30 DE FARIAS, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 4 ed. Vol. 6. Salvador: Juspodium, 2012, p. 774, que cogita da inconstitucionalidade do dispositivo no caso concreto pela possibilidade de ferir a prioridade absoluta e proteção integral conferidas à criança e ao adolescente pelo art. 227 da Constituição.

31 TEPEDINO, Gustavo. Premissas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

32 Sobre esse ponto posicionou-se TEPEDINO, Gustavo. *Premissas para a a constitucionalização...*, p. 16 e 17, nos seguintes termos: “... Há uma enorme diferença entre a discriminação arbitrária e o tratamento legitimamente diferenciado. Se a Constituição determina o dever do Estado em amparar idosos, conforme dicção expressa no artigo 230, esse dever não pode ser interpretado apenas como um estímulo à construção de asilos. O tratamento diferenciado do legislador das locações corresponde justamente ao ditado constitucional que, expressão da dignidade da pessoa humana, imagina ser mais tormentoso para o locatário mais idoso a mudança de residência, daí decorrendo o desempate a seu favor no exercício do direito de preferência.”

33 Os escritos de BOBBIO, Norberto. *O tempo de memória: de senectude e outros escritos autobiográficos*. Tradução de VERSIANI, Daniela. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997, p. 49 e 50 demonstram as dificuldades socioprodutivas aludidas, bem como os problemas de adaptação ao novo na velhice: “O tempo urge. Eu deveria acelerar os movimentos para chegar a tempo e, em vez disso, vejo-me obrigado, dia após dia, a mover-me mais devagar. Emprego mais tempo e

mento suficiente para saber que, se não pedir ajuda, vai sucumbir e que só lhe cabe, portanto, pleitear alimentos.

Submeter o idoso ao tradicional modelo de hierarquia compensatória disposto pelo Código Civil em seus artigos 1.696 e 1.697, que chama primeiramente à obrigação alimentar o parente mais próximo em grau, parece, no mínimo, cruel. Se assim fosse, o idoso teria que demandar, pessoalmente, contra aqueles que talvez mais ame e isso sim poderia trazer, de fato, um grande problema para a manutenção da solidariedade afetiva, entendida como proximidade emocional, tal como apontado.

Pesquisas empíricas comprovam que maior solidariedade funcional (prestação concreta de ajuda ou suporte econômico) entre familiares encontra-se associada a um vínculo descrito como de menor solidariedade afetiva e associativa, não se tratando de relações entre pais e filhos menores³⁴.

Se fossem mantidas as disposições do Código Civil para o idoso, ele, já precedido nas dimensões afetiva e associacional por outros, como o cônjuge e os filhos, na estrutura da família nuclear, teria que, para manter a própria subsistência, tomar medidas que aludem a maior isolamento e exclusão emocional e menor frequência de contato, ou seja, maior desamparo existencial ou, simplesmente, solidão.

Como dito anteriormente, as relações entre o idoso e os apontados como prestadores de alimentos no tradicional modelo de hierarquia compensatória revela-se insuficiente. Os vínculos de solidariedade que os unem não se verificam somente na dimensão funcional (recebimento de ajuda ou suporte, notadamente, econômico). As dimensões afetivas (proximidade emocional) e associacionais (frequência de contato) revelam-se extremamente importantes dentro da concepção de amparo.

O princípio constitucional da solidariedade impõe, por consequência, o ônus da necessidade de alimentos para além mesmo do núcleo de convivência afetiva ou associativa do idoso. Dessa maneira, deve ser aplaudida a regra de solidariedade obrigacional (aquela que constitui por unidade de objeto e pluralidade de devedores sem benefício de ordem) contida no art. 12 do Estatuto do Idoso.

Tal regra torna menos custoso para a pessoa idosa fazer a opção quanto a quem acionar, não só pelas condições econômicas que esse possua, mas também para se

disponho de menos tempo. Pergunto a mim mesmo, preocupado: – Será que vou conseguir? Sinto-me compelido pela necessidade de terminar, pois sei que o pouco tempo que me resta para viver não me permite parar de vez em quando para descansar. E contudo, sou obrigado a marcar o passo, embaraçado nos movimentos, desmemoriado e portanto obrigado a anotar tudo de que preciso em folhas que, no momento oportuno, não encontrarei. Inventaram instrumentos maravilhosos para ajudar a memória, reduzir o tempo necessário à escrita, mas não sei utilizá-los, ou utilizo-os muito mal para deles extrair todos os possíveis benefícios. Meu pai andava de bicicleta quando já haviam inventado o automóvel. Eu voltei a escrever com caneta-tinteiro (com uma letra tão ilegível que deixo meus leitores desesperados). E, no entanto, sobre a escrivadinha do meu lado, vê-se um belíssimo computador. Diante dele fico intimidado. Ainda não consegui ter com ele a necessária intimidade para usá-lo com a desenvoltura com que outrora eu usava a máquina de escrever. Como o rapazinho que aprende a tocar piano, também eu precisaria de uma professora severa que ordenasse: – E agora faremos meia hora de exercícios.”

34 Neste sentido veja-se BUHOLT, Vanessa; WENGER, Clare. Differences over time in older people's relationships with children and siblings. *Ageing & Society*. v. 18, 1998, Cambridge: Cambridge University, 1998, p. 537-562.

preservar psiquicamente ou não se melindrar com aquele com quem mais se relaciona emocionalmente, seja mais ou menos abastado.

Resta claro, contudo, que a preocupação em se estabelecer responsabilidade efetivamente solidária entre familiares e Estado, no que se refere à assistência material do idoso, visando a preservar seu amparo existencial implica – de maneira implícita, também como forma de manifestação concreta do princípio constitucional de solidariedade – deveres não patrimoniais de amparo e assistência por parte dos familiares, como o de frequência de contato, visando a evitar exclusão e isolamento.

Sob a égide da solidariedade, para todas as relações familiares cabe a máxima cunhada pela Ministra Nancy Andrighi em demanda por responsabilização civil advinda de abandono familiar: “amar é opção, cuidar é dever”³⁵. Passa-se, assim, da ordem afetiva para a ordem ética, do que somos e queremos ao que devemos³⁶.

Se o afeto não se faz exigível, o comportamento de forma interessada e ocupada com aquele que necessita de cuidados sim³⁷. Se o amor não está ao nosso alcance, atitudes compassivas estão. Conforme assevera Comte-Sponville: “Ama e faz o que queres, pois – ou compadece-te e faz o que deves”³⁸.

5. Conclusão

O Estatuto do Idoso garante, corretamente, que o idoso opte, no âmbito da família, pelo prestador da obrigação alimentar que mais lhe convier por diversos fatores, já que a reconhece como solidária a todos os parentes, independente de grau. Esse entendimento deve ser extensivo ao Estado.

Quando o ser humano envelhece, passa a carregar, de modo imanente, uma vulnerabilidade advinda de decadências em aptidões físicas e intelectuais, que, muitas vezes, inviabilizam sua capacidade de trabalho, a fim de se abastecer de maneira autônoma. Se, além de não mais conseguir trabalhar, os recursos amealhados ao longo da vida mostrarem-se insuficientes para manutenção das necessidades do idoso e o *quantum* que a aposentadoria ou a assistência lhe auferir apresentarem-se escassos para sua manutenção em patamares de dignidade, Estado e família devem estar, conjuntamente, no polo passivo da obrigação alimentar, a fim de atender o direito de um ator social que faz jus à proteção integral, segundo seu melhor interesse.

O princípio do melhor interesse do idoso tem sede constitucional, na forma do art. 5º, § 2º da Constituição da República que o recebe, desde seu preâmbulo,

35 STJ. Recurso Especial Nº 1.159.242-SP.

36 COMTE-SPONVILLE. Pequeno tratado das grandes *virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 129.

37 Neste aspecto, a título de curiosidade, é interessante fornecer notícia acerca de recente alteração na Lei da República Popular da China sobre a Proteção dos Direitos e Interesses dos Idosos, que estabelece a obrigação de visitação frequente aos idosos pelos filhos, embora não estabeleça as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento. A versão oficial do texto integral em inglês encontra-se disponível em <http://www.china.org.cn/english/government/207403.htm>.

38 COMTE-SPONVILLE. Pequeno tratado das grandes virtudes, cit., p. 129.

quando proclama por uma ordem justa e solidária que visa à dignidade da pessoa humana, onde está incluída a idosa, na sua unicidade de ser encanecido.³⁹ O princípio da solidariedade social não se restringe apenas à ambiência da família, mas alcança o Estado e o faz igualmente responsável, pois ambas as instituições devem ser tocadas pelo dever de amparo aos idosos, que cabe a toda a sociedade.

39 Posição amplamente defendida em BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112-126, *passim* e especificamnte também na página 313, no item 16 de suas conclusões.

A RESPONSABILIDADE DOS PAIS E A PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS

Fabíola Albuquerque Lobo

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. Princípios constitucionais e seus reflexos no poder familiar – 3. O poder familiar e a proteção da pessoa dos filhos – 4. O princípio da convivência familiar e a estreita relação com o instituto da guarda – 5. O princípio da afetividade nas relações de família – 6. Conclusões.

1. Considerações iniciais

É inquestionável que a família brasileira se encontra em franca transformação, por conseguinte o direito de família também absorve todas as vicissitudes deste processo de evolução social. Mas o grande divisor se situa a partir da Constituição Federal de 1988, com a tábua axiológica materializando novos valores da sociedade brasileira.

A dignidade da pessoa humana e a solidariedade ganharam status de princípios estruturantes do ordenamento jurídico brasileiro. Seus reflexos são expandidos às relações jurídicas de família e fomentam uma compreensão de família como base da sociedade, mas sem estabelecer nenhum tipo específico destinatário da tutela legal. Ao contrário, os novos paradigmas contemplam as características da pluralidade das entidades familiares, da repersonalização e da funcionalização.

A repersonalização deve ser compreendida como o processo de elevação da pessoa como centro das destinações jurídicas, da capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica.¹

1 LÓBO, Paulo. A Repersonalização das Relações de Famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, a.VI, nº

A funcionalização exprime a ideia de que a família na atualidade tem uma função prestante de garantir a realização existencial e o desenvolvimento de cada um dos integrantes do grupo familiar, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados ou aplicados. [...] A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos.²

Deste modo a família “passou a ser tutelada como instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram”.³ Portanto, esta funcionalização da entidade familiar consiste na realização de todos os seus membros.

2. Princípios constitucionais e seus reflexos no poder familiar

Segundo Canotilho, os princípios designados por estruturantes, constitutivos e indicativos das “ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno”.⁴

Assim, ao lado dos princípios estruturantes, outros princípios consolidarão o arcabouço jurídico, de modo a permitir uma coerência interpretativa dos ditames constitucionais. Neste sentido destacamos alguns dos princípios constitucionais que se harmonizam diretamente com o instituto do poder familiar, ou seja, a partir da incidência dos princípios percebe-se a modificação ocorrida no conteúdo do clássico instituto do pátrio poder ao atual instituto do poder familiar. De objeto de direito o filho alça à condição de sujeito de direito, tal mudança provoca uma inversão no foco, quer dizer, os principais interessados quanto ao exercício do poder familiar passa a ser os filhos e não mais os pais.

Para fundamentar esse estreito elo entre os princípios constitucionais e os reflexos no poder familiar, especial destaque deve ser dado para os princípios da liberdade, do melhor interesse da criança, da paternidade responsável, da convivência familiar e da afetividade.

24, jun-jul, 2004, p. 152.

2 LÓBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, a. IX, out-nov, 2007, págs. 145, 146 e 149.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Direito de Família*. Tânia da Silva Pereira (atualizadora). Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p.50.

4 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.1099.

O princípio da liberdade proclamado na lei e oriundo das relações de afeto, entre pais e filhos diz respeito a uma situação relacional, ou seja, a liberdade do filho encontra limites nos direitos dos pais, bem como a liberdade dos pais encontra limites nos direitos dos filhos. Não é uma liberdade desmedida, ao contrário, é uma liberdade contida na responsabilidade; afinal, em relação aos filhos, que são pessoas em desenvolvimento, há de se levar em conta o grau de maturidade e a capacidade em função da idade.

As doutrinas da proteção integral e da primazia do melhor interesse foram as opções escolhidas para tutelar crianças e adolescentes segundo o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em sede constitucional (CF, art. 227) como infraconstitucional (art. 4º do ECA e Código Civil, arts. 1574 § único, 1584 § único e 1.586).

Ressalte-se, entretanto, que a fundamentação do mencionado princípio remonta à Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959), a qual foi ratificada pela Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

A Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) reafirma a família como elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças; que para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade a criança, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão. Reconhece ainda que devido à vulnerabilidade das crianças, estas necessitam de uma proteção e de uma atenção especiais, e sublinha de forma particular a responsabilidade fundamental da família no que diz respeito aos cuidados e proteção com àqueles.

Depreende-se, assim, que a adoção do princípio “da proteção integral veio reafirmar o princípio do melhor interesse da criança”.⁵ Este é um dever jurídico imposto à família, à sociedade e ao Estado, que deve ser observado “tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade”.⁶

A paternidade responsável é um balizamento ao princípio do livre planejamento familiar. O Estado não interfere na decisão/liberdade do casal quanto ao projeto parental, mas em contrapartida impõe aos pais a obrigação de exercer o múnus público decorrente do poder familiar em relação a cada um dos filhos, independentemente da origem, se biológica ou socioafetiva.

Quanto aos princípios da convivência familiar e da afetividade serão oportunamente analisados.

5 BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **A família na travessia do milênio**. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 204.

6 LÓBO, Paulo. **Direito Civil-Famílias**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 53.

3. O poder familiar e a proteção da pessoa dos filhos

Os filhos menores estão sujeitos ao poder familiar⁷. Sua forma conduz a interpretação de que “os pais são os únicos titulares ativos e os filhos os sujeitos passivos dele”,⁸ porém a melhor orientação é no sentido de que compete aos pais exercê-lo, conjuntamente, na constância do casamento ou da união estável e sua essência consiste em um poder-dever, um *múnus público*, funcionalizado ao melhor interesse do filho. Nada mais natural, entretanto, na história do direito de família, prevalecia à antítese desta concepção, pois prevalecia o entendimento que o pátrio-poder era *ínsito* ao interesse do pai.

O exercício do poder familiar decorre das relações de parentesco e não das relações de conjugalidade; portanto uma dimensão não se confunde com a outra. Nestes termos, o exercício do poder familiar, pelos genitores, se mantém intacto, independe do vínculo jurídico que haja entre eles.

Assim temos que o poder familiar é constituído por um conjunto de direitos-deveres, dos quais a guarda dos filhos menores desponta como uma das dimensões mais importante diante da ruptura dos pais.

O ponto fundamental é compreender que o instituto da guarda tem por finalidade a proteção da pessoa dos filhos. Esses são os verdadeiros destinatários da medida. Afinal, como justificar, para o principal interessado, que em razão da dissolução do vínculo jurídico dos pais será obrigado a aceitar que viverá apenas com um dos genitores e passará a ser visitado pelo outro?

A guarda na visão de Orlando Gomes, “compreende o poder de reter o filho no lar, de tê-lo junto a si, de reger sua conduta nas relações com terceiros [...], bem como, o poder de lhe dirigir a criação no aspecto da formação moral do menor”⁹

A partir deste conceito, se extrai a proximidade da guarda com outros elementos, como: a companhia e a vigilância dos pais em relação aos filhos.

Com base na legislação civil temos duas modalidades de guarda: a unilateral ou exclusiva e a compartilhada.¹⁰

Aquela acomoda a situação do guardião e do não guardião, restando a este o direito de visita e de ter o filho em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Assim, temos a guarda exclusiva associada ao direito de visita. É a também chamada guarda jurídica e guarda material.

Fundada nessa distinção, ensina a doutrina que tão-somente a guarda material ou custódia, a qual encerra a ideia de posse (art. 33, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente) ou cargo, refere à imediatidade do exercício da guarda pouco restando

7 Art. 1630

8 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. **Direito de família e o novo código civil**. 3ª ed. Maria Berenice Dias & Rodrigo da Cunha Pereira. (coods.). Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 183.

9 Cf. **Direito de família**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.395.

10 Art. 1.583.

ao genitor não guardião, a não ser fiscalizar esse exercício à distância por aquele com quem viva o menor; enquanto a guarda jurídica encerra as relações parentais de caráter pessoal emergentes do poder familiar (sustento, criação, educação, representação, proteção, correção, controle, guia moral e intelectual, vigilância, respeito, honra, afeição, etc.).

A segunda modalidade reporta-se a guarda compartilhada que deve ser compreendida como o chamamento da responsabilização conjunta, quanto ao exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.¹¹

Inclusive, com base na lei, este modelo de guarda passou a ser a regra, como forma de garantir o direito fundamental da criança à convivência familiar e a manutenção dos vínculos de afetividade com os genitores e demais membros da família.

Como sabido o exercício do poder familiar abrange os filhos menores, portanto quando se fala em guarda dos filhos há de se ter claro que o instituto repousa na proteção da pessoa dos filhos e não nos interesses dos pais.

É indiscutível que toda e qualquer separação gera sofrimentos, traumas, transtornos e decepções para todos os envolvidos. É um projeto de vida que se esvai sãoanseios e expectativas frustradas, mas se para os adultos os efeitos são negativos, nas crianças esta repercussão pode ser ainda mais devastadora para o seu desenvolvimento emocional.

Estudos psicanalíticos dos distúrbios emocionais da vida adulta comprovaram que, em grande medida, estes se originavam nos primeiros anos de vida e estavam relacionados com eventos realmente cruciais da infância e o período em que eles seriam mais desastrosos, como por exemplo: perda e separação na primeira infância.

O processo de absorção da perda é internalizado, diferentemente, nas crianças, pois, elas dependem física e psiquicamente dos adultos cuidadores. Os pais representam a ancoragem indispensável para o sadio e pleno desenvolvimento da pessoa do filho, em particular durante seu processo de formação, de identificação e de sujeito situado em uma sociedade.

A depender da maneira como esta mudança de realidade seja enfrentada pelos pais, pode propiciar uma melhor elaboração da situação ou um agravamento pelos desentendimentos que podem ocorrer após a separação e, conseqüentemente no poder familiar é que talvez sofra variações em seu conteúdo e em sua forma de exercitar.

Para que a separação não gere maiores transtornos emocional nas crianças, bem como não represente uma intensa perda dos referenciais e dos vínculos de afeto construídos com os genitores é fundamental compreender o sentido e alcance do princípio da convivência familiar.

Oportunas às reflexões de Paulo Lobo sobre o tema:

11 Art. 1583 § 1º CC

Importante ressaltar que o direito de visita tem feição constitucional (art. 227) é direito recíproco de pais e dos filhos à convivência, de assegurar a companhia de uns com os outros, independentemente da separação. Por isso, é mais correto dizer direito à convivência, ou à companhia, ou ao contato (permanente) do que direito de visita (episódica). [...]. O direito de ter o filho em sua companhia é expressão do direito à convivência familiar, que não pode ser restringido em regulamentação de visita. Uma coisa é a visita, outra a companhia ou convivência.¹²

Neste sentido, o “direito à companhia” é relativo e não pode ser exercido contrariamente ao interesse do filho, que deve ser assegurado o direito à companhia do pai ou mãe que não seja o guardião. Em suma, o direito de um não exclui o direito do outro e o filho tem direito à companhia de ambos.¹³

O direito de visita deve ser compreendido sob nova roupagem e não de modo reducionista, pelo contrário o convívio pressupõe direito à criação de ser visitado e de manter contato com seus familiares e com todos aqueles com quem mantém relação de afetividade. Assim há a persecução da manutenção dos laços afetivos e a preservação da identificação do menor com seu grupo familiar.

As crianças não podem ser vitimadas pelo chamado dilema da lealdade¹⁴, significa dizer: estarem com um genitor e se sentirem culpadas em querer usufruir o direito de conviver com o outro. A elas não cabe fazer nenhum tipo de escolha; não é recomendável prejudicar ou impedir que o filho conviva com o outro genitor pelo fato dos pais não conseguirem, ou sequer tentarem manter uma relação harmônica.

Outro aspecto que não pode deixar de ser desconsiderado, por ser um dado relevante da realidade é a chamada família recomposta com as suas variadas configurações e arranjos. O direito privilegia a dimensão fática ou socioafetiva, cuja moldura capta com maior acuidade as filigranas dos novos contornos familiares, as quais necessariamente não coincidem com as relações de parentesco estabelecidas no plano legal¹⁵.

Este é um aspecto muito delicado e que suscita ainda mais a responsabilidade dos pais na condução, na aceitação e na inserção da criança neste universo de vínculos socioafetivos, até então desconhecidos. Figuras como padrasto, madrasta, “novos irmãos, novos tios, novos avôs” passam a protagonizar as relações familiares e sem dúvida exercendo papéis/funções na formação da criança.

12 LÔBO. Paulo **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 174.

13 LÔBO. Paulo Do poder familiar. **Direito de família e o novo código civil**. Maria Berenice Dias & Rodrigo da Cunha Pereira. (coords.). Belo Horizonte: Del Rey. 2001, p. 149.

14 LANG, Rosa Sender. A criança frente à ruptura familiar (<http://www.pailegal.net/relstemot.asp>. Agosto/2010).

15 No mesmo sentido: Maria Helena Novaes. A convivência entre as gerações e o contexto sociocultural. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos Tribunais**. Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (Coords). Rio de Janeiro: Forense, 2006, págs. 215 – 230.

Sem dúvida um equacionamento difícil quando de um lado se tem a manutenção do exercício conjunto do poder familiar com o (a) ex-cônjuge e, de outro a recomposição da família por parte de um dos genitores, ou de ambos.¹⁶

4. O princípio da convivência familiar e a estreita relação com o instituto da guarda

Este princípio decorre diretamente do reconhecimento atribuído à família enquanto núcleo natural e fundamental da sociedade (Declaração Universal dos Direitos Humanos - art. XVI, 3/ 1948). Nesta mesma linha de compreensão a Declaração Universal dos Direitos da Criança (20 de novembro de 1959)¹⁷ e a Convenção sobre os Direitos da Criança (20 de novembro de 1989)¹⁸, adotaram o referido princípio, o mesmo se verificando em sede constitucional¹⁹; no Estatuto da Criança e do Adolescente integra o rol dos chamados direitos fundamentais.²⁰ Depreende-se, portanto que as normas de regência do direito à convivência familiar e comunitária estão localizadas tanto na esfera jurídica internacional como na nacional.

Como sabido a família é o *locus* privilegiado para o desenvolvimento e a realização plena de todos os seus membros. Nestes termos, o princípio da convivência familiar é um corolário lógico do sentido de família e, por conseguinte é direito fundamental da criança crescer e se desenvolver na companhia dos pais.

Indiscutível que os pais representam a ancoragem indispensável para o sadio e pleno desenvolvimento da pessoa do filho, em particular durante seu processo de formação, de identificação e de sujeito situado em uma sociedade propiciando assim a materialização do princípio do melhor interesse do filho, cuja expressão é ladeada pelo direito à convivência familiar.

O vínculo entre eles é reconhecidamente essencial para a higidez física e psíquica dos filhos, tornando-se preclaro que o direito à convivência familiar e comunitária é essencial para promover a realização e o desenvolvimento de cada um dos membros integrantes daquele núcleo familiar e desta maneira garantir a manutenção da relação de afetividade entre as partes. Mais uma vez enfatiza-se que o vínculo entre pais e filhos não é dependente da relação jurídica dos genitores.

Conforme Paulo Lôbo a convivência familiar deve ser assim compreendida:

¹⁶ Art. 1579 e § único do CC.

¹⁷ Princípio 6º - Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material...

¹⁸ Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão;

¹⁹ CF/88 - art. 227 -

²⁰ ECA - Art. 19. A propósito ver também art. 4º do mesmo diploma

é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. [...]. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças²¹

Pelo exposto defendemos o instituto da guarda compartilhada, a partir do caso concreto, como o mecanismo adequado, principalmente nos casos de litígio entre os genitores, para garantir a manutenção dos laços afetivos, da coparentalidade e da participação efetiva e constante dos pais na vida dos filhos.

No contexto histórico prevalecia a ideia de que a mãe sempre apresentava melhores condições para ficar com a guarda do filho menor, até porque, via de regra, encontrava-se adstrita à órbita doméstica, ao homem restava à posição de provedor econômico e por consequência apenas o direito de visita, ou seja, o arranjo jurídico da guarda exclusiva.

A respeito disto destacamos, novamente, a opinião de |Paulo Lôbo:

A experiência da guarda exclusiva é a história das tensões e dos conflitos, em prejuízo do filho, que se vê como joguete dos efeitos do desamor, dos ressentimentos e de chantagens. O direito à visita reduz o papel da coparentalidade desejada pelo filho. A tendência é o filho perder a convivência com o genitor não guardião, quando as visitas começam a escassear em razão do estado permanente de conflito, passando a ser entendidas como estorvos e não como momentos de prazer afetivo.²²

Este cenário, todavia, começa a mudar, principalmente, quando a mulher se lança no mercado de trabalho, em plena igualdade de condições com o homem. A realidade social já acenava para esta mudança de valores e a Constituição Federal/88 culminou este processo mediante o reconhecimento jurídico da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges/companheiros como pressuposto da entidade familiar.

A igualdade jurídica assegurada e o reforço ao sentido de cooperação entre os cônjuges quanto à criação/educação de uma criança tornam forçoso concluir que diante da hipótese de separação do casal, ambos os pais apresentam-se em condições de igualdade para a medida referente à guarda dos filhos.

Ressalte-se o chamado movimento em prol da Paternidade Consciente, o qual guarda correlação com o princípio da paternidade responsável e, por via direta embasa também o instituto da guarda compartilhada.

Significa a tomada de atitude consciente de que a “cria” é parte do homem também. É uma atitude e uma categoria, que demonstra a nova forma, ou uma outra forma de comportamento do homem, mais sensível, mais entrosado com a célula social chamada família; é carinho, atenção, observação, atitude proativa, como pai e como

21 Cf. **Direito Civil**-Famílias. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 52.

22 Cf. **Código Civil Anotado**. Direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial (arts. 1591 a 1693). Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003, p. 121-2.

pessoa que cuida, que cria, que educa, que auxilia a companheira/esposa/apenas mãe, de forma constante e íntima em relacionar-se com aquele que chamamos de filho (a). É o despertar para o fato de que ser pai é raciocinar o filho (a) conhecê-lo, pensá-lo e esforçar-se ao máximo para ser parte da vida dele, formando-o, reprimindo seus erros (pois pai e mãe podem e devem exercer autoridade e cobrar disciplina, não importando a orientação que sigam quanto a seus papéis) amando-o, pois sem isso não há pai. Esta realidade, esta necessidade, que se cria por motivos sociais (o novo papel da mulher na sociedade, e a necessidade da participação ativa da mulher na economia conjugal), acaba se entrosando com o puro humanismo que devemos buscar e que tanto nos faz falta no mundo atual.²³

O grande desafio do instituto da guarda compartilhada é sua aplicação, sempre que possível, ainda que não haja acordo entre a mãe e o pai²⁴, quer dizer, a guarda compartilhada, além de ter passado à condição de regra, conforme dispõe a lei, sua aplicação não se encontra condicionada a relação harmônica dos pais.

Tal condicionamento desvirtua o instituto, ou seja, deixaria de regular a proteção da pessoa do filho com base no princípio do melhor interesse para atender aos interesses circunstanciais dos pais.

Acerca do tema, bastante pertinente é o acórdão²⁵ assim ementado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei.

2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

23 Luís Eduardo Bittencourt dos Reis. <http://www.pailegal.net/relstemot.asp>. Agosto/2010.

24 Art.1584 § 2º CC

25 STJ REsp 1251000 / MG RECURSO ESPECIAL2011/0084897-5 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento23/08/2011.

6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.

8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.

9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.

10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

11. Recurso especial não provido.

Outro aspecto positivo que a guarda compartilhada pode provocar é o afastamento ou a inibição dos riscos da alienação parental e a reboque as ações de responsabilidade civil por abandono afetivo.

Por alienação parental podemos entender como sendo o processo consistente “em qualquer atitude por parte de um dos genitores (mesmo antes de uma separação conjugal) para denegrir ou dificultar a relação da prole com o outro genitor”²⁶. Os efeitos decorrentes da síndrome, embora sejam externados no comportamento e emoções negativas dos filhos, mas na verdade são reflexos de litígio estabelecido entre os genitores.

No caso de alienação parental decorrente da separação conjugal os motivos alegados de um genitor-guardião, para negar a convivência entre filhos menores, e o genitor-visitante são, principalmente: a discórdia quanto à formação de hábitos na prole, a incapacidade moral para o exercício dos deveres inerentes ao poder familiar e até mesmo comportamentos abusivos física, psicológica ou sexualmente. As preocupações podem não corresponder à realidade ou exagerar pequenas diferenças entre os pais, visto que, em alguns casos, não há evidências dos motivos apresentados pelos genitores-alienadores. A reação de raiva ou desespero demonstrada pela figura alienada é usada

26 GOLDRAJCH, Danielle, MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade e Valente, SILVA, Maria Luiza Campos da. A Alienação Parental e a Reconstrução dos Vínculos Parentais: Uma Abordagem Interdisciplinar. *Revista Brasileira de Direito de Família*, N° 37, ago-set. 2006, págs. 5 - 26.

para manter o status do pai alienador, que se coloca em uma posição de superioridade em relação ao outro.

[...]

O afastamento da figura de um dos genitores do seio familiar enseja uma orfandade psicológica no infante, acompanhada de sentimentos negativos como o ódio, desprezo e a repulsa em face de um dos genitores, sem qualquer razão, tudo com o fim escuso e egoístico do guardião-alienante de exercer com exclusividade este papel.

A orfandade psicológica pode brotar a partir de um ato isolado do guardião-alienante ou através de um atuar contínuo. O ato ou a omissão do guardião de alijar o não-guardião pode configurar-se em falsas acusações acerca da sanidade mental e psicológica do não-guardião; de mentirosa notícia de dependência química e toxicológica deste; de violência física ou psicológica praticada por este em face do filho; **de suposto abandono material e emocional em face do filho** (grifo nosso). Ou seja, as acusações representam informações caluniosas de que o não-guardião não exerce adequadamente o poder familiar.²⁷

Como se percebe são inúmeros os percalços que podem advir da falta de habilidade e/ou irresponsabilidade dos pais, na forma de conduzir o processo de separação, de modo a não minorar os transtornos presentes e ensejar distúrbios emocionais na vida adulta dos filhos.

5. O princípio da afetividade nas relações de família

A afetividade foi alçada à condição de princípio e como tal um dever jurídico, representativo do suporte fático das relações de família.

A razão de ser da formação dos vínculos familiares pauta-se na liberdade e no desejo, portanto na afetividade, não mais no critério econômico-patrimonial e consanguíneo de outrora.

O princípio da afetividade, apesar de implícito no texto constitucional, é de fácil revelação e seu conteúdo entrelaça-se com todos os outros princípios que formam o arcabouço principiológico das relações de família.

O conteúdo do princípio é tamanha densidade que se manifesta em todas as relações de família sejam àquelas provenientes de relações biológicas ou não. O grande reflexo desta mudança de conteúdo aplicado às relações de família perpassa pelo reconhecimento de efeitos jurídico das relações socioafetivas.

Como modelo aberto, o princípio terá seu conteúdo preenchido diante do caso concreto, impulsionado pela consolidação no tempo e pela recorrência daquele comportamento, apto a indicar a existência de uma relação familiar fática, ainda que sem qualquer manifestação expressa de vontade.

²⁷ Idem, p. 8.

Se se reconhece o princípio da afetividade como sendo o elemento identificador das entidades familiares, muito mais relevante é ao Direito se as relações em foco disserem respeito à filiação.

Há aqueles que não reconhecem a afetividade como princípio, mas apenas enquanto elemento anímico estranho ao Direito. Logo, seria descabido o reconhecimento jurídico, a exemplo da ação julgada improcedente (STJ), cuja causa de pedir era de abandono afetivo, perpetrada pelo genitor em relação ao filho.²⁸

Em passado recente, o mesmo STJ, enfrentando, igualmente, a temática não adentrou no mérito se a afetividade era ou não princípio, mas julgou no sentido de condenar um pai por abandono afetivo fundamentando o acórdão no descumprimento objetivo do dever jurídico de cuidado.

A respeito vejam-se parte do voto da Ministra Nancy Andrighi²⁹

[...]

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)**”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

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 amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tisonado 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

28 STJ REsp 757411 / MG RECURSO ESPECIAL2005/0085464-3 Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 29/11/2005.

29 STJ REsp 1159242 / SP RECURSO ESPECIAL 2009/0193701-9 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 24/04/2012

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.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

[...]

Indubitável a sofisticação dos debates doutrinários e jurisprudenciais em torno da socioafetividade, a ponto de ser reconhecido, no âmbito do STF, como tema de repercussão geral quanto à prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica.³⁰

6. Conclusões

Se a formação da família, sua manutenção e seu desfazimento integram o conteúdo do princípio da liberdade e da autonomia da vontade, em contrapartida o limite àqueles atos está balizado ao campo da responsabilidade, tanto em relação ao ex-cônjuge como em relação aos filhos.

O Direito de Família conformado aos princípios constitucionais fomenta um modelo aberto que se densificará no caso concreto e deste modo sua aplicação se dará mais rente à realidade dos fatos.

As demandas existenciais, por si só, exigem uma tutela mais humanizada e um olhar mais detido por parte dos intérpretes, principalmente em relação aos fatos que estão subjacentes àquelas questões. É neste sentido que a responsabilidade aflora quanto à maneira de conduzir os processos de família, em particular, diante da dissolução de uma entidade familiar e, ao mesmo tempo, da necessária e fundamental manutenção dos vínculos afetivos paterno-filial.

Com base no princípio da solidariedade e numa perspectiva relacional do direito de família, os pais são responsáveis pelos filhos menores e os filhos tornar-se-ão responsáveis pelos pais na velhice.³¹

Como se percebe a ética da responsabilidade perpassa por todas as dimensões das relações de parentesco. Não por acaso o tripé principiológico das relações de família encontra-se estruturado nos princípios da dignidade, da solidariedade e da responsabilidade.

30 STF- Repercussão Geral. Relator Min. Luiz Fux. Leading Case ARE 692186 Tema 622

31 CF/88 Art. 229

31

ALIENAÇÃO PARENTAL: “ACERTOS” E “DESACERTOS” SOB A ÓTICA JURÍDICA

José Barros Correia Junior¹

SUMÁRIO: 1. Relações familiares – 2. “Fim” do relacionamento familiar – 3. Alienação parental – 4. Síndrome da alienação parental – 5. Lei n.º 12.318/2010: acertos e desacertos – 6. Críticas à SAP no direito comparado.

1. Relações familiares

Convencionou-se definir a família como a célula *mater* da sociedade, todavia, durante sua longa existência as famílias passaram por inúmeras transformações, interferindo até mesmo na sua natureza e conceito nos tempos atuais. A família teria surgido com a própria sociedade e, ao contrário da moderna família baseada em princípios de igualdade e solidariedade, teria iniciado com uma relação desigual e individualista, sendo na maior parte de nossa história, patriarcal.

Durante séculos a família se manteve patriarcal, até que a mulher passou a galgar seus direitos de igualdade profissional, eleitoral, social e também familiar. Com isso, a mulher submissa e incapaz que ficava em casa criando a prole, passou a ocupar postos de trabalho lado a lado com o homem, mesmo com as desigualdades que se mantêm até hoje. Com a crise do antigo modelo familiar decorrente da própria necessidade da economia mundial, deixou o homem de ser o líder, o mantenedor, o sacerdote do lar. Estado e Igreja se separam em definitivo. O casamento deixou de ser indissolúvel. Apesar da paulatina, mas efetiva transformação do papel da mulher na família, o mesmo só veio a se iniciar com os filhos de forma tardia e recente.

¹ Mestre em Direito Privado e doutorando em Constitucionalização do Direito Privado pela UFPE, professor do curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL – e de vários cursos de pós-graduação.

No Brasil a família teria o mesmo tratamento, sendo eminentemente patriarcal. Isso se ressaltava nos direitos (leia-se poderes) do esposo e na ausência destes para a esposa. As Ordenações Filipinas, desde o início do século XVII, destacavam em seu Livro 4, Título 61, § 9º, que a esposa deveria ser tutelada pelo marido, dada a sua “fraqueza de entendimento” (Título 107 do mesmo Livro) e clara incapacidade, chegando ao ponto de autorizar o marido a matar a própria esposa em caso de adultério, bastando “fama pública”, e independentemente de “prova austera” (Títulos 28, § 6º e 38, do Livro 5). O marido traído poderia ainda matar o amante de sua esposa, desde que este não fosse fidalgo e o traído, peão. O mesmo não poderia fazer a esposa traída. O Código Civil de 1916 considerava ainda a família matrimonial e patriarcal como única entidade possível, colocando a esposa como relativamente incapaz (art. 6º, inciso II). Até então a família era formada unicamente pela consanguinidade ou pelo matrimônio, tendo base eminentemente patriarcal e assimétrica.

Foi com a Lei n.º 4.212/62 e pela Lei n.º 6.515/77 é que, respectivamente, a mulher alcançou a capacidade civil plena no casamento e tornou-se possível o divórcio, separando no casamento de uma vez por todas Estado e Igreja, dando início a um processo de gradual igualdade do casal no seio familiar, deixando a família de ser uma união indissolúvel e oriunda apenas do casamento como visto nos textos constitucionais entre 1934 e 1969.

A família se transforma durante as últimas décadas de um conceito de família exclusivamente matrimonial e biológica para uma família sócio-afetiva², como uma relação estável e notória, baseada em uma multiplicidade de fatores que não mais apenas a relação de parentalidade biológica ou em uma relação econômico-sexual. Assim, não existiria família sem a caracterização de elementos básicos: a) afetividade; b) estabilidade; c) ostentabilidade. Antes de qualquer outra característica, para se definir família é necessário que haja afetividade entre os integrantes da família. Com o advento dos ideais do Estado Social em redução dos ideais exclusivamente liberais, o Direito passou a proteger na família não mais os interesses patrimoniais apenas, mas, muito mais do que eles, o próprio ser humano. Mais do que de meros laços biológicos e civis, as famílias passaram a depender de valores verdadeiramente afetivos. É a noção atual de família eudemonista.

Não basta, entretanto, apenas a afetividade para definir a família, mas também a estabilidade e a notoriedade, diferenciando sentimentos frívolos e passageiros do verdadeiro afeto. Para que exista a família, a relação deve ser duradoura e conhecida de todos que com os familiares se relacionem. Não haveria apenas a tradicional família matrimonial formada pelo casamento, mas também tantas famílias quanto a sociedade desejar, ou necessitar.

A Constituição Federal de 1988 consignou em seu texto a proteção das famílias, assumindo postura claramente evoluída em comparação com a legislação infracons-

2 Todavia sem perder de vista a análise biológica em determinados momentos, como ocorre nas investigações de paternidade e o exame de DNA.

titucional então vigente, tratando das famílias além da relação exaustiva, da igualdade entre os filhos, assistência à família, paternidade responsável e dignidade familiar.

Considera-se entidade familiar, aos olhos da legislação constitucional e infra-constitucional vigentes: família biparental, formada pelo casamento, pela união estável e pelo concubinato, e família monoparental. Entretanto, a doutrina e os tribunais ainda prevêm a existência de outras espécies além das ditas constitucionalizadas, a saber: a família homoafetiva, a família anaparental, a família mosaico, a família simultânea e a família sociológica. O Estatuto das Famílias do IBDfam, sem restringir qualquer outra forma de família, prevê a família matrimonial, estável, homoafetiva e a parental (monoparental e pluriparental). Em 2009 a Lei n.º 12.010 modificou o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA – com a criação da família extensa ou ampliada.

2. "Fim" do relacionamento familiar

Dissolve-se a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges; pela nulidade ou anulação do casamento; pela separação judicial; ou ainda pelo divórcio (art. 1.571). São as causas terminativas da sociedade conjugal. Mas o que seria a sociedade conjugal? Por sociedade conjugal entende-se o complexo de relações do casal, de direitos e deveres formadores da vida comum dos cônjuges.

A separação consistia em uma das formas de dissolução da sociedade conjugal, porém, sem o rompimento do vínculo matrimonial, uma vez que se reservam certos deveres ainda mantidos mesmo após a separação. Na separação cessavam os deveres de coabitação e fidelidade recíproca, bem como o regime de bens (art. 1.576 do CCB). Assim, a separação era medida preparatória para o fim do matrimônio, ou seja, para o divórcio. A prova disso está no fato de que os separados não mantinham mais sociedade conjugal, porém ainda não podiam casar com terceiros. Para tanto, a separação podia ser procedida de duas formas: judicial (consensual ou litigiosa) e extrajudicial (sempre consensual). Qualquer dos cônjuges podia propor a ação de separação judicial desde que impute ao outro qualquer ato que resulte em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum (art. 1.572 do CCB). Tais circunstâncias independiam de tempo para serem imputadas ao cônjuge culpado, no entanto, podia ainda um dos cônjuges requerê-la se provasse a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. Finalmente, era ainda possível a propositura da separação judicial em caso de moléstia mental grave manifestada após o casamento, por ela tornando-se a continuação do matrimônio impossível, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida como de cura improvável.

Todavia, o procedimento da separação deixou de existir por força da Emenda Constitucional n.º 66/2010, contudo, pode-se ainda dizer mantidas as regras da separação de corpos como medida cautelar de proteção ao cônjuge mais fraco utilizada em processo de divórcio. Outro efeito do fim da separação é a tentativa de se evitar as constantes discussões entre os casais quanto à culpa pelo fim da relação matrimonial.

No Direito de Família, a culpa se expressa na tradição ocidental tanto no momento patológico do casamento, quando alguém é responsabilizado por não mais querer viver com o seu cônjuge - na perspectiva da ruptura da sociedade conjugal -, quanto no quadro - por assim dizer - de estabilidade da vida a dois, culpando-se os cônjuges freqüentemente pelo papel que desempenham no cenário da família, associando-se o esforço individual por objetivos comuns à ideia de sofrimento: o sacrifício que alguém faz pela família é a medida, assim, do amor conjugal.

Nesta perspectiva, não surpreende que o estigma do egoísmo venha a ser contraposto à atitude de permanente sofrimento que se espera do cônjuge - especialmente do cônjuge-mulher e mãe (na voz popular, ser mãe é sofrer no paraíso) -, como se inexistisse o ponto de equilíbrio consistente na relação de mútuas concessões, postas - não já impostas - pelo amor de um cônjuge ao outro - derivado do seu próprio sentimento e não de um mero dever institucional³.

A culpa surge como instrumento disforme para a manutenção de um casamento já acabado. A necessidade de imputação da culpa na separação acabou por marcar a ferro e fogo a família e seus integrantes que, para se separarem eram obrigados por lei a desenvolverem verdadeiro sentimento de ódio, indo de encontro aos princípios mais comezinhos e naturais do Direito, gerando e piorando demandas ao invés de simplesmente solucioná-las.

Hoje o entendimento é de que a culpa ganha um plano secundário, sendo afastada em boa parte do Direito Privado, desnecessária para o divórcio que pode ser alcançado sem motivos específicos além da vontade de um dos nubentes ou de ambos. Com o fim da necessidade de alegação ou mesmo comprovação da culpa, a relação pode ser desfeita sem tantos sentimentos negativos que acabavam se tornando público por exigência do próprio legislador e prejudicando a relação pós-matrimonial entre os então nubentes e destes com seus filhos. O divórcio, por sua vez, põe fim em definitivo à relação conjugal e não somente a alguns direitos como ocorria com a separação. Após o divórcio, não restam quaisquer deveres conjugais em relação um ao outro, mas apenas em relação à prole (art. 1.579 do CCB). Como único processo para o fim do casamento, poderá ser judicial (amigável e litigioso) e extrajudicial (amigável), não sendo necessária a imputação de um motivo para o fim do matrimônio, muito menos a imputação de culpa a qualquer dos cônjuges evitando os desgastes comuns ao casal e à sua prole.

Para que seja alcançado, o casal não precisará mais preencher um ultrapassado e inútil prazo para a sua realização. Neste caso, o casal poderá realizar judicialmente o divórcio direto independentemente de um prazo de separação de fato ou judicial (hoje extintas). Da mesma forma que em qualquer outro processo, haverá também no divórcio a preocupação com a celeridade dos atos e a diminuição das demandas judiciais, daí o divórcio consensual em cartório.

3 TEPEDINO, Gustavo. O Papel da Culpa na Separação e no Divórcio. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 417-418.

As modificações implementadas pela EC n.º 66/2010 não fizeram a mágica de acabar com quaisquer rugas e sentimentos ruins que fiquem no casal, mas certamente com o fim da separação e do prazo para o divórcio, ambos ficam livres para permanecer casados ou optar pelo término do matrimônio, sem pensar em quem seria culpado pelo amor derradeiro e não levando aos filhos estes sentimentos sempre nefastos e prejudiciais ao desenvolvimento deles. O divórcio não é o fim da paternidade ou da maternidade, apenas do casamento, cabendo ao casal, mesmo após o fim do casamento, nutrir os filhos com todos os bons sentimentos nutridos durante o matrimônio. A relação com os filhos se mantém inalterada. Antigamente esta relação era chamada de pátrio poder, todavia, com o fim do pai como único chefe de família, a expressão carregada de chauvinismo se transformou em poder de família com o Código Civil de 2002. Entende-se por poder familiar a sujeição dos filhos à vontade dos pais, como também os deveres destes perante os filhos enquanto houver a menoridade (art. 1.630 do CCB). Enquanto perdurar o casamento e a união estável, competirá o poder familiar aos pais e, na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

O divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. Mesmo que o pai ou a mãe detenha a guarda exclusiva do menor, ambos ainda deterão o poder familiar (art. 1.632 do CCB). O que se questiona a partir disso é: o poder de família se exterioriza realmente na forma de poder ou principalmente de deveres dos pais em relação aos filhos? Isso é o que se responderá quando se abordar oportunamente o controle parental.

3. Alienação Parental

A lei n.º 12.318/2010 define como alienação parental “a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”. O filho passa a ser utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao(à) ex-parceiro(a) ou pessoas a ele ou ela relacionadas. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos⁴.

Com isso, *e. g.*, uma mãe que ainda mantendo o rancor natural pelo fim do relacionamento e da antiga necessidade de imputação da culpa pelo término da relação, acabava por inventar fatos inverídicos ou mesmo desmoralizantes contra o genitor que pretendesse se aproximar ainda mais de seus filhos graças à separação estaria alienando parentalmente seus filhos e ex-companheiro.

4 DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental – um abuso invisível**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_aliena%E7%E3o_parental_um_abuso_invis%E9Dv.pdf, acesso em: 17.11.2012.

Três sujeitos ganhariam destaque na alienação parental: o alienador, o alienado maior e o alienado menor. O alienador é toda e qualquer pessoa que interfira no desenvolvimento psicológico de um menor detendo sobre ele poder de convencimento que o induza contra um parente. Normalmente a figura do alienador recai sobre a genitora, todavia, deve-se destacar que poderá ser qualquer pessoa que interfira na formação psicológica do menor alienado. A lei se refere apenas à figura dos genitores como possíveis alienantes, no entanto, padrastos, madrastas ou ainda avós, a depender do seu poder de convencimento junto ao menor, poderá aliená-lo. Assim, uma mãe que resida com seus pais, nem sempre será a alienadora do menor, podendo os avós interferir na formação psicológica e parental dele, não se restringindo apenas ao pólo passivo da alienação. Não é só o pólo passivo (alienado maior) que poderá ter outros sujeitos além dos genitores, o ativo (alienador) também terá.

Ademais, a despeito de não lançar mão desta terminologia, o verdadeiro alienado parentalmente é o menor que sofre grave interferência na sua formação psicológica e em suas relações parentais, dada a sua normal incapacidade de discernir quanto aos fatos que lhe sejam informados, sempre acreditando nas pessoas que cuidam da sua criação.

Verifica-se que a alienação parental interfere em várias regras em princípios do Direito das Famílias, especialmente os inerentes às relações entre pais e filhos. A constituição Portuguesa (art. 36º), por exemplo, traz como princípios influentes das relações entre pais e filhos o princípio de igualdade dos genitores quanto à manutenção e educação dos filhos, o princípio de atribuição aos pais dos deveres de manutenção e educação dos filhos e o princípio da inseparabilidade dos filhos em relação aos pais. Os pais, mesmo que não detenham a guarda dos filhos, terão condições de igualdade nas decisões da criação e convívio dos menores. A despeito de não expressamente dispostos pela legislação brasileira em vigor, tais princípios são plenamente aplicáveis no Brasil com fulcro no preceito das disposições atuais. É por isso que a Constituição Federal brasileira em seu Art. 227 dispõe ser

[...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Estes princípios ainda são aplicáveis por força do artigo 3º da lei de alienação parental que elenca como direito fundamental a convivência familiar, especialmente entre pais e filhos, mas sem deixar de se levar em conta o convívio com todos os integrantes do grupo familiar, da mesma forma que procedeu o ECA no art. 19.

O Código Civil em vigor dispõe competir “o poder familiar aos pais” [...] e que “divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo” (Art. 1.631, *caput* e parágrafo único), sendo, assim, impossível autotutelar seus interesses e influir sobre a criação dos

filhos unilateralmente, conclusão que se extrai de forma clara e hialina do art. 1.632 que assevera que “o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. Destarte, mesmo após o término da relação entre os pais, ambos, independentemente do tipo de guarda, permanecem no exercício do controle parental. Assim, “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação [...]” (Art. 1.634 do CCB).

4. Síndrome da alienação parental

Ao se falar de alienação parental é normal que se confunda com a sua síndrome, uma vez que os seus estudos nascem pelas mãos de Richard Gardner (1987). Tal confusão é na verdade um erro, uma vez que a relação entre a alienação parental e sua síndrome é uma relação de causa e efeito, respectivamente. Configuraria uma Síndrome o agrupamento de sintomas que se manifestam simultaneamente em decorrência de uma mesma causa. O profissional, ao verificar a existência da síndrome deve procurar por um conjunto de sinais e sintomas relacionados a uma mesma patologia.

Com isso, enquanto pela alienação parental, *e. g.*, um dos genitores (normalmente o titular da guarda dos menores) acaba afastando (ou tentando) os filhos do outro genitor, a síndrome da alienação parental, se trata das sequelas psicológicas que os menores venham a sofrer. Além da “lavagem cerebral” causada pelo alienador, com a síndrome o menor alienado passa a ser figura colaboradora do alienador no processo difamatório do maior alienado⁵.

José Omir Fiorelli e Rosana Cathya Ragazzoni Mangini destacam que

Segundo o psiquiatra norte-americano Richard Gardner, a alienação parental consiste em programar uma criança para que ela odeie um de seus genitores sem justificativa, por influência do outro genitor com quem a criança mantém um vínculo de dependência afetiva e estabelece um pacto de lealdade inconsciente.

As consequências para a criança, em geral, indicam sintomas como depressão, incapacidade de adaptar-se aos ambientes sociais, transtornos de identidade e de imagem, desespero, tendência ao isolamento, comportamento hostil, falta de organização e, em algumas vezes, abuso de drogas, álcool e suicídio. Quando adulta, incluirão sentimentos incontrolláveis de culpa, por se achar culpada de uma grande injustiça para com o genitor alienado⁶.

Todavia, nem sempre a figura do alienador deve ser encarada como autor de um delito, daí a própria desnecessidade de criminalizar a alienação parental como acertadamente agiu a Presidência da República ao vetar artigos do então projeto de lei. Em inúmeras oportunidades o responsável pela alienação parental também foi vítima

5 PODEVYN, François. **Síndrome da Alienação Parental**. Trad. APASE com colaboração da Associação Pais para Sempre. Disponível em: www.apase.org.br, Acesso em: 07.09.2012.

6 FIORELLI, José O. e MANGINI, Rosana C. Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 309.

no passado, nestes casos carecendo mais de tratamento do que de punição, que só pioraria a situação com a privação do menor da presença do alienador em seu convívio⁷.

Os alienadores poderiam, então, sofrer de transtornos delirantes do tipo persecutórios (que o alienador ou alguém próximo estaria sendo mal tratado), transtornos de personalidade paranóide (desconfiança dos outros, sempre pensando que seus motivos são de lhe prejudicar), borderline (padrão de intenso relacionamento emocional, limítrofe) ou ainda narcisista (necessidade de admiração). Motivado por este estado de desequilíbrio emocional, o alienador passaria a interferir no desenvolvimento psicológico dos filhos contra o alienado maior promovendo discórdia ou indiferença contra este, ganhando, com isso, o apoio incondicional dos petizes.

Segundo Gardner, são sintomas não cumulativos da síndrome da alienação parental: a) uma campanha denegritória contra o genitor alienado; b) racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação; c) falta de culpa e de ambivalência (sentimentos bons e maus sobre determinada pessoa ou coisa); d) o fenômeno do “pensador independente”; e) apoio automático ao genitor alienador no conflito parental; f) ausência de culpa sobre a crueldade a e/ou a exploração contra o genitor alienado; g) a presença de encenações ‘encomendadas’; e h) propagação da animosidade aos amigos e/ou à família extensa do genitor alienado⁸.

Ao defender a síndrome da alienação parental e a sua inclusão no Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais (atualizado pela Associação Americana de Psiquiatria) como um transtorno específico, Gardner aduz que alienação parental seria um termo extremamente vago, envolvendo uma variedade de fenômenos clínicos que não poderiam ser aglutinados para autorizar a inclusão no DSM como transtorno específico, apesar da inclusão, por outro lado, facilitar o seu reconhecimento pelos Tribunais⁹.

Muitos examinadores, então, mesmo aqueles que reconhecem a existência da SAP, podem consciente e deliberadamente escolher usar o termo *alienação parental* na sala do tribunal. Seus argumentos poderiam ser mais ou menos lidos nos seguintes termos: “Reconheço inteiramente que existe uma doença como a SAP. Vi muitos tais casos e ela é um fenômeno difundido. Entretanto, se menciono a SAP em meu relatório, exponho-me à desaprovação na sala do tribunal tais como: ‘que não existe, não está no DSM-IV’, etc. Conseqüentemente, apenas uso o termo AP, e ninguém o negará.” Posso reconhecer a atratividade desse argumento [...] ¹⁰.

7 GARDNER, Richard. (Trad. de Rita Rafaeli). **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>, Acesso em: 05.09.2012, p. 9.

8 GARDNER, Richard. (Trad. de Rita Rafaeli). **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>, Acesso em: 05.09.2012, p. 3.

9 *Ibidem*, p. 5.

10 *Ibidem*, p. 7.

Por conta disso, observa-se que a grande maioria dos defensores e processos relacionados à alienação parental não busca a identificação do seu efeito, qual seja, a síndrome definida por Gardner, mas dos atos que a acarretam, evitando a polemização muito comum em outros países que há mais tempo discutem a alienação parental.

5. Lei n.º 12.318/2010: acertos e desacertos

A Lei n.º 12.318/2010 teve seu projeto de autoria do Deputado Regis de Oliveira de São Paulo e relatoria da Deputada Maria do Rosário a partir do anteprojeto do Juiz Elizio Luiz Perez, tendo como justificativa “inibir a alienação parental e os atos que dificultem o efetivo convívio entre a criança e ambos os genitores”. O primeiro acerto da Lei n.º 12.318/2010 está na própria ementa e em seu artigo 1º. Acertadamente a lei cuida de evitar e solucionar os casos de alienação parental, não levando em conta a existência ou não da síndrome, especialmente pelo fato da sua severa crítica doutrinária em outros países. A norma, portanto, não cuida da síndrome que é efeito da alienação parental, mas de sua causa, ou seja, da própria alienação.

Outro grande acerto da Lei n.º 12.318/2010 está nas causas legais para alienação parental e sua possível síndrome não terem sido definidas em *numerus clausus*, mas sim em *numerus apertus*¹¹. Assim, a alienação parental não ficaria adstrita a casos como aqueles dispostos pela lei: a) realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; b) dificultar o exercício da autoridade parental; c) dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; d) dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; e) omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; f) apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; e g) mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. Outros casos também se incluem como alienação parental, a saber: implantação de falsas memórias; “esquecimentos inocentes”; “comentários inocentes”; dizer que se sente abandonado(a) na data de visitação ou mesmo criar grandes programas para estas datas; “espionagem” paterno-materna.

Casos cada vez mais frequentes têm sido relatados pela doutrina em que alienadores incutem falsas memórias no menor alienado contra o genitor ou parente alienado. Os dos casos que mais vem se repetindo é o de um menor alegar que teria sido sexualmente molestado pelo alienado ou pessoa de sua relação, chegando-se em diversas ocasiões a se promover investigações e ações criminais contra estas pessoas.

Da mesma forma é comum e, por que não dizer, realizado de forma inocente, por várias vezes, certos comentários e esquecimentos relacionados ao menor, tais

11 Art. 2º, parágrafo único da Lei n.º 12.318/2010.

como reuniões de pais e mestres não comunicadas, doenças e alergias com restrições alimentares não avisadas entre outras situações. Chantagens emocionais e “competições” pelo amor do menor sempre com presentes, viagens e passeios melhores do que ofertado pelo outro e alegações de estar solitária ou solitário nos momentos em que o outro exerça a guarda do menor, são tão nefastos e insidiosos quanto os até aqui relatados, porém, um dos casos mais incomuns foi o realizado por um pai que instrui o filho menor a investigar cada um dos passos da mãe para que usasse contra ela no futuro. Todas estas situações, em maior ou menor potencial ofensivo aos menores são casos de alienação parental não previstos pelo legislador.

A partir da ocorrência da alienação parental e além dos efeitos relacionados por Gardner e outros profissionais de sua área, os principais efeitos que a atual lei busca evitar são: a) afastamento ou indiferença dos filhos com o genitor alienado; b) desistência do genitor alienado da guarda e/ou visita em relação aos filhos; e c) “efeito bumerangue”. Os dois primeiros efeitos da alienação parental são muito comuns e discutidos pela doutrina especializada a partir do momento em que o genitor alienado e o menor alienado passam a criar um distanciamento indesejado pelo Direito e por eles próprios caso soubessem da verdade, todavia, a partir da ciência da alienação parental, poucos alienadores sabem que muitas vezes o menor alienado acaba por virar-se contra eles, criando vínculo afetivo mais forte com o genitor alienado. Inverte-se, portanto, a relação o que, em todos os casos é prejudicial a todos os integrantes do meio familiar, daí ser a melhor solução para os casos de alienação parental não a sanção pela sanção¹².

Além de incluir como novo direito fundamental e da personalidade o convívio saudável dos menores como seus pais e demais integrantes do grupo familiar, a Lei n.º 12.318/2010 define como abuso moral contra o menor e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade ou decorrentes de tutela ou guarda. Ao contrário do que muito se discutiu a caracterização e definição da alienação parental não dependeria de processo autônomo, muito menos dependente de provocação. Com isso, o magistrado poderá declará-la mesmo que incidentalmente em processo de divórcio, guarda ou alimentos, sendo, da mesma forma, desnecessária a provocação do juízo que poderá declarar os indícios e a própria alienação parental de ofício.

O problema está no fato da lei colocar a tramitação processual como prioritária, esquecendo, entretanto, também deveria incluir o seu processamento contínuo, mesmo durante o período de férias, dada a importância da lide, incluindo a alienação parental nos casos do art. 174 do CPC. Assim, além de prioritária passando o processo a frente de qualquer outro, o processamento deveria ser contínuo, sem suspensões e interrupções. Destaque-se ser desnecessário o requerimento do art. 1.211-B para a priorização do processo, pois deve ser aplicado em todos os processos que tratem

¹² Relato da jornalista e advogada Karla Mendes, 39 anos, alienada do pai juntamente com a irmã. Disponível em: <http://ongpaisporjustica.blogspot.com/2010/04/depoimento-comovente-de-uma-filha.html>, Acesso em: 05.09.2012.

da alienação parental, todavia, certamente aplicar-se-á o disposto pelo parágrafo 1º deste dispositivo.

Ademais, dado início ao processamento para a verificação da alienação parental o magistrado possivelmente só passará a ter certeza da sua ocorrência após a perícia realizada sobre o menor e demais parentes e responsáveis envolvidos realizada por equipe multidisciplinar ou profissional habilitado que deverá cingir-se a analisar a ocorrência ou não da alienação, deixando para um segundo momento qualquer juízo de valor que busque solucioná-la. Aplica-se, *in casu*, subsidiariamente a lei da alienação parental as disposições dos arts. 420 e seguintes do CPC. Não pode, portanto, interferir na decisão judicial além da avaliação objetiva do caso sob pena de infringir o Art. 422 do CPC.

Verificada a ocorrência da alienação parental, o magistrado poderá, isolada ou cumulativamente, sem prejuízo à responsabilidade civil ou criminal, levando-se em conta a gravidade do caso: a) declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; b) ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; c) estipular multa ao alienador; d) determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; e) determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; f) determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; e g) declarar a suspensão da autoridade parental.

Um dos pontos que claramente se destaca dentre as possibilidades de sanção aplicada pelo magistrado pela alienação parental é a declaração da suspensão da autoridade parental. Primeiro destaque se deve à terminologia utilizada, deixando-se de lado a equivocada ideia de poder como se fazia desde o pátrio poder e ainda se faz pelo poder familiar presente no ECA e CCB. Muita mais acertada é a expressão controle parental dada a ideia de que a relação que os pais têm para com os filhos é muito mais um dever do que poder, restando a parcela de poder no mero controle dos pais sobre o destino dos filhos até que alcancem a capacidade civil plena e possam gerir sozinhos sua pessoa e bens. Ademais, a Lei n.º 12.318/2010 não se refere à perda do controle parental ou poder familiar, mas a sua mera suspensão, ao contrário do dispunha o texto original. Com a suspensão, mantêm-se os deveres do alienante sobre o menor, *e. g.* quanto aos alimentos. O que a lei deixa de expor é se o procedimento a ser aplicado seria ordinário ou aquele disposto pelo ECA nos arts. 155 e seguintes, normalmente aplicado pelos juízos da infância e adolescência, mas nem sempre pelos juízos de família.

Outro ponto deixado em aberto pela Lei n.º 12.318/2010 é a possibilidade de o magistrado fixar uma multa em desfavor do alienador (art. 6º, inciso III). Decerto que a multa teria natureza de *astreinte* sendo fixada em relação às obrigações de fazer e de não-fazer que porventura sejam descumpridas. Assim, todas as vezes que o magistrado no melhor interesse do petiz pretendesse uma ação (*e. g.* entrega da criança para visita) ou inação (*e. g.* quanto às atitudes alienantes) do alienador fixaria uma multa periódica, normalmente diária, pelo inadimplemento obrigacional.

Alguns autores civilistas¹³ têm preferido a aplicação das *astreintes* somente em casos de obrigação de dar e não nas obrigações personalíssimas de fazer e de não-fazer pela clara disposição do Código Civil em resolver estas últimas obrigações em perdas e danos quando inadimplidas (art. 247), no entanto, no caso da alienação parental as *astreintes* têm se demonstrado um bom instrumento para o adimplemento obrigacional também nas obrigações de fazer personalíssimas, mesmo com as disposições do CCB quanto à resolução pelo inadimplemento obrigacional. O “problema” está na ausência de parâmetros na Lei da Alienação Parental para a sua fixação, deixando o magistrado sem aparentes instrumentos que auxiliem a sua definição. Isto se observa da jurisprudência nacional que tem fixado valores diversos para tais multas por alienação parental¹⁴.

Isso, porém, não deixa de ter solução por uma interpretação sistemática da legislação em vigor, especialmente pela aplicação dos códigos civil e processual civil. O CPC nos arts. 461, 632 e seguintes regula a execução das obrigações de fazer e de não-fazer dando ao magistrado instrumentos hábeis para a fixação da multa. O art. 461 do CPC em seu parágrafo 4º determina a periodicidade da multa e que o magistrado deverá fixar prazo razoável para o seu cumprimento, evitando que o descumprimento reiterado acarrete em enriquecimento sem causa da parte *ex adversa* e subverta a natureza da multa que é coagir o alienador.

Poderá ainda a parte alegadamente alienadora recorrer da decisão em função do valor fixado for excessivo às suas condições econômicas ou mesmo se a obrigação tiver sido cumprida parcialmente, podendo, para tanto, aplicar, mesmo que por analogia o art. 413 do CCB. O mesmo se verifica do art. 461, parágrafo 6º do Código de Processo Civil em vigor, permitindo a revisão da multa em casos desproporcionais, esteja fixada a maior ou a menor. Decerto que a maior parte dos atos a serem tomados pelo magistrado sugeridos pela lei de alienação parental podem em muitas oportunidades agravar a separação familiar e não solucioná-la. A melhor atitude e primeira que deve ser tomada pelo magistrado deveria ser o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial (regularmente por visitas em ambientes terapêuticos) por equipe multidisciplinar ou profissional habilitados para não mais avaliação dos envolvidos, como feito na perícia, mas agora para solucionar a demanda não havendo mais atos de alienação parental e solucionando os seus efeitos nefastos¹⁵.

Acertadamente a Presidência da República na apreciação do Projeto de lei aprovado acabou por vetar os dispositivos que tratavam da criminalização da alienação parental. Os motivos do veto dos artigos 9º e 10 da Presidência são claros ao

13 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 117.

14 Como exemplo: RIO GRANDE DO SUL, TJ (7ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n.º 70023276330**, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, 18.06.2008.e MINAS GERAIS, TJ (1ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n.º 1.0702.09.554305-5/001**, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 19.05.2009.

15 RIO GRANDE DO SUL, TJ (7ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumenton.º 70028674190**, Rel. Des. André Luiz P. Villarinho, 15.04.2009 e RIO GRANDE DO SUL, TJ (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível n.º 70016276735**, Rel. Des. Maria Berenice Dias, 18.10.2006.

entender serem suficientes as disposições do ECA e demais leis nas relações de menores e seus familiares. Em inúmeras hipóteses o alienante não passa de pessoa que já sofrera com a alienação, tendo-a como exemplo e carecendo de tratamento tanto quando o menor alienado. A sua criminalização sancionaria não só o alienante como também o menor, principal prejudicado pela alienação parental.

6. Críticas à SAP no direito comparado

A despeito de todo o anseio para a criação desta lei no Brasil e dos inúmeros textos que surgiram nos últimos anos defendendo-a, a alienação parental não é isenta de críticas especialmente fora do país. Decerto que a teoria de Gardner é nova não só para o Brasil como também em outros países, daí a sua comum recusa por outros estudiosos.

Dentre as principais críticas à normatização da alienação parental estão: a) a possibilidade de a norma, em lugar de garantir a convivência com um dos genitores, segregar o outro; b) a aptidão da lei para proteger a criança, dado promover o antagonismo e a beligerância entre os genitores, transformando a suposta vítima em objeto de disputa; c) a utilidade e a necessidade de o Judiciário intervir em problemas dessa espécie; d) o problema de o regramento colocar o menor em condição análoga à de quem tivesse de produzir prova contra si mesmo, impondo-lhe que deponha sobre fatos capazes de prejudicar um dos seus genitores e consequentemente dificultarem a convivência familiar; e) a intervenção excessiva do Estado no âmbito das relações privadas, subtraindo à família a possibilidade de resolver seus conflitos¹⁶. Em cartilha editada pelo Departamento de Justiça do Canadá observa-se isso de forma clara considerando “a teoria empiricamente não comprovada e que em caso de conflito entre os pais é bastante comum que ambos os pais se demonstrem hostis e produzam comentários depreciativos contra o outro genitor pela guarda dos filhos”¹⁷. Para o órgão, seria normal a tentativa de sedução dos filhos com a separação.

É certo que crianças e adolescentes não têm o mesmo preparo emocional para enfrentar a separação dos pais, pois eles mesmos em inúmeras ocasiões não têm também tal preparo, todavia, deve-se diferir o sofrimento emocional dos menores das alterações na construção psicológica como ocorre com a alienação parental. Ambas podem até ter os mesmos efeitos, como alteração no rendimento escolar, no entanto, o sofrimento emocional causado pela alienação parental tende a ser mais perene e insidioso do que o causado pela simples separação. Por outro lado, em estudo científico contrários às teorias de Richard Gardner, a Associação de Neuropsiquiatria da Espanha reconhece

16 Exposição da Dra. Cynthia Rejanne Correa Araújo Ciarallo à CCJ da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2010/09/lei-12318-2010-alienacao-parental.html>, acesso em: 24.12.2012.

17 CANADÁ, Departamento de Justiça do. *Making Appropriate Parenting Arrangements in Family Violence Cases: Applying the Literature to Identify Promising Practices*. Disponível em: http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/lib-bib/rep-rap/2006/2005_3/p4.html, Acesso em: 05.09.2012.

[...] a frequência e a complexidade crescente de litígios legais, após a separação ou divórcio, a guarda de um menor. Tais situações de disputa pelo poder na relação com a custódia da criança, colocou a criança em um conflito de lealdades e pode levar, se não trabalhado corretamente em situações que prejudicam a saúde mental da criança. Nestes casos, vê-se uma necessidade urgente de mais um trabalho coordenado com base em critérios comuns de profissionais de saúde mental e profissionais do direito.

Acreditamos que o sucesso do termo no campo legal, se deve a uma resposta simples (e simplista) para um problema sério que satura os tribunais de família, facilitando argumentos pseudo-psicológicos o pseudo-científicos (Escudero, Aguilar e de la Cruz, 2008 a, b) aos advogados de pais litigantes pela guarda de seus filhos. Esta explicação pode ajudar no entendimento do por que foi aceita, apesar de sua falta de rigor, com pouco questionamento.

Conclui que a SAP, tal como propôs Gardner, não tem nenhum argumento científico e representa um perigo grave se a sua aplicação no Judiciário¹⁸.

A Associação Nacional de Procuradores de Justiça dos Estados Unidos entendendo que a “SAP é uma teoria não comprovada que pode ameaçar a integridade do sistema de justiça criminal e à segurança das crianças abusadas”¹⁹. Por conta disso, promotores deveriam argumentar contra a sua admissão nos tribunais, instruindo a Corte sobre as suas deficiências.

O que verdadeiramente se verifica é que a alienação parental ainda é estudo extremamente novo para todas as ciências envolvidas, psiquiátrica e jurídica, e, por isso, não está isento de críticas, pelo contrário, como motivo de demandas judiciais sempre haverá quem o negue na busca da vitória processual. Este é um dos motivos dos profissionais preferirem não se referir à SAP, mas tão somente à alienação parental, bem como de Gardner defender a sua inclusão no DSM-IV. No entanto, não se pode perder de vista que a negativa é própria do ser humano, especialmente quando a possível decisão lhe seja contrária. Isso ocorreu com a dissolução da família que era possível, tornou-se impossível e hoje cada vez mais se busca facilitar.

O mesmo ocorrerá com a alienação parental e sua síndrome, tendo uma lenta, porém crescente aceitação social e científica, mas que poderá levar décadas. O que importa é que, ao contrário do que antigamente acontecia, não se considera mais natural que menores sejam alienados contra seus parentes motivados pelo luto pelo afeto perdido pela separação e o sentimento de vingança, buscando-se desenvolver instrumentos que evitem os danos psicológicos aos filhos menores, mantendo a unidade familiar entre parentes a despeito do término do relacionamento dos pais.

18 Associação Espanhola de Neuropsiquiatria. *La Asociación Española de Neuropsiquiatria hace la siguiente declaración en contra del uso clínico y legal del llamado Síndrome de Alienación Parental*. Disponível em: http://www.aen.es/docs/Pronunciamento_SAP.pdf. Acesso em: 05.09.2012.

19 EUA, National District Attorneys Association. *Parental Alienation Syndrome: What Professionals Need to Know*. Disponível em: http://www.ndaa.org/ncpca_update_v16_no7.html. Acesso em: 05.09.2012.

A PROTEÇÃO DA PESSOA NAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

Luciana Brasileiro¹
Maria Rita Holanda²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Constituição Federal de 1988 e a pluralidade das entidades familiares – 3. O Código Civil de 2002 e a valorização do concubinato (arts. 1.708 e 1.727) – 4. Conceitos afetos ao tema – 5. Análise do caso concreto – 6. Conclusões – 7. Referências.

1. Introdução

A doutrina contemporânea vem apresentando diversas versões interpretativas para a proteção, ou não, do fato social relativo às famílias simultâneas.

Na perspectiva civil-constitucional, as entidades familiares a serem protegidas não se resumem ao rol previsto no art. 226 da Constituição Federal, uma vez que ele é considerado meramente exemplificativo, admitindo outras conformações familiares implícitas. (LÔBO, 2002)

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, em decisão inovadora que reconheceu a proteção jurídica às famílias homoafetivas nos autos da ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, utilizou-se do mesmo argumento conformando no sistema jurídico brasileiro a existência de outras entidades familiares para além das que foram expressamente mencionadas, ou seja, casamento, união estável e família monoparental.

1 Luciana da Fonseca Lima Brasileiro Auto, mestre em direito privado pela UFPE.

2 Maria Rita de Holanda Silva Oliveira, mestre em direito das relações sociais pela PUC/SP e doutoranda em direito privado pela UFPE.

Não obstante isso, a temática das uniões homoafetivas foi matéria de grandes discussões ao longo dos anos, sendo certo que, no campo doutrinário e jurisprudencial, máxime relativo aos direitos humanos, conduziu-se para o inevitável reconhecimento acima mencionado. Contudo, as famílias simultâneas ainda dividem opiniões, especialmente quando admitem proteção onde houve suposto descumprimento de dever conjugal.

Diversos conceitos devem ser trabalhados para a construção de um argumento de proteção às entidades simultâneas, dentre eles, boa-fé, lealdade, fidelidade, monogamia, bigamia, concubinato e adultério.

A proposta do presente ensaio é analisar o tema e sua viabilidade na perspectiva de um caso concreto e judicializado, que corrobora a total pertinência da corrente doutrinária que manifesta posicionamento favorável ao reconhecimento de outros arranjos familiares, aplicada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão supra mencionada.

2. A Constituição Federal de 1988 e a pluralidade das entidades familiares

O período obscuro do Direito Familiar iniciou a sua derrocada com a Emenda Constitucional n. 9/77, responsável pela primeira grande mudança, rumo à aceitação de outras entidades familiares além do casamento, considerado, até então, a única forma de constituição da família legítima. Todo e qualquer arranjo informal, não inserido no modelo rígido da constituição matrimonial, era denominado de concubinato, figura repudiada moralmente pela sociedade brasileira, mas que desde os primórdios de nossa colonização, era tolerada como comportamento masculino, com mulheres diminuídas pela então condição social de serem índias, negras ou mesmo brancas e pobres.

Marcos Alves, bem revela a condição do concubinato que, *amalgamado entre a proscricção e semelhança com a família matrimonial, estruturou-se como instituição social marcada sobretudo pela desigualdade e a marginalização da mulher* (SILVA, p.101).

Somente as famílias de posse e delineadas pela sociedade burguesa, podiam eleger as damas que poderiam figurar na condição de esposas.

Em 1977, portanto, o modelo de exclusão começava a destoar da sociedade rumo ao contexto de um Estado Social já declarado.

Com a dissolubilidade do casamento válido pelo divórcio, os arranjos familiares de fato, já identificados na realidade social, tiveram a chance de serem vistos como uma forma lícita de constituição familiar, não obstante a pecha ainda existente para as pessoas que assim optavam.

Foi apenas com a CF/88 que, finalmente, as uniões de fato puderam ser formalmente reconhecidas como entidade familiar, promovendo-se a então figura do

concubinato puro à condição de União Estável. Essa adjetivação era dada, para os relacionamentos de fato entre pessoas que, embora desimpedidas para o casamento, optavam pela convivência não formalizada, enquanto que o concubinato impuro, seria aquele que além da informalidade, resultava na quebra do dever conjugal de fidelidade, de forma não eventual, implicando em uma relação proveniente da prática então criminosa do adultério.

A pluralidade das entidades familiares abriu o caminho para a multiplicidade de arranjos familiares que podem ser detectados, incidindo sobre fatos sociais inegáveis em nossa realidade e estendendo a sua proteção.

Ao mesmo tempo, o fenômeno da repersonalização das relações familiares desconfigura a importância da família enquanto instituição, e passa a valorizar os membros que a compõem, dignificando-os acima de qualquer forma escolhida para as relações de seus afetos, passando a família a ser, funcionalmente, o *locus* de desenvolvimento da personalidade de seus membros (LÔBO, 1989).

De certo, a primeira leitura voltada ao artigo 226 da CF/88 não foi a de que as entidades ali descritas seriam apenas exemplificativas, mas sim taxativas. Mesmo assim, o Brasil teria saído, finalmente, de seu modelo unitário. Da mesma forma o § 3º do referido artigo, ao contemplar a união estável, o fez ainda sugerindo haver alguma hierarquia para o casamento.

Felizmente hoje, não mais se admite uma leitura taxativa e muito menos hierarquizada, não obstante a assimetria que possa haver entre as entidades.

Enquanto isso, as relações simultâneas e adúlteras, mantiveram-se qualificadas como concubinato, sendo a figura da concubina aquela praticamente única responsável pela interferência em uma relação conjugal, e que portanto deveria sofrer as penalidades do não reconhecimento, com uma série de proibições a seu favor. A concubina seria vista sempre enquanto pivô de uma eventual separação conjugal.

3. O Código Civil de 2002 e a valorização do concubinato (arts. 1.708 e 1.727)

Surpreendentemente, o Código Civil de 2002 que, em adaptação ao conceito de famílias plurais inserido pela Constituição Federal, trouxe capítulo sobre a união estável, incluiu o concubinato nesse mesmo capítulo, ainda que havendo a compreensão de que o “concubinato puro” equivaleria, terminologicamente, à entidade prevista no §3º do art. 226 da CF/88. Assim, só é possível deduzir que o concubinato a que se refere o art. 1.727 é o que antes se convencionou chamar de “impuro”, que está atualmente conceituado como *as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar*.

Como é possível perceber, o conceito legal de concubinato, reconhece a sua estabilidade, já que uma relação não eventual é marcada por uma solidez, seja na

continuidade ou mesmo na assunção de responsabilidades recíprocas de afeto e de cuidado, havendo ou não prole, ou mesmo coabitação.

Aliás, o mesmo Código Civil, ao tratar das hipóteses de exoneração de alimentos em seu art. 1.708, previu o concubinato como formação de nova entidade familiar capaz de pôr fim à obrigação alimentar, no mesmo patamar do casamento e da união estável e fazendo presumir que gera solidariedade.

Em sentido oposto, todavia, o Código prevê em seus arts. 550 e 1801, inciso III, impossibilidade de doação ou deixa testamentária à concubina. No primeiro artigo, o legislador deixou clara sua pretensão de impedir que, em vida, pessoas em relações concubinárias beneficiassem umas às outras, na tentativa de evitar confusão patrimonial com o que chamou de “outro cônjuge”. Já o art. 1801, inciso III, em aparente confusão terminológica, e com a mesma intenção de “proteção patrimonial”, terminou por chamar os que vivem em união estável de concubinos com separação de fato há pelo menos cinco anos, resgatando uma regra revogada, prevista na lei 8.971/94.

Não obstante as divergências presentes no próprio código, o fato é que a suposta proteção patrimonial prevista não invalida o reconhecimento implícito do concubinato como entidade familiar, seja porque lhe conceitua no já mencionado art. 1.727, como relação não eventual; seja porque, ao conceituar, diferenciando da união estável, em nenhum momento apresenta regra proibitiva, mas tão somente em relação ao casamento; seja porque, ao estar em previsão de hipótese de exoneração de alimentos junto ao casamento e à união estável, o legislador lhe conferiu efeito de solidariedade.

No que tange ao impedimento para o casamento, importante analisar, juntamente com a união estável, a aparente hierarquia prevista, inclusive constitucionalmente, em relação às entidades familiares aqui trabalhadas.

Não obstante tenha reconhecido a união estável como entidade familiar, o §3º da CF/88 previu que a lei deve *facilitar sua conversão em casamento*. Contudo, essa conversão não pode ser posta como condição para o reconhecimento, haja vista que pessoas separadas de fato ou ainda separadas judicialmente podem viver em união estável.

Assim, a previsão de que o concubinato é relação entre pessoas impedidas de casar, argumento que tem sido muito utilizado pela corrente doutrinária contrária à proteção das entidades familiares simultâneas, em verdade, também pode se aplicar para a união estável.

O conceito de impedimento para o casamento sempre esteve atrelado ao art. 1.523 do Código Civil, antigos impedimentos dirimentes absolutos previstos no Código de 1916. Ocorre que, com a previsão normativa no atual código e já em alteração das condições estabelecidas pela primeira lei ordinária 8.971/94, a união estável poderá se estabelecer entre pessoas casadas, porém separadas de fato, o que amplia o conceito de impedimento anterior para as pessoas casadas que não estejam separadas de fato.

Assim, no art. 1.727, esse conceito não abrange todas as pessoas previstas no art. 1.523, mas tão somente as pessoas casadas que não estejam separadas de fato, qualificando o concubinato como sendo, necessariamente, uma relação simultânea, seja ao casamento, seja a uma união estável.

Contudo, abolindo-se a nomenclatura preconceituosa do concubinato, em verdade, este hoje se denomina o que chamamos de famílias simultâneas. A importância do termo concubinato é histórica e serve para fins meramente didáticos, no entanto, é necessário abandonar o termo, porque ele não se enquadra nem mesmo no conceito previsto no código atual, já que sua etimologia reduz os relacionamentos a meros encontros sexuais.

Dessa forma, havendo relações simultâneas entre um casamento e uma situação de fato, estaremos diante de uma família simultânea. Ainda, havendo relações simultâneas entre duas relações de fato, estaremos diante de duas famílias simultâneas cuja ordem cronológica não poderá impedir a proteção de ambas se houver risco de dano a bem jurídico existencial da pessoa. Assim, a entidade familiar prevista no art. 1.727 do código civil, em verdade, deveria se chamar família simultânea.

4. Conceitos afetos ao tema

Como já mencionado, o tema divide opiniões, sobretudo na análise de alguns conceitos que o presente estudo deve enfrentar para a condução da conclusão em relação à proteção das famílias simultâneas. São eles: lealdade, fidelidade, monogamia, adultério, bigamia, boa-fé e responsabilidade.

A interpretação inicial do §3º do art. 226 da CF/88 foi superada no sentido de abolir qualquer possibilidade de hierarquia entre as entidades familiares do casamento e da união estável. Isso não significa dizer, que não haja uma assimetria, decorrente das distintas naturezas jurídicas dos institutos, uma vez que o casamento compõe-se pelo ato jurídico solene e complexo e a união estável é fato jurídico gerador de efeitos jurídicos que podem se equiparar ao casamento em sua totalidade, ou não.

SCHREIBER, por exemplo, traça distinção entre o dever de fidelidade previsto para a relação conjugal e o dever de lealdade previsto para a união estável, admitindo que a **lealdade**, diferentemente da fidelidade, admite flexibilidade, senão vejamos:

Diversamente da fidelidade conjugal, atrelada aos princípios do matrimônio e à exclusividade que lhe é inerente, a lealdade se apresenta como noção mais flexível, que se exprime na transparência, coerência e consistência da pessoa em relação aos ideais comuns. Trata-se de um compromisso com a concepção de união mantida pelos próprios envolvidos. Não implica, necessariamente, a exclusividade que a fidelidade conjugal exige. (SCHREIBER, 2010)

Em que pese a viabilidade dessa interpretação, entendemos que o sentido de lealdade empregado para a união estável, em relação à multiplicidade de relacionamentos, foi o mesmo empregado pela **fidelidade** ao casamento, tanto assim que exigiu

para a caracterização da união estável, a separação de fato do companheiro casado, em que pese a etimologia das palavras permitir sentidos diversos na interpretação.

A exclusividade da relação, ligada aos conceitos de fidelidade e lealdade, tem vinculação intrínseca à ideia da **monogamia** e o seu sentido.

A grande discussão sobre a monogamia gira em torno de sua qualificação enquanto princípio jurídico, e portanto dotado de imperatividade normativa ou valor cultural, presente, de acordo com as teorias antropológicas, como sendo padrão de conduta moral das famílias ocidentais, com vistas a certificar a filiação e a transmissão patrimonial pela sucessão.

A doutrina se divide nesse aspecto. PEREIRA, ao abordar a falta de referência expressa à monogamia na Constituição Federal, alude que a primeira lei de organização social e familiar é a proibição do incesto. Para o autor, a monogamia é válida enquanto Princípio, e *a proibição de relações extraconjugais é uma das formas e instrumentos de garantia do sistema monogâmico*. Refere o autor:

A caracterização do rompimento do princípio da monogamia não está nas relações extraconjugais, mas na relação extraconjugal, em que se estabelece uma família simultânea àquela já existente, seja ela paralela ao casamento, união estável ou a qualquer outro tipo de família conjugal. (PEREIRA, 2006)

Contudo, é bom esclarecer que a sociedade brasileira evoluiu moralmente no sentido de descriminalizar a conduta típica de infração do dever de fidelidade qualificada no antigo crime do **adultério**, importando numa desvalorização, dessa infração para fins de sanção penal, o que certamente trará reflexo na conformação das relações familiares.

Enquanto princípio, portanto, a monogamia teria o condão de impor um comportamento de exclusividade relacional aos cônjuges e companheiros, e qualquer infração desse dever importaria na sanção cível do não reconhecimento do relacionamento enquanto entidade familiar. Há que se registrar, no entanto, quem define esse dever direcionado exclusivamente ao casamento ou extensivo também à união estável. LÔBO, alterando seu entendimento anterior sobre o tema das famílias paralelas, reforça o entendimento de que a monogamia só se aplica ao casamento:

O princípio da monogamia é apenas aplicável ao casamento, dada a natureza deste e a tutela constitucional das entidades familiares que refogem ao modelo matrimonial, cujo exemplo saliente são as famílias monoparentais ou quando a pessoa integra família dirigida por algum parente (avô, tio, irmão mais velho etc.). Monogamia significa interdição a outro casamento, mas não a outra entidade familiar. No âmbito penal, bigamia é o crime do duplo casamento, não podendo ser estendido à outra situação fática, por força do princípio da tipicidade penal. Para o Código Penal, esse fato caracteriza o crime de bigamia, punível com até seis anos de reclusão. (LÔBO, prelo)

No mesmo sentido de que a monogamia se aplica com exclusividade ao casamento, Maria Helena Diniz, Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro, entre outros (*apud* SILVA, 2013, p. 147-149).

Em que pese os fortes argumentos dos ilustres doutrinadores supra mencionados, entendemos que a monogamia se reveste de caráter principiológico destinado tanto ao casamento quanto à união estável pelas razões já acima mencionadas. O reconhecimento da necessidade de proteção da pessoa, independentemente da sua escolha conjugal relativiza a densidade normativa desse princípio em nome da proteção de um bem jurídico maior, a exemplo da própria subsistência.

Não obstante a **bigamia** ainda seja tipificada como crime adstrito ao casamento, como bem referiu LÔBO na passagem acima transcrita, e em que pese o crime restrito previsto no art. 235 do Código Penal, há que se refletir se o bem jurídico a ser protegido é a fidelidade conjugal ou a fé pública, como bem acentua ALVES: *admitindo tal entendimento como premissa, o crime de bigamia, seria, na atualidade, um instituto penal a proteger um único bem jurídico – a fé pública – e não, um crime contra o casamento.* (SILVA, 2013, p. 106), no que concordamos.

Outro argumento utilizado como requisito para a proteção das relações simultâneas enquanto entidade familiar é a necessidade de existência da **boa-fé** por parte da “concubina”, assim entendida como a ignorância com relação ao estado civil ou a condição de convivente de seu companheiro com outra pessoa. A razão de utilização da boa-fé como requisito, pauta-se na analogia com o casamento putativo, que, não obstante nulo, produz os seus efeitos para o cônjuge que estiver de boa-fé. Em razão da assimetria das naturezas jurídicas do casamento e da união estável, não há que se falar de dimensão de validade para esta, mas tão somente da dimensão da existência, sendo, portanto, irrelevante a discussão de haver ou não boa-fé da “concubina” para a sua proteção.

Há, na realidade social, relações simultâneas ostensivas notórias e de conhecimento dos interessados que optam em manter-se nas respectivas relações, e portanto, com todos os reflexos decorrentes.

A blindagem do homem casado para a assunção de responsabilidades com relação aos filhos adulterinos favorecida pela previsão do revogado art. 358 do Código Civil de 1916 representou uma das maiores exclusões do direito familiar. A atribuição de **responsabilidades** pela Lei 7.841/89, na revogação do artigo mencionado reconheceu a existência das famílias simultâneas como fato social capaz de gerar efeitos jurídicos (LÔBO, 2013). A partir de então, o “homem casado” perdeu a proteção que gerava a sua irresponsabilidade na procriação “adulterina”.

Da mesma forma, se constitui a necessidade de atribuição de responsabilidade a quem mantém relacionamento simultâneo, haja vista que, a negativa do reconhecimento da relação e seus efeitos jurídicos isentam a pessoa que mantém múltiplos relacionamentos, de qualquer responsabilidade, como por exemplo, não sujeitar à partilha de bens, o patrimônio comum adquirido, pelo esforço direto ou indireto.

Contudo, a doutrina contemporânea já vem consolidando o entendimento de que bastam, para a configuração familiar, os requisitos de ostensibilidade, estabilidade e afetividade, requisitos estes que podem estar inteiramente presentes na relação simultânea, o que dispensaria outros, a exemplo da mencionada boa-fé ou mesmo a idéia de cronologia.

5. Análise do caso concreto

Alguns casos concretos sobre o tema ganharam notoriedade, seja pelo reconhecimento das famílias simultâneas ou de dependência econômica em matéria previdenciária. O STJ, no RESP N° 742.685 – RJ, em 2005, reconheceu circunstâncias especiais no processo, que conduziram para a divisão da pensão por morte entre cônjuge e concubina. Por sua vez, o STF, no RE 39772, oriundo da Bahia, no célebre caso de Valdemar do Amor Divino e Joana da Paixão Luz, com voto vencido do Ministro Carlos Ayres Brito, decidiu em sentido contrário, que família só poderia ser uma. Posteriormente, contudo, no RE 669465, reconheceu repercussão geral da matéria pendente de julgamento.

Da mesma forma que no tema previdenciário, também no direito familiar, observa-se que as relações simultâneas decorrem, comumente, de um casamento precedente e posterior formação de laços extramatrimoniais, colocando a chamada “concubina” em uma situação de pseudo desvantagem que a qualifica, inclusive, de forma pejorativa, sob a pecha de “pivô” do descumprimento do dever de fidelidade, ou ainda, a responsável pela fragmentação de uma relação conjugal.

O caso que analisaremos, por sua vez, foge dessa característica, por ter se dado de forma inversa, e termina por revelar que tais circunstâncias são irrelevantes para justificar qualquer desproteção.

Trata-se da história real do relacionamento mantido entre um casal por meio da união estável. Durante a convivência, o casal teve filhos e houve aquisição patrimonial significativa decorrente, inclusive, de sub rogação de bens recebidos por herança pela companheira. Não houve contrato de convivência, aplicando-se o regime de Comunhão Parcial de Bens. A união foi pública, contínua, e perdurou por cerca de quarenta anos até o falecimento do companheiro. Ocorre que, após os primeiros anos de convivência, tendo nascido o primeiro dos quatro filhos, o companheiro conheceu e se casou, no regime de comunhão universal de bens, com outra mulher, sem, contudo, romper a convivência mantida com a companheira, assim como declarando para ambas a sua intenção de conviver com as duas. Com a esposa, ele permaneceu também, até o seu falecimento, e teve filhos. Com relação à prole, importante ressaltar que o filho mais novo e o primogênito eram da companheira, o que demonstra a continuidade do relacionamento.

Dos relacionamentos, mantidos simultaneamente, convém ressaltar que: eram públicos, inclusive de conhecimento das partes; os irmãos unilaterais sempre se relacionaram, inclusive nos dois ambientes familiares; houve crescimento patrimonial;

e havia dependência econômica de ambas as mulheres para com o companheiro/esposo.

Com o falecimento do companheiro/esposo, ambas as mulheres se habilitaram administrativamente para recebimento da pensão previdenciária e obtiveram seus pedidos deferidos, com a consequente divisão da pensão de forma equitativa. Ocorre que o acervo patrimonial comum, bem como hereditário deixado pelo *de cujus*, permaneceu na posse e inventariança da viúva/esposa, incluindo os bens adquiridos em sub rogação à herança recebida pela companheira (de seu genitor) que, durante o relacionamento, eram administrados pelo companheiro.

Para legitimar o seu interesse enquanto meeira e herdeira do falecido, a companheira ajuizou demanda para reconhecimento de sua união estável perante vara de família, com a citação de todos os herdeiros e interessados. Enquanto isso, a viúva/esposa, inconformada com a possibilidade de divisão patrimonial dos bens deixados pelo *de cujus*, ajuizou medida judicial de exclusão de benefício previdenciário contra a companheira, obtendo êxito em primeira instância, em julgamento antecipado da lide, fundamentada a decisão na impossibilidade de divisão da pensão por morte entre “cônjuge e concubina”, sob pena de afronta ao princípio da monogamia, com base na decisão do STF, conforme abaixo transcrito:

Vistos etc.

Cuida a hipótese de ação ordinária promovida por “A” em face de “B”, do Instituto Nacional do Seguro social – INSS e da União, pretendendo excluir os valores pagos à primeira demandada como pensão pela morte de “C”. Alega, em breve síntese, que foi casada com o *de cujus* no período de (...) a (...), data do óbito, sem qualquer separação. *Logo, reputa espúrio o relacionamento mantido entre o seu marido e a litisconsorte “B”, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Devidamente citados, os réus apresentaram contestação no prazo legal. O Instituto Nacional do Seguro Social alegou que a concessão do benefício previdenciário foi lastreada em prova da união estável, mormente diante da moradia comum e da existência de filhos. A ré “B”, ao seu turno, alegou que o caso guarda peculiaridades importantes, narra que seu envolvimento amoroso com “C” se iniciou quando possuía ainda treze anos de idade, bem antes do relacionamento mantido entre este e a autora, a seu ver apenas um “namoro clandestino”, favorecido pelo casamento. Defende, por fim, a existência de união estável pública e notória, a ensejar proteção previdenciária. Por fim, a União defendeu a legalidade do rateio a pensão, bem como a impossibilidade de pagamento de retroativos. É o relatório. Passo a decidir. Verifico que o presente feito não possui controvérsias fáticas relevantes ao julgamento, razão pela qual passo a proferir sentença, em homenagem ao art. 330, I, do Código de Processo Civil. É fato incontroverso que o *de cujus* manteve, concomitantemente, relacionamento com a autora e com a litisconsorte passiva, embora fosse formalmente casado desde (...). E não há qualquer registro de separação do casal, como reconhece a própria litisconsorte em sua defesa: Como se depreende, o falecido “C” manteve, simultaneamente, e de forma estável, pública e notoriamente, as duas famílias, alcançando a proeza de fazer com que os irmãos de ambas as famílias convivessem em relativa harmonia (...)* Logo,

independentemente do tempo de duração do relacionamento mantido com “B”, das cartas que lhe foram enviadas, da prole em comum, do respeito existente entre as duas famílias, da dependência econômica e dos demais fatores arrolados nas peças de defesa, não há que se falar em união estável, diante do entendimento dominante nos Tribunais Superiores. Consoante precedentes do colendo Supremo Tribunal Federal, “a proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato” (RE 590.779/ES, rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 26.03.2009). Peça vênha para transcrever excerto do voto proferido pelo eminente relator: *É certo que o atual Código Civil versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar núcleo familiar. Entretanto, na previsão está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que, se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de se óbice quando verificada a separação de fato.* Dessa interpretação não se afasta a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante os arestos a seguir ementados:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA, DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL. CARACTERIZAÇÃO. DIFERENÇA DE INSTITUTOS E EFEITOS JURÍDICOS, PARTILHA DE BENS, ESFORÇO COMUM. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1. Não há falar em comprovação do dissídio pretoriano, na forma exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, quando ausente e similitude fática entre os acórdãos confrontados. 2. Esta Corte Superior consagrou o entendimento de que a relação concubinária, paralela a casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável, salvo se configurada separação de fato ou judicial entre os cônjuges. 3. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência firmada na vertente de ser descabido o compartilhamento da pensão por morte entre a viúva e a concubina, uma vez que a pensão previdenciária somente é devida quando configurada a relação matrimonial ou a união estável, sendo inadmissível quando se tratar de concubinato. 4. Se o Tribunal de origem, com base no acervo fático e probatório dos autos, consignou que a concubina não logrou comprovar sua efetiva colaboração para a construção do patrimônio do de cujus, elo que, ainda que se considerasse eventual sociedade de fato, não haveria bem a partilhar, chegar a conclusão diversa – no sentido da ocorrência de esforço comum –, demandaria o reexame de fatos e provas, o que é verdade na via especial, a teor da Súmula 07 do STJ. 5. Aferir se os bens doados à concubina estavam abrangidos ou não pela comunhão universal é procedimento que encontra óbice na Súmula 07 do STJ, por demandar reexame dos elementos de fato e de prova dos autos. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 683.975/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 02/09/2009) PREVIDENCIÁRIO. COMPARTILHAMENTO DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. CONCOMITÂNCIA ENTRE CASAMENTO E CONCUBINATO ADULTERINO IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Para fins previdenciários, há união estável na hipótese em que a relação

seja constituída entre pessoas solteiras, ou separadas de fato ou judicialmente, ou viúvas, e que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto. 1. As situações de concomitância, isto é, em que há simultânea relação matrimonial e de concubinato, por não se amoldarem ao modelo estabelecido pela legislação previdenciária, não são capazes de ensejar união estável, razão pela qual apenas a viúva tem direito à pensão por morte. 2. Recurso especial provido. (REsp 1104316/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 18/05/2009 No caso concreto, reitere-se, o *de cujus* era casado com a autora, da qual não se separou em momento algum. Se este manteve, simultaneamente, relacionamento amoroso com a litisconsorte, tal vínculo não se caracteriza com união estável e, portanto, não goza da proteção previdenciária. Registro, por fim, que a autora não deve ser prejudicada pela falha administrativa, ou seja, pela concessão de benefício previdenciário a quem não reunia as condições necessárias ao seu gozo. Logo, são devidos os valores descontados de seus proventos a título de rateio, devidamente corrigidos e acrescidos dos juros legais. Diante do exposto, **julgo procedente o pedido**, determinando a cessação dos benefícios pagos à litisconsorte “B” pelo INSS e pela União, a título de pensão pela morte de “C”. (...) Publique-se. Registre-se. Intime-se”³

Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região modificou a decisão determinando o restabelecimento do benefício em favor da companheira. O processo ainda não transitou em julgado, não obstante o Recurso Especial tenha sido inadmitido.

Enquanto isso, após instrução processual na vara de família, a sentença proferida reconheceu a existência de **união estável simultânea ao casamento**, fundada nos princípios constitucionais vigentes e reconhecendo a impossibilidade de restringir o relacionamento mantido entre os companheiros a mera sociedade de fato. O processo também se encontra pendente de julgamento de apelação junto ao tribunal estadual.

Conforme se verifica do caso apresentado, cronologicamente, o casamento ocorreu após o estabelecimento da união estável, revelando-se, em verdade, numa relação “adulterina” que, pelo simples fato de ser revestida da formalidade, não pode ser vista com privilégios, em relação à união estável. Nunca houve negativa, por parte da companheira, dos direitos da viúva/esposa que, por sua vez, também manteve convivência com o *de cujus*. Mas também não é possível desconhecer o direito de proteção da pessoa da companheira pelo simples fato da simultaneidade das relações.

Como se vê da sentença *a quo*, presente está a contradição, uma vez que o julgador, apesar de reconhecer todos os elementos presentes para a união estável, lhe negou proteção em razão do caráter formal do casamento, fundamentação esta que, em pleno retrocesso, vem sendo adotada por algumas turmas de nossos tribunais superiores, a exemplo do AgRg no REsp 1344664 / RS, abaixo transcrito:

3 Os dados do processo serão mantidos sob sigilo para preservar a identidade das partes.

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO. CONCUBINATO. RATEIO DA PENSÃO ENTRE A CONCUBINA E A VIÚVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual a agravante objetivava o recebimento de cota da pensão instituída por falecido militar, com quem alegava viver em união estável. Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, determinando-se a partilha da pensão entre a agravante, a viúva e os filhos do militar, decisão essa mantida pelo Tribunal de origem. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é possível o rateio de pensão entre a viúva e a companheira com quem o instituidor da pensão mantinha união estável, assim entendida aquela na qual inexistiu impedimento para a convalidação do relacionamento em casamento, que somente não se concretiza pela vontade dos conviventes. Nos casos em que o instituidor da pensão falece no estado de casado, necessário se faz que estivesse separado de fato, convivendo unicamente com a companheira, para que esta possa fazer jus ao recebimento da pensão. 3. No caso dos autos, todavia, não se verifica a existência de relação estável, mas, sim, de concubinato, pois o instituidor da pensão “manteve os dois relacionamentos por um longo período concomitantemente”, consoante consta do acórdão recorrido, o que impossibilita o recebimento de pensão pela agravante, na esteira do entendimento jurisprudencial deste Tribunal. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1344664 / RS, Relator: Ministro Humberto Martins, DJe 14/11/2012)

O debate é instigante para fundamentar adequadamente as razões da repercussão geral anunciada pelo STF quanto ao tema da divisão de pensão previdenciária entre cônjuge e concubina.

Sabemos também que em sede de tribunais estaduais, com decisão pioneira do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vem se reconhecendo a possibilidade de participação da “concubina” no patrimônio do *de cujus* pelo reconhecimento da presunção de esforço comum, ao que se denomina de “triação”, a exemplo do julgado:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. LEGITIMAÇÃO. PERÍODO. PROVA. MEAÇÃO. “TRIAÇÃO”. SUCESSÃO. USUFRUTO. AGRAVO RETIDO. Os sucessores do de cujus são os legitimados para responder a ação declaratória de união estável. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento de ‘papel’. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (“TRIAÇÃO”). Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o de cujus. Meação que se transmuda em ‘triação’, pela duplicidade de uniões. DIREITO AO USUFRUTO. A companheira tem direito ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo de cujus, quando da existência de filhos. Regramento com base na legislação vigente ao tempo do código de 1916, época do óbito do autor da herança. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. UNÂNIME. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA, VENCIDO O PRESIDENTE QUE PROVIA, EM PARTE, EM MENOR EXTENSÃO (TJRS, Apelação Cível n. 70011962503, Relator: Des. Rui Portanova, DJ: 17/11/2005.)

Ao nosso ver, esta se revela como a solução mais justa e responsável a ser adotada na hipótese de constituição de famílias simultâneas.

6. Conclusões

- 1) O marco inicial para a consideração das relações simultâneas como entidade familiar, decorreu da abertura conferida pela Constituição Federal de 1988, a partir da pluralidade das entidades familiares, aqui consideradas de forma explícita ou implícita;
- 2) O código civil brasileiro de 2002 manteve a diferenciação entre a união estável e o concubinato, tendo, contudo, valorizado este em conceito que lhe reconhece estabilidade e solidariedade entre os concubinos;
- 3) O debate da monogamia enquanto princípio, ou valor cultural, ainda se perfaz na doutrina como argumento fundamental para o reconhecimento, ou não, das famílias simultâneas em nítida preocupação com o arranjo familiar, em detrimento da proteção da pessoa;
- 4) A Constituição Federal estende sua proteção à pessoa independentemente do tipo de relação existencial a que esteja vinculada, lhe conferindo efeitos jurídicos patrimoniais e extrapatrimoniais;
- 5) A monogamia não superada enquanto princípio impõe exclusividade no relacionamento, e se aplica ao casamento e à união estável (pela exigência legal de separação de fato da pessoa casada, para sua configuração), contudo, pode ter sua densidade normativa relativizada quando o bem jurídico a ser protegido é a dignidade da pessoa, e não a instituição, sob pena de incorreremos no retrocesso da invisibilidade de fatos sociais;
- 6) As relações simultâneas devem ser reconhecidas em razão de sua singularidade familiar, detentoras de estabilidade, ostensibilidade e afetividade, independentemente de suas conformações (casamento + união de fato; união de fato + união de fato);
- 7) A exigência de requisitos como a boa-fé ou a cronologia das relações simultâneas não deve preponderar e, conseqüentemente, gerar a exclusão de proteção à pessoa;
- 8) A atribuição de responsabilidade ao pai com relação aos filhos “adulterinos” pela revogação do art. 358 do Código Civil de 1916, no passado, traz o mesmo fundamento para que haja também a atribuição de responsabilidade ao homem que mantiver relação simultânea, independentemente da existência de prole.

7. Referências

BRASIL, STJ, **AgRg no REsp 1344664 / RS**, Relator: Ministro Humberto Martins, DJe: 14/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 de abril de 2014.

_____. TJRS, **Apelação Cível n. 70011962503**, Relator: Des. Rui Portanova, DJ: 17/11/2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 30 de abril de 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2014.

_____. **Repersonalização das relações de família**. Disponível em: <jus.com.br/artigos/5201/arepersonalizacao-das-relacoes-de-familia>. Acesso em: 30 de abril de 2014.

_____. **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 5ª edição – ainda no prelo.

_____. **Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade**. Disponível: <<http://jus.com.br/artigos/25363/familias-contemporaneas-e-as-dimensoes-da-responsabilidade>>. Acesso em: 30 de abril de 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Famílias Simultâneas e redes familiares**. Disponível em:<http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Familias_Simultaneas.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2014.

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Porto Alegre: Juruá, 2013.

CÔNJUGE: HERDEIRO DESNECESSÁRIO

Marcos Alves da Silva¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da marginalidade sucessória ao privilégio inarredável – 3. Das razões de ter sido o cônjuge erigido herdeiro necessário – 4. Da incomunicabilidade patrimonial em vida e da transmissão por força da morte: inconveniente limitação da liberdade – 5. Da recomendável adequação da tutela do cônjuge no sistema sucessório – 6. Referências.

1. Introdução

Cumpra, desde logo, a guisa de esclarecimento, explicitar o sentido da palavra *desnecessário* empregada no título desta reflexão. *Necessário*, aqui, é o que não pode deixar de ser, o inevitável, aquilo que subsiste por si mesmo, cogente. Logo, *desnecessário*, o antônimo, não é utilizado como o descartável ou supérfluo, mas, sim, como o que pode deixar de ser, o evitável, o que não se impõe de forma inexorável, o contingente.²

Feita esta pequena, mas, importante digressão, importa especificar a matéria de que se pretende ocupar. Uma das inovações trazidas pelo Código Civil de 2002,

1 Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Civil no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA e integrante do quadro de professores do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado). Professor da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Professor da Fundação Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Professor do Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões da ABDCONST. Integrante da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Associado ao IBDFAM. Advogado em Curitiba - PR.

2 “Para Aristóteles, o contingente *toendecomenon*, contrapõe-se ao necessário *to anagkaion*, (...) As teses medievais de ‘contingente’ podem resumir-se na tese de Santo Tomás, segundo a qual o **contingente é aquilo que pode ser e pode não ser**. Neste sentido o *enscontingens* contrapõe-se ao *ensnecessarium*. Em termos metafísicos o ente contingente foi considerado como aquele que não é em si, mas, em outro, isto é, de tal forma que o *enscontingens* é um *ens ab alio*.” (FERRATER-MORA, José. **Dicionário de filosofia**. (Tomo I) 2ª ed., São Paulo: Loyola. 2004. p. 567.) (grifamos) Evidentemente, o título dado a este artigo tem a intenção de um efeito retórico.

no campo do Direito das Sucessões foi a elevação do cônjuge à condição de herdeiro necessário. A suspeita a partir da qual se desenvolve a linha de pensamento exposta no presente texto é de que a opção legislativa constituiu-se um equívoco. Não um erro crasso, mas, antes, um passo anacrônico, dado quando a maré da intervenção protetiva do Estado já estava em refluxo, devido a significativas mudanças nas estruturas e nas funções das famílias brasileiras contemporâneas.

A questão nuclear pode ser formulada de forma sintética: é oportuno e adequado ao momento histórico o cônjuge ter sido guindado à condição de herdeiro necessário? Fala-se da carência de uma grande reforma do sistema sucessório, no ordenamento jurídico brasileiro. Na análise aqui desenvolvida, parte-se da premissa de que basta um pequeno ajuste e o que se converteu em um caos de incertezas pode, novamente, retornar à placidez da previsibilidade que este campo do Direito Civil exige.

De fato, a questão sucessória do cônjuge em concorrência com os descendentes e, também, às vezes, com os ascendentes do cônjuge falecido tornou-se verdadeiro dilema que reclama solução plausível e não demorada. Com o objetivo de contribuir para o aprofundamento deste improrrogável debate é que se inscreve o presente trabalho.

Para enfrentar a questão suscitada imprescindível é percorrer caminho que tome em consideração o lugar do cônjuge no direito sucessório, no Brasil, desde as Ordenações até o presente.

2. Da marginalidade sucessória ao privilégio inarredável

Visando entender a configuração atual da regulação do direito sucessório do cônjuge supérstite não se deve desprezar informações da história recente, sob pena de cometimento de equívocos e arbitrariedades hermenêuticas inaceitáveis como, na parte final desta reflexão, se busca demonstrar.

Ao tempo das Ordenações Filipinas, que tiveram vigência no Brasil até que o Código Civil de 1916 se convertesse no regramento máximo da vida privada, o cônjuge ocupava na ordem da vocação sucessória o último lugar.³ Primeiramente, eram chamados a suceder os descendentes, depois os ascendentes, em seguida os parentes na linha colateral, que se estendia até o décimo grau.⁴ Por fim, não havendo herdeiros

3 “Pelas antigas Ordenações do Reino, o cônjuge supérstite ocupava o quarto lugar dos sucessíveis, isto é, era chamado à sucessão *ab intestato* depois dos colaterais”. (OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. (Volume I) 4ª Ed., São Paulo: Max Limonad. 1952, p. 205).

4 Assim, prescrevia o texto original das Ordenações Filipinas, no Quatro Livro, Título XCIV: “*Como o marido e a mulher sucedem hum a outro*. Falecendo o homem casado abintestado, e não tendo parente até o décimo grão contando segundo o Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, a qual justamente com elle estava e vivia em casa teuda e manteuda, como mulher com seu marido, ella será sua universal herdeira”. Em seus comentários às Ordenações Filipinas, Candido Mendes de Almeida cita importante tese sustentada por Corrêa Telles: “Se o marido era parente de sua mulher, e casarão com dispensa, falecendo um delles abintestado, o sobrevivente toma o seu lugar, segundo o grão de parentesco, que tiver, para excluir os outros parentes mais remotos até o décimo grão.” (ALMEIDA, Candido Mendes de. [Edição Fac-símile das Ordenações Filipinas., Rio de Janeiro, 14ª edição, 1870] **Ordenações Filipinas - Livros IV e V**, 5 vols., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p.947.)

ros legítimos nesta ordem, ou tendo todos eles renunciado o direito à herança é que, então, seria chamado a suceder o cônjuge sobrevivente.

Este desprestígio do cônjuge tinha uma razão de ser. Numa família, patriarcal, hierárquica, funcionalizada à gestão e transmissão do patrimônio, velava-se pela não dispersão da fortuna, de modo que esta permanecesse sob a titularidade daqueles parentes consanguíneos. A tutela é dirigida à grande família estruturada em torno da figura paterna. Se o cônjuge sobrevivente fosse chamado à sucessão antes dos parentes do falecido, o viúvo ou a viúva, especialmente esta, poderia carrear para patrimônio alheio, por meio de novo casamento, os bens que houvesse recebido por herança, dispersando a riqueza que deveria permanecer concentrada no acervo da família do *de cuius*. Ao cônjuge bastava a meação, posto que prevalecia nas ordenações o chamado regime de carta de metade, correspondente, *mutatis mutandis*, ao regime da comunhão universal de bens.

Segundo reconhece Itabaiana, com o Decreto nº 1.839 de 1907, praticou-se “um grande ato de justiça, colocando o cônjuge sobrevivo antes dos colaterais, no que foi seguida pelo Cód. O Civil”.⁵ Além desta alteração, este Decreto que ficou conhecido como Lei Feliciano Penal limitou a legitimidade sucessória dos colaterais ao 6º grau.⁶ De fato, o Código Civil de 1916 confirmou o conjugena condição de terceira classe na ordem de vocação sucessória. Assim, não havendo descendentes nem ascendentes do falecido, a viúva, por exemplo, não havendo testamento, era chamada a receber da totalidade da herança de seu falecido marido, excluindo da sucessão os parentes colaterais. Com a entrada em vigência do Código Civil de 1916, os irmãos, sobrinhos, tios e primos do morto, ficavam excluídos da sucessão se o sucedido deixasse cônjuge vivo.⁷ Esta mudança significou o reconhecimento na nuclearização da família. Na sucessão legítima, isto é, decorrente da lei e não da disposição de última vontade, restou valorizado o cônjuge que é a pessoa com a qual o defunto compartilhou a vida de forma mais próxima e íntima, guardando com este relação de mútua dependência afetiva, moral e econômica. Tem-se, desta forma, já no Código de 1916, um vestígio notório de diminuição do prestígio da grande família patriarcal.

O Código Civil de 1916, todavia, assinalou como herdeiros necessários, apenas e tão somente, os descendentes e os ascendentes. Logo, se não houvesse sucessores de nenhuma dessas duas classes ou que todos renunciassem ao seu direito, o cônjuge sobrevivente poderia ser excluído da sucessão pela via testamentária, posto que encontrava-se na condição de herdeiro facultativo. O autor da herança poderia, por exemplo, destinar todo seu patrimônio, por disposição de última vontade, a um irmão seu ou, até mesmo, a uma instituição de caridade, privando, desta maneira, o cônjuge sobrevivente da sucessão.

5 OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. (Volume I) 4 ed., São Paulo: Max Limonad. 1952. p. 205.

6 VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 18.

7 VIANA, Marco Aurelio S. **Teoria e prática do direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva. 1987. p. 50

Este modelo prevaleceu quase intacto de janeiro de 1917 até janeiro de 2003, quando entrou em vigor o Código Civil de 2002. Necessário, todavia, ressaltar uma alteração que o sistema da sucessão conjugal sofreu com o chamado Estatuto da Mulher Casada. A inovação — do usufruto viual — trazida pela Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962⁸ não pode ser desconsiderada, sob pena de não se entender o sistema de concorrência do cônjuge supérstite com descendentes e ascendentes posteriormente estabelecida pelo Código Civil de 2002.

A referida Lei deu ao artigo 1.611 do Código Civil de 1916 a seguinte redação:

Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados.

§ 1º **O cônjuge viúvo** se o regime de bens do casamento **não era o da comunhão universal**, terá direito, enquanto durar a viuvez, **ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho uri ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do “de cujus”**.

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, **o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família**, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

A razão de ser da alteração promovida pelo Estatuto da Mulher casada é simples. Se os cônjuges fossem casados pelo regime de comunhão universal de bens — lembre-se que, ao tempo da promulgação da Lei, o regime legal dispositivo, supletivo, era este regime — o cônjuge sobrevivente, no caso de viuvez, estaria amparado, posto que a meação lhe estaria assegurada. Ainda que todos os bens de raiz estivessem em nome do falecido, a ele, cônjuge supérstite, ficava assegurada metade do patrimônio por força do regime de bens, que era o comumente adotado no Brasil até então. O Estatuto da Mulher Casada teve em mira, todavia, aquelas situações que poderiam deixar ao desamparo, especialmente, a viúva, caso o casamento não fosse o da comunhão universal de bens⁹.

8 A Lei 4.121/1962 não configura um estatuto como ordinariamente concebido. Nada mais é que uma lei reformadora, especialmente do Código Civil.

9 CAHALI, Francisco José & HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. **Direito das Sucessões**. 3 ed., São Paulo: RT, 2007. p. 163: “Ainda tímido o legislador, mas extremamente útil para a merecida melhoria da posição do cônjuge, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), foram introduzidos em nosso sistema benefícios decorrentes do casamento, mantida a destinação patrimonial em favor de outras classes (descendentes e ascendentes), consistentes no usufruto viual de habitação ao viúvo, dependendo do regime de bens do casal. Até então o cônjuge somente seria convocado na falta de sucessores na linha reta (ascendentes ou descendentes), privando os colaterais (C/C1916, art. 1603). Por expressa previsão, não era considerado herdeiro necessário, mas sim facultativo, podendo ser privado da herança a critério do consorte, bastando, para tanto, que ele dispusesse, por testamento, da integralidade de seu patrimônio em favor de terceiros (C/C1916, art. 1.725) (...) Porém, de acordo com o regime de bens, tornava-se importante a distinção do consorte no processo de inventário. Mesmo que não fosse convocado como herdeiro, pois excluído pela existência de sucessores nas classes precedentes, poderia exercer, na qualidade de cônjuge-viúvo, o direito real de habitação ou o direito ao usufruto viual, preenchidos os respectivos pressupostos, adiante analisados.”

A instituição do usufruto viual tinha como objetivo claro assegurar patrimônio à mulher que, casada, por exemplo, pelo regime da separação de bens, não tinha nenhum bem sob sua titularidade.¹⁰ No caso de morte do marido, ela ficaria sem qualquer patrimônio e ao desamparo. Não teria direito a meação, visto não existir comunicação de bens em razão do casamento. Não teria direito à herança, porque, àquela época, havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge sobrevivente estaria, pela ordem da vocação sucessória, automaticamente, excluído. Logo, o direito do usufruto viual foi estabelecido como forma de proteger o cônjuge que não fosse amparado pela meação. Se casada com o falecido por qualquer regime que não fosse o da comunhão universal de bens, teria direito ao usufruto de um quarto do patrimônio deixado, enquanto durasse a viuvez. Se não houvesse descendentes, mas o morto houvesse deixado ascendentes, estes seriam seus herdeiros, excluindo o cônjuge da sucessão. Todavia, o cônjuge teria direito ao usufruto de metade do patrimônio deixado pelo marido, enquanto não contraísse novo casamento.

Vê-se, claramente, que embora tanto ao homem como à mulher assistia o direito de usufruto, o instituto era direcionado precipuamente à proteção da mulher. Não se pode olvidar que até aquele tempo o homem era considerado o chefe da família, e o signo do modelo de homem como provedor e mulher como administradora doméstica marcava ainda de maneira muito intensa a divisão de papéis na família.

O direito real de habitação assegurado mesmo ao cônjuge casado pelo regime de comunhão universal de bens segue em idêntica direção de propósito. Pode ocorrer, como não é nada incomum, que o único patrimônio significativo deixado pelo falecido seja o imóvel residencial da família. Se não fora o direito real de habitação assegurado ao cônjuge sobrevivente, os descendentes ou ascendentes do falecido chamados à sua sucessão poderiam exigir a divisão do bem comum, deixando o cônjuge ao desabrigo.

Não há dúvida quanto ao intuito protetivo desses institutos que vinculam pela primeira vez, no Brasil, efeitos do regime matrimonial de bens ao direito sucessório. Ainda que ao cônjuge não fique assegurado direito sucessório, no sentido de tornar-se herdeiro de seu cônjuge, mesmo havendo descendentes ou ascendentes, passa o ordenamento a lhe assegurar direito real limitado à coisa alheia, sob condição resolutive. Trata-se de um direito provisório e frágil, mas, nitidamente protetivo.

Havia, nesse regramento, limitação hoje inaceitável imposta ao cônjuge. Ele poderia sofrer consequência patrimonial grave se entendesse por bem contrair novas núpcias. Casar e permanecer ou não casado constitui direito subjetivo de natureza existencial, não patrimonial, que não pode sofrer esta restrição externa de natureza inequivocamente patrimonial.

Para os fins da reflexão ora proposta, importa consignar que o usufruto viual constituiu uma primeira espécie de concorrência do cônjuge sobrevivente com

10 TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto do cônjuge viúvo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 2.

os descendentes ou, conforme o caso, com os ascendentes do falecido. Fato é que o Estatuto da Mulher Casada consagrou mais um direito para o cônjuge em matéria sucessória. Ainda que não fosse chamado a suceder, não ficaria o cônjuge desprovido do patrimônio do *de cujus*.

O Estatuto atendeu a um reclamo que se tornou forte na segunda metade do século XX. A família se tornou cada vez mais nuclearizada. A mulher, por outro lado, reivindicava seus direitos de forma mais viva, como nunca antes e tão massivamente ocorrera na História ocidental. Era um tempo de transição. Proteção ante a vulnerabilidade da condição feminina era o mote. Não se tirava ainda o jugo da subserviência ao comando marital, mas, era necessário abrandar as consequências nefastas e injustas que o sistema jurídico impunha sobre as mulheres. Esta circunstância fica absolutamente clara quando se toma em consideração que o Estatuto da Mulher Casada instituiu o que foi chamado *bens reservados da mulher*.¹¹ Não se trata de igualdade, cuida-se antes de proteção da mulher enxergada, sem dúvida, àquele tempo, como parte mais frágil e vulnerável na relação conjugal. A noção de proteção da parte vulnerável é indispensável para a linha de argumentação pela qual se envereda o presente estudo.

O modelo estabelecido pelo Estatuto da Mulher Casada teve aplicação, com pequenas variações adaptativas consagradas pela jurisprudência, até a entrada em vigência do Código Civil de 2002, quando o cônjuge avançou ainda mais em sua trajetória histórica, em termos de direito sucessório, desde que saiu do ostracismo que lhe impunham as Ordenações Filipinas. Foi trazido para a primeira fila da ordem da vocação sucessória, podendo, concorrer com os descendentes, conforme o regime de bens adotado no casamento com o falecido. E concorrendo sempre com os ascendentes, não importando, neste caso, o regime de bens adotado. Tem-se, pois, que com a legislação vigente, o cônjuge supérstite deixou seu acanhado e desprezado último lugar na ordem da vocação sucessória, para poder comparecer, em primeiro plano, ombro a ombro com os descendentes, ou, se não for o caso, constituir a segunda classe de herdeiros, em concorrência com os ascendentes do falecido.

Vê-se, pois, que, considerado o período do século XX e os primeiros anos do século XXI, não foi pequena nem insignificante a trajetória percorrida pelo cônjuge em matéria de sua relevância sucessória. Mas, além de ter galgado importantes degraus na ordem da vocação sucessória o Código Civil de 2002, superando antiga tradição, consagrou o cônjuge como herdeiro necessário. Se desde antanho herdeiros necessários eram apenas os descendentes e ascendentes, a partir de 11 de janeiro de 2003, o cônjuge, também, passou a ser contado entre aqueles que limitam a liberdade

11 Com a Lei 4.121/1962, o art. 246 do Código Civil de 1916 passou a ter a seguinte redação: "A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, **bens reservados**, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III, do artigo 242". **Parágrafo único.** Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família".

de testar do autor da herança. Este fato festejado a princípio, é neste momento, objeto de intenso debate e não pequena inquietação, para não dizer conturbação jurídica.

3. Das razões de ter sido o cônjuge erigido herdeiro necessário

Tudo faz crer que a elevação do cônjuge à condição de herdeiro necessário teve como razão de ser a mesma intenção protetiva que moveu o legislador de 1962. O objetivo da norma contida no art. 1.845 do Código Civil de 2002 é, inequivocamente, esta.

A situação jurídica de ser herdeiro necessário não se confunde com a ordem da vocação sucessória. Tanto é assim que o herdeiro necessário não necessariamente herda. Basta, por exemplo, que existam descendentes do falecido que, automaticamente, os ascendentes, que são, obviamente, herdeiros necessários, não serão chamados à sucessão.

A noção de herdeiro necessário só tem relevância quando houver testamento. Não havendo disposição de última vontade, tal conceito é absolutamente inútil. Na pura sucessão legítima, decorrente de lei, sem qualquer disposição testamentária válida, o que tem importância é a ordem da vocação sucessória. Pouco importa o fato de serem os herdeiros necessários ou facultativos. Serão tomadas em conta as classes pela ordem de vocação e em seguida os graus, aplicando-se a regra de que os herdeiros da mesma classe de grau mais próximo excluem da sucessão os de grau mais remoto, ressalvado o caso da sucessão por representação.

Se assim é, vê-se claramente, que o fato de o cônjuge, agora, ser considerado herdeiro necessário constitui fator de limitação à liberdade de testar do autor da sucessão. Com a vigência o Código Civil de 2002, sendo casado, o testador sofreu drástica redução em sua liberdade de dispor por testamento quanto à destinação de seu patrimônio.

O cônjuge foi tomado em consideração da mesma forma que os descendentes e os ascendentes.¹² O que justifica serem os descendentes herdeiros necessários, intervindo o Estado, por via da lei, para impedir que uma pessoa disponha de todos os seus bens deserdando, assim, por exemplo, os seus filhos? A intervenção limitativa do Estado parte de uma presunção *uri et de uri*: os filhos dependem dos pais por razões do modo de configuração da organização social. Constitui responsabilidade dos ascendentes a manutenção, criação e educação dos filhos e demais descendentes. Daí decorre que o Estado não reconhece aos pais o direito de disporem de todo seu patrimônio para pessoas estranhas, deixando ao desamparo sua prole. Trata-se de norma que consagra e reforça o princípio da solidariedade no âmbito da família, princípio

12 Ana Luiza Maia Nevares apresenta a seguinte justificativa para a elevação do cônjuge à condição de herdeiro necessário: “Na família nuclear, o cônjuge é o único componente estável e essencial, uma vez que os filhos, em determinado momento, irão se desprender daquela entidade, formando a sua própria comunidade familiar. Por esta razão, o Código de 2002 alçou o cônjuge a herdeiro necessário em propriedade plena (CC/02, art. 1.845)” (NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 74)

este diretamente vinculado ao da parentalidade responsável. Tão acentuada é esta proteção, que a limitação imposta ao testamento – negócio jurídico unilateral, com eficácia *post mortem* – tem igual aplicação no contrato de doação. A vedação à doação inoficiosa tem, nos negócios bilaterais *inter vivos*, a mesma função. Conclui-se, pois, que a condição de herdeiro necessário se presta à tutela daqueles que se encontram ou podem se encontrar em situação de dependência do autor da herança, portanto, em tese, vulneráveis.

A mesma ordem lógica orienta a tutela dos ascendentes. Por que razão, não havendo descendentes, mas havendo ancestrais o ordenamento jurídico limita a liberdade de testar? Há, aqui, também, uma presunção *iuris et de iure* de que os mais velhos carecem do arrimo daqueles que lhes podem prover sua manutenção na idade avançada, como se o Direito intentasse captar o *modus operandi* de uma solidariedade reconhecida e sancionada socialmente. O dever de prestar alimentos expressa essa mesma noção de responsabilidade em relação às pessoas com alto grau de vinculação de parentesco. Os filhos podem ser obrigados a prestar alimentos aos pais, exatamente porque o vínculo entre uns e outros é de tal ordem, que a lei consagra a obrigação.

A relação de dependência pode existir entre os cônjuges e, de fato, em boa parte dos casos existe. Porém, não é um fato inexorável. Ninguém pode renunciar sua condição de filho. O pai e a mãe não têm sob a parentalidade um direito disponível. Parece plausível que a responsabilidade que surge dessa relação vincula para sempre os seres humanos nela envolvidos. A presunção de que os filhos dependem dos pais e de que os pais na sua velhice podem depender do arrimo dos filhos, pelo menos *a priori*, parece que deve ser mesmo, em matéria sucessória, *iuris et de iure*.

A situação jurídica estabelecida com o cônjuge, porém, é distinta. Primeiro, porque ela pode findar. O divórcio que já era um direito potestativo, com a Emenda nº 66, agora, pode ser exercido a qualquer tempo, com a dispensa do ônus de demonstração de culpa do outro cônjuge. Os casamentos se desfazem e outros novos se fazem, consagrando o que foi denominado de famílias recompostas. Especialmente nestes casos, quando os cônjuges se casam com mais idade, tendo já prole de outras núpcias, é comum que adotem o regime da separação convencional de bens, visto que não querem ver decorrer nenhum efeito de transmissão patrimonial em razão do casamento.

Segundo, porque tem-se tornado comum que pessoas maduras se casam, tendo já sua vida profissional definida e encaminhada, optando pelo regime de separação de bens. O fazem porque, diferentemente do passado, nestes casos, a mulher não tem aquela dependência econômica do marido, marca de um modelo que permaneceu por séculos. O regime da comunhão parcial de bens, entre outras razões de ser, se justifica pela distribuição equitativa dos aquestos, de modo a assegurar mesmo ao cônjuge que não é o provedor, mas que participou da vida em comum, em regra, administrando o lar e criando os filhos, a metade do patrimônio. Neste caso, a relação de dependência justifica a responsabilidade que dela decorre. Todavia, esta é uma situação contingente e não necessária.

Muitos casais reconhecem e querem a independência econômica. Não desejam que de seu casamento decorra qualquer comunhão de bens. Não se trata, neste passo, de fazer um juízo de valor sobre esta tendência em determinados seguimentos sociais. Presente está uma constatação, a de que os nubentes que contraem núpcias mais tarde, depois de haverem construído suas respectivas carreiras ou depois de haverem rompido matrimônios anteriores, com prole já formada, têm optado cada vez mais pelo regime de separação de bens.

Se assim é, a intensiva intervenção protetiva do Estado, elevando o cônjuge à condição de herdeiro necessário, com o Código Civil de 2002, veio no momento errado, isto é, no refluxo de uma demanda esgotada.¹³ Evidentemente, não se desconsidera que boa parte dos casamentos ainda é instituído sob o signo da dominação masculina. O processo de superação dos desdobramentos do patriarcalismo instaurado a milênios não desaparecerá de um momento para o outro. É certo, contudo, que a proteção excessiva do vulnerável o cristaliza naquela condição. Há pessoas que, com toda razão, não querem um Estado que deles retire a vontade, predeterminando os efeitos de seu casamento até para além da morte.

Como já sublinhado, tudo faz crer que o Código Civil de 2002 elevou o cônjuge a condição de herdeiro necessário para lhe proteger, como já fazia a legislação vigente quanto aos filhos e demais descendentes e quanto aos pais e demais ascendentes. A limitação à liberdade de testar do autor da herança salta aos olhos como intervenção estatal protetiva de vulneráveis. Em que pese vozes dissonantes, não é desarrazoada a presunção de dependência ditada pela lei a justificar a limitação imposta ao testador. Todavia, neste tempo renovado, de independência e libertação das mulheres, em um movimento que parece, há muito, ter ultrapassado o *point of no return*, não parece razoável a infantilização do cônjuge (mulher ou homem).

A condição do cônjuge pode ser outra que não a dos descendentes e dos ascendentes. Neste caso, presente o contingente e não o necessário. Pelos efeitos visivelmente inconvenientes que a elevação do cônjuge ao patamar de herdeiro necessário trouxe, não é razoável que seja mantido como tal. Esta é a questão que deve ser enfrentada na etapa seguinte desta reflexão.

4. Da incomunicabilidade patrimonial em vida e da transmissão por força da morte: inconveniente limitação da liberdade

O artigo 1.829 do Código Civil de 2002, graças às suas deformidades gramaticais e quase inexpugnável formulação, demandou esforço hermenêutico hercúleo

13 Euclides de Oliveira comunga deste mesmo entendimento, asseverando que à “colocação do cônjuge como herdeiro necessário, cabe adiantar séria crítica por constituir cerceio à liberdade testamentária e dificuldades no planejamento sucessório dos próprios cônjuges, quando da pretensão do titular dos bens fosse a de manter seu patrimônio dentro da classe de seus sucessores parentes, especialmente quando tem filhos de anterior união, tendo optado, em razão disso, pelo regime de separação convencional absoluta de bens.” (OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 55-56).

dos estudiosos do Direito das Sucessões e dos tribunais na interpretação/aplicação do direito aos casos concretos. Este artigo, que trata da ordem da vocação sucessória, introduziu, no sistema jurídico brasileiro uma novidade. Eliminou o usufruto viual, que fora consagrado pelo Estatuto da Mulher Casada, em 1962, e estabeleceu a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes do falecido como regra, sinalizando, em seguida, hipóteses de exceção à regra.

O esforço interpretativo das exceções e da complicada aplicação da norma ao regime da comunhão parcial de bens — sabidamente o mais utilizado desde a Lei do Divórcio de 1977 — estabeleceu um intenso debate sobre o sentido e as implicações do enunciado contido no inciso I do referido artigo 1.829 do Código Civil.

O texto legal não comportava interpretação gramatical. Lido tal qual foi escrito não permitia clareza mínima que possibilitasse consenso sobre o que quis dizer o codificador. O dissenso foi amainando-se a partir de um labor interpretativo que se fez sistemático, lógico, histórico e teleológico. Ainda que o consenso não tenha sido alcançado, alguns pontos, a despeito do ponto e vírgula, se tornaram aceitos pela comunidade jurídica.

O cônjuge casado com o falecido pelo regime da comunhão universal de bens não concorre com os descendentes do sucedido por uma razão simples: em virtude do regime de bens a ele já ficara assegurado a metade do patrimônio, ainda que todos os bens estivessem exclusivamente sob a titularidade registral do cônjuge morto. Também, não participa da sucessão em concorrência com os descendentes aquele cônjuge que fora casado pelo regime de separação obrigatória de bens. Se o Estado, nestes casos, constrange as pessoas a não comunicarem patrimônio em virtude do casamento, é porque, também, não quer tal possibilidade de transmissão com a morte.

Assim, se existe a norma do art. 1.829 do Código Civil estabelecendo a regra da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido e se ao cônjuge casado pelo regime de comunhão universal não é reconhecido tal direito, há uma razão de ser de tal prescrição normativa. Contrário senso, chega-se a inevitável conclusão de que o cônjuge casado pelo regime convencional de separação de bens tem direito à concorrer com os descendentes do falecido, visto que não tem qualquer direito à meação, e tal regime não está excepcionado no inciso I do art. 1829 do Código Civil.

Neste ponto, imprescindível é retomar um marco da história da sucessão conjugal. O usufruto viual foi instituído pelo Estatuto da Mulher Casada em benefício de todo cônjuge que não fosse casado pelo regime de comunhão universal de bens. A ligação entre o instituto da concorrência (2002) e do usufruto viual (1962) é de todo evidente. A concorrência faz do cônjuge um herdeiro, ele recebe a propriedade do acervo que couber em seu quinhão. O usufruto viual é mais limitado, assegurava ao cônjuge, sob condição resolutiva, direito real limitado sobre coisa alheia. Todavia, a semelhança e os vínculos entre os dois institutos ficam absolutamente claros quando se toma em conta que ao viúvo, nos termos do Estatuto da Mulher Casada, ficaria assegurado o usufruto de um quarto do patrimônio se houvesse descendentes do falecido e

sobre a metade da herança se houvesse ascendentes. Semelhantemente, o Código Civil de 2002, estabelece que, se presente o direito de concorrência, o cônjuge sobrevivente faz jus a pelo menos um quarto da herança se é, também, ascendente dos descendentes do falecido e, também, assegurou ao cônjuge, independentemente do regime de bens, o direito à um terço da herança se concorrer com o pai e a mãe do falecido, e à metade se concorrer com apenas um deles ou com quaisquer outros ascendentes.

A proximidade dos institutos não é mera coincidência. Há nítido propósito de proteger o cônjuge não beneficiado com a meação por meio da participação na sucessão do falecido, seja pelo usufruto, seja, agora, pela concorrência com os descendentes e ascendentes do *de cujus*.¹⁴

A leitura sistemática, lógica, histórica e teleológica impôs uma interpretação coerente em relação ao regime de comunhão parcial de bens e do regime de participação final de aquestos. A má redação do art. 1.829 do Código Civil não permitia entendimento haurido diretamente da construção linguística do texto, não sendo possível concluir se a regra enunciada depois do ponto e vírgula referia-se ao ditamente da concorrência do cônjuge com os descendentes ou à exceção sinalizada pela expressão “*salvo se*”.

Desta forma, tanto a doutrina como a jurisprudência encaminharam-se no sentido de sustentar que o cônjuge supérstite somente participaria da sucessão do outro em concorrência com os filhos em relação aos bens que integrassem o patrimônio particular e exclusivo do sucedido, porque em relação aos bens comuns já teria a meação e, em relação aos aquestos, já teria sua participação, respectivamente no regime de comunhão parcial e no regime de participação final dos aquestos.

Esta parecia ser a solução hermenêutica congruente com uma leitura que escapava da armadilha gramatical armada pela má redação do mencionado artigo do Código Civil e que tomava em conta que a sucessão do cônjuge deve ser entendida dentro de um sistema lógico, fundado em uma matriz histórica que não pode ser desprezada e, também, dotado de sentido e de finalidade. Em outras palavras, há limites e parâmetros para a atividade hermenêutica. Ainda que se repudie o positivismo jurídico e o servilismo legalista, a interpretação da lei e o estabelecimento da norma não pode ser um exercício arbitrário.

Tendo chegado a tal estágio a interpretação/aplicação da norma atinente à sucessão conjugal em concorrência com os descendentes, acórdão do Superior Tribunal de Justiça desestabilizou toda esta ordem de ideias que vinha se consolidando tanto na doutrina como na jurisprudência. Trata-se do Recurso Especial nº 992.749 – MS, cujo acórdão da lavra da Ministra Nancy Andrighi tornou-se emblemático e colocou em erupção o vulcão que parecia começar a adormecer e a estabilizar-se com a superação de suas convulsões intestinas.

14 NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro. 2004, p. 157.

O referido acórdão já mereceu análises mais detidas. Não é o caso de repeti-las aqui. Para os fins propostos e para o encaminhamento da linha argumentativa encetada basta sinalizar alguns aspectos deste julgado.

A intenção subjacente nesta decisão é lúdima. Atende à um reclamo de liberdade que parece justo. É coerente com a situação fática, posto que presume a vontade do morto em relação aos efeitos patrimoniais que desejou para seu casamento. Todavia, a decisão é arbitrária e desprovida de argumentação minimamente aceitável para que prevaleça, estabelecendo consenso fundado na razoabilidade. Não que seja inadmissível decisão *contra legem*. Não poucas vezes, o juiz se vê obrigado a desprezar a letra da lei para manter a finalidade e o espírito da norma e para fazer vivo o Direito em suas respostas ao turbilhão das mudanças que se operam em uma sociedade complexa. Não é esta, portanto, a questão.

O acórdão prolatado no Recurso Especial ora considerado acabou por dissolver o sistema sucessório do cônjuge em concorrência com os descendentes. O que se fez está posto muito além da fronteira permitida ao intérprete. Por isso mesmo, a linha argumentativa lançada como fundamento da decisão não se sustenta.

O julgado como que atende a um apelo gritante do caso concreto que pode ser assim resumido: Quando contraiu segundas núpcias, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante. Antes do casamento os nubentes optaram livremente por casarem-se pelo regime da separação convencional de bens, lavrando, para tanto, pacto antenupcial por escritura pública, pelo qual estabeleceram a incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos. O casamento não durou mais que dez meses e o marido faleceu. A viúva com amparo no art. 1.829 do Código Civil pleiteou seu direito de concorrência à herança com os filhos do falecido, alegando também ser herdeira necessária, por força do disposto no art. 1.845 do mesmo Código. O juízo de primeira instância julgou procedente o pedido de habilitação da viúva como herdeira do falecido. Agravo de instrumento interposto pelos filhos do *de cujus* foi julgado improcedente pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, com apoio e fundamento na interpretação do art. 1.829 do Código Civil, consagrada majoritariamente. Da decisão os filhos interpuseram recurso especial, que foi conhecido e provido por unanimidade, sendo referendado o voto da Ministra Relatora. Na ementa do acórdão fez-se consignar:

A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório 'traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida'. Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.¹⁵

15 REsp 992749/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 05/02/2010.

Para solucionar a contradição entre a liberdade de dispor sobre os efeitos patrimoniais do casamento e as limitações desta mesma liberdade imposta pelo direito sucessório, o acórdão em comento, forçou de forma inaceitável a interpretação do inciso I do art. 1.829 do Código Civil. Fez, por exemplo, o texto dizer o que, sem sombra de dúvida nunca disse, nem tem a possibilidade de dizer. A elasticidade hermenêutica não pode ultrapassar o limite da razoabilidade. Afirma-se na própria ementa do mencionado acórdão:

O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, **é gênero que congrega duas espécies**: (i) **separação legal**; (ii) **separação convencional**. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, **e ambas obrigam os cônjuges**, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.¹⁶

A afirmação de que o regime de separação convencional é uma espécie do gênero regime de separação obrigatória, porque uma vez convencionalizado obriga as partes, é de uma tautologia inaceitável. Se é convencional é dispositivo e não obrigatório. Isto é elementar e afasta maior dispêndio de argumentação lógica. Tanto é assim, que deste fato decorre ser mutável o regime de bens de separação convencionalizada. Mas, a assertiva do acórdão se torna menos aceitável quando se toma em conta que o codificador não só mencionou o regime de separação obrigatória, mas, fez remissão ao artigo que regula a separação legal, a única obrigatória. Em que pese o erro meramente material que permaneceu no inciso I do art. 1.829, fazendo referência ao art. 1.640 do mesmo Código, quando sabidamente a pretensão era remeter o leitor ao art. 1.641. Por esta razão torna-se impossível a conclusão mantida no acórdão, no sentido de que todo regime de separação é obrigatório.

A interpretação dada ao art. 1.829 do Código Civil despreza a história da formação do instituto da concorrência e a lógica sistemática da norma. O acórdão em comento não enfrenta uma questão de fundamental importância que põe por terra toda a argumentação sobre a qual se assenta o convencimento e a razão de decidir.

Trata-se do fato de que, independentemente do regime de bens adotado no casamento, o cônjuge sobrevivente concorre com os ascendentes do falecido. Ora, se os efeitos do regime de separação convencional de bens deveriam se projetar para depois da morte, como se sustenta no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, por que razão, o cônjuge sobrevivente terá direito à sucessão em concorrência com os ascendentes do falecido? O argumento tecido no julgado não tem estofamento para responder a esta pergunta. Isto se dá por uma razão simples. Um equívoco foi cometido. A disposição normativa a ser atacada não é a do art. 1.829, mas, sim, a do art. 1.845 do Código Civil. Se no caso concreto do julgado, o falecido não tivesse descendentes, mas, se lhe sobrevivesse entre os ascendentes o seu pai, não há dúvida de que, ainda que casada pelo regime da separação convencional de bens, a viúva teria inequívoco direito, por força de norma sucessória cogente, à metade do acervo hereditário deixado. Repita-se, há

¹⁶ REsp 992749/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 05/02/2010.

um grave equívoco de enfoque no acórdão, em que pese o dever de reconhecer a boa intenção dos julgadores. O problema é que a concepção albergada pelo acórdão faz implodir indevida e desnecessariamente todo o sistema da sucessão conjugal.

Como já referido, o equívoco não está no problemático art. 1.829, mas, sim, no art. 1.845 que guindou o cônjuge ao *status* de herdeiro necessário. Basta que o cônjuge seja excluído da lista de herdeiros necessários que a paz voltará a reinar neste campo.¹⁷ Não seria, como não é necessário, toda essa distorção hermenêutica estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual já foi, infelizmente, referendada por outras decisões.¹⁸ Não é preciso violentar e tornar letra morta o sistema estabelecido para a sucessão conjugal.

A solução que se apresenta é simples. Melhor que remexer todo o sistema para fazer a lei dizer o que efetivamente não diz é atingir a raiz do problema, e ela se encontra no art. 1.845 do Código Civil. Se não houver rápida alteração legislativa que aloque

17 Posição diametralmente oposta àquela neste texto sustentada é adotada por Zeno Veloso, ao postular que a elevação do cônjuge à condição de herdeiro necessário resulta de amadurecida reflexão. Diz o civilista: “Como já existem pessoas querendo mudar o Código Civil, para retirar do cônjuge a condição de herdeiro necessário, convém advertir que essa qualidade atribuída ao cônjuge não foi fruto do acaso, de mera simpatia, mas o resultado de uma lenta e segura evolução, e já vinha sugerida pelas mais autorizadas vozes da doutrina brasileira, além de representar a solução seguida nas legislações das nações civilizadas, como acima indiquei, embora com algumas variações, diferentes medidas e valores.” (VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28) Em que pese a sempre autorizada, reconhecida e respeitada opinião do autor em matéria sucessória, a força do tempo e dos fatos não pode ser desconsiderada em homenagem a construções pretéritas e nem tão pouco o Direito pátrio deve ser servil à legislação das ditas “nações civilizadas”

18 Evidentemente, há exceções importantes. Magistrados que não se rendem em servilismo cego às decisões precipitadas dos tribunais superiores, recusam tomá-las como precedentes e orientação jurisprudencial inexorável. A título de exemplo é possível citar acórdão recente da lavra da Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, do Tribunal de Justiça do Paraná: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO CIVIL - EQUÍVOCO NA INDICAÇÃO DOS ADVOGADOS DA PARTE AGRAVADA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - INTIMAÇÃO QUE CUMPRIU COM A SUA FINALIDADE - OFERECIMENTO DE CONTRARRAZÕES - CONTRADITÓRIO DEVIDAMENTE OBSERVADO - DIREITO DAS SUCESSÕES - CÔNJUGE SOBREVIVENTE - CASAMENTO PELA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS - CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES - RECONHECIMENTO - ARTIGO 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL - FINALIDADE PROTETIVA DO SUPÉRSTITE - SUCESSÃO QUE SE DÁ EM DECORRÊNCIA DA COMUNHÃO DE VIDA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.511 DO CÓDIGO CIVIL - PACTO ANTENUPCIAL QUE NÃO SE PROJETA SOBRE DIREITOS SUCESSÓRIOS - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO - EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO IMÓVEL- POSSIBILIDADE, DESDE QUE RESPEITADA A FINALIDADE DO INSTITUTO - INSTALAÇÃO DE PEQUENO COMÉRCIO NA RESIDÊNCIA QUE TAMBÉM SERVE DE MORADIA - POSSIBILIDADE - INTERPRETAÇÃO FINALISTA - DECISÃO REFORMADA. 1. **O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes**” (Enunciado nº 270, da II Jornada de Direito Civil). 2. A opção dos cônjuges pelo regime de separação de bens pode se dar pelos mais diversos motivos, dentre eles uma maior facilidade na administração do patrimônio de cada um, ou prevenir a sua eventual redução em caso de divórcio, não cabendo projetar a ausência de meação na seara sucessória. 3. A plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511, CC) motivou o legislador a incluir o supérstite no rol dos herdeiros necessários, não havendo que se excluir a hipótese diante da separação convencional de bens. 4. Desde que respeitada a finalidade do direito real de habitação, nada impede que o cônjuge sobrevivente proceda à ampliação do uso do imóvel, obtendo com isso rendimentos para garantir a sua sobrevivência e a de sua família. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-PR - Ação Civil de Improbidade Administrativa: 10247495 PR 1024749-5 Relator: Rosana Amara Girardi Fachin, Data de Julgamento: 29/01/2014, 12ª Câmara Cível)”. Grifamos.

o cônjuge no rol dos herdeiros legítimos facultativos, melhor que o faça a jurisprudência, firmando entendimento no sentido de que o autor da herança tem liberdade para dispor por testamento de seus bens, como lhe aprouver, ressalvado o direito à reserva-tória que fica assegurado tão somente aos descendentes e aos ascendentes.

Este simples passo operado pelo legislador preferencialmente, mas, secundariamente pela jurisprudência, daria melhor resultado do que as tentativas hercúleas de vencer e ultrapassar os estritos limites estabelecidos pelo sistema da sucessão conjugal, como fez por exemplo o professor Rolf Madaleno. Ele sugere até a superação da vedação dos pactos a respeito da sucessão de pessoa viva (*pacta corvina*), inserindo no pacto antenupcial um pacto sucessório.¹⁹ Ou ainda sugere a possibilidade da conversão do casamento em união estável, numa elaboração sofisticada e inteligente, para que uma pessoa casada, pudesse converter seu casamento em união estável e, assim, ter liberdade de dispor da totalidade de seu patrimônio para seus próprios filhos ou terceiro, excluído da sucessão, pela via testamentária, o companheiro, visto que este não está enumerado entre os herdeiros necessários, no art. 1.845 do Código Civil.²⁰ Se bem que não falta quem sustente que por uma questão de tratamento isonômico o companheiro(a) deve ser considerado herdeiro necessário, apesar de um suposto lapso do legislador que, nesta condição enquadrrou, apenas o cônjuge.²¹

Esses exercícios e verdadeiros engenhos da aguçada e atenta mente jurídica podem ser todos dispensados. Não é necessário violentar o sistema com estratégias que, também, não dão segurança ao jurisdicionado. Há notícia de que surgem testamentos com cláusulas condicionadas à interpretação jurisprudencial futuramente vigente.

Tudo pode ser resolvido, por uma simples alteração que restitui a liberdade reclamada e reconhecida no discutido acórdão do Superior Tribunal de Justiça. A autonomia e a liberdade só comportam limites quando seu exercício tiver o potencial de lesionar direitos de vulneráveis que devem ser tutelados pelo Estado.

5. Da recomendável adequação da tutela do cônjuge no sistema sucessório

Por todas estas razões, impõe-se conclusão de que tem sido realizado esforço ingente e descomunal para resolver um problema que tem solução, ao menos do ponto de vista legislativo, singela. Basta a exclusão do cônjuge da condição de herdeiro necessário, que todo o sistema se ajusta quase à perfeição. Assim, *de lege ferenda*, seriam herdeiros necessários apenas os descendentes e os ascendentes, como, de fato, desde há muito consagrado no ordenamento pátrio.

19 MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p. 324-329.

20 MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens... p. 329-330.

21 Nesta direção, assevera Paulo Lôbo: "Com o advento do Código Civil de 2002, passaram a ser considerados herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro sobrevivente." (LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 74)

O fato de o cônjuge ser reconduzido à condição de herdeiro facultativo em nada altera seu direito de participação na sucessão do falecido em relação aos bens particulares por este deixado. Como já ressaltado, não se pode confundir ordem de vocação sucessória com a condição de ser o herdeiro necessário ou facultativo.

O direito sucessório do cônjuge seria dispositivo, visto que, por via do testamento poderia ser excluído da herança. Não se trata de retirar do cônjuge o primeiro lugar, muitas vezes, na ordem de vocação sucessória, em concorrência com os descendentes do falecido. Este será um direito dispositivo, subsidiário, aplicável sempre no silêncio de manifestação testamentária. Na sucessão legítima pura, o cônjuge continuará privilegiado, tendo ou não direito à meação. Sempre será herdeiro em concorrência com os descendentes em relação aos bens que integrem o patrimônio particular do falecido e, independentemente do regime de bens adotados, concorrerá com os ascendentes do falecido em relação à totalidade do acervo hereditário.

Este direito, todavia, não será inafastável e inexorável.²² Não sendo herdeiro necessário se abrirá um campo de liberdade importante e reclamado por muitos que não desejam efeitos patrimoniais de comunicação de bens durante a vida e nem tão pouco em razão do falecimento. O Estado não pode subtrair esta liberdade dos cidadãos.

A proteção geral está dada pela lei. O cônjuge foi e está em situação de justo privilégio em relação à sucessão de seu consorte, mas esta situação jurídica não pode estar contida dentro da ordem do necessário, ela, por todas as razões expostas nesta reflexão, integra a ordem do contingente.

Dar um passo atrás não significa forçosamente retroceder. Com o Código de 2002 o cônjuge foi guindado à condição de herdeiro necessário e tal fato foi saudado como alvissareiro avanço. A experiência, de mais de uma década de vigência do referido Código, sinaliza em sentido inverso. Desta forma, converter o cônjuge em herdeiro facultativo, pode significar marcante avanço e possibilidade de restauração do sistema da sucessão conjugal, que nesta quadra histórica, encontra-se desmontado, instalando incerteza e uma patológica instabilidade jurídica. Desta forma, a presente reflexão é apresentada como contributo a um debate urgente e prorrogável.

22 Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Rosalice Fidalgo Pinheiro evocando as críticas de Diogo Leite Campos, sem subscrevê-las na totalidade, alertam que “transformar o cônjuge em herdeiro forçado é acentuar ainda mais a comunhão patrimonial, perante um casamento cada vez mais flexível e temporário”. Em seguida, sublinham: “o sentido da regra, contida no art. 1845 do Código Civil, perde-se em seus efeitos. Neste ponto, a crítica abre-se para enunciar, com Diogo Leite Campos, que a proteção do cônjuge sobrevivente é um interesse social legítimo, mas que deve ser assumido em termos sociais. Deixar que o casamento valha do ponto de vista pessoal, impondo-lhe rígidas consequências patrimoniais, no plano sucessório, é uma contradição jurídica e social”. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski e PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O direito de família na Constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. In: CONRADO, Marcelo e PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.) **Direito privado e constituição**: ensaios para uma reconstrução valorizada da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p. 440 e 441).

6. Referências

- ALMEIDA, Candido Mendes de. [Edição Fac-símile das Ordenações Filipinas., Rio de Janeiro, 14ª edição, 1870] **Ordenações Filipinas** - Livros IV e V, 5 vols., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.
- CAHALI, Francisco José & HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. **Direito das Sucessões**. 3 ed., São Paulo: RT, 2007.
- FERRATER-MORA, José. **Dicionário de filosofia**. (Tomo I) 2ª ed., São Paulo: Loyola, 2004.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: direito das sucessões**. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- LOBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. (Volume I) 4ª Ed., São Paulo: Max Limonad, 1952.
- OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski e PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O direito de família na Constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. In: CONRADO, Marcelo e PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.) **Direito privado e constituição: ensaios para uma reconstrução valorizada da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto do cônjuge viúvo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VIANA, Marco Aurelio S. **Teoria e prática do direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 1987.

ABANDONO AFETIVO: REFLEXÕES A PARTIR DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ricardo Lucas Calderon¹

SUMÁRIO: 1. Referências.

A possibilidade de reparação civil nos casos de abandono afetivo é, atualmente, um dos temas mais controversos do *Direito das Famílias Brasileiro*. A decisão do Superior Tribunal de Justiça que concedeu a reparação monetária em um caso de abandono afetivo paterno², inovadora nos tribunais superiores, ainda é objeto de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial³. As próprias particularidades fáticas inerentes a estas situações jurídicas permitem que se encontrem soluções distintas para casos concretos vistos como próximos, embaralhando os fatores envolvidos⁴.

1 Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Pós-graduado em Teoria Geral do Direito e em Direito Processual Civil. Professor dos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV/ISAE. Coordenador da especialização em Direito das Famílias e Sucessões da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor dos cursos de Graduação da UNIBRASIL. Pesquisador do grupo de estudos e pesquisas de Direito Civil “Virada de Copérnico”, vinculado ao PPGD-UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFam. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Advogado em Curitiba.

2 Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp 1.159.242/SP, Rel^a. Min^a. Nancy Andrigui, Terceira Turma, j. em 24.04.2012, DJe 10.05.2012.

3 Flávio Tartuce divide a doutrina sobre abandono afetivo paterno-filial em dois grandes grupos: o primeiro favorável à reparação (Paulo Lôbo, Giselda M. F. N. Hironaka, Rolf Madaleno); o segundo contrário à reparação (Regina Beatriz Tavares da Silva, Judith Martins-Costa, Murilo Sechiero Costa Neves). Ao final, o autor se filia à corrente favorável. (TARTUCE, Flávio. O Princípio da Solidariedade e algumas das suas implicações em Direito de Família. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister/Belo Horizonte, IBDFAM, v. 30, p. 5-34. out./Nov. 2012, p. 11).

4 “Ao lado desta prodigalidade de formulações teóricas se instalaram, também, e de modo igualmente pródigo, as mais

O fato de o *abandono afetivo* ser um dos pontos relevantes no atual estudo do direito de família brasileiro é representativo da importância que a *afetividade* alcançou. O questionamento sobre as consequências da sua ausência nas relações familiares inegavelmente é reflexo da crescente aceitação desta *afetividade jurídica*, materializando a trajetória que culminou com o seu reconhecimento pelo direito brasileiro⁵.

A situação fática tratada na emblemática decisão judicial envolvia uma filha extramatrimonial que demandava contra seu pai biológico ante o seu reiterado abandono afetivo por longos anos, ou seja, o seu genitor (tardiamente reconhecido e registrado como tal), em que pese lhe prestasse assistência material a partir do reconhecimento (pagando os alimentos estipulados) não realizou qualquer contato afetivo com a filha durante sua infância e adolescência. Configurada a situação de *abandono afetivo*, sustentou essa filha que sofreu danos decorrentes da ausência dessa relação paterno-filial, em vista do que demandava uma reparação financeira pelo dano que sofreu em virtude da conduta omissa do seu pai⁶.

O Superior Tribunal de Justiça concedeu a reparação à referida situação de abandono afetivo (*caso Luciane Souza*), como demonstra a ementa abaixo:

CIVILEPROCESSUALCIVIL.FAMÍLIA.ABANDONO AFETIVO.COMPENSAÇÃO PELO DANO MORAL.POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência da ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear a compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de

diferentes tendências jurisprudenciais, com respostas distintas para casos semelhantes, com respostas semelhantes para casos distintos e com idênticas respostas para casos semelhantes ou não, mas oriundas de fundamentação diversa. O século XX – não há como negar – produziu uma verdadeira torre de Babel, em termos de apreciação, análise a aplicação da responsabilidade civil.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil: Estado da Arte no Declínio do Segundo Milênio e Alguns Sabores de Um Novo Tempo. p. 184-233. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Orgs.). **Responsabilidade Civil**: Estudos em Homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 194)

5 Conforme descrito de modo mais profundo na obra: CALDERON, Ricardo Lucas. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

6 Julgada improcedente em primeiro grau, foi reformada a sentença em grau recursal e julgada parcialmente procedente a ação pela 7ª Câmara B de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que fixou a indenização em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). O genitor apresentou Recurso Especial e, por esta via, chegou o caso ao Superior Tribunal de Justiça. (TJ/SP, 7ª Câmara B de Direito Privado, Apelação Cível nº 9066223-40.2004.8.26.00, Relª. Daise Fajardo Nogueira Jacot, DJe 20.01.2009).

cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para a adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel^a. Min^a. Nancy Andrigui, Terceira Turma, por maioria, j. em 24.04.2012, DJe 10.05.2012)⁷

O julgamento deste caso concreto exigiu a análise de valores, de princípios e de regras constitucionais, de direitos fundamentais, dos direitos da personalidade, da parte geral do direito civil, da responsabilidade civil e do direito de família. Resta claro que a tarefa do jurista frente a tais casos não é singela: exige dedicação e uma ampla compreensão da unidade e da complexidade na qual se constitui o direito contemporâneo.⁸

A análise do mérito do litígio indica um tratamento jurídico mais acertado que o até então adotado por grande parte dos tribunais em situações similares, que afastavam, *a priori*, a possibilidade de o Poder Judiciário responder à questão de fundo do referido caso concreto⁹.

O adequado acertamento do litígio ora em análise exige a interpretação das diversas categorias jurídicas condizentes com o tempo presente, sempre com atenção à realidade que se está a tutelar e, quando necessário, com observância da *força construtiva dos fatos sociais*¹⁰, única forma de se enfrentar adequadamente as questões trazidas pelos casos complexos. Isso implica ter ciência da importância dos institutos clássicos, da estrutura e função das categorias jurídicas, da contribuição dos doutrinadores e dos limites da inarredável técnica jurídica, mas sem olvidar a necessária contextualização ao momento presente na efetivação do direito contemporâneo¹¹.

7 Prevaleceu no caso concreto o *decisum* acima transcrito que, ao negar provimento ao pedido principal do Recurso Especial manejado pelo pai, entendeu procedente a fixação de reparação monetária decorrente daquele abandono afetivo. A procedência parcial do Recurso Especial foi apenas para reduzir o valor fixado pelo tribunal local.

8 “Uma vez especificado que o direito faz parte da complexa realidade social e que o ordenamento é unitário e, portanto, sistemático, é preciso inserir o fato singular ou o problema particular na mais vasta e global problemática sócio-jurídica, sem cair no excessivo amor pelas generalizações e pelas chamadas teorias gerais.” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 143)

9 Como exemplo, a conclusão proferida no REsp. 757.411/MG, no qual o STJ negou o pedido, asseverando que o *abandono afetivo era incapaz de gerar reparação pecuniária*: “Responsabilidade Civil – Abandono Moral – Reparação – Danos morais – Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso Especial conhecido e provido.” (STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 29.11.2005, DJ 27.03.2006)

10 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 39.

11 “Quanto ao aumento das hipóteses de ressarcimento, sabe-se que a responsabilidade civil é um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotada de extrema simplicidade, estando apta a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela tão logo a sua presença seja identificada pela consciência social

Aspecto implícito no debate sobre o cabimento ou não de reparação decorrente de abandono afetivo refere ao espaço público e privado¹² nas relações familiares. É inegável que nesse ramo do Direito há amplo espaço para livre eleição da melhor forma de viver em família pelos particulares, restando resguardada aos participantes dessa relação a decisão sobre a melhor forma de convivência e a deliberação sobre o seu planejamento familiar¹³. Por outro lado, existe indicativo legal expresso no sentido da prevalência da proteção do interesse de crianças e adolescentes, de idosos e de diversos vulneráveis, de modo que, nas questões atinentes a essas pessoas singulares, há que se permitir uma atuação do poder público, mesmo no ambiente da esfera familiar, com o intuito de preservar seus interesses juridicamente garantidos¹⁴.

Uma distinção entre as relações familiares em si auxilia a melhor compreender esta questão: na convivência familiar se desenvolvem relações de *conjugalidade* (entre os cônjuges ou conviventes) e de *parentalidade* (entre os demais integrantes, decorrentes da filiação e parentesco). A intervenção deve ser muito menor nas situações de conjugalidade, admitindo-se maior ação estatal quando envolvida uma situação de parentalidade com um vulnerável. Ou seja, a dinâmica pública ou privada nos conflitos familiares irá variar conforme a modalidade da relação envolvida¹⁵.

A diferenciação das relações familiares em relações de conjugalidade e de parentalidade, algumas delas envolvendo crianças e adolescentes, auxilia sobremaneira a percepção desta maior ou menor possibilidade de atuação estatal. Luiz Edson Fachin é esclarecedor ao discorrer sobre a intensidade da intervenção e o espaço da não intervenção em questões de direito de família:

e que de outra maneira ficariam desprotegidos, porque ainda não suficientemente amadurecidos para receberem atenção e, portanto, regulamentação própria por parte do legislador ordinário.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos da Responsabilidade Civil. p. 317-342. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 323)

12 Inexiste atualmente uma distinção nítida entre essas esferas, inter-relacionadas constantemente. Constata-se que “no jardim exista algo de praça, e que a praça tenha algo de jardim”. (SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: o Privado e o Público na Vida Social e Histórica**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. p. 154). Com essa advertência, será feita uma breve análise das relações familiares a partir de cada um dos respectivos espaços, com o intuito de contribuir para a reflexão que se pretende.

13 **CF/88 – “Art. 226, § 7º:** Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas.”

14 Encontram-se dispositivos de proteção a crianças e adolescentes na Constituição Federal, no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e em diversas convenções e tratados internacionais das quais o Brasil é signatário.

15 “A relação entre a esfera pública e a esfera privada, neste ambiente, aliás, também é diferenciada. Na conjugalidade, tal relação caracteriza-se atualmente por uma substancial aceitação das escolhas e da autonomia dos indivíduos, bem como pela renúncia à exigência e ao cumprimento coercitivo dos direitos e deveres entre os cônjuges. Na parentalidade, por outro lado, distingue-se pela ampliação, cada vez maior, das intervenções jurídicas nas relações da filiação, com vistas à proteção dos menores.” MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em Família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. p. 423-455. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 447.

Assim, propor a intervenção desmesurada do ente estatal na ambiência familiar, espaço onde deve ocorrer o livre desenvolvimento da personalidade humana, importa inevitavelmente em aceder ao cerceamento da construção dessa personalidade própria das pessoas que pretendem se realizar, em coexistencialidade, naquele espaço familiar. Mas ao mesmo tempo em que é necessária a configuração de um “Estado ausente”, permitindo que as pessoas constituam suas relações segundo uma liberdade vivida, é igualmente necessário que determinados direitos sejam tutelados pela presente intervenção do ente estatal, mormente em face daqueles que se encontram mais vulneráveis e desamparados. Nesse sentido, intervir é necessário quando verificada a potencialidade lesiva à constituição da personalidade de uma pessoa, sendo ela jurídica ou faticamente mais *vulnerável* devido às suas condições pessoais, o que ocorre, à guisa de exemplo, com a criança, o adolescente, o incapaz, o idoso e aqueles que sofrem com a violência familiar.¹⁶

Há maior possibilidade de intervenção estatal quando envolvida a defesa dos interesses de crianças e adolescentes, com prevalência dos dispositivos legais atinentes a estas pessoas em estado de vulnerabilidade (como o dever de cuidado)¹⁷. É neste aspecto que adquire relevo a temática do abandono afetivo, pois trata de questão ínsita à intervenção da esfera pública, exatamente por envolver os direitos e os deveres perante uma criança ou um adolescente. Há que se destacar que a possibilidade de averiguação estatal dos conflitos de abandono afetivo decorre justamente do fato envolver uma criança ou um adolescente e seus direitos da personalidade (restando inviabilizada a sua discussão nas relações entre adultos). Dito de outro modo, o que legitima a intervenção na espécie é o fato de tratar de direitos existenciais relativos a essas pessoas em estado de vulnerabilidade.

Impende anotar que esta atuação estatal será pontual, restrita aos casos de omissão total do dever parental e que causem prejuízos efetivos à pessoa vulnerável que é objeto de proteção, o que não significa que o ente público poderá se imiscuir na esfera privada das relações familiares onde tal dever é, ainda que de certo modo, atendido. Nas relações parentais nas quais se desenvolvem relações afetivas concretamente é reprovável uma interferência pública de tal magnitude, o que é inclusive vedado constitucionalmente¹⁸.

16 FACHIN, Luiz Edson. Famílias - entre o público e o privado. p. 158-169. VIII CONGRESSO NACIONAL DO IBDFAm. Família: entre o público e o privado. *Anais...* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Porto Alegre: Magister/Ibdfam, 2012. p.163-164.

17 “Sempre que os direitos da criança e do adolescente forem violados ou mesmo estiverem sob ameaça de violação, faz-se necessária, aí sim, a pronta intervenção estatal, assegurando que essa pessoa ainda em desenvolvimento venha a ter a possibilidade concreta de construir a sua personalidade pelas suas próprias escolhas, com a garantia da sua liberdade positiva.” FACHIN, Luiz Edson. Famílias - entre o público e o privado. *Op. cit.*, p. 164.

18 A necessária delimitação entre o espaço público e o privado nas relações familiares foi suscitada no julgado que tratou do abandono afetivo, conforme se percebe em relevante alerta constante do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino nesse processo: “Ressalto, todavia, que apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais. De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais à sua prole, pois cada componente de célula familiar tem também sua história pessoal. Felizmente, dispõe-se de

Emergem, na espécie, os princípios da parentalidade responsável e da proteção integral da criança e adolescente, que indicam clara possibilidade de intervenção. Isso porque, ao não atender em nada tal dever de cuidado o genitor-ofensor infringe um comando legal que envolve direitos de um vulnerável, que gozam de ampla proteção, de modo que pode vir a ter que responder pelos efeitos decorrentes da sua conduta¹⁹.

Observa-se que a questão do abandono afetivo exige a análise prévia de uma possível tensão entre dois princípios constitucionais, e isso complexifica ainda mais sua apreciação. Incidem na espécie os princípios constitucionais da *liberdade*²⁰ e da *solidariedade*²¹. Denota-se a conexão entre o exercício da liberdade²² (neste espectro positiva, material) e a subsequente responsabilidade que dele resulta. O que está subjacente a esta reflexão, sob o prisma constitucional, é mais uma vez a recomendável busca pela conciliação dos princípios da liberdade e da solidariedade na situação concreta.

Eventual ponderação entre a liberdade do genitor em exercer (ou não) seus deveres de pai/mãe e os direitos desse menor vulnerável de ver atendidas suas necessidades existenciais certamente privilegiaria a tutela deste último (a partir até mesmo dos princípios constitucionais da paternidade/parentalidade responsável e proteção integral da criança)²³. Neste hipotético conflito, a ponderação a partir dos dispositi-

uma larga margem de liberdade para educar e criar os filhos do modo que melhor se aprouver, sendo que desvios, percalços e falhas são inerentes ao processo de educação e criação. O dever de cuidado, pois, apresenta um conteúdo inegavelmente subjetivo. Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpra totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais comezinhas obrigações para com seu filho. Evita-se, desse modo, eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos da sua criação, pleiteiam a indenização por danos supostamente sofridos.”

19 Não compete ao poder público detalhar e determinar como esse cuidado deve ser exercido nas situações concretas, nas quais está materializada uma convivência parental afetiva; esta escolha é afeita à liberdade de planejamento familiar dos particulares e envolve sua esfera privada, o que deve ser respeitado. Nessa ordem de ideias, é possível afirmar que os casos de abandono afetivo parental durante a infância e a adolescência estão sujeitos à verificação jurisdicional estatal.

20 “O princípio da liberdade individual consubstancia-se, hoje, numa perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais – mais: o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. p. 71-148. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 108.)

21 “O macroprincípio da solidariedade perpassa transversalmente os princípios gerais do direito de família, sem o qual não teriam o colorido que os destaca, a saber: o princípio da convivência familiar, o princípio da afetividade, o princípio do melhor interesse da criança.” (LÓBO, Paulo Luiz Netto. O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Direito Privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p. 327)

22 “Isso é revelador da dialética a que a própria dimensão funcional da expressão jurídica da família se submete: é na tensão entre liberdade(s) e autoridade que se desenvolvem as prestações que a família pode oferecer aos seus integrantes quando se trata das relação entre pais e filhos.” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais de Direito Civil e Liberdade(s)**: Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 325)

23 Nesse sentido, embora com uma ressalva quanto ao amor (sentimento de afeto): “Aqui, em nível muito geral, poder-se-ia falar em um interesse à liberdade do pai. O legislador, todavia, ao impor sobre o pai deveres de comportamento em face dos filhos, já estabeleceu a relação de prevalência ante tal liberdade e o interesse do menor à adequada formação da sua personalidade, determinando, em síntese, que este último interesse prevalece em relação

vos legais indica a prevalência da proteção do infante. Ainda que se efetue a análise com base nos dados da realidade concreta, muito provavelmente prevalecerá o interesse do menor vulnerável²⁴.

No acórdão em comento o STJ acórdão analisou o referido caso concreto a partir da perspectiva constitucional, do *caput* do artigo 227, que traz o dever de convivência familiar²⁵, entre outros deveres parentais (alguns reiterados no art. 229 da Constituição²⁶). A seguir, optou por utilizar os critérios da tradicional responsabilidade civil subjetiva para conferir o tratamento jurídico aos fatos que consubstanciavam aquela situação de abandono afetivo.

A partir dessas premissas, o julgado entendeu a conduta do pai ofensiva ao *dever de cuidado* paternal do genitor, considerando sua omissão um ilícito civil passível de sanção, e partiu para análise dos demais pressupostos da responsabilidade civil subjetiva (culpa, nexos causal e dano). O forte apego aos pressupostos clássicos da responsabilidade civil clássica para a análise de complexos casos contemporâneos vem sendo objeto de crítica por parte da doutrina do direito civil, visto que, para os adeptos dessa corrente da responsabilidade por danos, restaria ainda muito apegada à punição à conduta do ofensor (e não ao abalo sofrido pela vítima), voltada apenas ao passado (e não com olhos para o futuro), exacerbaria os filtros (dificultando a reparação) e não tutelaria dignamente a vítima e seus danos (recomposição integral dos danos sofridos). Para essa novel corrente doutrinária, na construção de uma renovada teoria da responsabilidade civil, estes deveriam ser os pontos centrais da análise²⁷.

ao 'sustento, guarda e educação dos filhos menores' – não já, note-se, ao amor, ao afeto, ao carinho, sentimentos pessoais subjetivos com relação aos quais a liberdade de autodeterminação do pai mantém-se prevalente à luz do tecido constitucional." (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 181).

24 "Novamente, buscando a ponderação dos interesses contrapostos, ter-se-ia ao lado dos genitores o princípio da liberdade e da parte dos filhos o princípio da solidariedade familiar. Levando-se em conta a peculiar condição dos filhos e a responsabilidade dos pais na sua criação, educação e sustento, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da sua própria integridade psíquica. Ponderados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores, que, neste caso, dela não são titulares." (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em Família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. p. 423-455. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 449.

25 "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010*).

26 "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."

27 "Os mencionados elementos tidos como necessários para que surja o dever de indenizar foram construídos num momento em que a teoria da responsabilidade civil tinha como foco principal a sanção a atos ilícitos ou às condutas reprováveis. Desta forma, foram os pressupostos tradicionais construídos a partir dos possíveis comportamentos causadores de dano. Ocorre que hodiernamente se percebe com clareza que a atenção da responsabilidade civil passou do comportamento lesionante para o evento lesivo em si, para o dano injusto sofrido pelo sujeito lesionado. Em outras palavras, há uma nova concepção da responsabilidade civil pela qual se visualiza o fenômeno como reparação do dano injusto à vítima, e não como uma sanção à conduta contrária ao direito. Preocupa-se com o dano que, na

Nesse aspecto, a análise dos casos de abandono afetivo deve se dar não apenas com base nos pressupostos rígidos da responsabilidade civil, mas, ainda que sem olvidá-los por completo, deve procurar avançar sobre as peculiaridades das relações entre familiares e, ainda, destacar a necessária tutela da vítima, a leitura atenta dos danos e uma postura que, mais do que apenas repará-los, busque também evitá-los²⁸.

Na *fattispecie* em apreço seria o caso de averiguar se há efetivamente um dano injusto (sofrido pelo ente abandonado afetivamente), se este dano decorreu da ofensa a um interesse juridicamente protegido, se deve ser reparado (com base no sistema jurídico) e se há possibilidade de se imputar tal dever reparatório a alguém (o genitor negligente, no caso). Uma análise a partir do enfoque da vítima e de seus danos pode chegar à mesma conclusão que o acórdão paradigma ora comentado, mas poderia – quem sabe – contribuir com outros fundamentos, mais próximos aos que sustentam os defensores dessa renovada responsabilização por danos.

Em outras palavras, parece possível sustentar que os casos de abandono afetivo exigem uma superação dos pressupostos rígidos da responsabilidade civil subjetiva clássica, sendo recomendável atenção a alguns dos critérios contemporâneos sustentados pelos doutrinadores desta renovada responsabilidade por danos.

O ponto de partida da abordagem jurídica do referido caso foi a classificação da conduta omissiva paterna (de abandono afetivo, sem existir abandono financeiro) como ato ilícito passível de gerar as demais cominações do nosso ordenamento jurídico. Extraí-se, portanto, que o *cuidado* foi considerado vital para o desenvolvimento e a formação psicológica do infante, de modo que configuraria verdadeira obrigação dos pais o atendimento a este dever jurídico, sendo a negligência não justificável a tal obrigação legal configuradora de ilícito civil, culposo (na visão do julgado).

A temática do cuidado²⁹ é incipiente no Direito Brasileiro e está afeita ao significado conferido a denominada afetividade jurídica, para o qual se percebe ainda certa instabilidade doutrinária e jurisprudencial na sua tradução, ou seja, qual o sentido

hipótese de injusto, merecerá reparação, cabendo então ao direito apontar o responsável. Assim, se antes se dizia ‘*não há responsabilidade civil sem culpa*’, agora pode-se afirmar que ‘*não há responsabilidade civil sem dano injusto*’. (ALTHEIM, Roberto. **Direito de Danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. *Op. cit.*, p. 16-17)

28 Alguns desses aspectos são sublinhados pela denominada doutrina de *direito de danos* (que advoga o foco central da reparação civil na vítima e nos danos). A Argentina possui forte corrente doutrinária nesse sentido, entre outros: GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría General de la Reparación de Daños**. Buenos Aires: Astrea, 2003; ECHEVESTI, Carlos; GÓMEZ, Hernán; ARES, Valentina. **Derecho de Daños**. Buenos Aires: Scotti, 2000. Resta analisar a conveniência e possibilidade de se adotarem algumas dessas premissas e construções no direito civil brasileiro e, particularmente, na aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares. No que se refere ao tratamento dos casos de abandono afetivo, suas peculiaridades complexificam a análise e exigem estudos mais aprofundados sobre a possibilidade ou não de se utilizar algumas contribuições da teoria argentina da reparação por danos nestes conflitos.

29 “Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas designações, como se observa no art. 227 da Constituição Federal. [...] Aqui não se fala ou 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.” Trecho do voto da Ministra Relatora no REsp 1.159.242/SP

e a extensão do chamado *princípio jurídico da afetividade*³⁰, o que, inevitavelmente, exige certa homogeneidade e objetividade para a adequada aplicação aos casos concretos³¹. Sobre esse aspecto, o referido posicionamento do Superior Tribunal de Justiça contribuiu para superar muitos dos equívocos e objeções que eram lançados sobre a leitura jurídica da afetividade, pois afastou qualquer confusão com o amor³² (como muitos faziam até então) e ainda o aplicou de forma eminentemente objetiva (o que se mostra acertado)³³.

O amor em si ou o sentimento de afeto (anímico) são subjetivos, escapam ao Direito e são inapreensíveis juridicamente, estando claramente na esfera de liberdade de cada uma das pessoas. Não é disso que se trata. Importa desde logo ressaltar que o Direito está a cuidar de uma *afetividade jurídica*, ou seja, do significado que os juristas estão a conferir a este significante (que se apoia, mas é diverso do significado que lhe conferem outras ciências, como a psicologia e a psiquiatria). Esta afetividade jurídica está retratada em diversos dispositivos do nosso sistema e merece tradução pelos juristas.

O sentido atualmente conferido a esta afetividade jurídica envolve a apreensão de manifestações concretas exteriorizadoras de uma relação afetiva (ou de uma atitude de cuidado parental, como no caso). Isso se fará com base na análise de fatos jurídicos, objetivos. Ou seja, será averiguado objetivamente, com base em fatos concretos. Daí ser possível dizer que o que lastreia o *decisum* é a incidência de uma *afetividade jurídica objetiva*.

Paulo Luiz Netto Lôbo é esclarecedor ao discorrer sobre o atual sentido jurídico da afetividade: o distingue de outras áreas³⁴ e ainda classifica a afetividade como princípio. Sua análise parte da distinção da afetividade como fenômeno social da sua

30 TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família**: breves considerações. p. 1. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859>. Acesso em: 17 fev. 2013.

31 Conforme detalhadamente descrito na obra CALDERON, Ricardo Lucas. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 301 e ss.

32 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **As linhas que dividem amor e Direito nas constituições**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-27/direito-comparado-linhas-dividem-amor-direito-constituicoes>>. Acesso em: 07 abr. 2013.

33 Afetividade não se confunde com o amor, visto que este último escapa ao Direito; já a afetividade decorre de uma atividade concreta exteriorizadora de uma manifestação de afeto. Ao ser objetivamente reconhecida pelo direito, assume o perfil de afetividade jurídica a partir das balizas que lhe são impostas. Para um melhor tratamento jurídico da afetividade deve ser destacada tal distinção. A Ministra Relatora adota essa tese, o que ficou claro no trecho do seu voto em que afirmou: “Amar é faculdade, cuidado é dever”. Embora se reconheça que existam autores jurídicos que pensem em sentido contrário, com recentes obras sustentando as “possíveis projeções jurídicas do amor”, dos quais, respeitosamente, discordamos. Por todos, citamos Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf: “*No mundo jurídico alcança o amor o status de direito fundamental*” (MALUF, Adriana. **Direito das Famílias**: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 3).

34 “A afetividade familiar é distinta do vínculo de natureza obrigacional, ou patrimonial, ou societário. Na relação familiar não há fim econômico, cujas dimensões são sempre derivadas (por exemplo, dever de alimentos, ou regime matrimonial de bens), nem seus integrantes são sócios ou associados.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socio afetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça. *Op. cit.*, p. 647)

leitura como fenômeno jurídico (o que já responde a muitas das críticas que lhe são postas) e conclui com a demonstração da sua faceta de dever jurídico:

O termo ‘socioafetividade’ conquistou as mentes dos juristas brasileiros, justamente porque propicia enlaçar o fenômeno social com o fenômeno normativo. De um lado há o fato social e de outro o fato jurídico, no qual o primeiro se converteu após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As relações familiares e de parentesco são socioafetivas, porque congrega o fato social (*socio*) e a incidência do princípio normativo (*afetividade*). (...) A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida se a este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais ou filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental.³⁵

É esta dimensão objetiva da afetividade que está em pauta quando se fala em abandono afetivo, que avulta o seu viés representado pelo cuidado como dever jurídico em uma relação parental (como descrito no referido acórdão). Este atendimento será verificado com base em fatos concretos que serão demonstrados juridicamente.

Embora seja cada vez mais recorrente a remissão à afetividade tanto pela doutrina como pela jurisprudência de direito de família, ainda não se percebe a consolidação e a estabilização do seu sentido jurídico na atualidade, o que pode ser um dos motivadores das inquietações advindas do referido julgado sobre *abandono afetivo*. É recomendável o enfrentamento do tema pelos juristas para verticalização desses significados, na esteira do que – de certo modo e ainda que brevemente – fez o acórdão que é objeto da presente análise.

O esclarecimento do sentido conferido à tradução jurídica da afetividade (e da temática do cuidado) pode permitir a superação de muitas das críticas que são postas à tutela dos casos de abandono afetivo (a maioria delas ligadas a questões de que o Direito não pode obrigar a amar e que não deve se imiscuir neste espectro da vida do cidadão).

A partir dessa premissa (abandono afetivo objetivamente considerado como ato reprovável juridicamente), passou o julgado a analisar os demais requisitos atinentes à responsabilidade civil tradicional.

Os próximos fatores foram a verificação do dano e o competente nexo de causalidade. Ao discorrer sobre o dano, a respectiva decisão judicial tece considerações sobre possíveis danos psicológicos, que poderiam ser comprovados com laudos técnicos, mas conclui asseverando que o dano na espécie é *in re ipsa*³⁶. Em sendo assim,

35 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socio afetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça. *Op. cit.*, p. 646-647.

36 “Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma

entendeu o STJ como desnecessária qualquer prova dos danos pleiteados, posto que, em casos de abandono afetivo, estes seriam presumíveis para quem sofreu com a conduta tida como ilícita (ou seja, quem passou a infância e adolescência sem conviver afetivamente com seu genitor, como filho e pai)³⁷.

Ao considerar o dano presumível nos casos de abandono afetivo, o acórdão, na prática, considerou presumível também o nexo causal, pois sobre isso apenas afirmou que “esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício do seu dever de cuidado em relação à recorrida”. Nada mais o julgado apontou sobre o nexo de causalidade do caso.

Quanto aos casos de abandono afetivo, parece prudente exigir alguma vinculação dos danos com a conduta omissiva comprovada. Isto porque, não se mostra razoável permitir que, por não cumprir seu dever de cuidado, venha o genitor a responder por todo e qualquer dano presente na vida da pessoa que foi um dia abandonada afetivamente. Por mais que se supere, substitua ou remodele o nexo causal na responsabilidade civil, nos casos de abandono afetivo recomenda-se exigir algum liame entre a conduta imputada como omissiva (negligente) e os danos que se pretende ver indenizados³⁸.

Quiçá um dos aspectos mais polêmicos da decisão do STJ foi considerar todos os danos decorrentes deste abandono afetivo *in re ipsa*, que dispensariam prova e seriam presumíveis nestas situações. Em se tratando de reparação civil decorrente de uma relação familiar, com todas as peculiaridades que a envolve, há que se refletir se a consideração de todos os danos decorrentes de abandono afetivo como presumíveis, *in re ipsa*, é a melhor solução para tais relações existenciais.

Em um primeiro momento, o dano diz respeito à *lesão* a um interesse ou bem juridicamente protegido (que podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais); subsequentemente, apreciam-se os *efeitos* que esta ofensa pode ter ocasionado – que também podem ter peculiaridades patrimoniais ou extrapatrimoniais.

presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 86)

37 Tal negligência geraria “[...] sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.” Trecho do voto da Relatora, Min^a. Nancy Andrighi, no REsp. 1.159.242/SP.

38 “Diante da tendência à objetivação do dever de reparar, e à medida em que por vezes até mesmo a extensão do dano parece identificada de forma indireta, expandem-se de maneira fulgurante os danos ressarcíveis e a identificação da causalidade torna-se o cerne da reflexão. [...] Tais hipóteses demonstram a importância do nexo de causalidade na dogmática atual da responsabilidade civil e a imprescindibilidade do delineamento de parâmetros homogêneos para o seu estabelecimento no sistema jurídico brasileiro. Como se procurou demonstrar, a jurisprudência do STJ contribui significativamente para essa delimitação.” (TEPEDINO, Gustavo. O nexo de causalidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 474 e 489).

Neste sentido, os danos extrapatrimoniais envolvem dois aspectos: um objetivo e um subjetivo. Objetivamente, referem à lesão a esfera extrapatrimonial da vítima, sendo possível caracterizar “o dano moral como a lesão à dignidade da pessoa humana”³⁹, o que destaca o seu aspecto *objetivo*. Já o aspecto subjetivo diz respeito aos efeitos que tal lesão poderá ocasionar para a vítima, vinculados à dor, sofrimento, tristeza etc.⁴⁰

Judicialmente, sobressai a necessidade de demonstração do aspecto objetivo do dano moral, que deve ser comprovado em juízo, pois, estando este aspecto presente, resta presumível a existência do seu aspecto subjetivo⁴¹. A partir desta concepção, resta possível averiguar concretamente a ofensa a um dos substratos da pessoa humana (dignidade, integridade psíquico-física, liberdade, igualdade, entre outros)⁴². Para os danos decorrentes de abandono afetivo, torna-se relevante esta leitura jurídica objetiva dos danos morais.

Nas situações de abandono afetivo o interesse lesado é claramente extrapatrimonial: relaciona-se com a dignidade da pessoa humana (envolve a esfera existencial, pessoal da vítima), podendo gerar tanto efeitos de natureza patrimonial como de natureza não patrimonial. Assim, em um primeiro momento há que se verificar a demonstração da ofensa a essa esfera existencial (*aspecto objetivo*), mas do ponto de vista da vítima, e não do ofensor. Ou seja, cumpre demonstrar qual esfera da dignidade pessoal da vítima restou abalada com tal conduta lesiva. Isto se faz sempre a partir da perspectiva da vítima e inicialmente é cabível a exigência da sua comprovação. Constatando-se a existência de ofensa a essa esfera pessoal da vítima – decorrente da omissão do genitor – estar-se-á diante de um dano injusto reparável, presente, portanto, o abandono afetivo.

A análise das situações de abandono afetivo deve partir da averiguação da presença do dano sofrido pela vítima (e não a partir do ato do ofensor), conforme sustenta Giselda M. F. N. Hironaka.

39 MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos da Responsabilidade Civil. *Op. cit.*, p. 332.

40 REIS, Clayton. **Dano Moral**. *Op. cit.*, p. 15.

41 “[...] o dano moral se caracteriza pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos de tal lesão (presunção *hominis*) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo.” DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 146.

42 “Este estudo tem por fito desenvolver argumentos, que me parecem convincentes, no sentido de concluir com uma tese: não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos da personalidade. (...) A rica casuística que tem desembocado nos tribunais permite o reenvio de todos os casos de danos morais aos tipos de direitos da personalidade. Nenhum dos casos deixa de enquadrar-se em um ou mais de um tipo, conforme acima analisados. A referência freqüente à “dor” moral ou psicológica não é adequada e deixa o julgador sem parâmetros seguros de verificação da ocorrência de dano moral. A dor é uma consequência, não é o direito violado. O que concerne à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos, sua consciência, suas afeições, sua dor, correspondem a dos aspectos essenciais da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos da personalidade.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002)

A visualização primeira deve se o dano e não a sua origem ou causa, propriamente ditas, pois o que corre à frente é a circunstância da vítima do dano. É pela vítima e pela expectativa de reorganizar, tanto quanto seja possível, a essência lesada que se procura sistematizar um novo perfil para a responsabilidade civil – como se esboça neste estudo –, quando a ausência afetiva tenha produzido danos ao partícipe da relação paterno-filial, mormente o filho.⁴³

O abandono afetivo, por sua vez, pode gerar danos patrimoniais e extrapatrimoniais, que decorrem da supracitada lesão à esfera pessoal da vítima. Cabe, então, averiguar, no caso concreto, a presença destes respectivos danos. Os danos patrimoniais decorrentes dessa modalidade de abandono devem ser alegados e comprovados – com o que poderão ser indenizados, inexistindo muitas dúvidas a esse respeito. Resta presente a necessidade de se demonstrar, conforme exposto, a ligação desses danos materiais com o abandono.

Contudo, aspecto de maior polêmica diz respeito aos danos extrapatrimoniais advindos do supracitado abandono afetivo. Ou seja, os efeitos existenciais ocasionados para a vítima abandonada (*aspecto subjetivo*). A distinção entre a lesão existencial em si (ofensa à esfera da pessoa que foi vítima – *dano moral objetivo*) de possíveis outros efeitos extrapatrimoniais decorrentes dele (dor, sofrimento, humilhação – *dano moral subjetivo*) joga luz sobre a questão. Estes outros efeitos podem estar presentes ou não em determinados casos concretos, mas, para a ocorrência de dano injusto indenizável, basta apenas a lesão a alguma esfera da dignidade da pessoa da vítima (ou seja, comprovação da ofensa a um interesse juridicamente protegido).

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são possível consequência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame, sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa *uma agressão à dignidade de alguém*.⁴⁴

Na esteira do já dito acima, sustenta-se que a ofensa à esfera extrapatrimonial da vítima deve ser comprovada; já os efeitos extrapatrimoniais decorrentes dessa ofensa podem ser comprovados ou presumidos. Caso exista algum efeito perceptível concretamente apenas restará ainda mais clara a ofensa à esfera existencial do lesado (como um dano psíquico decorrente do abandono afetivo: nesse exemplo se está diante de um dano extrapatrimonial decorrente da ofensa a um interesse extrapatrimonial).

Por outro lado, caso tal ofensa não tenha gerado outro efeito extrapatrimonial aferível (como um dano psíquico), é desnecessária qualquer prova de dor ou sofrimento dele decorrente. Este outro efeito seria perfeitamente presumível, sendo des-

43 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. p. 209-236. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords.). *Leituras Complementares de Direito Civil – Direito das Famílias*. Salvador: Podivm, 2010. p. 226.

44 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Op. cit., p. 84.

picienda qualquer exigência de sua prova em juízo. Neste aspecto subjetivo do dano sempre haverá presunção judicial quanto à dor, sofrimento, humilhação ou vergonha (no sentido do que fez o acórdão ora comentado).

Entretanto, muitos sustentam, indistinta e genericamente, apenas que ‘o dano moral prescinde de prova e deve ser sempre considerado *in re ipsa*’ (há reiterada jurisprudência nesse sentido). Ou seja, não diferenciam a esfera do dano relativa à lesão a determinada esfera extrapatrimonial (aspecto objetivo) dos possíveis efeitos dela decorrentes (aspecto subjetivo), e por isso afirmam que ambos os aspectos seriam presumíveis (tanto a lesão como os efeitos advindos). Tal premissa pode conter um equívoco, pois permite confundir a lesão extrapatrimonial em si com uma dor ou um sofrimento decorrente dela. Anderson Schreiber descreve de forma clara o desacerto:

Na teoria do dano *in re ipsa* parece, contudo, residir um grave erro de perspectiva, ligado à própria construção do dano extrapatrimonial e à sua tradicional compreensão como *pretium doloris*. Em outras palavras, a afirmação do caráter *in re ipsa* vem quase sempre vinculada a uma definição consequencialista de dano moral, muito frequentemente invocada a partir da sua associação com a dor ou o sofrimento. Sob esta ótica, parece mesmo óbvio que a prova do dano deve ser dispensada, na medida em que seria esdrúxulo e, antes disso, ineficaz exigir a demonstração em juízo da repercussão sentimental de um determinado evento sobre a vítima, seja porque a dor e o sofrimento são fatos inteiramente subjetivos, seja porque, nesta condição, são facilmente simuláveis. A verdade, no entanto, é que a dor não define, nem configura elemento hábil à definição ontológica do dano moral. Como já demonstrado, trata-se de uma mera consequência, eventual, da lesão à personalidade e que, por isso mesmo, mostra-se irrelevante à sua configuração.⁴⁵

Em suma, mister que se distinga a ofensa a interesse extrapatrimonial da eventual dor ou sofrimento que ela pode causar, visto que este pode ser apenas um dos seus efeitos. Para que esteja presente um dano extrapatrimonial há que existir uma lesão a um interesse seu juridicamente protegido (como a um direito da personalidade, por exemplo). Esta ofensa pode ou não causar dor íntima ou sofrimento, mas isso não é relevante para a constatação da existência do dano extrapatrimonial. Consequentemente, para estar presente um dano moral reparável, basta a comprovação da lesão a essa esfera pessoal da vítima⁴⁶.

45 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos. *Op. cit.*, p. 202.

46 Paulo Luiz Netto Lôbo diferencia a lesão ao direito da personalidade do possível efeito que esta pode gerar: “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.” [grifei] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Caberá, *in casu*, ao requerente do pedido reparatório decorrente de abandono afetivo descrever quais foram as lesões à sua esfera extrapatrimonial, sendo esta tarefa essencial. Portanto, é necessária a descrição da ofensa ao direito da personalidade da vítima e da sua vinculação com a conduta reprovável do infrator. Repita-se que a demonstração deste aspecto do dano (objetivo) se restringe a comprovação da ofensa a sua esfera existencial⁴⁷.

Maria Celina Bodin de Moraes corrobora estes argumentos ao discorrer especificamente sobre os reflexos desta situação no abandono afetivo:

Há que se melhor explicar o posicionamento aqui defendido. Para configuração de dano moral à integridade psíquica de filho menor, é preciso que tenha havido o completo abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta. Se alguém ‘faz as vezes’ de pai (ou de mãe), desempenhando as suas funções, não haverá dano a ser indenizado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico. Não se admite qualquer caráter punitivo à indenização do dano moral. Não se trata, pois, de condenar um pai que abandonou seu filho (eventual ‘dano causado’), mas de ressarcir o *dano sofrido* pelo filho quando, abandonado pelo genitor biológico, não pôde contar nem com seu pai biológico, nem com qualquer figura substituta, configuram-se, então, só aí, o que se chamou de ‘ausência de pai’ (isto é, ausência de figura paterna).⁴⁸

Ainda que se sustente despidiendá qualquer prova de dor ou sofrimento, como fez – *in casu* – o acórdão ora em comento, inafastável a vítima se desincumbir do dever de descrever quais lesões à sua esfera existencial ocorreram e qual o vínculo delas com o aludido abandono.

É alvissareira a decisão do STJ que permite reparação por abandono afetivo, anunciadora de um outro momento na análise da responsabilidade civil em questões de direito de família, em que pese algumas observações pontuais possam ser feitas à sua fundamentação e decorram deste posicionamento novas questões aos juristas.

Muito mais do que entregar uma resposta pronta e completa, esse precursor julgado pode exercer o papel de importante pergunta que nos leve a atentar com mais vagar para alguns aspectos da realidade, por vezes esquecidos pelos operadores jurídicos.

Ao assim decidir, o Superior Tribunal de Justiça ilumina um tema que há muito restava à sombra do direito brasileiro: os casos concretos de abandono afetivo. O simples fato de colocar a temática na ordem do dia dos civilistas já é merecedor de aplausos não se ignorando que, ao assim proceder, traz desafios e alguma inquietação.

47 Anderson Schreiber parece comungar desse entendimento, ao afirmar especificamente sobre o caso de abandono afetivo: “Isto não exclui o dever do autor de demonstrar que tal interesse foi efetivamente afetado, ou seja, que a ausência de sustento, guarda, companhia, criação ou educação afetaram concretamente a formação da sua personalidade.” SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos. *Op. cit.*, p. 182.

48 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em Família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *Op. cit.*, p. 450.

Como estamos na fase da insegurança, da incerteza e da instabilidade⁴⁹, o *hard case* desta estirpe certamente envolve um pouco destes fatores, o que traz dificuldades ao Direito, como se percebem nas diversas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito⁵⁰.

O reconhecimento da possibilidade de responsabilização civil do denominado abandono afetivo é mais um indicativo da relevância que a temática da afetividade assume no direito brasileiro, sendo o aprofundamento dos temas correlatos que advêm deste novel entendimento uma tarefa a cumprir.

Inegável que o Direito não é (nem pretende ser) a ‘solução’ para todos os atuais dilemas familiares, cuja composição certamente perpassa por diversas outras áreas - as quais não se pretende ignorar e muito menos a minorar. Os dramas do abandono afetivo muito mais do que reparados devem ser evitados, tarefa que envolve diversas questões metajurídicas⁵¹.

Com essas observações, é necessário perceber que o Direito não pode deixar de dar as respostas aos conflitos quando chamado para tanto. Corolário disso, é que estas respostas devem ser extraídas do atual sistema jurídico, de acordo com as premissas do direito da(s) família(s) brasileiro deste início de século, o que indica na possibilidade de reparação civil nos casos de abandono afetivo⁵².

Por outro lado, nada impede que sejam edificadas outras formas de reparação para os danos resultantes destes conflitos familiares, desde que se mostrem cabíveis em uma dada situação fática, mas para isso parece indicado discutir juridicamente os temas advindos dos casos de abandono afetivo e não mais evitá-los.

Resta, portanto, enfrentar as questões apresentadas com serenidade e esforço para oferecer a melhor construção que a técnica jurídica atual possa permitir, com os olhos na realidade contemporânea, sempre mantendo o caminhar na busca pela consagração dos valores existenciais da pessoa humana.

49 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 132-140.

50 “Quando, nos chamados casos difíceis, se põe a necessidade de ponderar os interesses conflitantes, quer-se com isso dizer que é cabível examinar, em cada hipótese, a qual princípio deva ser dada prioridade no caso concreto: à liberdade ou à solidariedade?; à integridade psicofísica ou à liberdade?; à igualdade ou à solidariedade: os casos difíceis, no dizer de Paul Ricoeur, constituem um desafio à provação do julgamento reflexivo. O objetivo a ser alcançado, contudo, é único e não admite relativizações.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Op. cit.*, p. 120)

51 Nesse particular, pode ser útil a realização de campanhas direcionadas à população, tais como as atualmente desenvolvidas pelo Conselho Nacional de Justiça, com vista a esclarecer as pessoas sobre a importância da vivência de uma relação parental, visando reduzir a ocorrência de casos de abandono afetivo, no que outras ciências e outros profissionais podem em muito contribuir.

52 Obviamente que o mérito do cabimento ou não da reparação variará em cada caso concreto, dependendo do contexto envolvido. Outrossim, também não significa que a recomposição deva ser sempre e apenas financeira, sendo aconselhável averiguar qual a compensação mais indicada para cada situação específica.

1. Referências

ALTHEIM, Roberto. **Direito de Danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2010.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

ECHEVESTI, Carlos; GÓMEZ, Hernán; ARES, Valentina. **Derecho de Daños**. Buenos Aires: Scotti, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias - entre o público e o privado. VIII CONGRESSO NACIONAL DO IBDFAM. Família: entre o público e o privado. **Anais...** PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Porto Alegre: Magister/Ibdfam, 2012. p. 158-169.

_____; **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría General de la Reparación de Daños**. Buenos Aires: Astrea, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords.). **Leituras Complementares de Direito Civil – Direito das Famílias**. Salvador: Podivm, 2010. p. 209-236.

_____; Responsabilidade Civil: Estado da Arte no Declínio do Segundo Milênio e Alguns Sabores de Um Novo Tempo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Orgs.). **Responsabilidade Civil**: Estudos em Homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 184-233.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 347-366.

_____; O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Direito Privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p. 323-339.

_____; Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 5, p. 5-22, ago./set. 2008.

MALUF, Adriana. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos da Responsabilidade Civil. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 317-342.

_____; **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos** Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____; Danos Morais em Família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 423-455.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5. ed., amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **As linhas que dividem amor e Direito nas constituições**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-27/direito-comparado-linhas-dividem-amor-direito-constituicoes>>. Acesso em: 07 abr. 2013.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais de Direito Civil e Liberdade(s): Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: o Privado e o Público na Vida Social e Histórica**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), REsp 1.159.242/SP, Rel^a. Min^a. Nancy Andrigui, Terceira Turma, j. em 24.04.2012, DJe 10.05.2012.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família: breves considerações**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859>. Acesso em: 17 fev. 2013.

_____; O Princípio da Solidariedade e algumas das suas implicações em Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister/Belo Horizonte, IBDFAM, v. 30, p. 5-34. out./nov. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. O nexo de causalidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 454-489.

VI

CONTRATEMPO ENSINO JURÍDICO

35

O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: SEUS EFEITOS SOBRE O DIREITO CIVIL

Francisco Luciano Lima Rodrigues¹

SUMÁRIO: 1. Referências.

O presente artigo tem por objetivo abordar o fenômeno da constitucionalização do direito, com especial atenção para seus efeitos com relação ao direito civil, a impor, em face da metodologia aplicada ao trabalho, uma delimitação histórico-temporal, a começar pelo surgimento do Estado Liberal com a Revolução Francesa, a edição do Código Civil Francês em 1804, com a expansão da ideia de completude, dele decorrente, para, em seguida, verificar a influência do Estado Social, com as mudanças de paradigmas da interpretação das regras de direito privado, pelo reposicionamento da Constituição que deixou de ser um mero conjunto de aspirações políticas para se colocar no topo da ordem jurídica nacional com força normativa e vinculante que, relativamente a interpretação das regras oriundas das relações privadas, impôs uma leitura do Código Civil a partir dos objetivos e fundamentos da República brasileira, em especial pela prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana.

O final da Idade Média foi marcada pelo desenvolvimento do comércio situado nos burgos, fora do domínio do senhor feudal, favorecendo o crescimento de impérios financeiros e, por consequência, a expansão da propriedade privada. Neste cenário, chegavam ao fim os privilégios dos nobres e do Clero, este último o mais resistente a permanecer com as benesses, surgindo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aspecto marcante nesta nova realidade, a indicar quatro no-

1 Doutor em Direito pela UFPE. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Juiz de Direito.

vos sentidos às relações jurídicas: liberdade, prosperidade, segurança e resistência à opressão.

A partir da nova realidade, a vitória dos burgueses, surgiu a reunião das leis civis no Código de Napoleão de 1804, colocando o direito civil como o centro da ordem jurídica, espalhando um sentimento de segurança formatado na ideia de completude e perenidade. A este respeito, afirma Maria Celina Bodin de Moraes² que

a exigência de estabilidade, ou de previsibilidade, quanto aos comportamentos dos sujeitos passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas, na medida em que a burguesia francesa, vitoriosa na Grande Revolução, se tornou uma nova classe dirigente, portadora da tábua de valores na qual toda a sociedade foi chamada a se reconhecer. O “mundo da segurança” é, portanto, o “mundo dos códigos”, que consubstanciam, em ordenada sequência de artigos, os valores do liberalismo do século XIX.

Marcou a Revolução Francesa o início do Estado Liberal pelo enfraquecimento do feudalismo e, num aspecto sensivelmente privado, pela extinção da propriedade parcelada (domínio direto e domínio útil), sua marca na relação vassalo-senhor feudal, fazendo surgir um novo modelo de relação privada – **liberal-individual**, cujas raízes são encontradas no jusnaturalismo racionalista e na filosofia liberal.

A propriedade se transforma no símbolo maior da nova ordem jurídica, uma vez que, dada a sua sacralidade e inviolabilidade, seu caráter absoluto, personifica o mais importante dos direitos naturais do homem.

Com o Estado Liberal fica clara a repartição entre o direito privado e o direito público. Tal divisão, no entanto, tem seus contornos clarificados em face da adoção, pelo Estado Liberal, das ideias do jusnaturalismo racionalista, segundo a qual, no âmbito das relações privadas estariam os direitos naturais, dentre eles o exercício do direito de propriedade de forma absoluta, restando ao direito público as relações, sob o comando do Estado, que tivessem a ver com o interesse geral. Neste sentido, vale trazer à colação as palavras de Adriano Marteleto Godinho³, quando afirma que

historicamente, estabeleceu-se a clássica distinção entre o Direito Público e Direito Privado como uma das mais difundidas e fundamentais classificações no universo jurídico. Sendo o Direito Civil o ramo jurídico que representa por excelência a visão privatista do Direito, por envolver imediatamente a pessoas e as relações interpessoais, prevaleceu durante séculos, a noção de que este ramo era caracterizado como a perfeita antítese do Direito Público. Assim, no contexto das ciências sociais, estabeleceu-se o Direito Civil como o ramo do direito que resguardava os interesses individuais, em contraposição ao Direito Público, em que se fazia presente, de forma marcante, a figura

2 MORAES, Maria Celina Bodin de – Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p.34.

3 GODINHO, Adriano Marteleto – O fenômeno da constitucionalização: um olhar sobre o direito civil. In: <http://www.institutodcc.com.br/news/o-fenomeno-da-constitucionalizacao-um-novo-olhar-sobre-o-direito-civil>. Acessado em 21.04.2014.

do Estado. Não por acaso, as grandes codificações civis tornaram-se conhecidas como as “constituições do homem comum”, já que primordialmente cumpriram o papel de estabelecer e disciplinar as instituições jurídicas de caráter privado e de erguer limites às intervenções estatais sobre os interesses individuais.

As relações jurídicas no Estado Liberal eram fundadas na liberdade econômica, na “mão invisível” do mercado, como afirma José Carlos Vieira de Andrade⁴, que, na visão predominante na época, conduziria ao melhor dos mundos, mas, na realidade, a intenção era evitar interferência do Estado que pudesse reduzir a atuação da “mão invisível”, colocando em risco os valores da autonomia da esfera privada, a liberdade e a propriedade dos indivíduos.

O homem do Estado Liberal estava reduzido à condição de sujeito do direito e, como tal, não tinha sentimentos, era movido apenas pela lei do mercado. Um “autômato metalista”, suas motivações centram-se, como afirma Ricardo Aronne⁵, na teoria da justa troca.

A divisão do direito entre dois ramos – público e privado, fica evidenciado, mas também deixa claro que esta divisão ultrapassa muito uma mera repartição entre dois grandes ramos do direito, sendo um instrumento para o fortalecimento do viés econômico que deveria conduzir as relações jurídicas de direito privado, de forma a evidenciar a importância da coisa em detrimento da pessoa, garantindo a visão patrimonialista e individualista do direito do Estado Liberal.

Tem-se agora, de forma cristalizada, o entendimento de que as regras de direito privado seriam, no Estado Liberal, o centro da ordem jurídica, com uma divisão clara entre o direito privado e o direito público. É o apogeu do direito civil. O direito fundado numa ótica individualista, traduzido pela reunião de toda uma legislação num *Code*. Tudo parecia perfeito. O homem teria vencido a opressão do período feudal, a propriedade era um direito absoluto, a liberdade o parâmetro e a fundamentação de todas as relações jurídicas, somado ao Código Civil Francês de 1804 que materializava, pelo sentimento de completude, a ideia de autossuficiência.

O apogeu da codificação civil encontrou na Escola da Exegese a fortaleza que necessitava para encarnar o mito da completude. Vale observar as palavras de Mario Franzen de Lima⁶ ao se referir a hermenêutica tradicional, quando diz que

surgiu à sombra das codificações do direito do século XIX. Antes destas codificações, o direito era, em sua maior parte, não escrito, oriundo do sentimento popular, e como que intuitivamente apreendido e verificado por uma tradição que o transmitia de geração em geração, conforme as necessidades da vida o haviam sugerido e pouco a pouco formado.... Com a codificação, todo esse material esparso em leis, costumes, tradições

4 ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2001, p. 239.

5 ARONNE, Ricardo - Os direitos reais na constitucionalização do direito civil, in Revista Direito e Justiça, v. 39, n.2, jul/dez.2013, p.177.

6 LIMA, Mário Franzen de - Da interpretação Jurídica, 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1955, pp.12-14.

*e precedentes da jurisprudência civil e comercial se fundiu e cristalizou em um bloco de fórmulas legislativas, decisivas, precisas, que se impunham com o absolutismo de dogmas jurídicos. E foi grande a repercussão deste fenômeno no método de interpretação.....Essa concepção estreita apareceu em 1841, claramente formulada no livro *Autorité de la loi*, de BLONDEAU, decano da Faculdade de Direito de Paris: a lei deve e pode, graças a uma interpretação, de certo modo interna, satisfazer a todas as exigências da vida jurídica. Imaginava, observa Plainol, “que o código era algo completamente novo, sem ligações com o passado”, e o comentaram, isolando-o de tudo mais, como se houvesse caído do céu”.*

Como se vê a ideia de completude atribuída ao Código Civil, ignorava outras fontes de direito, partindo do entendimento de que naquele catálogo estariam todas as respostas para as mais diversas perguntas. A confiança era irrestrita na suficiência da lei. Era um serviço de pronta-entrega, o direito *prêt-à-porter*.

Este sentimento de completude fortalecia a já conhecida repartição do direito em público e privado. No âmbito privado eram resolvidas todas as questões, pois prevalecia o sentimento de que não haveria direito que não houvesse sido previsto pelo legislador, no caso, um próprio visionário de todo e qualquer fenômeno social. No público, isolado numa circunscrição, ficava o encargo tão somente de solucionar questões relativas ao Estado, quanto a sua organização.

Esta separação entre os ramos do direito – público e privado, fator de fortalecimento do sentimento de completude do Código Civil, resultava numa situação de inversão da ordem natural, com a colocação do direito civil numa posição prevalente com relação à constituição, observando-se um comportamento de autossuficiência do direito civil que, na interpretação, prescindia do texto constitucional. Já não se negava, à época, a superioridade da constituição frente a outras legislações, dentro do sistema jurídico. Entretanto, a certeza advinda da autossuficiência do Código Civil era de tal envergadura e se bastava, que se chegava a descartar ou menosprezar as disposições constitucionais para a interpretação da lei, sob o argumento de que o texto constitucional, encarregado, na visão da época, apenas da estruturação e organização do Estado padecia de uma instabilidade, não admissível nas relações privadas, fundadas no Código Civil, cujo traço era o da fortaleza e o da previsibilidade.

A respeito deste comportamento de relegamento da norma constitucional a uma posição de inferioridade frente à norma civil, ensina Gustavo Tepedino⁷ ser equivocada a ideia de reduzir a norma constitucional, um sistema, a um elemento de integração subsidiário, aplicável nos casos de ausência de uma norma ordinária específica e, depois de terem cessadas as tentativas de utilização da analogia e das regras consuetudinárias, considerando, tal fato, uma subversão hermenêutica, apesar de coerente com a lógica do individualismo oitocentista.

Toda esta carga de entendimento hermenêutico utilizado na interpretação do Código Civil Francês de 1804, igualmente se aplica ao Código Civil brasileiro de 1916,

7 TEPEDINO, Gustavo- O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa, in *Problemas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001, p.3.

cujas referências ideológicas foram buscadas no liberalismo da revolução francesa, tendo encontrado terreno fértil para se projetar ao deparar com uma elite patrimonialista e conservadora a importar-se prioritariamente com o atendimento de seus interesses próprios, quase sempre completamente apartado da realidade social brasileira.

Com a virada do século, o sistema fechado de direito privado, tendo o Código Civil como o centro, passou a sofrer influência das mudanças do século XX, especialmente as decorrentes dos fenômenos econômicos, tanto na Europa, como no Brasil.

Na Alemanha, afirma Franz Wieacker⁸ que a supremacia do sistema fechado de direito privado, nos anos 20 do século XX, deixou de ser capaz de manter a supremacia até então vigente, pelo surgimento da autonomização de outros domínios do direito, precisamente em campos significativos do direito civil, por meio de leis especiais. No entanto, afirma Wieacker que estas regulamentações, por serem parte de um todo, “*espírito do espírito do direito civil*” não trouxeram, de imediato, grandes alterações no direito civil.

No entanto, os efeitos na primeira guerra mundial, não tardaram a influenciar na flexibilização do conceito de completude e de autossuficiência do direito privado. Na Alemanha, afirma Wieacker⁹, mostrou-se necessário a imposição de restrições à liberdade contratual e à liberdade de utilização da propriedade, fazendo surgir uma política econômica global que passou a influenciar o direito privado, com o surgimento de uma constituição que, por ocasião da falha da livre concorrência ou da ameaça à solidariedade social, fez surgir uma intervenção dos poderes públicos com uma função dirigente pela administração pública da economia. Mais adiante explicita Wieacker,

o princípio funcional comum a este novo domínio charneira entre o direito público tradicional e o direito privado, nos quais a conformação entre o Estado e a sociedade tinham encontrado a sua expressão clássica, é o de que o decurso das funções sociais e econômicas não é dirigido nem pela ordenação estadual directa nem pelo livre jogo da autonomia privada dos sujeitos econômicos, mas pela cooperação entre os grupos sociais ou por uma concorrência coordenada pelos poderes públicos. Uma vez que o que aqui se exprimia era a irresistível integração da sociedade econômica na ordem jurídica pública (integração que jusracionalismo liberal e o liberalismo clássico não tinham pretendido), estes princípios foram-se impondo constantemente na realidade jurídica alemã do século XX, através de todas as mudanças de governos e dos sistemas políticos. ... Isto significa, no entanto, que, neste sistema ordenador, os princípios constitutivos do direito privado clássico – a fundamentação dos direitos subjetivos privados e da autonomia negocial privada e as conexões conceituais e a unidade interna do sistema – estão necessariamente postas à prova e submetidas a uma mutação decisiva de funções. Uma nova legitimação do direito na consciência jurídica do Estado Social e a sua convincente sintonização com o direito social (ao

8 WIEACKER, Franz- História do Direito Privado Moderno, 4ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, pp.628-629.

9 Obra citada, p.631.

lado de uma integração numa economia concorrencial concebida como princípio de funcionamento do mercado) passaram a constituir a tarefa mais premente da jurisprudência e da dogmática civilísticas da actualidade.

No Brasil, em seguida aos anos 30 do século passado, também se observa a quebra do sentimento de completude do Código Civil, a partir de uma maior intervenção do Estado na economia, com a imposição de restrições à autonomia privada e a presença do fenômeno chamado de dirigismo contratual.

A atuação mais incisiva do Estado na economia, à época, não altera, na essência, toda a estrutura do direito privado no Brasil, mas, de forma efetiva, faz fissuras na estrutura do direito civil, até então marcadamente individualista, para permitir que se limite a atuação do contratante para preservar interesses coletivos, bem como, para preservar a igualdade dos direitos ou sua manutenção nas avenças.

Consequência da influência das ideias do Estado Social sobre as relações privadas, observa-se o surgimento de uma gama de leis especiais, regulamentando matérias não previstas pelo Código Civil, a demonstrar a flexibilização da certeza de centralidade e de previsibilidade tão marcantes no ideário liberal oitocentista.

Perlingieri¹⁰ indica que o fenômeno da quebra da centralidade do Código Civil também se verificou na Itália, na primeira metade do século XX, quando da entrada em vigor do Código Civil de 1942 que

coloca ao centro da atenção a empresa, a atividade produtiva, a regulamentação do trabalho, a necessidade de organizar a produção, a forma política e jurídica do intervencionismo do Estado nas relações econômicas. O interesse do legislador é potencializar a produtividade, fazendo do produtivismo a característica precípua do ordenamento.

O avanço das ideias do Estado Social conduziram para o surgimento de uma atuação legislativa na ordem do direito privado que, ao contrário do que ocorria no apogeu do liberalismo oitocentista, com ausência ou menosprezo de abordagem que se preocupassem com políticas públicas, surgem no Brasil o comportamento em que o legislador deixa de lado a postura equidistante das questões sociais, afastando a atuação genérica e neutra, para assumir um papel de agente de promoção de valores.

Esta mudança de referência do legislador ordinário, com a admissão de novo papel, trouxe ao direito civil a possibilidade de se recolocar no cenário da ordem jurídica, deixando de ser considerado como um sistema monolítico para permitir que em seu entorno, orbitem outros microsistemas que, apesar de possuírem autonomia, têm com o direito civil uma relação de pertença, pois parte de um todo.

Em todas as ordens jurídicas que, por conta da influência das ideias do Estado Social, foi verificada uma importância especial na preservação de interesses coleti-

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro – Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional, tradução de Maria Cristina De Cicco, 1ª edição revisada e ampliada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1999, p.4.

vos, com uma maior intervenção do Estado na economia e, por consequência, uma limitação à autonomia contratual, passou o direito civil a conviver com o fenômeno da constitucionalização do direito, fazendo com que a Constituição se deslocasse de uma posição de mera carta política para, de fato, colocar-se no ápice da ordem jurídica nacional em face de sua força normativa e vinculante.

À este fenômeno deu-se o nome de constitucionalização do direito, cujo resultado mais imediato foi, no dizer de Perlingieri¹¹, a *releitura do Código Civil, bem como das leis especiais à luz da Constituição republicana, para evitar ambiguidades, requer uma adequada reflexão sobre o papel que a Carta Constitucional ocupa na teoria das fontes do direito civil*.

A expressão *constitucionalização* não é bem aceita por juristas que atuam no direito privado, em especial no direito civil, sendo lugar comum a afirmativa de que *todo direito é constitucional*, seja ele civil, penal, tributário, trabalho e os demais. Descrevem estes juristas que o fenômeno da constitucionalização não seria algo novo, apenas uma tentativa de reduzir a importância do direito civil, bem como negar a sua tradicional construção dogmática, afirmando a utilização exagerada dos direitos fundamentais na interpretação das regras de direito civil. De fato, o que se observa é um compromisso inflexível com o perfil traçado pelo liberalismo oitocentista para o direito civil com uma considerável resistência em ver contestada a ideia de completude e de autossuficiência do direito privado.

Em crítica à dogmática civilista contemporânea, afirma Otávio Luiz Rodrigues Junior¹² afirma:

Importa, aqui, por agora, resumir alguns desses elementos de crítica à dogmática civilista contemporânea: a) usa-se com extrema promiscuidade o conceito de constitucionalização, sem que se saiba propriamente a que se refere, o que implica trazer para seus limites situações ou fenômenos jurídicos totalmente diferenciados ou incompatíveis, como a interpretação conforme à Constituição, interpretação do direito ordinário sob a égide da supremacia constitucional, controle de constitucionalidade, das leis, uso de princípios constitucionais para interpretar o Direito Privado, eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares; b) os direitos fundamentais devem ser compreendidos nos moldes da teoria externa, distinguindo-se entre o seu conteúdo essencial e respectivos limites; c) não há como se admitir direitos fundamentais ilimitados; d) o exame da função social da propriedade, por exemplo, pressupõe o reconhecimento da distinção entre propriedade e função social.

A análise da constitucionalização do direito modifica a velha compreensão oitocentista do direito civil, de viés patrimonialista e individualista, pela qual a pro-

11 PERLINGIERI, Pietro – O Direito Civil na legalidade constitucional, tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2008, pp. 569-570.

12 RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz – Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios, in www.direitocontemporaneo.com/wp-content/upload/2014-estatuto-epistemologico-do-direito-civil-contemporaneo-na-tradicao-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-principios. Acessado em 23.04.2014.

priedade e o contrato estavam no topo da proteção, a coisa, portanto, em detrimento da pessoa. É a concepção, já ultrapassada, de que o direito civil cuida e resolve as questões que envolvem interesses individuais e ao direito constitucional, restaria as questões relativas à organização do Estado. Seria o dualismo – direito público *versus* direito privado. O Estado cuidando do interesse coletivo, a pessoa de seus interesses. Cada um em searas diferentes, em círculos com quase ou nenhuma intersecção.

Somente a título de informação, vale ressaltar que a crítica à dualidade – direito público *versus* direito privado- foi objeto de análise por Hans Kelsen na obra *Teoria Pura do Direito*¹³, na qual defende que tanto nos atos públicos como nos negócios jurídicos se pode ver um ato do Estado, ou seja, um fato de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica, como se vê no excerto abaixo:

Se concebermos a distinção decisiva entre direito público e privado como a distinção de dois métodos de criação do Direito, se reconhecermos nos chamados actos públicos do Estado aqueles mesmos actos jurídicos que nos aparecem nos negócios jurídicos privados, sobretudo se nos termos conta de que os actos que formam o facto produtor do Direito apenas são, em ambos os casos o prolongamento do processo da chamada formação da vontade estadual, e de, precisamente como no comando da autoridade, também no negócio jurídico privado apenas se realiza a individualização de uma norma geral – acolá, de uma lei administrativa, aqui, do código civil -, então não se nos afigurará de forma alguma paradoxal que a Teoria Pura do Direito, do seu ponto de vista universalista – sempre dirigido ao todo da ordem jurídica como sendo a chamada vontade do Estado – veja também no negócio jurídico privado, tal como no comando da autoridade, um acto do Estado, quer dizer, um facto de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica.

O posicionamento de Hans Kelsen ao relativizar a rigidez da dualidade - direito público *versus* direito privado, além de fortificar a ideia de que esta divisão não tem mais o significado que já ostentou no passado, ultrapassado, portanto, o ideal oitocentista, abre caminho para o entendimento de que a convivência entre as normas ditas públicas e as de ordem privada pode ser possível.

De volta à questão da *constitucionalização do direito*, pode-se verificar que por tal fenômeno, observou-se uma relocação do direito constitucional, saindo de uma posição de mera repositório de expectativas políticas, longe do cotidiano do homem comum, cujo centralidade de suas relações jurídicas se situava na propriedade e no contrato, para colocar no centro do sistema jurídico a constituição com toda sua carga de princípios a servir de parâmetro para a interpretação de todas as demais normas existentes no sistema jurídico.

Esta recolocação do direito constitucional fez com que princípios, como o da dignidade da pessoa humana, se constituíssem num paradigma na interpretação das normas de direito privado, especialmente, as de direito civil. Dentro desta circuns-

13 KELSEN, Hans- *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, 6ª edição, Armênio Amado, Editora Coimbra, 1984, p.380.

tância passou-se a considerar de importante realce o estudo dos direitos fundamentais e a sua intersecção com as relações particulares.

Com relação a este fato, afirma a Cristina M.M. Queiroz¹⁴ que na constitucionalização do direito privado se observa, a partir da identificação dos direitos e liberdades fundamentais como princípios inarredáveis e supremos da ordem constitucional, sob o qual ficam abrigados de qualquer relativização, um fato que conduz à percepção de uma relação entre o direito constitucional e o direito privado. Mais adiante, defende ainda Cristina M.M. Queiroz que

A esta relação não é estranha a afirmação do “primado” ou “supremacia” da Constituição (*Vorrang der Verfassung*). Na concepção “clássica” dos direitos estes vinham essencialmente caracterizados como “direitos de defesa”, orientados contra o poder executivo e, particularmente, contra a Administração Pública. A esta luz, o direito constitucional não podia assumir uma função protectora ou garantidora dos direitos face ao direito privado que apareceria então como o “baluarte” autêntico da liberdade individual.

Por essa época, o direito privado regulava as relações dos particulares do ponto de vista da liberdade individual à margem das relações políticas e constitucionais. Daí a posição secundária do direito constitucional face ao direito privado, definido este último como o direito constitutivo da sociedade burguesa. Mais, segundo GRIMM nessa construção, o direito privado deteria mesmo uma “primazia material” sobre o direito constitucional. O direito privado vinha então concebido e interpretado como um direito à margem e independente do Estado.

Como sistema delimitativo de esferas de liberdades, o direito privado assumiu, parcialmente, o papel dos direitos fundamentais. Neste contexto, a liberdade foi expressamente estendida às relações laborais e às relações de emprego público. É a partir dessa época que o legislador passa a estar vinculado pelos direitos fundamentais, nestes incluídos os institutos de direito privado garantidos pela Constituição. É em Weimar que esse movimento de “constitucionalização” do “direito privado” emerge pela primeira vez, com contundência e vigor.

A inclusão dos direitos fundamentais na interpretação das relações privadas, pode ser defendida a partir da ideia de que, na qualidade de princípio constitucional, deve reger ou espalhar-se por toda a ordem constitucional de modo a validar a interpretação das regras de direito entre particulares e o Estado, como também com relação aos particulares entre si. Esta ideia, de certa forma, refuga o entendimento inicial de que os direitos fundamentais estariam apenas numa posição que permitia ao particular se contrapor às ofensas do Estado. Com a ampliação do entendimento, é possível defender que as relações entre os particulares, especialmente as relações contratuais possam ser pautadas, para efeito de interpretação, pela observação do

14 QUEIROZ, Cristina M.M – Direitos Fundamentais (Teoria Geral), Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp.272-273.

atendimento aos direitos fundamentais, especialmente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na ordem constitucional brasileira se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais quando da relação entre si, assim como, por natural, na sua relação com o Estado. A concepção relativa à aplicação imediata ou direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares pode ser concebida, mas palavras de Wilson Steinmet¹⁵

A teoria da eficácia imediata (1) é uma construção dogmática que toma a sério os direitos os direitos fundamentais, (ii) é consistente e conseqüente com a posição constitucional especial e preferencial desses direitos e com o conceito de Constituição como estrutura normativa básica (fundamental) do Estado e da Sociedade e (iii) está sincronizada com o projeto – um projeto que não é somente jurídico, mas também ético e político, sobretudo no marco de uma sociedade tão desigual injusta socialmente como a brasileira – de máxima efetividade social dos direitos fundamentais.

A partir da adoção do entendimento de que há eficácia imediata dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, nos termos do excerto acima, onde são trazidos para a interpretação elementos dinâmicos, tais como a realidade social, tem-se o fortalecimento dos objetivos da república indicados no art. 3º da Constituição Federal, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana e o que almeja erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, aplicáveis às relações privadas. Observa-se ainda a implicação dos direitos fundamentais na interpretação das normas de direito privado, tendo, por consequência, a abertura da discussão a respeito da constitucionalização do direito, vindo a colocar a Constituição numa posição bem diferente daquela que lhe atribuía o papel de “*mero rol de princípios gerais, a ser utilizado somente em sede de interpretação de enunciados normativos ordinários*”¹⁶, impondo, assim, como parâmetro à interpretação das normas de direito privado a verificação e adequação aos valores constitucionais, favorecendo, como afirma Perlingieri¹⁷, a que se evite

prevaleça a letra da lei ou se utilize um superado *esprit de loi* ou, pior ainda, que se atribua à lei ordinária um juízo de valor discricional e subjetivo: no juízo de valor, do qual a atividade do interprete é continuamente disseminada, terá nas normas constitucionais um ponto fixo onde se apoiar, reduzindo, ainda que somente em parte, a esfera da discricionariedade. É evidente que o caráter sistemático da interpretação, que encerra em si a própria atividade cognoscitiva, colocando cada normativa no panorama global do ordenamento, deve se inspirar nas normas constitucionais.

15 STEINMET, Wilson – A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, São Paulo, Editora Malheiros, 2004, p.271.

16 PERLINGIERI, Pietro – Obra citada, p. 572.

17 PERLINGIERI, Pietro – Obra citada, p. 574.

Considera-se, portanto, ultrapassada a noção de interpretação de normas infraconstitucionais, como o Código Civil, a partir da simples vinculação ou apenas da operação que as considera válidas no âmbito da estrutura de validade imaginada por Hans Kelsen. Observa-se que as normas de direito privado, assim como outras, são interpretadas tendo como referência uma constituição dinâmica, capaz de absorver as mudanças e os anseios da sociedade, competente para traduzir as alterações dos parâmetros utilizados para servir de instrumento de interpretação e, sobretudo, colocada no centro do sistema, mostrando-se, assim, inconsistente a interpretação das normas de direito privado calcado apenas no processo de subsunção.

Vale observar que não é recente, nem mesmo modismo surgido após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o questionamento a respeito da necessidade de avançar na interpretação das normas de direito privado, especialmente as de direito civil, para além de um processo de subsunção, já se verificando na segunda metade do século passado, colocações, mesmo que tímidas, a respeito de uma nova interpretação que tivesse como parâmetro a primazia do interesse coletivo sobre o particular. Pode-se ver nas palavras de Orlando Gomes¹⁸, que mesmo ainda diante da influência das ideias oitocentistas, já defendia o alargamento da interpretação das normas de direito civil, de forma a contemplar o princípio da dignidade da pessoa humana, nos seguinte termos:

No consenso geral, o direito não deve ser mero instrumento de garantia dos interesses individuais, sobrepostos a qualquer outros, Toda a evolução do pensamento jurídico desdobrou-se no sentido de que o interesse geral da coletividade deve estar acima dos interesses individuais. A primazia do interesse geral não significa todavia o sacrifício dos interesses individuais. Aos espíritos moderados afigura-se necessária a conciliação entre as duas ordens de interesse, para que seja preservada a dignidade da pessoa humana. A lei há de refletir essa síntese necessária, colocando-se o legislador no ponto de confluência entre as duas tendências antagônicas. Falharia a sua missão se, intencionalmente ou por inadvertência, abraçasse o *estatismo* a pretexto de combater o *individualismo*.

Não é fácil, todavia, encontrar esse ponto de equilíbrio. FERRARA, reconhecendo a dificuldade de formular os meios para atingir a desejada *justiça social*, adverte que não se deve perder de vista que, quanto mais se procura configurá-los, tanto mais se alarga os poderes de apreciação dos juízes, aumentando o perigo de desvirtuamento e arbítrio que a esse poder é inerente. E, assim, conclui o civilista italiano, o bem que se consegue de um lado, desconta-se do outro. Esse alargamento é, entretanto, inevitável nas atuais condições, por evidente a impossibilidade de concretizar em fórmulas rígidas a conciliação entre duas ordens de interesse.

A colocação da dignidade da pessoa humana como referência para a interpretação das normas de direito civil trouxe, como consequência, a alteração de dois aspectos, considerados fundamentais na visão oitocentista, no caso, o deslocamento

18 GOMES, Orlando – Introdução do Direito Civil, 8ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1986, p.62.

do foco da coisa para a pessoa, que passou a ser a referência e a perda da ideia de um mundo de segurança para se transformar num mundo de grandes incertezas.

No primeiro ponto – deslocamento do foco da coisa para a pessoa, o que pode ser considerado mais significativo nesta mudança de perspectiva na interpretação das normas de direito civil é o ingresso do princípio da dignidade da pessoa humana. Este aspecto, como afirma Maria Celina Bodin¹⁹ seria o desafio do *primado da pessoa, colocado a ao civilista, por ocasião de cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação da norma.*

Passou, portanto, o civilista a observar a legislação a partir desta perspectiva – dignidade da pessoa humana, a gerar mudanças em comportamentos, até então, conformados às ideias oitocentistas, para compreender que as normas de direito civil não se bastam nelas mesmas, mas, ao contrário, quando se passa a interpretá-las a partir da Constituição, tem-se a vantagem de estabelecer um diálogo com a realidade social e seus problemas concretos, angustiantes ao homem comum e, quase sempre, não atendidas pela pretensão de completude da legislação influenciada pelas ideias oitocentistas.

Este diálogo do direito civil com a constituição, onde os princípios e os objetivos da república devem pautar a interpretação das normas, favorece a uma ruptura da prevalência da coisa sobre pessoa e, de uma forma eficiente, aponta ao magistrado o elemento importante a ser preservado, no caso das relações de família, o aspecto da afetividade em contraponto ao patrimônio, nos contratos a existência de contratantes débeis, na propriedade privada o atendimento da função social.

No segundo aspecto - perda da ideia de um mundo de segurança para se transformar num mundo de grandes incertezas, tem-se de pronto a verificação da fragilidade da concepção oitocentista do direito civil e a impossibilidade de uma legislação codificada, como se concebia com relação ao Código Civil, prever todas as situações pelas quais poderia passar a pessoa e as instituições.

Este sentimento de segurança que pretendia, naquele contexto, apenas para atender aos interesses da elite, da classe social que detinha o capital, desprezando a existência de vida, de sentimentos e de necessidades, além da perspectiva de manter o bem-estar de uma pequena parcela as sociedade. Muito mais do que uma simples codificação, uma reunião de normas acerca da personalidade, do casamento, do patrimônio, da sucessão, o Código Civil de 1916, assim como toda a legislação fundada nas ideias da Revolução Francesa, espalhava a sensação de segurança ou pelo menos a falsa ideia de segurança capaz de manter o *status quo*.

Imaginava-se que tudo estava previsto no Código Civil por uma razão de segurança. No entanto, a se admitir que a interpretação das normas de direito civil se faz a partir da Constituição que dialoga com a realidade social, que não se presta tão somente para ser apenas uma mera carta política, mas que é instrumento hábil

19 BODIN, Maria Celina – obra citada, p.48.

a proteger a pessoa nas suas mais diferentes e novas colocações na sociedade, como as hipóteses de casamento de pessoas do mesmo sexo, de interrupção de gravidez de feto anencéfalo, rompe-se a zona de segurança encarnada na ideia de completude do Código Civil, para se garantir, pelo mencionado diálogo, a certeza de que a preservação da dignidade da pessoa humana será o ponto de inflexão na interpretação.

Ainda dentro da ideia da perda da segurança, consequência da ideia de completude do Código Civil da época, surge um mundo de incertezas com o qual depara o homem do século XXI, daí surgindo a necessidade de dar respostas às questões relativas a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento. Observa-se que não são mais suficientes as interpretações acerca da responsabilidade civil, centrada muito mais na necessidade de punição do ofensor e sem ter em consideração a vítima, na dimensão da sua dignidade como pessoa humana.

Dentro desta perspectiva, as grandes catástrofes que atingem milhares de pessoas impõe uma nova visão a respeito do dano causado pelos riscos do desenvolvimento, apontando para uma constitucionalização do direito relativo aos danos sofridos, pela qual deve-se ter em vista, de forma primordial, a vítima do dano, aspecto que resulta numa outra mudança de perspectiva, no caso, a do jurista que, a partir deste novo referencial constitucional – a dignidade da pessoa humana, aliado aos princípios da solidariedade e justiça social, se ver na contingência de largar a ideia do simples binômio – ofensor e vítima, para centrar-se numa nova tarefa que, nas palavras de Maria Celina Bodin²⁰, se traduz comportamento de, respeitado o modelo solidarista imposto pela Constituição, reelaborar os conceitos, delimitar as funções, racionalizar os critérios de imputação, em suma, proceder à reconstrução racional do sistema da responsabilidade civil no âmbito do ordenamento jurídico nacional.

A propósito da importância da interpretação a partir da Constituição, mas, sobretudo, de uma visão da Constituição que não seja fechada, que dialogue com a realidade social e, neste contexto, sirva de parâmetro de interpretação das normas de direito civil, vale trazer à colação as palavras de Eros Grau²¹ no prefácio da obra de Pietro Perlingieri, quando afirma

Retorno ao que afirmei linhas acima, ao começar a escrever este prefácio: *o mundo do dever ser* não existe, é uma abstração, nele não há nenhum sinal de vida, sorrisos, pranto, emoção. Direito apenas e simplesmente, ao final destas linhas, que a interpretação não apenas do texto da *Constituição formal*, mas também da *Constituição real*, hegelianamente considerada, a chamada *Constituição material*. O interprete da Constituição não se limita a compreender textos que participam do mundo do *dever ser*; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos *fatores reais do poder*, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição são produzidas, vale dizer, momento da passagem da *dimensão textual* par a *dimensão normativa* do direito.

20 BODIN, Maria Celina de Moraes – Obras citada, p.342.

21 GRAU, Eros – Prefácio in PERLINGIERI, Pietro – O Direito Civil na legalidade constitucional, tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2008.

Assim, em termos conclusivos, pode-se afirmar que a redefinição da posição do direito constitucional no Brasil, fez surgir duas consequências marcantes para toda a ordem jurídica brasileira, no caso, a afirmação da importância da efetividade de suas normas e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional²² e, por consequência, operou-se uma mudança na interpretação das normas que, a partir daí, passaram a considerar os princípios contidos na Constituição Federal para resolver as questões postas à solução.

Com relação ao Direito Civil a situação não foi diferente, pois apesar da importância desempenhada pelo Código Civil, dentro sua (pseudo) concepção de completude, na vida do homem a partir do século XIX, a incorporação pela Constituição de parâmetros como a dignidade da pessoa humana, influenciou na interpretação do direito privado e o fez proceder um giro de cento e oitenta graus, saindo de uma visão em que estava centrado na coisa, para deslocar-se para a pessoa.

Os efeitos do processo de constitucionalização sobre o direito civil são, portanto, dinâmicos, na medida em que a interpretação das normas de direito civil deve pautar-se pelos princípios contidos na Constituição Federal, notadamente o da dignidade da pessoa humana, mas tais princípios, na conformação do seu conteúdo, estarão continuamente a sofrer os influxos a serem captados por uma Constituição Federal, sempre aberta a incorporar as mudanças sociais.

1. Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2001.

ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. **In Revista Direito e Justiça**. v. 39. n.2. jul/dez.2013.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **In A nova interpretação constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Luis Roberto Barroso (Org), 3ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

GODINHO, Adriano Marteleto. O fenômeno da constitucionalização: um olhar sobre o direito civil. Disponível em: <http://www.institutodcc.com.br/news/o-fenomeno-da-constitucionalizacao-um-novo-olhar-sobre-o-direito-civil>. Acesso em 21.04.2014.

GOMES, Orlando. **Introdução do Direito Civil**. 8ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1986.

22 BARROSO, Luis Roberto – Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro in A nova interpretação constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, Luis Roberto Barroso (Org), 3ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p43.

GRAU, Eros. Prefácio. **In** PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6ª edição, Armênio Amado, Editora Coimbra, 1984.

LIMA, Mário Franzen de. **Da interpretação Jurídica**. 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1955.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 2010 .

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** - Introdução ao Direito Civil Constitucional, tradução de Maria Cristina De Cicco, 1ª edição revisada e ampliada, Rio de Janeiro, Editora Renovar.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2008..

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. **In Problemas de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Editora Renovar.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos Fundamentais** (Teoria Geral). Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. Disponível em: www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/04/estatuto-epistemologico-do-direito-civil-contemporaneo-na-tradicao-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-principios.pdf. Acesso em 23.04.2014.

STEINMET, Wilso. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo, Editora Malheiros, 2004.

WIEACKER, Franz- **História do Direito Privado Moderno**. 4ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

A INTERDISCIPLINARIDADE COMO FORMA DE ANALISAR A COMPLEXIDADE NO ENSINO DO DIREITO CIVIL: A INTERFACE SOCIEDADE/NATUREZA NA PROPRIEDADE RURAL

Katya Regina Isaguirre-Torres¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Interdisciplinaridade e Complexidade – 3. Interdisciplinaridade e Transdisciplinaridade – 4. A interface sociedade-natureza no estudo do direito civil: um exemplo a partir da propriedade rural – 5. A finalidade da abordagem interdisciplinar nas pesquisas acadêmicas: a contribuição da Sociologia – 6. Considerações finais – 7. Referências.

1. Introdução

O binômio sociedade/natureza indica problemas que se apresentam como transversais aos múltiplos campos da vida social (por exemplo, os impactos ambientais negativos à qualidade da água, ar e solo; as mudanças climáticas, as contaminações alimentares, as crises energéticas, as questões relativas ao uso e acesso dos bens naturais etc.). Nesses cenários encontram-se múltiplas questões inter-relacionadas e o desafio pela busca de soluções torna imprescindível repensar os rumos do conhecimento científico na atualidade.

¹ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania. Doutora em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná. Professora das disciplinas de direito ambiental e agrário na Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora do Grupo de estudos em Direito Civil Virada de Copérnico, do programa de Pós Graduação em Direito da UFPR. Membro do Centro de Estudos Rurais – CERU, grupo de pesquisa do programa de pós-graduação em Sociologia da UFPR. Advogada.

A construção do pensamento científico moderno, na visão dos modelos matemáticos, converteu a ciência no modelo de racionalidade hegemônica que, considera a razão como instrumento, separando sociedade e a natureza². A razão ocidental surge da dominação e controle da natureza³ e possibilita ao homem, como ser racional, se impor sobre a natureza transformando-a em algo a ser “observado” e “modificado” a partir dos seus interesses. É no iluminismo que o homem, ao admitir a finitude de sua existência, passa a admitir-se como senhor de si e do mundo. O conhecimento científico, então passa a ser informado por esta razão que autoriza o homem a manipular e dominar a natureza e transforma-se na idéia de progresso e desenvolvimento. Como afirma Chauí: “Na medida em que a razão se torna instrumental, a ciência vai deixando de ser uma forma de acesso aos conhecimentos verdadeiros para tornar-se um instrumento de dominação, poder e exploração”⁴ (2000, p. 361).

O cientificismo que dá a ciência a prerrogativa de tudo conhecer é o mesmo que separa sujeito e objeto do conhecimento. Aliado à razão instrumental, o cientificismo reforça uma suposta neutralidade das ciências, o que acabou por afastar de seus objetos uma relação de maior proximidade com a realidade social. O conhecimento científico, enquanto um dos pilares da modernidade transformou-se progressivamente num poder que, ao legitimar razão e técnica, “passa a ser confundido com o próprio sistema produtivo do capitalismo informacional”⁵. Isso ocorre por que a separação entre aquilo que é ou não é científico conduz a certos padrões hegemônicos que acabam por legitimar apenas uma das dimensões da realidade. O que se deve buscar, em termos de pensar a interface sociedade/natureza, é que a legitimação daquilo que se conhece por científico não têm força para anular a possibilidade de existência de outros padrões de conhecimento. A busca de outra racionalidade “deverá aprender a conviver com o caos, a desordem e o singular”⁶.

Nas ciências, tal fato repercute em realizar uma análise crítica que possa fazer transparecer a fragilidade de sua autonomia e de sua neutralidade. A construção in-

2 Como se sabe, a modernidade elegeu a ciência como o único saber capaz de orientar o homem na vida social. Do método cartesiano ao paradigma newtoniano a realidade passou a ser vista de modo fragmentado e, neste aspecto, ocorre a objetivação da natureza como algo apartado da existência humana. Como observa Boaventura de Sousa Santos: “A natureza é tão só extensão e fenômeno; é passiva, eterna e reversível, mecanismo cujos elementos se podem desmontar e depois relacionar sob a forma de leis; não tem qualquer outra qualidade ou dignidade que nos impeça de desvendar os seus mistérios, desvendamento que não é contemplativo, mas antes activo, já eu visa a conhecer a natureza para a dominar e controlar” (**A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 62).

3 A racionalidade instrumental, expressão desenvolvida por Horkheimer, é também chamada de subjetiva, porque só se verifica nas capacidades do sujeito, que toma tudo à sua volta como objetos a serem conhecidos e manipulados. Com isso a razão subjetiva se torna o mecanismo quase automático de adaptação do indivíduo aos sistemas sociais que passam a ser tidos como incontroláveis e naturais (REPA, Luís Sérgio. A crise da teoria crítica: razão instrumental e declínio do indivíduo. **Revista Mente, Cérebro & Filosofia**, São Paulo, v.7, p.16-23, 2008, p. 23).

4 CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000, p. 361.

5 FLORIANI, Dimas. Ciências em trânsito, objetos complexos: práticas e discursos socioambientais. **Revista Ambiente & Sociedade**, v.9, p.65-79, jan./jun. 2006, p. 68.

6 Idem, p. 71.

terdisciplinar da pesquisa parece apresentar-se, de acordo com Demo, como um dos métodos mais eficientes até então para enfrentar “o conflito entre a vocação verticalizada da ciência e a complexidade horizontalizada da realidade”⁷. É por meio dela que as questões postas em foco quando se pensam os problemas relacionados com a biodiversidade podem despertar uma ressignificação das ciências para assumir a interligação e forte complexidade da realidade social. E, neste sentido, “a interdisciplinaridade não é só uma prática-metodológica, senão um conjunto de práticas sociais que intervêm na construção do ambiente como um real complexo”⁸. É, portanto, interessante investigar como essa abordagem pode ser utilizada de modo a impulsionar uma leitura qualitativa do direito civil na contemporaneidade.

2. Interdisciplinaridade e Complexidade

A idéia de complexidade é central no pensamento de Edgar Morin. Para o autor “há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico)”⁹. A determinação da complexidade surge da relação de interdependência entre os diversos campos da atuação humana e, deste modo, cada parte contém a totalidade e vice-versa. Ao definir o homem e a sociedade como multidimensionais, Morin propõe que cada uma destas dimensões que os envolvem possua elos de comunicação com outros valores que extrapolam sua órbita intrínseca de interesse.

Admitir que as ciências tem em seus campos de conhecimento objetos complexos inter-relacionados, portanto, é um primeiro passo para reaproximá-las da realidade. Ao reconhecer que, ao lado do conhecimento que separa, existem outros que promovem o diálogo e a troca, é possível refletir os limites lógicos de cada campo disciplinar e redescobrir outra cultura científica mais apropriada para entender as diferentes dimensões que se encontram entrelaçadas na análise dos problemas sociais.

A interdisciplinaridade é a forma de, ao mesmo tempo, denunciar a redução da realidade pelo conhecimento tecnocientífico e admitir as interfaces entre os problemas das sociedades contemporâneas. Tomada a escolha da abordagem das relações sociais e seus impactos sobre o uso e apropriação dos bens naturais, torna-se evidente que a complexidade das questões é trazida por inúmeros fatores, tais como, a distribuição e acesso a esses bens, o controle e regulamentação desse acesso, os impactos ambientais produzidos pelos empreendimentos e as técnicas de produção e consumo aplicadas pelos homens sobre o bem em questão. A abordagem interdisci-

7 DEMO, Pedro. **Conhecimento moderno**: sobre a ética e intervenção do conhecimento. Petrópolis (RJ): Vozes, 1997, p. 88.

8 LEFF, Enrique. Complexidade, interdisciplinaridade e saber ambiental. In: PHILIPPI JR, Arlindo; TUCCI, Carlos E. Morelli; HOGAN, Daniel Joseph; NAVEGANTES, Raul (Orgs.). **Interdisciplinaridade em ciências ambientais**. São Paulo: Signus, 2000. p.36.

9 MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 12.ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2007, p. 38.

plinar é o elemento que favorece ao pesquisador construir cenários mais fidedignos da realidade social, justamente por aproximar olhares dos diferentes campos científicos para o mesmo problema.

Assevera-se que o diálogo solitário do pesquisador com teorias científicas diferentes do seu campo de conhecimento não pode ser chamado de interdisciplinaridade. O que se faz, neste caso, são processos de “construção-sínteses cognitivas”¹⁰. A essência deste processo se encontra no diálogo com o outro, uma vez que “a interdisciplinaridade necessita de uma intenção deliberada, assentada em trocas intersubjetivas sistemáticas, a partir do confronto de saberes disciplinares que leve em conta uma ou mais problemática na relação sociedade-natureza”¹¹.

A interdisciplinaridade requer este diálogo, podendo ser definida tecnicamente como o resultado de um processo que busca, com a construção de cenários comuns de pesquisa, a coleta e análise conjunta de dados entre pesquisadores de áreas diferentes.

Desse modo, enquanto proposta metodológica, sua abordagem mais eficiente surge quando se reúnem pesquisadores de áreas diferentes do conhecimento para que, juntos, eles consigam trocar suas sínteses cognitivas. Trabalhar com a interdisciplinaridade, portanto, requer essa disposição para o diálogo. Seu resultado final retorna para a sociedade uma conjuntura mais densa de resultados e, portanto, pode-se dizer mais eficiente, porque permite uma compreensão plurilateral da questão escolhida para o debate. Para isso, sugere-se evitar que os pesquisadores trabalhem separados na análise da realidade social. O ideal, na abordagem interdisciplinar, é aliar pesquisa com atividades de extensão, para o fim de permitir a tecidura de uma análise coletiva capaz de uma melhor representação da complexidade do real.

A revisão bibliográfica favorece o diálogo com a análise e discussão de textos pelos diferentes pesquisadores. Soma-se a isso, a opção por pesquisas quantitativas e qualitativas que, embora os seus usos não sejam ainda recorrentes na análise jurídica, complementam um conjunto de técnicas voltadas a fornecer instrumentos para a troca de conhecimentos entre os pesquisadores. A interdisciplinaridade, no entanto, não se resume a sua forma técnica. É preciso buscar dialogicamente a comunicação, pois é este processo o que provoca novos olhares disciplinares, formados pelas trocas com o outro. Como afirma Floriani, sua finalidade é a de alcançar outro saber, diferente daquele que seria formado sem este encontro com diferentes disciplinas¹².

3. Interdisciplinaridade e Transdisciplinaridade

O que se extrai como síntese da proposta interdisciplinar é a necessidade da ação conjunta, na qual os investigadores utilizam o conhecimento da sua disciplina a fim de colaborar com a avaliação do objeto complexo. O resultado dessa pesquisa

¹⁰ Floriani, Dimas. *Ciências em trânsito*...p. 101.

¹¹ Ibidem.

¹² Cf. FLORIANI, Dimas. *Ciências em trânsito*...p. 105.

coletiva retorna o que este diálogo conjunto produziu em termos de explicar a realidade analisada. Apesar de não conseguir refletir as exatas dimensões do real, parece ser esta metodologia a que tem melhores condições de fornecer os contornos da realidade, porém, há de se admitir que com essa não se confunde.

O processo interdisciplinar prepara, portanto, para uma “nova síntese integradora da multiplicidade do real”¹³. Neste sentido, é possível dizer que ela constitui um caminho para a transposição das fronteiras do conhecimento científico, ou seja, para a obtenção da transdisciplinaridade. Para Leff, a transdisciplinaridade “não é a constituição de uma super disciplina (como a ecologia ou a termodinâmica) que transbordaria o campo das possíveis conexões para estabelecer um paradigma onicompreensivo”¹⁴.

A transdisciplinaridade é um processo de construção do saber que supera a divisão disciplinar do conhecimento e que envolve outros saberes, tais como os conhecimentos tradicionais. Sua motivação persegue a avaliação da objetivação da realidade e impulsiona a construção de algo novo, produzindo um conhecimento além do disciplinar. Segundo o autor, tanto a inter como a transdisciplinaridade favorecem a construção de uma nova racionalidade¹⁵. A proposta de uma análise transdisciplinar envolve necessariamente como resultado, a produção de uma nova forma de conhecimento. Quando se pensa na evolução do conhecimento científico moderno, no entanto, não é fácil reconhecer genuínos processos transdisciplinares, isso porque ainda existem as barreiras comunicativas de cada área do conhecimento. A abordagem transdisciplinar, quando dimensionada epistemologicamente, parece ser uma proposta para o futuro do universo acadêmico. Nesse sentido, a análise interdisciplinar parece ser a metodologia mais condizente com o estágio atual do desenvolvimento das ciências.

4. A interface sociedade-natureza no estudo do direito civil: um exemplo a partir da propriedade rural

A racionalidade econômica gerou uma concepção do desenvolvimento das forças produtivas que privilegiou o capital, o trabalho e o progresso técnico como fatores fundamentais da produção, desterrando de seu campo a cultura e a natureza¹⁶. A degradação ambiental surge, desta forma, como um efeito da crise da civilização moderna. Isso se deve, em grande parte, à representação restrita da natureza enquan-

¹³ Idem, p. 106.

¹⁴ LEFF, Enrique. **Complexidade**...p. 32.

¹⁵ “A racionalidade ambiental confronta, assim, o logocentrismo da ciência positiva, a racionalidade formal e instrumental da modernidade e o projeto de interdisciplinaridade teórica e técnica que busca recompor essa lógica fundacional da civilização moderna. A racionalidade ambiental chama à construção de um saber fundado em uma constelação de diversidades arraigadas na cultura e na identidade” (LEFF, **Complexidade**..., p. 37).

¹⁶ LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental**: a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 405.

to fonte de matérias-primas. Somado a este contexto, temos a concentração de riquezas que gera desigualdades sociais profundas.

Tomado como exemplo a questão da sustentabilidade ao desenvolvimento as propostas de uma abordagem inter ou transdisciplinar demonstram que a crise ambiental não será resolvida apenas com a interdisciplinaridade científica ou técnica. Ao denunciarem que “a natureza é explorada, conservada e transformada segundo formas de valorização e de significação que provém da cultura”¹⁷, elas estimulam a entender que as discussões em torno de projetos sustentáveis devem avaliar criticamente a apropriação tecnocientífica da natureza e sua redução aos valores mercantis. Neste ideal, a interdisciplinaridade pode preparar uma transição para a transdisciplinaridade, onde o disciplinar pode referir-se a conjugação de diversas visões, habilidades, conhecimentos e saberes, indo além do conhecimento científico tradicional, para buscar soluções para a crise socioambiental.

Trazer essas questões para o campo de estudos do direito civil necessariamente leva a discussão em torno da ruptura do conhecimento jurídico que ocorre com a excessiva divisão do direito em ramos e em especializações. Tal opção reducionista de análise inevitavelmente acarreta ao jurista, fechado em seu microsistema, a exigência de competências específicas, dotada de refinados instrumentos técnicos setoriais; mas, toda esta superespecialização acaba por torná-lo um sujeito acrítico, insensível ao projeto complexo da sociedade¹⁸. E tal situação é prejudicial para que o Direito, enquanto ciência social possa estar mais sensível ao seu papel na evolução da sociedade e contribua de forma mais eficiente para apresentar respostas à complexidade das questões que surgem neste contexto. O isolamento disciplinar, todavia, não é de todo negativo. O conhecimento de determinada situação exige especialização, porém, deve o jurista entender que este é apenas um dos passos para elucidação da questão em análise. Seu exame deve procurar considerar, após o exame da especificidade, se a solução encontra guarida (ou está em conformidade) com os valores maiores que a sociedade inseriu no texto constitucional.

Quando analisadas as questões que emergem do campo socioambiental, tomado neste aspecto como um objeto científico híbrido, a abordagem interdisciplinar se apresenta como uma alternativa útil para apresentar respostas que venham a abranger de modo mais completo as variáveis que podem surgir de uma dada realidade concreta. Seu procedimento, todavia, exige que as disciplinas mantenham suas identidades, reforçando a necessidade de troca de suas experiências de pesquisa, a fim de que, ao longo do processo as disciplinas incorporem novos questionamentos para suas lógicas disciplinares¹⁹.

17 LEFF, Enrique. **Complexidade...** p. 45.

18 Cf. PIERLINGIERI, Pietro. *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*. RTDC. v. 31. jul-set 2007, p. 76.

19 FLORIANI, Dimas; KNECHTEL, Maria do Rosário. **Educação ambiental: epistemologia e metodologias**. Curitiba: Vicentina, 2003, p. 80-81.

Para Zanoni *et al.*, quando se consideram não apenas as conseqüências dos processos ambientais sobre as sociedades humanas, mas também a necessidade de incorporar as dimensões ambientais na formação das políticas de desenvolvimento (harmonizando objetivos econômicos, sociais, culturais e éticos com a preservação da natureza), a exigência de interdisciplinaridade faz-se mais presente, autorizando entender-se como imprescindível a colaboração entre ciências físico-naturais, disciplinas técnicas e ciências sociais²⁰.

Quando se analisa o campo de estudos do direito civil, é possível perceber que a abrangência de sua análise favorece a adoção da metodologia interdisciplinar. E isso acontece porque o direito civil se preocupa com a tutela das relações subjetivas e, ao mesmo tempo, disciplina o trânsito jurídico de bens, o que permite admitir que os estudos dos sistemas proprietários devem ser analisados enquanto situações subjetivas complexas, que interligam interesses proprietários e não proprietários voltados à concretização da solidariedade constitucional. Nesse aspecto, integra o campo de seus estudos, ainda que de forma transversal, o campo das estratégias postas em ação para dar efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por exemplo, o estudo da propriedade concentra-se na estruturação de sua função social. Os critérios para definição da função social da propriedade rural, estabelecidos no artigo 186 da Constituição de 1988, introduzem a complexidade quando estabelece requisitos de produtividade, de bem estar dos proprietários e trabalhadores com a necessidade de preservação do meio ambiente. Quando se analisa esse conjunto de critérios a partir da racionalidade econômica, resta de fora dessa análise a questão da função social da posse de grupos sociais vulneráveis e dos povos e comunidades tradicionais. Do ponto de vista dos sistemas de produção questiona-se em que medida uma propriedade cumpre com a sua função social quando utiliza agroquímicos que contaminam o solo e a água ou quando introduz o cultivo de organismos geneticamente modificados sem o devido controle para assegurar a proteção da biodiversidade. A propriedade que a racionalidade econômica entende como produtiva também acarreta o aumento de problemas sociais como quando, por exemplo, considera na análise a variável da mecanização da produção e a redução progressiva dos postos de trabalho no campo.

Do ponto de vista do enquadramento científico, o estudo da função social da propriedade rural permite reconhecer os contrastes da realidade social. Enquanto campo de observação, o instituto jurídico da função social da propriedade é complexo e autoriza pensar em abordagens interdisciplinares que aliada a pesquisas quanti-qualitativas pode representar os diferentes interesses em jogo para sua melhor interpretação na esfera jurídica. Conforme Severino, essa necessidade de aproximação da realidade se

20 ZANONI, Magda; RAYNAUT, Claude; LANA, Paulo da Cunha; FLORIANI, Dimas. Introdução: A construção de um curso de pós-graduação interdisciplinar em meio ambiente e desenvolvimento: princípios teóricos e metodológicos. In: RAYNAUT, Claude; ZANONI, Magda; LANA, Paulo da Cunha; FLORIANI, Dimas; FERREIRA, Ângela Duarte D.; ANDRIGUETTO FILHO, José Milton (eds.). **Desenvolvimento e Meio Ambiente**: em busca da interdisciplinaridade: pesquisas urbanas e rurais. Curitiba: Editora UFPR, 2002. p. 13.

justifica pelo fato que “a ciência, enquanto conteúdo de conhecimentos, só se processa como resultado da articulação do lógico com o real, da teoria com a realidade”²¹.

A funcionalização da propriedade rural, portanto, não se resume aos critérios de produtividade que foram captados a partir da modernização da agricultura. É preciso considerar ainda todo um conjunto de alternativas mais condizentes com a busca de um ambiente ecologicamente equilibrado, como as atuais discussões que envolvem os grupos de agricultores familiares que se valem das técnicas agroecológicas e as estratégias seculares de manejo e uso do solo que são desenvolvidas pelos povos e comunidades tradicionais. Em seu núcleo se encontram também as importantes questões do direito de acesso a terra e a autonomia dos agricultores na reprodução de seu modo de produzir e de viver.

Assim, o estudo interdisciplinar da função social da propriedade rural é um exemplo de como a complexidade permeia os estudos e pesquisas no direito civil. Não se pode esquecer também que o direito civil ocupa-se das subjetividades, o que permite e justifica sua aproximação com as ciências sociais, pois é a partir das necessidades reais dos sujeitos que as regras jurídicas são formadas, sendo importante ao jurista acompanhar as mudanças espaço temporais que ocorrem nas relações sociais para uma releitura constante dos conceitos e institutos jurídicos, na medida de adaptá-los para o fim de garantir o acesso de todos ao sistema de direitos. O tema escolhido para apontar a complexidade da realidade que gira em torno da funcionalização da propriedade, quando analisado interdisciplinarmente, permite transparecer os limites das formas dominantes de apropriação e uso dos bens naturais, situação essa que favorece ao jurista entender a diversidade de estratégias e de atores sociais envoltos na questão do uso e apropriação do solo existentes no meio rural.

5. A finalidade da abordagem interdisciplinar nas pesquisas acadêmicas: a contribuição da Sociologia

Sob a inspiração dos ideais de igualdade e liberdade, o Código Civil brasileiro de 1916 consagrou figuras representativas do pai de família, do testador, do proprietário e do contratante, porém sem trazer para o texto legal fundamento que autorizasse sua interpretação a partir das diferenças que poderiam ser encontradas na realidade social²². Esta generalidade das regras jurídicas acabou por privilegiar os interesses de classes dominantes e deste modo, a propriedade, o mais absoluto dos direitos e a principal reivindicação burguesa, passou a ser vista como algo que deve-

21 SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2006, p.149.

22 O período iluminista constrói um sujeito de direito em abstrato, que se pressupõe livre e igual. Como critica Fachin: “Aí o senhor da coisa, titular do espaço privado, seus bens e suas relações jurídicas: aquele que contrata, tem patrimônio e contrai “justas núpcias”, um ser conceitual, pronto acabado e com pretensões á perpetuidade” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14).

ria ser respeitado através da não imposição de limites que afetassem internamente a liberdade do seu titular²³.

Desse contexto, a modernidade clássica criou o conceito de sujeito titular de direitos, a partir de sua vinculação com os objetos. Segundo Meirelles, tratou-se de um reforço ao seu caráter patrimonialista, “uma vez que o **ser** sujeito de direito depende de sua aptidão para, seguindo igualmente os parâmetros ditados pelo sistema, **ter** patrimônio”²⁴. Desta forma, o conceito do sujeito de direito privado surge como algo que parece se conformar aos limites da racionalidade econômica, situação essa que pode gerar mecanismos de inclusão e exclusão no sistema jurídico.

A análise da racionalidade proprietária submete à construção do sujeito de direito às regras da razão econômica e tecnológica, deslocando-se do perfil que, no início do capitalismo, era outorgado ao sujeito proprietário, para aquele que possui poder aquisitivo, ou seja, o sujeito consumidor. Esta transformação, segundo Barcelona, ocorre em razão do desenvolvimento do sistema de produção capitalista, porque “o sistema funciona como produtor, reproduzidor e destruidor de objetos, destinados à apropriação e, ao final de seu ‘ciclo de vida’, nos devolve um sujeito em relação com o objeto consumido”, que se torna a estrutura de todo o sistema²⁵.

Disto resulta por vezes a baixa efetividade do sistema normativo de direito privado, estruturado para apresentar soluções às formas hegemônicas de produção, cultura e consumo existentes na sociedade. Quando se analisa as questões relativas ao uso e apropriação dos bens naturais, observa-se que a atuação judiciária concentra, muitas vezes, a interpretação da legislação dentro dos padrões que se conformam a partir da racionalidade econômica. Para romper com os padrões que se prendem a uma percepção linear dos problemas sociais é preciso que a pesquisa acadêmica contribua nesse processo de leitura complexa da realidade.

Nessa linha de raciocínio, há de se considerar a necessidade de questionar os limites que o próprio sistema normativo possui para admitir a complexidade. Para Bordieu o direito é “a forma por excelência do poder simbólico”²⁶, isso porque considera as relações jurídicas como estruturantes da visão do Estado (no que utiliza a referência marxista), nas quais ocorre a consagração da ordem estabelecida. Essa ordem é responsável por atribuir identidades sociais e por definir o conjunto de poderes socialmente reconhecidos ao passo em que, paralelamente, por meio delas e da

23 Como assevera Eliseu Figueira: “Na ruptura com o sistema feudal, o jusnaturalismo apresenta o direito de propriedade como um direito atual, originário, inerente à personalidade do indivíduo, portanto como elemento de sua libertação dos privilégios que estatutariamente constituíam o poder político e econômico da nobreza e do clero” (FIGUEIRA, Eliseu. **Reconstrução do direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989, p.89).

24 MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. 2.^a Reimpressão. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**: Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.93, grifos da autora.

25 BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Trota, 1996, p. 91.

26 BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 237.

ação dos juízes se atribuem às normas os processos de aquisição, exercício, transferência ou retirada desses poderes.

É o direito, por assim dizer, que pode garantir a permanência das subjetividades dominantes que formam (ou conformam) as representações de mundo que acabam por oficializar-se de modo a criar uma eficácia “quase mágica” dentro dos limites das estruturas pré-existentes. Por meio dessa análise o autor propõe aproximar os campos da Sociologia e do Direito para tornar visíveis as representações que permitem operar a força propriamente simbólica de dominação.

Para explicar o que é o direito, na sua estrutura e no seu efeito social, será preciso retomar, além do estado da procura social, actual ou potencial, e das condições sociais de possibilidade – essencialmente negativas – que ela oferece à criação jurídica, a lógica própria do trabalho jurídico no que ele tem de mais específico, quer dizer, a actividade de formalização, e os interesses sociais dos agentes formalizadores, tal como se definem na concorrência no seio do campo jurídico e na relação entre este campo e o campo do poder no seu conjunto²⁷.

A suposta neutralidade e a sistematização (codificação) são pensadas pelo ator de modo a refletir um conjunto de condições objetivas que trazem a ligação entre o direito e o campo do poder. A partir de aspectos da formação do que denomina de “agentes encarregados de produzir o direito”²⁸. Bordieu resgata as condições culturais, sociais e econômicas que favorecem certo “*habitus*” que acaba por desprestigiar valores e visões de mundo diferentes ou antagonistas, uma das faces da ordem simbólica do “universo” jurídico. Essa percepção forma uma espécie de comunicação autorizada que cria uma representação “mágica” da realidade social.

O caráter desses atos que Bordieu define como mágicos se realiza por sua suposta capacidade de representação de uma universalidade que não se pode ignorar, mas que possui uma eficácia relacional particular ou de certos grupos. Sua análise questiona os limites desta eficácia que qualifica como “quase mágica” para produzir categorias do mundo social que, no entanto, acabam por limitarem-se às categorias de pensamento que se encontram já previamente existentes.

A contribuição das pesquisas acadêmicas que se valem de abordagens interdisciplinares é justamente a de compreender como o caráter simbólico do direito se forma a partir da divisão de classes e como, a partir disso, ocorrem as representações no campo jurídico dos poderes em jogo na realidade social. O diálogo com diferentes áreas do conhecimento parece favorecer uma releitura dos conceitos e institutos do sistema jurídico, por que permite identificar os tensionamentos que podem ocorrer a partir da realidade social, incorporando as dimensões culturais, sociais, políticas, econômicas e ambientais que podem estar vinculadas à questão.

27 BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico...**p. 241.

28 Idem, p. 242.

6. Considerações Finais

A excessiva divisão do direito em ramos e em especializações pode acarretar ao jurista uma análise reducionista da complexidade da realidade social. No entanto, esse mesmo risco não é de todo prejudicial, porque permite o desenvolvimento de competências e o aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos utilizados para solucionar os problemas sociais. Para evitar o risco da superficialidade nas abordagens o jurista pode se valer do diálogo com as outras ciências, o que pode contribuir para entender os limites de cada uma e pensar em novas formas de gerir o conhecimento.

O binômio sociedade/natureza interliga processos de uso e controle dos bens naturais às questões de acesso ao sistema de direitos. A proposta de leitura do direito civil à luz da Constituição estimula a que se repense epistemologicamente como é possível buscar uma mudança no padrão de acesso aos direitos e a distribuição equitativa dos bens naturais para que seja possível atingir um patamar de desenvolvimento minimamente sustentável. O papel do Direito Civil neste contexto é importante, pois nele se encontram as bases estruturantes do pensamento jurídico e, por consequência, as chances de transformação. Seu desafio parece estar ligado à necessidade de adaptar-se à complexidade da realidade contemporânea, na perspectiva de uma releitura crítica e contínua dos seus instrumentos. A contribuição das outras áreas do conhecimento, aqui exemplificada a partir da Sociologia, permite examinar em que medida a interdisciplinaridade do estudo dos temas do direito civil tem capacidade para revelar que, por vezes, a objetividade da construção do pensamento jurídico traz em si a concordância das subjetividades que conformam a racionalidade econômica.

A metodologia interdisciplinar na pesquisa do direito civil parece ser eficiente para uma percepção sensível da interface que existe entre sociedade e natureza, especialmente para entender as diferenças que existem entre a racionalidade econômica e as necessidades sociais, culturais e ambientais dos diferentes sujeitos de direitos. O caso da propriedade rural demonstra como as escolhas do perfil de produtividade a partir do pensamento econômico dominante não são adequadas para acolher toda a complexidade que existe em torno da função social, conteúdo intrínseco da propriedade e do direito à terra. A utilização dessa abordagem no ensino do direito civil pode revelar o conjunto de conhecimentos jurídicos que se formam em cada espaço-temporal e como se dá a construção, a formação e manutenção de seu poder simbólico. A transformação é possível, a partir da reflexão pedagógica constante acerca dos limites e potenciais para a efetivação na realidade social dos valores e direitos fundamentais constitucionais.

7. Referências

BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996. / Tradução de texto em língua italiana de 1987./

BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.
- DEMO, Pedro. **Conhecimento moderno: sobre a ética e intervenção do conhecimento**. Petrópolis (RJ): Vozes, 1997.
- FIGUEIRA, Eliseu. **Reconstrução do direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989.
- FLORIANI, Dimas. Ciências em trânsito, objetos complexos: práticas e discursos socioambientais. **Revista Ambiente & Sociedade**, v.9, p.65-79, jan./jun. 2006.
- _____; KNECHTEL, Maria do Rosário. **Educação ambiental: epistemologia e metodologias**. Curitiba: Vicentina, 2003.
- LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- _____. Complexidade, interdisciplinaridade e saber ambiental. In: PHILIPPI JR; Arlindo; TUCCI, Carlos E. Morelli; HOGAN, Daniel Joseph; NAVEGANTES, Raul (Orgs.). **Interdisciplinaridade em ciências ambientais**. São Paulo: Signus, 2000. p.19-51.
- MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. 2.^a Reimpressão. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**: Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.87-114.
- MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 12.ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2007. 118 p. /Tradução do texto original em língua francesa, de 1999./
- PIERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **RTDC**. v. 31. jul-set 2007, p. 75-85
- REPA, Luís Sérgio. A crise da teoria crítica: razão instrumental e declínio do indivíduo. **Revista Mente, Cérebro & Filosofia**, São Paulo, v.7, p.16-23, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2006.
- ZANONI, Magda; RAYNAUT, Claude; LANA, Paulo da Cunha; FLORIANI, Dimas. Introdução: A construção de um curso de pós-graduação interdisciplinar em meio ambiente e desenvolvimento: princípios teóricos e metodológicos. In: RAYNAUT, Claude; ZANONI, Magda; LANA, Paulo da Cunha; FLORIANI, Dimas; FERREIRA, Ângela Duarte D.; ANDRIGUETTO FILHO, José Milton (eds.). **Desenvolvimento e Meio Ambiente: em busca da interdisciplinaridade: pesquisas urbanas e rurais**. Curitiba: Editora UFPR, 2002. p. 9 – 25.

FILÓSOFOS DO DIREITO E CIVILISTAS EM COLABORAÇÃO: A SUPERAÇÃO DA VISÃO AGOSTINIANA NO ESTUDO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas¹
Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A naturalização dos conceitos jurídicos: o exemplo da pessoa jurídica – 2.1 A visão agostiniana da pessoa jurídica – 2.2 O mantra da alteridade subjetiva – 2.3 Qual o “custo” da pessoa jurídica? – 3. Estrutura e função na análise dos bens – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. Introdução

Em 1987, o jurista Pietro Perlingieri escreveu um texto intitulado: “Filosofi del diritto e civilisti a confronto”³, cujo objetivo era ressaltar a necessidade de um diálogo efetivo e contundente entre o direito civil e a filosofia, no intuito de viabilizar um co-

1 Doutor em Direito Civil-UERJ. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado-PUC-RJ. Pós-Doutorando-Uerj/CNPQ. Professor Adjunto da UFJF.

2 Doutor e Mestre em Direito Civil-UERJ. Especialista em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino (Itália). Professor Adjunto da UFJF. E-mail.: sergio.negri@direito.ufjf.br

3 O texto foi inicialmente publicado em PERLINGIERI, Pietro, *Soggetti e norma individuo e società*, Napoli: Istituto sannite di studi giuridici, I, 1987, p.172 e ss. Foi republicado com o mesmo título em PERLINGIERI, Pietro, *Scuole tendenze metodi – problemi di diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, p.315 e ss. No Brasil, o artigo foi publicado como parte integrante do texto de PERLINGIERI, Pietro, *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.7.

nhecimento mais apurado e seguro sobre os fundamentos do ordenamento como um todo, garantindo-lhe unidade e racionalidade em seus propósitos. Em tais condições:

“[...] o encontro entre o filósofo e o jurista, mas em particular do filósofo do direito e do civilista é necessário. Se frequente é o cotejo entre filósofos e penalistas, mais singular e raro é aquele entre filósofos e civilistas, apesar de não faltarem estudos nesse sentido. É oportuno solicitar e fortalecer o diálogo entre ambos. Retornar às raízes do ordenamento e da própria atividade dos juristas do direito positivo pode vir a dar um sentido mais completo aos estudos jurídicos, sem determinar confusões ou perda de identidade.”⁴

Esse diálogo, porém, deve ser encarado em suas verdadeiras potencialidades. Não se trata apenas de um auxílio externo ao jurista, que se serve dele para, aqui e ali, obter informações sobre outras formas de análise de fenômenos valorativos. Trata-se, mais amplamente, de um conhecimento que passa a fazer parte do conjunto de elementos que são constitutivos do saber jurídico, sem os quais o interessado simplesmente não tem como conhecer corretamente o seu próprio campo de estudo.⁵

O presente artigo, partindo da relação entre a linguagem e os objetos que ela pretende nomear, procura demonstrar como a absorção crítica de determinadas teses, cunhadas no âmbito de investigações filosóficas, pode contribuir para uma reflexão mais profunda do próprio direito e para o contorno de obstáculos epistemológicos⁶ no ensino jurídico.

Para tanto, foram escolhidos dois tópicos, presentes no receituário tradicional do direito civil: o discurso da pessoa jurídica e a classificação dos bens.

Na primeira parte do trabalho, será analisado o processo denominado de naturalização da pessoa jurídica⁷, caracterizado pelo constante paralelismo entre pessoa natural e jurídica. Na segunda parte, será feita uma breve incursão no modo como se desenvolvem os estudos sobre a classificação dos bens no Código Civil, tendo em vista tanto a perspectiva estrutural como a funcional.

A escolha dos dois tópicos, aparentemente distantes, justifica-se pelo fato de compartilharem um mesmo problema: tanto no estudo da pessoa jurídica, como na análise dos bens, a busca de falsas essências é responsável pela criação de verdadeiras

4 PERLINGIERI, Pietro, *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.8.

5 “[...] o Direito Civil precisa apreender as contribuições de disciplinas que não só “tem a ver” com o Direito, mas que se mostram cada vez mais essenciais para a resolução de problemas que são fundamentalmente jurídicos”. DANTAS, Marcus. “O desafio do direito civil-constitucional: a filosofia moral”, *Pensar*, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 577-602, jul./dez. 2012, p.596.

6 O termo obstáculo epistemológico é utilizado aqui inspirado na construção de Bachelard. BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico: uma contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Trad.: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 17.

7 O processo de naturalização da pessoa jurídica foi investigado mais detidamente em: NEGRI, Sergio M. C. A. *A (des) naturalização da pessoa jurídica: subjetividade, titularidade e atividade*. Tese de Doutorado. UERJ. Rio de Janeiro, 2011.

armadilhas ontológicas que, por vezes, comprometem a compreensão e o ensino do direito civil.

2. A naturalização dos conceitos jurídicos: o exemplo da pessoa jurídica

2.1. A visão agostiniana da pessoa jurídica

Em 1952, Hart realizou uma conferência intitulada *Definition and Theory in Jurisprudence*, na qual denunciava uma prática comum no mundo jurídico: a tentativa de se estabelecerem definições precisas de conceitos, como se todo termo jurídico descrevesse um objeto da realidade. Para o autor, a busca incessante pela definição de termos como “Estado”, “propriedade” e “direito”, acabava conduzindo à suposição de que todo conceito jurídico deveria, necessariamente, possuir um correspondente fático.⁸

A crítica ao *modus operandi* dos juristas no trato dos conceitos era, na verdade, o reflexo de um processo mais amplo. O despertar de uma nova consciência linguística abalava os fundamentos da filosofia tradicional, ao impor um novo papel para a linguagem no processo de inserção do ser humano no mundo.⁹

Wittgenstein, em *Investigações Filosóficas*, trabalho incompleto, publicado em 1953, defendeu a impossibilidade de se construir uma linguagem perfeita, capaz de descrever com exatidão a realidade das coisas. Para tanto, utilizou como ponto de partida o que ele próprio definiu como “visão agostiniana da linguagem”, caracterizada pelo entendimento de que caberia à linguagem a função de descrever e, principalmente, de nomear os fatos e objetos do mundo.¹⁰

A prática de se encontrarem “rígidas substâncias eternas por detrás dos conceitos” pode ser comparada com a forma pela qual o ser humano tem o seu primeiro contato com a linguagem. Desde criança, aprendemos a associar nomes a coisas, de forma que, quando a criança ouve a palavra, a imagem do objeto representado surge em sua mente. Para dissipar essa névoa, associada à busca das falsas essências, a filo-

8 “Não há nada que simplesmente corresponda a esses termos jurídicos, e quando tentamos defini-los percebemos que as expressões que empregamos em nossa definição para especificar tipos de pessoas, coisas, qualidades, eventos e processos, materiais ou psicológicos, nunca são precisamente equivalentes a esses termos jurídicos, embora com frequência a eles estejam de certa forma relacionadas”. HART, H. L. A. Definição e Teoria na Teoria do Direito. In: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. São Paulo: Elsevier, 2010.

9 Aos poucos, nascia a percepção de que a cultura, a religião, o inconsciente, bem como toda a experiência histórica, mostravam-se fundados em torno da linguagem. A percepção da importância da linguagem representa uma premissa adotada por vários autores que, no entanto, chegaram a resultados completamente diferentes. Mesmo dentro dessa suposta virada linguística, existiram importantes rupturas como a chamada virada hermenêutica e o giro pragmático.

10 A grande contribuição de Wittgenstein para a virada linguística ocorre na verdade com a publicação do trabalho incompleto denominado *Investigações Filosóficas*, publicado em 1953, assiste-se a uma das mais intensas – e sinceras – reflexões intelectuais promovidas por um autor acerca da sua própria obra. O Wittgenstein do *Tractatus* é substituído por um novo Wittgenstein, o autor das *Investigações Filosóficas*, que passa a defender agora a impossibilidade de se construir uma linguagem perfeita.

sofia deveria investigar como a linguagem funciona, determinando o significado das palavras de acordo com a sua utilização em situações concretas da vida.¹¹

Com o devido cuidado, é possível estender esse raciocínio para a análise do conceito de pessoa jurídica. Assim como há a ilusão de que todo nome corresponde a um objeto, como denunciado por Wittgenstein, a análise da pessoa jurídica sempre foi caracterizada pela tentativa de se determinar qual seria o substrato ontológico do instituto.

Perguntas do tipo “o que é uma pessoa jurídica?”, “qual a sua essência ou natureza?”, são frequentemente formuladas de forma a prejudicar a própria resposta. Subjacente às questões da natureza, da essência, plasma-se, mesmo que de forma velada, a ideia de que o termo pessoa jurídica teria como função descrever um ente real, à semelhança do ser humano.

Nas mais variadas práticas discursivas que se valem do termo em questão, pode-se perceber a presença desse tipo de discurso, marcado pela naturalização da pessoa jurídica. Da mesma forma que o primeiro contato com a linguagem obscurece o significado das palavras, o modo de aprendizado do termo pessoa jurídica contribui para criar a ilusão de que deve haver algum ente retratado por aquele nome.

2.2. O mantra da alteridade subjetiva

Um dos tópicos essenciais do receituário propedêutico do direito privado diz respeito à atribuição de personalidade jurídica a determinados agrupamentos humanos, como as associações e sociedades, os quais passam, assim, a ostentar uma subjetividade jurídica própria, independente daquela que é reconhecida aos seus membros, isoladamente considerados. A partir de uma narrativa linear, comumente, afirma-se que a personificação promove o aparecimento de um centro autônomo de imputação, o que reforça, por sua vez, o código binário, característico do discurso jurídico, entre os sujeitos, titulares de situações jurídicas; e os objetos, que congregam o complexo desses direitos e deveres.¹²

Para confirmar a existência da nova unidade de imputação de relações jurídicas, o discurso se concentra em elencar as consequências que resultam dessa personificação. O novo sujeito passa a ostentar nacionalidade e domicílio próprios, que não se confundem com a nacionalidade e o domicílio de seus integrantes. A atribuição de um nome, por sua vez, facilita a identificação da pessoa jurídica nas relações de que

11 “[...] o conceito geral da significação das palavras envolve o funcionamento da linguagem como uma bruma que torna impossível a visão clara. – Dissipa-se a névoa quando estudamos os fenômenos da linguagem em espécies primitivas do seu emprego, nos quais pode-se abranger claramente a finalidade e o funcionamento das palavras. Tais formas primitivas da linguagem emprega a criança, quando aprende a falar. O ensino da linguagem não é aqui nenhuma explicação mas sim um treinamento.” WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Os pensadores. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 1991.p.11.

12 Nas palavras de Clovis Bevilacqua: “A consequência imediata da personificação da sociedade é distingui-la, para os efeitos jurídicos, dos membros que a compõem. Pois que cada um dos sócios é uma individualidade e a sociedade uma outra, não há como lhes confundir a existência.” BEVILAGUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves.1951.p. 239

ela venha participar, garantindo-lhe uma atuação independente, inclusive quando está em juízo.

Com a atribuição de personalidade, destaca-se também a possibilidade de se reconhecer uma suposta vontade da pessoa jurídica, expressa por meio dos seus órgãos. O patrimônio da sociedade, enquanto sujeito autônomo, não pode ser confundido com o patrimônio dos sócios.¹³ Da separação patrimonial, resulta uma autonomia obrigacional.¹⁴ Quando uma sociedade contrai alguma dívida, o faz em seu nome, de forma que os seus membros, individualmente considerados, não são, a princípio, responsáveis pelo pagamento.

A variedade de efeitos do mantra pedagógico da alteridade subjetiva converge para um único objetivo: garantir que a pessoa jurídica tenha uma existência autônoma. O recurso ao termo pessoa jurídica permite que a expressão “X tem um direito” possa ser interpretada independentemente da revelação do sujeito-titular. A apresentação da alteridade subjetiva, centrada na simples transposição de direitos e deveres da pessoa natural à pessoa jurídica, reforça a percepção de que haveria uma perfeita correspondência entre situações jurídicas individuais e coletivas.

Trata-se, no entanto, apenas de uma miragem. Se no caso da pessoa natural, a unidade de interesses remete à figura singular do ser humano, no caso da pessoa jurídica, o centro de interesses é unificado em função de um ordenamento particular, que coordena ações, atividades e funções. Em face do papel preponderante dessa estrutura, haveria como compreender o predicado da frase “X tem um direito” sem confrontá-lo com esse ordenamento particular? Propriedade, crédito e débito conservam o mesmo significado quando são transpostos para as associações, sociedades e fundações?

Na maioria das vezes, o processo é descrito como se existissem apenas vantagens no reconhecimento desse novo centro autônomo. Acontece que, quando mal interpretada, essa alteridade subjetiva, caracterizada pela separação da pessoa jurídica em relação aos sócios e associados, produz também consequências prejudiciais, que, ao contrário do que se possa supor, não se restringem ao tema da desconsideração da personalidade jurídica.

2.3. Qual o “custo” da pessoa jurídica?

Galgano, em artigo publicado na década de 60, com o sugestivo título “*Il costo della persona giuridica*”, buscou confrontar as vantagens e desvantagens da utilização

13 Como já destacava Santoro-Passarelli: “Con l’assunzione della personalità giuridica l’organizzazione ha una volontà própria, che forma ed esprime attraverso i suoi organi, ed un patrimonio proprio, perfettamente autonomo rispetto al patrimonio di chi há provveduto alla formazione e all’organizzazione” SANTORO-PASSARELLI. Francesco. *Dottrine Generali del Diritto Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1944. p.2.

14 “Alla capacità di diritti e d’aquisto corrisponde parallelamente una capacità di debiti e di responsabilità: l’eguaglianza dei soggetti non s’intende se non pure dal lato passivo.” FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923. p.881

do termo pessoa jurídica. Na opinião do autor, o termo era utilizado, tanto por tribunais como juristas, como se existisse um ente a ser protegido por trás do rótulo da pessoa jurídica. Segundo Galgano, essa forma de abordagem gerava um grave problema: o tratamento unitário, além de distorcer a função do instituto, obscurecia a diversidade de fenômenos que se articulavam em torno daquele termo.¹⁵

O reconhecimento de um centro autônomo de relações jurídicas pressupõe a existência de uma unidade.¹⁶ No caso da pessoa jurídica, observa-se uma variedade de substratos como as associações, sociedade e fundações, os quais são reduzidos, com o auxílio da personificação, a uma unidade conceitual. Essa visão unitária não se projeta apenas para o exterior, alcançando também as relações que se desenvolvem no interior do novo sujeito. Com efeito, a unidade subjetiva, artificialmente forjada, reverbera também na análise do patrimônio, da vontade e do interesse da pessoa jurídica, os quais passam a ser vistos, à semelhança do ser humano, de maneira uniforme.

Passados mais de 50 anos daquele artigo, nota-se que o problema denunciado por Galgano não se mostra distante da nossa realidade. Na questão, por exemplo, envolvendo a extensão dos direitos da personalidade à pessoa jurídica, com destaque para a honra, percebe-se esse mesmo tratamento unitário.¹⁷ Frequentemente, observa-se a afirmação de que essa extensão depende do exame de uma suposta compatibilidade entre os direitos e a própria pessoa jurídica. Não se constata no estudo do tema, porém, uma preocupação da doutrina em analisar as particularidades presentes no processo de imputação de direitos e deveres à pessoa jurídica.

É interessante observar que essa equiparação não se mostra restrita a determinado ordenamento, como o italiano ou o brasileiro. A Constituição americana, em face da 14ª emenda, estabelece que nenhum Estado pode privar qualquer pessoa da vida, da liberdade e da propriedade, senão através do devido processo legal. Em várias decisões, ficou estabelecido que o termo “pessoa” presente no texto se refere

15 “La persona giuridica vale ad occultare l’ esistenza di discipline speciali; è lo strumento concettuale che permette di ricondurre a agli schemi del diritto comune la speciale disciplina cui, in deroga al diritto comune, il legislatore assoggetta i membri del gruppo”. GALGANO, Francesco. *Il costo della persona giuridica*, In: Rivista delle società. Milão: Giuffrè, 1968.p.1-16.

16 Citando o jurista italiano Giorgio Giorgi, Carvalhos Santos, chegava a seguinte conclusão acerca do caráter unitário da pessoa jurídica: “Que é pessoa jurídica. Giorgi assim a conceitua: é uma unidade, que resulta de uma coletividade humana organizada, com estabilidade, para um ou vários fins de utilidade pública ou privada; completamente distinta de cada um dos indivíduos que a compõe e dotada da capacidade de possuir e de exercitar *adversus omnes* os direitos patrimoniais, compatíveis à sua natureza, com o subsídio e o incremento do direito público. Desdobrando a definição, esclarece Giorgi: diz-se unidade jurídica, porque o caráter essencial desta figura consiste em constituir um ente, que na capacidade jurídica se iguala ao indivíduo e constitui uma pessoa.” SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. vol. I. 4ª. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A.1950.p. 338

17 Como destacou Gustavo Tepedino: “Resulta daí o equívoco de se imaginar os direitos da personalidade e o ressarcimento por danos morais como categorias neutras, aplicáveis à pessoa jurídica *tout court*, para a sua tutela (endereçada, em regra, à maximização de seu desempenho econômico e de sua lucratividade). Ao revés, o intérprete deve estar atento para a diversidade de princípios e de valores que inspiram a pessoa física e a pessoa jurídica.” TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*.In: *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

tanto ao ser humano como a uma *corporation*, já que essa deveria ser tratada como uma “*legal person*”.¹⁸

Esse tipo de argumentação, que toma como ponto de partida a pessoa jurídica, tal qual sujeito unitário, revela um vício presente no processo de assimilação dos termos jurídicos, mais especificamente da própria noção de sujeito de direito. A associação com a pessoa natural cria a impressão de que a pessoa jurídica representa um novo “ser”, que poderia até compartilhar atributos exclusivos do ser humano.

Atualmente, somam-se os esforços na tentativa de se evitar que o discurso jurídico – muitas vezes pautado em elementos valorativos – acabe conduzindo a posturas arbitrarias. Nesse contexto, não há mais espaço para a simples correção formal de argumentos, exigindo-se também a justificação das premissas que foram utilizadas para se chegar a alguma conclusão.

A extração de normas a partir de conceitos, prática comum no universo jurídico, pode, no entanto, comprometer essa busca por uma racionalidade no processo de decisão. Quando se atribui um valor semântico à pessoa jurídica, como se o termo representasse um ente, acredita-se que o conceito tenha o condão de funcionar como referencial de qualquer tipo de fundamentação.

Não se pode pensar, entretanto, que o problema se concentre apenas no discurso acerca da titularidade dos direitos fundamentais da pessoa jurídica. É importante lembrar que a naturalização pode comprometer a própria tutela do ser humano no interior das sociedades e associações. Em 2003, a lei 10.825 alterou o artigo 44 do Código Civil brasileiro, acrescentando, ao rol das chamadas pessoas jurídicas de direito privado, mais dois incisos que contemplavam as organizações religiosas e os partidos políticos. Com a alteração da classificação tradicional da matéria, observa-se, mesmo que de forma implícita, certo equívoco em se supor que o rótulo de pessoa jurídica de direito privado possa garantir uma maior autonomia no exercício da liberdade de associação e da liberdade de crença. O deslocamento da liberdade de associação do grupo para o novo sujeito, em face da alteridade subjetiva, pode ofuscar o papel

18 Em 1886, no caso *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad*, a Suprema Corte considerou que uma *corporation* deveria ser considerada uma pessoa para aplicação da 14ª emenda. Ainda que utilizando outros argumentos, observa-se nos Estados Unidos, a presença do debate acerca da extensão de direitos fundamentais à pessoa jurídica. Outra decisão importante ocorreu no caso *First National Bank v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978), referente à aplicação da primeira emenda. Na sua obra sobre a desconsideração, Serick já havia comentado o caso *Santa Clara County* SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles- El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Realität juristischer Personen. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958. p. 229. Como destaca Bary Friedman, a decisão no caso *Santa Clara County* estimulou o reconhecimento de que uma *corporation* poderia invocar vários direitos previstos na Constituição, como se vê: “The Chief Justice waved off counsel, telling them the justices were already decided on the issue. ‘The court does not wish to hear argument on the question of whether the Fourteenth Amendment covers corporations, he said ‘We are all of opinion that it does’. In addition to granting corporations access to the federal courts this decision opened a vast body of constitutional rights to the corporations.” FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: FARRAR, STRAUS AND GIROUX, 2009, p.163.

instrumental das associações de garantir o livre desenvolvimento da personalidade dos seus membros¹⁹.

A naturalização da pessoa jurídica também produz consequências na análise do fenômeno empresarial. Na criação da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, pela Lei nº 12.441/2011, o legislador procurou colmatar uma importante lacuna do nosso ordenamento jurídico: a limitação de responsabilidade do empresário individual. Acontece que a opção pela criação de uma nova pessoa jurídica acaba, indiretamente, reforçando a falsa acepção de que tanto a separação patrimonial como a limitação da responsabilidade dependem necessariamente da intermediação de um novo sujeito abstrato.

Também nas sociedades empresárias, a disciplina do patrimônio, do capital social, do financiamento e da imputação da responsabilidade é influenciada sobremaneira por essa ideia da criação de um novo sujeito, que não se confunde com os seus membros. Essa alteridade – na maioria das vezes naturalizada – agrava ainda mais o problema, na medida em que transpõe, para situações supra-individuais, todo um instrumental que tem como modelo o indivíduo, isoladamente considerado.²⁰

3. Estrutura e função na análise dos bens

A naturalização da pessoa jurídica é apenas um dos muitos prejuízos que a busca de falsas essências por trás dos conceitos pode gerar no estudo do direito civil. Tais equívocos também podem ser percebidos quando se investiga o modo como se desenvolvem os estudos referentes à classificação de bens no Código Civil.

De início é possível reconhecer que não há nenhum manual de direito civil, dedicado ao estudo da teoria geral, ou mesmo dos direitos reais, que não comece com uma intensa discussão acerca de qual o “nome correto” a ser utilizado quando da referência àquilo que pode ser objeto de apropriação privada, servindo como ponto de referência objetivo da relação jurídica.²¹

19 MACHADO, Joana de Souza; NEGRI, Sergio M. C. A. Liberdade de associação e democracia: para além das fronteiras entre público e privado. In.: *Revista Confluências*, vol. 14, n. 1 – Niterói: Editora PPGSD-UFF, dezembro de 2012, p. 42-59.

20 Em relação ao ordenamento italiano, Ferro-Luzzi fez as seguintes críticas: “Si tratta, si deve precisare, di tentare uno sforzo di chiarezza e di onestà concettuale che impone di mettere in discussione i vertici stessi del sistema privatistico, e cioè il soggetto e quella sua particolare proiezione costituita dalla persona giuridica, la quale, si osservi a titolo di esempio, domina la costruzione del fenomeno societário del tipo società di capitali molto più incisivamente di quanto non appaia a prima vista. FERRO-LUZZI, Paolo. Riflessioni sulla riforma: I: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa. In: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. n 7-8-9, 2005, p.680.

21 Nesse sentido: SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil, vol I*, 22ª ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.401; BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil, vol. I*, 38ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p.139; COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito civil – Direito das coisas e direito autoral*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.19; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direitos reais*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p.4; WALD, Arnoldo. *Direito Civil – Direito das coisas*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.23; LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil – Direitos reais e direitos intelectuais*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.31.

De um lado, esforçam-se os especialistas em defender a ideia de que o “nome correto” a ser dado ao objeto da relação jurídica é dependente daquilo que efetivamente funciona como centro de imputação normativa: diante de um bem jurídico material, dar-se-ia o nome de “coisa”, reservando-se aos demais interesses humanos o nome de “bem”²². Assim, ao adquirir um imóvel o titular teria uma “coisa”, ao passo que, contratando um serviço, estaria a obrigação relacionada à qualificação de “bem”.

A princípio, levando-se em consideração as ponderações feitas por Hart e Wittgenstein, seria possível entender, em um gesto radical, que a disputa simplesmente não faz sentido: tanto objetos materiais quanto imateriais, prestações ou coisas, no que ganham a função de ponto de referência objetivo de uma relação jurídica, podem ser nomeados por “bens”, “coisas” ou qualquer outra expressão que ganhe sentido nos “jogos de palavras” que são desenvolvidos na comunicação cotidiana. Mas não é necessário chegar a esse ponto.

Assumindo-se que não há “essência” a ser nomeada por meio da utilização de um conceito, o estudo do direito civil abre-se à ideia de que a utilização de um nome ou de outro condiciona-se ao modo pelo qual a comunicação realmente se desenvolve²³.

É nesse sentido que Gustavo Tepedino indica, com propriedade, que “coisa constitui-se em gênero, que abrange todos os elementos perceptíveis, sendo bem a espécie, a traduzir aquilo que pode se constituir em objeto de direito, e que pode ser considerado coisa em sentido jurídico.”²⁴

Não há como negar que a palavra “coisa”, mesmo em seu significado comum, aproxima-se daquilo que “não interessa”, adquirindo em grande medida uma conotação negativa.²⁵ Por outro lado, quando se fala em um “bem”, o tom passa a ser inequivocamente positivo: a ordem jurídica não regula todos os aspectos da vida humana, somente aqueles considerados relevantes, de interesse para a coletividade e garantia da vida social. Em tais condições, a expressão “bem” revela aquilo que é de interesse humano e justamente por isso é objeto de uma relação jurídica. É irrelevante no

22 SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*, vol I, 22ª ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.401.

23 Pietro Perlingieri, remontando novamente à discussão anteriormente desenvolvida, indica, em perspectiva crítica, que: “quanto às pessoas jurídicas, em polêmica com o essencialismo, ao invés de se perguntar o que são, tende-se a explicar o que significam.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.93.

24 TEPEDINO, Gustavo. Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: Silvio de Salvo Venosa; Rafael Villar Gagliardi; Paulo Magalhães Nasser. (Org.). *Dez anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p.2.

25 Segundo o dicionário da língua portuguesa Aurélio, a palavra “coisa” pode também ser compreendida como “indisposição indeterminada; troço” (p.243). Já a palavra “bem”, tem como equivalentes expressões como “qualidade atribuída a ações e obras humanas, e que lhe conferem um caráter moral”; “mercadoria ou serviço que pode satisfazer uma necessidade humana” ou ainda “o que é objeto de uma compra e venda” (p.172). FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaturélio: o minidicionário da língua portuguesa*, Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira (coord.), 6ª ed., Curitiba: Posigraf, 2004.

ponto se tal objeto é corpóreo ou incorpóreo, pois a regulamentação jurídica a ser aplicada sempre é passível de variação.²⁶

Mesmo entre bens imóveis, portanto, corpóreos, a disciplina aplicável é extremamente diversificada e dependente de fatores os mais diversos: se o titular é nacional ou estrangeiro; se o imóvel é rural ou urbano; se é produtivo ou improdutivo.²⁷ Se a normativa aplicável é sempre variável mesmo entre bens corpóreos, tudo está a indicar que não é essa sua qualidade ou “essência” que servirá de norte para a definição do nome através do qual tal realidade deverá ser apreciada.

Aqui se abre uma nova perspectiva para o desenvolvimento da investigação, relativa ao tipo de bem jurídico que pode ser objeto dos interesses humanos. Como foi apontado, a discussão acerca do nome correto a ser utilizado para indicação do objeto em uma relação jurídica tradicionalmente se desenvolveu em torno da dicotomia entre bens materiais e imateriais, com fulcro na tangibilidade.

A contribuição da filosofia analítica permite a compreensão de que se não há essência a demandar um nome através do qual poderia ser especificamente conhecida, também não há impedimento visível na utilização dos nomes para indicação daquilo que gradativamente vai adentrando a esfera de interesses humanos. É isso que permite a devida compreensão de que é não apenas possível, mas também pertinente, a utilização do nome “bem” para qualificação de realidades que interessam e que não se apresentam sob a forma tangível: são bens jurídicos o software, a informação, etc.²⁸

Todo o desenvolvimento realizado até aqui permite a compreensão da amplitude de análise decorrente de um estudo do direito civil que se realize a partir da premissa da inexistência de essências a serem nomeadas pelos conceitos.

Vê-se, como consequência, a necessidade de superação da análise meramente estrutural dos institutos²⁹: não é a materialidade do objeto que o qualifica como coisa, é o entendimento de que desempenha uma função socialmente relevante que

26 Para uma crítica das bases nas quais se construiu a dicotomia entre “direitos reais” e “direitos obrigacionais”: MAURO, Roberta. Relações reais e relações obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras, In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Obrigações – estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp.69-98, *passim*. Em linha aproximada, Renan Lotufo ressalta que a palavra “bens” “refere-se tanto a coisas quanto a direitos, e pode chegar a ter o sentido de patrimônio”. LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado, vol.I*, São Paulo: Saraiva, 2003, p.206.

27 TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.303.

28 Daí a pertinência das conclusões de Gustavo Tepedino: Numerosos são os interesses, especialmente os coletivos e difusos, que se tornam dignos de proteção mesmo incidindo sobre bens insuscetíveis de comercialização, bastando pensar no meio ambiente e no patrimônio cultural e artístico. Os direitos relativos à qualidade de vida saudável e à proteção da flora e da fauna são tutelados independentemente da titularidade do domínio. Há que se afastar, portanto, a noção de bem jurídico do arquétipo da propriedade privada.” TEPEDINO, Gustavo. Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: Silvio de Salvo Venosa; Rafael Villar Gagliardi; Paulo Magalhães Nasser. (Org.). *Dez anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p.03

29 BOBBIO, Norberto, “Em direção a uma teoria funcionalista do direito”, In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, Trad.: Daniela Beccaccia Versiani, São Paulo: Manole, pp.53-79, *passim*.

o qualifica como um bem jurídico.³⁰ Da mesma forma, se é a função concretamente desempenhada que permite a identificação daquilo que interessa, não há nada que ontologicamente impeça a qualificação de bens imateriais e insuscetíveis de apropriação privada como bens jurídicos que, como tais, receberiam a tutela do ordenamento jurídico.

A maior atenção dada à função concretamente desempenhada do que à estrutura abstratamente definida abre para o estudioso do direito civil a oportunidade de identificação dos instrumentos mais efetivos para a compreensão do seu próprio objeto e, conseqüentemente, de realização dos valores constitucionalmente entabulados.

4. Conclusão

A cena contemporânea parece demandar uma nova forma de compreensão da relação entre dogmática e as disciplinas conjuntamente classificadas como “zetéticas”, conforme a dicotomia amplamente adotada no Brasil³¹.

Tradicionalmente, o diálogo entre saberes resultantes dessas formas de investigação foi considerado de modo restrito: ao direito civil, caberia o estudo da disciplina codificada; à filosofia, a investigação acerca dos valores e da ideologia.

O cenário hoje aponta para a construção de um saber que é dogmático, mas porosamente informado pelo conhecimento que a filosofia disponibiliza sobre a realidade com a qual o jurista trabalha.

A dogmática é decisivamente permeada por valores e concepções ideológicas e os conceitos jurídicos são aplicados sobre uma realidade social culturalmente dinâmica. São ingredientes suficientes para uma concepção renovada acerca da dogmática, superando o ranço de um conhecimento fechado em si mesmo.³²

Nem cisão, nem perda de identidade. A pretensão do presente estudo foi sinteticamente demonstrar a necessidade de ressignificação da própria dogmática, como

30 Na precisa lição de Anderson Schreiber: “A sofisticada construção obriga os juristas, e especialmente os civilistas, a se perguntarem: qual o papel que o ordenamento reserva a cada instituto jurídico? Por que a ordem jurídica atual o preserva? Abandona-se, com essas indagações, a postura sonolenta que tornava os institutos jurídicos como colocados à livre disposição do sujeito de direito. Evidencia-se a necessidade de que o exercício dos direitos atenda a uma finalidade maior que a simples vontade individual. Daí a consagração do termo “função social”, que produziu verdadeira revolução no tratamento dispensado pelo direito civil à propriedade privada, e que hoje, se espalha para a empresa, para o contrato e para outros institutos. SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

31 A classificação das disciplinas jurídicas em “zetéticas” e “dogmáticas” foi celebrizada no país por intermédio da obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr., que, em diversos trabalhos procurou desenvolver os conceitos elaborados na Alemanha por Theodor Viehweg.

32 É nesse sentido que Carlos Santiago Nino indica: “Esse modelo de um tipo de teoria jurídica que já começa a ser vislumbrado em algumas áreas e que satisfaz as funções principais da atual dogmática jurídica, sem incorrer em sua confusão característica entre descrição e reformulação do sistema jurídico, requer, sem dúvida, que os juristas tenham uma preparação teórica bastante complexa. Eles devem manejar ferramentas conceituais e lógicas relativamente sofisticadas, estar familiarizados com elaborações das ciências sociais concernentes a sua área de estudo, e, sobretudo, ter uma boa formação em filosofia política e moral.” NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.407.

campo de desenvolvimento dos estudos civilísticos, o que estabelece demandas urgentes no ensino e na compreensão da disciplina.³³

O ensino do direito civil deve ser materializado como reflexo da compreensão de que o jurista lida com problemas que não é capaz de resolver, nem mesmo corretamente identificar, sem uma formação suficientemente sofisticada, talhada para construir soluções que se ajustem à complexidade da vida social em geral, e do ordenamento jurídico em particular. O caminho, portanto, está aberto.

5. Referências

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico: uma contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Trad.: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996;

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*, vol. I, 38ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996;

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1951;

BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do direito. In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani, São Paulo: Manole, 2007;

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – Direito das coisas e direito autoral*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010;

DANTAS, Marcus. O desafio do direito civil-constitucional: a filosofia moral. In.: *Pensar*, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 577-602, jul./dez. 2012;

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar 2008;

FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923;

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*, Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira (coord.), 6ª ed., Curitiba: Posigraf, 2004;

FERRO-LUZZI, Paolo. Riflessioni sulla riforma: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa. In: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. n 7-8-9, 2005;

33 Nesse sentido: “O compromisso se firma com essa constante travessia que capta os sentidos histórico-culturais dos Códigos e reescreve, por intermédio da ressignificação dessas balizas linguísticas, os limites e as possibilidades emancipatórias do próprio Direito”. FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.18.

- FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People*. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution. New York: FARRAR, STRAUS AND GIROUX, 2009;
- GALGANO, Francesco. Il costo della persona giuridica. In: *Rivista delle società*. Milão: Giuffrè, 1968.p.1-16;
- HART, H. L. A. Definição e Teoria na Teoria do Direito . In: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. São Paulo: Elsevier, 2010;
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil – Direitos reais e direitos intelectuais*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011;
- LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, vol.I, São Paulo: Saraiva, 2003;
- MACHADO, Joana de Souza; NEGRI, Sergio M. C. A. Liberdade de associação e democracia: para além das fronteiras entre público e privado. In.: *Revista Confluências*, vol. 14, n. 1 – Niterói: Editora PPGSD-UFF, dezembro de 2012, p. 42-59;
- MAURO, Roberta. Relações reais e relações obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (org.), *Obrigações – estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.69-98;
- NEGRI, Sergio M. C. A. *A (des) naturalização da pessoa jurídica: subjetividade, titularidade e atividade*. Tese de Doutorado. UERJ. Rio de Janeiro, 2011;
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010;
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008;
- SANTORO-PASSARELI, Francesco. *Dottrine Generali del Diritto Civile*. Napoli: Eugenio Jovene,1944;
- SANTOS. J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. vol. I. 4ª. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A.1950;
- SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo:Atlas,2013.
- SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles - El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Realität juristischer Personen. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958;
- SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*, vol I, 22ª ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2007;
- TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

----- . Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: Silvio de Salvo Venosa; Rafael Villar Gagliardi; Paulo Magalhães Nasser. (Org.). *Dez anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p.01-30;

----- . Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.303-330;

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direitos reais*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2011;

WALD, Arnaldo. *Direito Civil – Direito das coisas*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011;

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Os pensadores. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 1991.

O PROCESSO DE ENSINO COMO DIÁLOGO: UMA VISÃO AUTOGESTACIONAL À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Marcos Alberto Rocha Gonçalves¹
Rafael Correa²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Estado da arte: a formação do pensamento juscivilista pela reprodução do ensino bancário – 3. Rearranjo dos fundamentos: as complexidades forjadas – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. Introdução

A chegada de um novo tempo, marcado, de um lado, pela retomada do núcleo do sistema jurídico pelos *seres humanos de carne e osso* (ancorado, no plano das relações privadas, no reconhecimento da transversalidade) e, de outro, pela velocidade e fluidez dos sistemas comunicativos, lança desafios dos mais diversos matizes, provocando o necessário repensar dos métodos da produção acadêmica.

Se é certo que, mais do que ecoar, reverbera na doutrina o sentido da repersonalização das relações privadas, esta superação do *ser* pelo *ter* parece ainda não ter assentado por completo uma metodologia de ensino suficiente para produzir pensamento jurídico crítico, que não caia na armadilha fácil do dogmatismo pragmático.

A partir do reconhecimento desta circunstância, lança-se o questionamento acerca do delineamento de eventuais premissas capazes de (re)construir uma cons-

1 Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito Civil da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Advogado.

2 Bacharel em Direito pela Faculdade Dom Bosco, Curitiba-PR. Advogado.

ciência crítica, que empodere os sujeitos de um saber reflexivo, desquitado do *conhecimento fastfood* típico da era *facebook*.

Dentre os mecanismos capazes de semear tais pressupostos, encontra-se na reestruturação do ensino jurídico solo fértil para conformação de um certo saber que permita disparar um processo autogestacional, cujo resultado não é um repositório repleto de saberes imediatos, prontos a pagarem uma ou outra conta, mas um instrumento de realização do destino constitucional conferido à pessoa humana.

O problema (ou quiçá o enfrentamento do problema) se apresenta, nesta medida, em duas frentes: de um lado, o reconhecimento desse novo tempo e a percepção das idiossincrasias agregadas a uma reformulação sociocultural a ser apreendida, dentre outras, pela lente direito privado; de outro, o papel do ensino como um processo autogestacional de transformação do *ser* e do *outro*, a partir de uma dada metodologia concretizante.

Neste escopo, passo inicial compreende o desvestir do momento presente, despelando o atual *estado da arte* do ensino jurídico, com especial atenção aquele afeito às relações pessoais e patrimoniais privadas. A (re)construção desta representação do presente há de compreendê-lo como um produto histórico, sendo imprescindível, portanto, em igual medida de importância, o reconhecimento do passado pelo qual circulou o DNA do atual modelo.

A proposta deste passo inicial é identificar a fundação atinentea o *sentido* e ao *conteúdo* do ensino, estabelecendo-se, assim, o porto no qual se encontra atracado o método ao qual se destina a visão crítica ora enunciada.

A expectativa que surge daí, reconhecidamente ambiciosa, é de ressignificar o conteúdo axiológico do processo de ensino do direito privado, revalorizando as premissas voltadas a um ensino autoconstrutivo e libertador, que não permita o estabelecimento de uma ancoragem final, mas a indicação de um dado norte que possibilite fazer do processo de ensino o próprio caminho a ser percorrido.

Nessa singra, intenta-se revelar o significado e o alcance do incremento de um modelo jurídico cada vez mais complexo, pronto a atender necessidades instantâneas surgidas na velocidade das relações sociais contemporâneas. O enfrentamento desta *complexidade* perpassa, no plano do ensino jurídico, seu reconhecimento como um método formal a ser criticamente analisado e desconstruído, revelando o sentido e o conteúdo que este método torna nublado.

Percorrido esta trilha, o objetivo último é indicar possíveis mecanismos de concretização do método crítico enunciado pela ideia da constitucionalização do direito civil na seara do ensino jurídico.

2. Estado da arte: a formação do pensamento juscivilista pela reprodução do ensino bancário

Refletir sobre a existência de uma crise que permeia o ensino jurídico brasileiro não constitui uma tarefa marcada pelo ineditismo, pelo contrário: principalmente

desde a promulgação da Constituição de 1988, tal temática já foi objeto de diversos debates e, mesmo hoje, os resultados colhidos a partir de tais reflexões não divergem substancialmente entre si, ainda que seja levado em conta o recorte específico dedicado ao ensino e debate do Direito Civil.

E, justamente nessa medida, talvez não seja exagerado compartilhar os versos de Caetano: na atual “eterna novidade do mundo” pouco se pensa sobre os passos que diuturnamente são consolidados na contemporânea senda social e como a dita “construção” do direito civil será planejada e alicerçada; afinal, em um mundo feito para “não se pensar”, estamos, em regra, sempre de acordo.³

Tal perspectiva de conformismo e imutabilidade permanece presente mesmo se levarmos em consideração a atual feição da realidade *hipermoderna* que a sociedade, em seu próprio tablado, denota, posto que pelo dinamismo de sua própria essência, imprime-se uma *cultura-mundo* que desconstrói os parâmetros dicotômicos usuais sobre os quais já se julgava conhecer intimamente.⁴

Estrutura-se, assim, um paradoxo: por mais que se esteja vivenciando uma realidade cultural vincada pelo desígnio do “sempre mais”, provavelmente jamais se tenha experimentando, em todas as ambiências da vida e do saber, um momento em que o conformismo tenha se mostrado tão forte.

Se tais pressupostos, que conformam as peças assimétricas que (des)estruturam o *puzzle* da vida cotidiana, forem sobrepostos a uma análise crítica do ensino jurídico, o precitado paradoxo pode se mostrar ainda mais denso.

Com a promulgação da Constituição de 1988, especial atenção foi dada ao conteúdo principiológico que deriva da *dignidade da pessoa humana*, de modo que, na ordem jurídica brasileira, efetivou-se a necessidade de se considerar o ser humano na concretude de sua existência, perspectiva que paulatinamente impactou com especial relevância, a partir da desmistificação da dicotomia havida ente “público x privado”, no regramento jurídico das relações interprivadas.⁵

3 Em uma de suas pertinentes reflexões, Alberto Caetano (heterônimo constante de Fernando Pessoa), ponderou sobre um problema que ainda permanece presente: “[...] Sinto-me nascido a cada momento / Para a eterna novidade do Mundo... / Creio no mundo como num malmequer / Porque vejo. Mas não penso nele / Porque pensar é não compreender... / O Mundo não se fez para pensarmos nele / (Pensar é estar doente dos olhos) / Mas para olharmos para ele e estarmos de acordo.” CAETANO, Alberto. O guardador de rebanhos (poema II). In: PESSOA, Fernando. **Poemas completos de Alberto Caetano**. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2011. p. 33.

4 LIPOVETSKY, Gilles. **A cultura-mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 7.

5 Sobre o tema, com especial contorno aos moldes do Código Civil de 2002, pertinente é a reflexão envidada por Gustavo Tepedino: “A perspectiva do Direito Civil Constitucional [...] mostra-se muito mais ampla do que decorreria de um estéril debate em torno da reorganização topográfica do sistema [na estância divisão em público e privado]. São valores expressos pelo legislador constituinte que, extraídos da cultura, da consciência social, do ideário ético e da noção de justiça presentes na sociedade, consubstanciam-se em princípios, os quais devem informar o sistema como um todo e, especialmente, o Código Civil. Eis a chave de leitura para se entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil, que se torna ainda mais urgente quando da interpretação de um diploma recém promulgado.” TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 377-378.

Eis que se solidificou, então, um grande desafio à construção epistemológica do pensamento concernente ao Direito Civil brasileiro: pensar e estruturar, à luz da Constituição Federal, a superação da *compreensão codificada do sujeito* em prol da *leitura concreta da existência humana*.

Tal desafio, ainda que ornado pelo objetivo das boas intenções, não comportou o trilhar de um caminho plano, já que, mesmo em um momento histórico no qual o corpo social desloca-se dinamicamente nas mais diversas direções, o ensino jurídico, abandonando a oportunidade de efetivamente *construir*, permanece conformado a limitadamente *repetir* aquilo que já há muito foi dito e que hoje pouco faz sentido – como uma literatura que sequer conhece a sua própria ortografia⁶, como se olvidasse propositadamente da sua finalidade.

O (in)oportuno desconhecimento dos próprios desígnios do ensino jurídico resulta da presença ainda insepulta de um *molde bancário*⁷ que marca a (re)produção do conteúdo epistemológico do Direito no Brasil, jungido por três características que desde os alicerces oitocentistas incorporado no início da *história* do direito brasileiro permanecem presentes até hoje e conformam a existência de um *modelo central de ensino*.⁸

Eis em tela, então, o que Paulo Freire nominou como “educação bancária”, via pela qual o ato de conhecer constitui-se como procedimento de posse única do educador, não sendo possível ao educando o embate crítico sobre o objeto que se está perquirindo e estudando.⁹ Essa educação bancária enseja justamente a reprodução de um ciclo vicioso que acaba por impregnar prejudicialmente o processo de conhecimento, constituindo e enrijecendo uma série de padrões que acabam por se tornar

6 Tal foi a definição utilizada por Charles Baudelaire, em prefácio à compilação francesa da obra de Edgar Allan Poe, para definir a ausência de criatividade percebida no quadrante temporal específico do século XIX sobre a literatura (à qual Poe, por certo, foi exceção): “O que é comum aqui é ainda mais comum lá, literaturas que não sabem sequer a ortografia; um atividade pueril inútil; um sem número de compiladores; gente que se repete o tempo todo; plagiários de plágios e críticos de críticos.” BAUDELAIRE, Charles. Outras anotações sobre Edgar Poe. In: POE, Edgar Allan. **Contos de imaginação e mistério**. São Paulo: Tordesilhas, 2012, p. 8-9.

7 Nas palavras de Jerônimo Sartori, a idéia de *ensino bancário*, cunhada por Paulo Freire, assim se apresenta: “De acordo com Freire (1987), os pressupostos da educação bancária se assentam na narração alienada e alienante. Os seja, há a perspectiva de educar para a submissão, para a crença de uma realidade estática, bem-comportada, compartimentada, para a visão de um sujeito acabado, conclusivo. A educação bancária, nesse sentido, repercute como um anestésico, que inibe o poder de criar próprio dos educandos, camuflando qualquer possibilidade de refletir acerca das contradições e dos conflitos emergentes do cotidiano em que se insere a escola, o aluno. Na perspectiva freiriana, a educação bancária tem o propósito de manter a *imersão*, a reprodução da consciência ingênua, da acriticidade.” (SARTORI, Jerônimo. Educação Bancária/Educação Problematicadora. In: STRECK, Danilo; REDIN, Euclides; ZITKOSKI, Jaime José (orgs.). **Dicionário Paulo Freire**. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010. p. 135.)

8 Tais características, as quais serão objetivamente declinadas adiante, foram inicialmente diagnosticadas pela *Comissão de Ensino Jurídico* criada pelo Conselho Federal da OAB ao início da década de 1990. Para tanto, ver: LÔBO, Paulo Luiz Netto *et al.* Uma cartografia de problemas. In: CONSELHO FEDERAL DA OAB. **OAB Ensino Jurídico**. Diagnósticos, perspectivas e propostas. 2ª Ed. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. p. 12.

9 FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 68.

características intrínsecas do processo de educação, tal qual ocorreu historicamente com o ensino jurídico brasileiro.¹⁰

Assim, é possível reconhecer que o ensino jurídico ainda se mostra consideravelmente *descontextualizado*, posto que o pluralismo jurídico é constantemente negado para se reconheçam como válidas, na grande parcela das ocasiões, apenas as diretrizes advindas do Estado, olvidando os demais fenômenos jurídicos constituídos na sociedade.¹¹

Por conseguinte, o ensino do direito, mesmo no tempo presente, permanece atado a um *dogmatismo* que estrutura uma “instrução” jurídica através de ideias fixas formuladas por pontos inquestionáveis¹², compartimentando o ensino jurídico em uma verdadeira dimensão cartesiana do conhecimento.¹³

Enfim, mostra-se ainda presente a concepção *unidisciplinar* do ensino do direito, que impede o diálogo entre o conhecimento jurídico e os demais campos do saber, fragmentando-o em um caixilho prisional que o retém na clausura das disciplinas previamente estabelecidas.¹⁴ Não há, portanto, um “processo de conhecer”, mas sim a formatação bancária de um ensino que faz dos discentes mais “depositários” de um saber acriticamente selecionado do que debatedores dos óbices e limitações que as proposições jurídicas ainda percebem na análise fática das relações interprivadas.¹⁵

Todas as características acima listadas, ao contrário do que possa parecer em uma primeira leitura, resultam de uma pesquisa realizada já há duas décadas pela *Comissão de Ensino Jurídico* do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que, aos idos de 1991, esquadrinhou a existência de uma “cartografia de problemas” referente ao ensino jurídico – problemas esses que, mesmo no tempo presente, ainda permanecem atuais.

Assim, ao se perquirir pelo “estado da arte” concernente à formação do pensamento *juscivilista* brasileiro contemporâneo a partir do prisma da construção epistemológica do conhecimento jurídico, percebe-se o evidente descompasso havido

10 Exemplo dessa perspectiva é encontrada na obra “Manual de educação jurídica: um contra-arquétipo na proposta de criação de um núcleo transdisciplinar” (Curitiba: Juruá, 2008), de Sérgio Rodrigo Martinez, na obra, na qual o autor faz um esboço do transcurso histórico do ensino jurídico no Brasil, concluindo, ao cabo, que o modelo de ensino historicamente presente permitiu que as mesmas práticas e características permanecessem incólumes ao fluir do tempo.

11 CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas**. Uma análise do ensino do Direito de Propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 202.

12 *Ibid.*

13 AZEVEDO, Plauto Faraco de. OAB – Ensino jurídico. In: CONSELHO FEDERAL DA OAB. **OAB Ensino Jurídico**. Diagnósticos, perspectivas e propostas. 2ª Ed. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. p. 235.

14 CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Op. Cit.* p. 202.

15 Na visão de Georges Lerbet, a unidisciplinaridade, quando presente na metodologia de ensino de qualquer campo do saber, condena o aluno à “terrível missão de aprender sem pensar no restante, estando lá para empilhar conhecimento.” LERBET, Georges. Transdisciplinaridade e educação. In: MORIN, Edgar [Org.] **A religação dos saberes**. O desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 530.

entre o Direito - alicerçado por modelo bancário e central de ensino – e a realidade posta ao seu entorno.

De modo mais específico, se é possível dizer que o Direito Civil vivencia e experimenta hoje os temperos de uma crise¹⁶, é certo que um dos ingredientes que conformam tal receita pode ser encontrado na crise equivalentemente presente no ensino do Direito, posto que, assim como fez o príncipe Próspero ante a feição escarlata da extinção da vida, o ensino jurídico parece ter se refugiado em sua abadia fortificada enquanto o mundo exterior tomava – e ainda toma – conta de si mesmo.

Eis a estruturação contraditória que permeia um notável paradoxo presente no corpo do pensamento *juscivilista* contemporâneo: de um lado, resta atraído pela força centrípeta das salutares construções concernentes ao Direito Civil Constitucional e, de outro, mostra-se perdido ante a sua surdez historicamente forjada em relação aos brados e movimentos postos ao seu entorno, comprometendo a efetivação das ponderações e proposições alicerçadas naquele primeiro polo.

Urge, pois, repensar as vias estruturantes do ensino jurídico, sob pena de mantê-lo (bem como o próprio conteúdo epistemológico do Direito) aprisionado em um quimera de repetições.

3. Rearranjo dos fundamentos: as complexidades forjadas

Ao lume do que se disse alterar o atual cenário de estagnação inerente ao ensino do Direito (mormente se analisado em referência ao Direito Civil Constitucional) e medida que urge, mormente possa transformá-lo verdadeiramente em um *processo de conhecer* que se solidifica ante às circunstâncias postas cotidianamente ao seu entorno, em lugar de se estruturar sempre aprioristicamente.

Ainda que se trate de desiderato de árdua consolidação, alguns caminhos se apresentam para conduzir a construção epistemológica do Direito a tais fins.

Como se pode concluir, a “instrução” jurídica hoje vigente é calcada na *reprodução* de pressupostos e dogmas previamente concebidos, que faz com que a formação dos “operadores” do direito civil brasileiro seja restrita a um insulamento mudo, já que essa repetição cíclica do conhecimento implica necessariamente na “interdi-

16 A questão, como já se disse, não é de todo nova, sendo que já foi objeto de diversas reflexões, tal qual a seguinte: “A crise do Direito Civil significa, talvez, esse impasse: encontrar-se à medida em que se perde. Parafraseando a travessia, à qual Michel Serres se reporta, sobre o “desvanecimento das referências”, quando o homem perde seu nicho específico do saber e se coloca na possibilidade de apreciar esse contexto, sem postura dogmatizada, é possível encontrar, ao final de todas essas reflexões, um final comum. Uma das conclusões poderá ser que um sistema jurídico prescinde de limites tão estreitos, principiado e terminado por definições e conceitos. O que virá poderá demonstrar que a realidade precisa ser tratada de outra forma pelo Direito, ao contrário do que hoje ocorre, em que o Direito coopta dos fatos e lhes dá força jurídica. Há, neste momento, um conjunto de colocações e interrogações críticas do contrato, da família e da apropriação, em um universo rico de ideias e questões.” FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. 2ª Ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 280-281.

ção” de suas ponderações, afastando a possibilidade de fazer transpor o saber jurídico para além das muralhas da academia.¹⁷

E é então que os egressos das academias de Direito não se ocupam, por exemplo, da prática social, porquanto se limitam a redução de meros técnicos guiados pelo horizonte normativo, olvidando toda a movimentação que, aos tropeços do cotidiano, singram ao seu redor: trata-se, pois, da figura do “operador” do Direito envolto e aprisionado em um “círculo mágico de fórmulas abstratas”, como bem pautou Pietro Barcellona.¹⁸

A alteração desse cenário demanda, portanto, uma modificação densa das condições que hoje vigem; impende obrar na *ruptura* desse “mal construído” historicamente, que preenche o ensino jurídico pátrio engessando-o, isso para que, finalmente, do projeto do horizonte almejado, possa-se alicerçar efetivamente um novo viés ao ensino do direito civil brasileiro.

Tal ruptura, em uma primeira medida, pode ser concebida por meio daquilo que Michel Mialle denominou como “corte epistemológico”¹⁹, conceito que, se vertido ao debate ora proposto, constitui-se no afastamento efetivo de todas essas características que, por meio da educação bancária, consolidam o dito modelo central de ensino.

Todavia, há que se pensar como esse corte epistemológico poderá ser realizado em face de uma estrutura de produção de conhecimento que, em seus aspectos gerais, foi alicerçada ao longo do tempo, permanecendo ainda hoje inalterada. Das possíveis respostas para tal questionamento, mostra-se relevante, pois, a concretização de um “desvio” do azimute proposto por tal modelo central de ensino, para que

17 Sobre esse tema em específico, explica Rosalice Fidalgo Pinheiro: “Trata-se do paradigma normativista, presente no ensino do Direito, que congrega o dogmatismo, a descontextualização e a unidisciplinaridade, sob uma ‘didática tradicional’. Parte-se do pressuposto de que o conhecimento de normas e de instituições seria suficiente para que o aluno, enquanto operador do direito, consiga resolver todos os conflitos que lhe forem apresentados. [...] Sob essa ótica, o ensino do direito é caracterizado por um procedimento de exclusão, através da ‘interdição’: somente a palavra do professor ocupa espaço, deixando à margem a palavra do aluno. Assim, tolhem-se suas experiências e impede-se o diálogo com outras disciplinas. Essa relação de ensino-aprendizagem, na qual resta ausente o diálogo e a troca de idéias, é aperfeiçoada pela utilização do método expositivo.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A responsabilidade social do jurista e o ensino jurídico: um breve diálogo entre o Direito e a Pedagogia. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al* [Orgs.] **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 509-511.

18 ISAGUIRRE, Katya *et al*. Um perfil problematizante na formação do jurista: o estudo de casos no direito civil. In: CORTIANO, Eroulth *et al* [Coord.] **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Anais do projeto de pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p. 42-43.

19 Explica o autor: “De facto, que significa isso de o jurista construir? Segundo certos autores, na medida em que o direito é uma arte social, o jurista tem uma missão de criar a regra de direito e de a criar de modo que ela se aproxime o mais possível do ideal de justiça. [...] É preciso convir que a construção dos nossos juristas é, a maior parte do tempo, do tipo da reprodução de um construído que já existe. [...] Construir um direito melhor, mas conservando o Estado e o sujeito de direito, melhorando a distinção entre direito público e direito privado, etc? Em suma, encher odres velhos de vinho novo. Seria preciso para construir realmente que se efectuasse uma ruptura com todos esses materiais que são as regras da nossa vida social. Essa ruptura, na linguagem das ciências, tem um nome: corte epistemológico.” MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3ª Ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005. p. 173-175.

se permita a efetiva alteração das condutas metodológicas historicamente presentes nas academias de direito.

No caixilho destas perspectivas é que se amolda a ideia de “comportamento desviante” proposta por André-Jean Arnaud²⁰ ao propugnar a adoção concreta de um comportamento, de uma conduta que escape desse estado de *hiperconformismo* e promova uma transformação do “estado atual da arte” que antes descrevemos.

A partir da consciência da composição dos fundamentos acima descritos, quicá seja possível, como se disse, perfilhar o modelo central da instrução jurídica para desvelar o papel do ensino do direito como um processo autogestacional vincado em uma perspectiva de alteridade concomitantemente beneplacitado por uma metodologia concretizante. Entretanto, para que se alcance tal desígnio, importa, antes de transformar, *compreender* certas perspectivas que se mostram jungidas à própria concepção do direito civil sob prisma constitucional.

Em um movimento de certa forma arriscado, a mirada da *forma* de estruturação do direito – que se deve submeter à crítica construtiva do no processo de ensino – pode tomar de empréstimo certos conceitos presentes cotidianamente nas ditas *ciências exatas e ciências biológicas* (algo que o estudo da economia já se presta com desenvoltura), especialmente as idéias de *complexidade e interação sistêmica*.

Como bem define o matemático John Casti, um sistema é formado por um conjunto de indivíduos em interação, possuindo, *como um todo* “suas próprias características particulares, que não existem no nível dos indivíduos em si. Essas características *emergentes* são consideradas traços ‘sistêmicos’, em contraposição àquelas dos indivíduos que constituem o sistema, pois são originadas pelas *interações*.”²¹ Nesta expressão, entende-se por *indivíduos* os agrupamentos de conceitos discursivos que se comportam em interação.

Além da interação percebida entre indivíduos, os próprios sistemas complexos podem interagir entre si, uma vez que os mecanismos comunicativos entre indivíduos transbordam o sistema do qual fazem parte.

20 É certo que a ideia de comportamento desviante não foi concebida por Arnaud visando seu encaixe na problemática da estagnação do ensino jurídico. Como se pode presumir, eis uma perspectiva que ora é trazida à colação com o objetivo de, em alguma medida, enriquecer o debate sobre. Então, faz-se mister esclarecer textualmente o que propugna Arnaud; “Quando não há mais conformidade, podemos observar dois tipos de comportamentos opostos. Em primeiro lugar, o hiperconformismo. [...] Aqui, efetivamente, a conformidade excessiva – aquela que é submissão às letras das normas mais que a sua significação consagrada pelo costume. [...] O outro comportamento não conformista é dito ‘desviante’. O sujeito desviante é aquele que, sozinho ou em companhia de uma minoria, escolheu mais ou menos deliberadamente transgredir, quer dizer, transformar as normas no plano prático ou plano ideológico. [...] O desvio dos juristas, ou a contestação jurídica, é produzido por um conflito de papéis sentido e vivido pelos indivíduos no interior de seu estatuto social. [...] Colocar em relação os termos ‘desvio’ e ‘profissão jurídica’ permite perceber o momento em que nasce o desvio; aquele em que o espírito crítico aparece por demais desenvolvido em relação ao grau de submissão.” ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 158.

21 CASTI, John. **O colapso de tudo**: os eventos extremos que podem destruir a civilização a qualquer momento. Ivo Korytowski e Bruno Alexander (trads.). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012. p. 61.

A presença de interação regulatória entre sistemas restou estabelecida a partir da enunciação promovida por William Ross Ashby, médico e especialista em cibernética que, na década de 1950, afirmou, segundo Casti, que “a *variedade* do sistema regulatório tem de ser, no mínimo, do mesmo tamanho da variedade do sistema regulado para ser efetiva”²².

Assim, ainda segunda a lição de Casti, “Na terminologia contemporânea, a lei de Ashby previa que o sistema de controle tem de ter, no mínimo, a mesma *complexidade* do sistema controlado, senão o desnível de complexidade entre os dois pode causar – o que geralmente acontece – diversas surpresas desagradáveis.”²³

Não parece descabido divisar queo positivismo, ou ao menos o dogmatismo jurídico possa ser lido como a partir da lei de Ashby, tomando-se a interação entre norma (sistema complexo regulatório) e realidade projetada (sistema complexo regulado) como uma interação entre sistemas complexos²⁴.

Nesta medida, a percepção de um desnível de complexidade entre os sistemas leva a dogmática jurídica a uma constante tentativa discursiva de balanceamento forçado, ora incrementado as interações entre os elementos do sistema normativo, ora parificando por simplificações artificiais a complexidades dos elementos fáticos.

A observação desta interação dinâmica, cujo dinamismo é, porém, puramente abstrato, é bem compreendida por Plauto Faraco de Azevedo, que insere neste balanceamento forçoso componente ideológico²⁵ relevante. Observa o autor que “em

22 *Op. cit.* p. 69.

23 *Idem.* O autor apresenta pertinente exemplo de desnível de interação sistêmica: “O grego Alexander Athanassoulas, consultor de negócios, apresenta um exemplo muito interessante da lei de Ashby no contexto da sonegação fiscal, assunto cada vez mais preocupante nos países endividados em todo o mundo. A cada ano que passa, os países criam leis e regulamentos para conter e penalizar a evasão fiscal. No entanto, a variedade de ações disponíveis aos cobradores de impostos jamais estará à altura da enorme gama de ferramentas utilizadas por contadores, advogados e sonegadores para não pagar sua parte do ônus financeiro nacional. Ou seja, a variedade da população geral disposta a sonegar impostos jamais corresponderá à variedade de instrumentos disponíveis aos reguladores fiscais (inspetores), que é muito menor. Isso significa que é necessário reduzir a variedade no lado dos sonegadores, em vez de tentar controlar a sonegação de impostos após o fato. Athanassoulas sugere soluções como a redução de alíquotas fiscais, uma distribuição mais equilibrada de impostos entre a população e outros instrumentos desta natureza.” (*Ibid.* p. 69-70).

24 Isso se esboça na lição de Rosalice Fidalgo Pinheiro, para quem: “Nesses modelos de pensamento jurídico, esculpidos pela Exegese e pela Pandectística, a atividade do jurista, especialmente a do juiz, revela-se como uma subsunção, cabendo-lhe enquadrar os fatos ao Direito. Assim, a realização da justiça perfaz um raciocínio silogístico, valendo-se da contraposição entre a premissa maior – a lei – e a premissa menor – o fato –, para se chegar a uma solução lógica. Nessa vertente do formalismo, o jurista é um geômetra, cujo trabalho consiste na construção de um sistema de conceitos extraídos do direito positivo, em paridade com o método das ciências naturais. É justamente esse método que garante a plenitude lógica do ordenamento jurídico, presente em todos os sistemas individualizados pelo positivismo científico. Assim, o que garante a verdade científica não é a apreensão de um realidade empírica, mas a coerência interna das categorias conceituais”. (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A responsabilidade social do J e o Ensino Jurídico: um breve diálogo entre o direito e a pedagogia. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo; et al.(orgs.) *Diálogos sobre o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 500-501.)

25 Sobre a questão ideológica, assenta o autor: “Efetivamente, não pode o trabalho da Dogmática Jurídica ou Ciência Jurídica Positiva ser desligado da sociedade, a menos que, em nome de uma pretensa cientificidade, se aceite que deva girar sobre seu próprio eixo, afastando-se, dessa forma, da realidade mesma em função de que precisamente existe e se deve realizar. Assim se procedendo, embora se diga que se age em nome da ‘cientificidade’ da Ciência do Direito, opera-se sua manipulação ideológica. Por ideologia entende-se ‘o pensamento teórico que julga

consequência da intromissão ideológica, no trato dogmático do Direito, perdem-se os contornos sociais sobre que precisa assentar esse trabalho, esquecendo-se os problemas humanos concretos que o originam. Resulta a consideração do direito positivo como um *ser em si*, pontilhado pelo formalismo e pelas sutilezas conceituais²⁶.

A cisão verificada entre o discurso jurídico e a realidade social tem raízes, segundo a leitura que ora se propõe, no desnível de complexidades entre a norma e a concretude social. O que se observa, neste compasso, é que a superação – ainda que momentânea – do colapso do sistema positivo é resultado de uma artificial idealizada do sistema regulado, tomado como uma realidade em abstrato.

O reflexo desta estrutura discursiva alicerçada em uma realidade virtualmente constituída reverbera no espaço do ensino jurídico a partir do espraiamento ideológico do positivismo normativista. Referido discurso alimenta sua hegemonia de *locus* paradigmático com o amortecimento do pensamento crítico, aprimorando a técnica de substituição das *janelas*, que permitem ver o horizonte, por *quadros* os mais belos realistas possíveis, e, por isso mesmo, distantes da realidade concreta, dinâmica e feia do cotidiano.

Alicerça-se este entendimento na lição de José Eduardo Faria, para quem:

Entre as consequências fundamentais da progressiva hegemonia do positivismo normativista, enquanto princípio paradigmático constitutivo dos cursos jurídicos do país, está a de que o direito pode ser todo ensinado se forem transmitidas as premissas básicas do sistema. As finções criativas e especulativas são relegadas à categoria de matérias introdutórias, cuja função é menos a de ‘formar’ os alunos e mais de informá-los de maneira estereotipada e padronizada sobre linguagem necessária ao aprendizado dogmático.

(...)

Além do mais, os institutos jurídicos não são apresentados com referência aos problemas concretos que os geraram, mas como soluções definitivas em conformidade com as leis vigentes.

Trata-se apenas de transmitir uma informação de caráter meramente instrumental – o conjunto dos dogmas do direito, que abrirá as portas de todas as câmaras do ‘kafikiano’ castelo legal²⁷.

O que se propõe, de início ao enfrentamento crítico desta perspectiva, é a apreensão da interação entre norma e realidade a partir de uma inversão do sentido regulatório. Quem regula a norma é a realidade, e não o inverso.

desenvolver-se abstratamente sobre seus próprios dados, que é em verdade expressão de fatos sócias, particularmente fatos econômicos dos quais aquele que constrói não tem consciência, ou, ao menos, não se dá conta de que eles determinam seu pensamento.” (AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e Hermenêutica Material do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 34).

26 *Id.*

27 FARIA, José Eduardo C. Oliveira. Positivismo x Jusnaturalismo: um dilema falso. In: SOUZA JR., José Geraldo de (org). **Introdução Crítica ao Direito**. Série o Direito Achado na Rua. Vol. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. p. 20-21.

Adere esta perspectiva ao enfrentamento dos fatos não a partir do dogmatismo positivista, incentivando o ensino a partir do acúmulo (depósito) de conceitos pré-fabricados, mas sim a partir da perspectiva enunciada pela metódica estruturante construída, em sua maior distinção, por Friedrich Müller, a partir de quem se conclui que o trabalho de concretização da normatividade passa a ser conjunto integrante da própria interpretação, e, em especial, do processo de aprendizado, restando a normatividade a ser construída mediante a percepção da materialidade social circundante²⁸.

Assume-se, assim, que o conteúdo da realidade social e o conteúdo da normatividade representam interação complexa bidirecional e *retroalimentante*, mais dinâmico do que estático, mais aberto do que fechado, que não se satisfaz ao se encerrar no domínio dogmático, como se restringido fosse apenas ao seu caractere ontologicamente normativo.

Assim, mirar e arrostar tal complexidade implica em ombrear o ensino jurídico na descoberta cotidiana do concreto, em lugar de se ensinar e aprender aquilo já se escreveu nas laudas do passado²⁹, principalmente em face da lapidação monolítica da leitura de circunstâncias existências que historicamente sempre foram postas de lado no estudo do direito privado.

28 Define Müller: “O texto da norma não ‘contém’ a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito de seu quadro. Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem ‘significado’, enunciados não possuem ‘sentido’ segundo a concepção de um dado orientador acabado. Muito pelo contrário, o olhar dirige ao trabalho *concretizador ativo* do ‘destinatário’ e com isso à *distribuição funcional dos papéis* que, graças à ordem jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa de concretização da constituição e do direito.” (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3ª ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41.). Em trecho distinto, da mesma obra, assevera: “(...) ‘a’ norma jurídica não está pronta nem “substancialmente” concluída. Ela é um núcleo materialmente circunscritível da ordem normativa, diferenciável com os recursos da metódica racional. Esse “núcleo” é concretizado no caso individual na norma de decisão e com isso quase sempre também tornado nítido, diferenciado, materialmente enriquecido e desenvolvido dentro dos limites do que é admissível no Estado de Direito (determinados sobretudo pela função limitadora do texto da norma). (...) A ‘subsunção’ é apenas aparentemente um procedimento lógico formal; na verdade, é um procedimento determinado no seu conteúdo pela respectiva pré-compreensão da dogmática jurídica. (...) Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado, nem o caso da norma. Ambos fornecem, de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica.” (*ibid.* p. 48-50).

Em adição, relevante o ensinamento de Plauto Faraco de Azevedo: “O processo interpretativo pressupõe uma posição previamente assumida em relação ao direito e a vida, que nele vai refletir-se inelutavelmente. Por outras palavras, a questão da interpretação guarda indissociável vinculação com a idéia que se tem do direito, em certo contexto histórico-cultural, bem como do modo por que se liga essa idéia à vida, às necessidades e finalidades humanas. Não se poderia esquecer ou menosprezar a influência decisiva que desempenha o ensino jurídico como veículo estabelecedor, fixador e reproduzidor dessa idéia ou concepção do direito, em suas múltiplas implicações. (AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 12-13.)

29 Eis o que define Jacques Ardoino: “a complexidade é concebida como uma reforma profunda do pensamento, uma tomada de posição epistemológica que, em si mesma, é desígnio e método educativos. Em consequência disso é, portanto, nosso olhar colocado sobre o mundo e sobre as coisas que convém interrogar. Quando se fala em aprender e ensinar, não se trata maissomente de aprender e ensinar o que foi o passado. Compreende-se, por isso, a descoberta do futuro. Mas o que devemos entender por futuro? O futuro ainda não existe: o futuro está em construção, uma construção que diz respeito à totalidade das atividades existentes. [...] É a práxis do pensamento complexo, ainda mais que sua prática, que deverá constituir a escola desejada.” ARDOINO, Jacques. *A complexidade*. In: MORIN, Edgar [Org.] **A Religação dos Saberes**. O desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 557.

Traz-se ao lume, então, uma das finalidades contíguas ao desiderato maior do ensino do direito civil constitucional: descortinar o futuro a partir da compreensão das dinâmicas relações sociais postas ao seu entorno ao invés de simplesmente cooptá-las, observando aqueles que transitam no bojo de tais circunstâncias não como personagens sem importância material, mas como pessoas consideradas na concreitude de sua existência.

Do rearranjo dos fundamentos que esteiam o ensino do direito, concebido como problematizador a partir de ruptura epistemológica resultante de um desvio do modelo central de instrução outrora vigente, passando pela assunção do conhecimento jurídico como um *saber complexo* mais (pro)posto a descortinar o porvir do que fazer encarcerar a realidade.

No plano específico do aprendizado, o sentido de ruptura proposto não representa, por certo, uma inovação, mas sim a retomada de uma proposta enunciada por Roberto Lyra Filho quando da fixação das bases do “Curso de Extensão Universitária à distância” da Universidade de Brasília, denominado “O Direito Achado na Rua”, de 1993. No primeiro volume daquele curso, Lyra Filho anuncia que “O grande equívoco, evidentemente, é confundir o Direito com aquilo que a pseudociência dogmática isola, para enfocar apenas um aspecto mutilado do Direito, que urge recompor”³⁰, para, em síntese muito profunda, definir:

‘Teoria é apenas teoria da prática, assim como a prática não é senão a práxis da teoria. Direito é desenganadamente política, e a questão não é ser político ou não ser, pois não o ser é um disfarce que adota a opção política de natureza conservadora – isto é, não que o estudante ou professor ‘façam política’, porque esperam que eles se acomodem docilmente à política oficial, que já traçou a função e a maneira de exercê-la: o Estado é o autor da peça; o dirigente da Faculdade é o produtor e direto do espetáculo; e a nós cumpriria apenas desempenhar o papel que nos foi distribuído, sem ‘contestar’.”³¹

Eis as características que podem vincar, pois, este “novo momento” do ensino: problematizador por questionar e debater criticamente o conteúdo ministrado concebendo o direito, por conseguinte, como saber complexo e dinâmico que não se exaure em sua dimensão normativa. Esta é a direção para onde aponta, portanto, a jornada do conhecimento jurídico: para o repensar do ensino do direito civil não apenas nos espaços limítrofes de seus domínios, mas fazendo verter perspectivas que também partem do *extrínseco* para desaguar justamente no *intrínseco* cotidiano acadêmico.

4. Conclusão

Ao longo de tudo se refletiu, exsurge a certeza de que o ensino jurídico brasileiro necessita ser alçado a um novo tablado, que comporte um cenário distinto da-

30 LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar direito, hoje? In: SOUZA JR., José Geraldo de (org). **Introdução Crítica ao Direito**. Série o Direito Achado na Rua. Vol. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. p. 23.

31 *Op. cit.* p. 26.

quele que foi historicamente lapidado. Em outras palavras, é tempo de mudança, de superação, para que da “luta do antigo e do novo” possa fazer sobressair efetivamente o desenvolvimento.³²

Eis em tela, portanto, um momento limite para que tais mudanças se concretizem efetivamente, para que se permita que o ensino do direito (e mais notadamente, do direito civil) seja vincado pela alteridade, constituindo-se como um verdadeiro processo de conhecer que não resta aprisionado em moldes apriorísticos, abandonando a concepção de que o ensino se limita a transmitir conhecimento, para que lhe seja permitido projetar a sua própria construção.³³

Assim como o próprio sistema jurídico, o ensino do direito civil prescinde de limites tão estreitos que possam ser definidos simetricamente por conceitos previamente definidos³⁴, justamente porque a força construtiva dos fatos que permeiam as relações sociais não permitem tais limitações.

A construção do futuro do ensino jurídico voltado ao direito civil constitucional necessita, então, de rompimento e superação³⁵ para que, por meio dessa “transgressão” do que aí está, possa-se constituir efetivamente um novo momento, até mesmo para que se dê, por igual, o trânsito dos egressos das academias de direito, antes concebidos como meros operadores para serem efetivamente construtores do direito.

Como bem apresentou Paulo Leminski em um de seus versos mais marcantes, “saber não basta, carece corromper, comprometer e ameaçar o que existe”. E é justamente nessa medida que se mostra urgente efetivar o sobredito corte epistemológico para que, por meio de um comportamento desviante, se possa esboçar uma diversa via metodológica e, ao mesmo passo, um cenário do ensino do repensado.

Poderá exsurgir daí, então, uma educação jurídica problematizadora, posta a desvelar a realidade e seus contornos críticos, desafiando todos os partícipes do processo (professores, alunos e comunidade) a se compreenderem como seres inseridos um mundo multifacetado, que demanda a construção de proposições em lugar da reprodução de fórmulas pré-programadas para um dado resultado estanque.

Este processo visa criar investigadores críticos, desconstruindo a educação bancária para dar lugar a um processo de conhecimento autogestacional que não se encerra em um molde previamente estabelecido³⁶, mas antes se constitui e se projeta nas intensas movimentações que caracterizam, em especial, as hodiernas relações interprivadas.

32 GOETHE, Johann Wolfgang Von. **Máximas e reflexões**. Lisboa: Guimarães Ed, 2008, p. 57.

33 Como bem refletiu Paulo Freire, é necessário ter em mente “ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção. [...] É preciso insistir: este saber necessário ao professor – que ensinar não é transferir conhecimento – não apenas precisa ser apreendido por ele e pelos educandos nas suas razões de ser – ontológica, política, ética, epistemológica, pedagógica –, mas também precisa ser constantemente testemunhado, vivido.” FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 53.

34 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria** p. 280-281.

35 *Ibid*, p. 327.

36 FREIRE, Paulo. **Pedagogia do...** p. 69-70.

Mostra-se, então, o desenho que evidencia o trânsito do *operar* ao *construir* um direito civil que seja efetivamente dotado de um “sentido de Constituição”³⁷, apreendendo efetivamente que é a sociedade que informa o direito e não o oposto³⁸.

5. Referências

ARDOINO, Jacques. A complexidade. In: MORIN, Edgar [Org.] **A Religação dos Saberes**. O desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. **Método e Hermenêutica Material do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. OAB – Ensino jurídico. In: CONSELHO FEDERAL DA OAB. **OAB Ensino Jurídico**. Diagnósticos, perspectivas e propostas. 2ª Ed. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.

CASTI, John. **O colapso de tudo**: os eventos extremos que podem destruir a civilização a qualquer momento. Ivo Korytowski e Bruno Alexander (trads.). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas**. Uma análise do ensino do Direito de Propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. El jurista del mañana y el conocimiento del Código Civil. In: ARRUDA ALVIM *et al* [Coords.] **Revista Autônoma de Direito Privado**. Nº 3. Abr/Jun. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **Teoria crítica do Direito Civil**. 2ª Ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo C. Oliveira. Positivismo x Jusnaturalismo: um dilema falso. In: SOUZA JR., José Geraldo de (org). **Introdução Crítica ao Direito**. Série o Direito Achado na Rua. Vol. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

37 Referência utilizada por Lênio Streck para designar a presença de um sentido específico no texto constitucional que pretende a efetiva “constituição” de uma nova realidade no espaço social (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 294-296.)

38 FACHIN, Luiz Edson. El jurista del mañana y el conocimiento del Código Civil. In: ARRUDA ALVIM *et al* [Coords.] **Revista Autônoma de Direito Privado**. Nº 3. Abr/Jun. Curitiba: Juruá, 2007. p. 150.

- _____. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GOETHE, Johann Wolfgang Von. **Máximas e reflexões**. Lisboa: Guimarães Ed, 2008.
- ISAGUIRRE, Katya *et al.* Um perfil problematizante na formação do jurista: o estudo de casos no direito civil. *In*: CORTIANO, Eroulths *et al* [Coord.] **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Anais do projeto de pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007.
- LERBET, Georges. Transdisciplinaridade e educação. *In*: MORIN, Edgar [Org.] **A religação dos saberes**. O desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto *et al.* Uma cartografia de problemas. *In*: CONSELHO FEDERAL DA OAB. **OAB Ensino Jurídico**. Diagnósticos, perspectivas e propostas. 2ª Ed. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.
- LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar direito, hoje? *In*: SOUZA JR., José Geraldo de (org). **Introdução Crítica ao Direito**. Série o Direito Achado na Rua. Vol. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.
- MAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3ª Ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3ª ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PESSOA, Fernando. **Poemas completos de Alberto Caeiro**. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2011.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A responsabilidade social doj e o Ensino Jurídico: um breve diálogo entre o direito e a pedagogia. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo; *et all*(orgs.) **Diálogos sobre o Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- POE, Edgar Allan. **Contos de imaginação e mistério**. São Paulo: Tordesilhas, 2012.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al* [Orgs.] **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SARTORI, Jerônimo. Educação Bancária/Educação Problematizadora. *In*: STRECK, Danilo; REDIN, Euclides; ZITKOSKI, Jaime José (orgs.). **Dicionário Paulo Freire**. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NÃO MENCIONE O CÓDIGO DE NAPOLEÃO! ANÁLISE CRÍTICA DA PESQUISA NO AMBIENTE DAS PÓS-GRADUAÇÕES EM DIREITO CIVIL

Venceslau Tavares Costa Filho¹

SUMÁRIO: 1. O paroquialismo e a necessidade de ampliação dos horizontes do civilista – 2. O reverencialismo e o manualismo: a pesquisa em direito civil deve preservar a sua criticidade – 3. O evolucionismo enquanto expediente de mitificação da legislação: porque não se deve olvidar da historicidade do direito civil – 4. Referências.

1. O paroquialismo e a necessidade de ampliação dos horizontes do civilista

A advertência do título remete às aulas do Professor Luciano Oliveira, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Ele dizia que já havia analisado diversas dissertações ou teses que para analisar temas tais como o controle de constitucionalidade ou a responsabilidade pela perda de chance inevitavelmente continham um capítulo introdutório que afirma já existir no Código de Hamurabi o embrião do instituto analisado.

No ambiente das Pós-Graduações em Direito Civil o fenômeno é relativamente comum, infelizmente. Neste caso, a referência costumeira remete ao Código Civil

¹ Advogado. Mestre e Doutor em Direito Civil pela UFPE. Pesquisador da Faculdade do Vale do Ipojuca-FAVIP. Professor da FAVIP, da Faculdade Damas, da Faculdade Metropolitana e da Faculdade de Olinda-FOCCA. Membro da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil-Secção Pernambuco. Secretário-Geral da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil-Secção Pernambuco. E-mail: venceslautavares@hotmail.com

dos Franceses, ou Código de Napoleão. Ou, ainda, à Lei das Doze Tábuas. Seja para explicar a alienação parental, ou a eficácia externa do contrato; recorre-se a tais referências históricas como pressupostos da pesquisa empreendida.

Não se pode negar, que sob certa perspectiva, “o direito civil latino-americano nada mais é do que Direito Romano adaptado”.² Assim, é bastante comum a referência nas teses de doutorado e nas dissertações de mestrado em Direito Civil às ligações entre o pensamento europeu e a vivência jurídica no Brasil Imperial (1822-1889) e das primeiras décadas republicanas.

Cada geração tem a missão de refazer os itinerários fundamentais das gerações precedentes, enfrentando novamente os problemas, mas sem ignorar a “vivência histórica específica e intransferível”. Assim, preserva-se a continuidade, mas também se busca manter a “vigília crítica”, que deve ser reconstituída a cada tempo com matéria e expedientes próprios, porquanto a consciência histórica seja marcada pela identificação e pelo diferenciamento.³

A alusão da conexão entre as idéias jurídicas européias e a trajetória jurídica nacional em certo período temporal mostra-se salutar, quando procura evitar aquilo que Nelson Saldanha chamou de paroquialismo, ou seja, a redução dos horizontes do historiador apenas à história de seu país, ou de sua região.⁴ A história geral (*allgemeine Geschichte*) fornece, portanto, as coordenadas gerais que auxiliarão o historiador na contextualização dos fatos históricos locais.⁵

No direito civil, tal tendência se manifesta na proposta de “síntese” entre história do direito e sistema jurídico e, ainda, entre a história do direito e o direito comparado. A mitigação da autonomia dos sistemas nacionais, a partir de realidades tais como a União Européia e (entre nós) o Mercosul parecem indicar um “retorno” a um paradigma transnacional do direito privado, tal como anteriormente vivenciado à época do *ius commune*.⁶

A atitude comparativa parece ser comum aos povos que conheceram um estágio colonial, quando receberam instituições, e que normalmente sofreram revoluções políticas que resultaram – além da ruptura formal com as antigas metrópoles – em um anseio de reelaboração das respectivas estruturas jurídicas. Tais fatores

2 MEIRA, Sílvio. Direito Romano e Direito Novo no Brasil. Existe um Direito Civil Brasileiro? In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 134.

3 SALDANHA, Nelson. Prefácio. In: VEIGA, Gláucio. **História das idéias da faculdade de direito do Recife** – III volume. Recife: UFPE/Editora Universitária, 1982, p. 26.

4 SALDANHA, Nelson. História “geral e história “local”. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume XXX, fascículo 113 (jan./mar.1979). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 60.

5 SALDANHA, Nelson. História “geral e história “local”. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume XXX, fascículo 113 (jan./mar.1979). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 57.

6 ZIMMERMANN, Reinhard. Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (Il diritto privato europeo e le sue basi storiche). **Rivista di diritto civile**, a. XLVII, n. 6 (novembre/dicembre 2001). Padova: CEDAM, p. 706.

explicam a atitude de constante atenção às influências européias, especialmente na América Latina.⁷

Some-se a isto o pensamento iluminista e sua tendência à universalização em termos éticos e estéticos, além de conceber a história enquanto progresso; bem como a influência de Kant e suas idéias sobre uma “história cosmopolita”.⁸ Já a noção de história “local” guarda ligações ideológicas com o “particularismo político”: na Alemanha do século XVIII, por exemplo, registra-se a ação de Justus Moeser em prol da descentralização administrativa e pela valorização da história local, ao argumento de que o centralismo não era compatível com as “forças históricas reais”.⁹

Esta valorização do local em face do geral, por outro lado, pode proporcionar ao jurista carente de uma “abertura cultural” uma percepção do ordenamento jurídico local como o “melhor dos mundos possíveis”, tendendo a enxergá-lo em termos absolutos, e até mesmo a mitificá-lo.¹⁰ Não é raro ver juristas manifestarem seu paroquialismo, especialmente quando referem que tal ou qual civilista nacional antecipou-se “ao resto do mundo”, ou que só não foram reconhecidos internacionalmente como os maiores gênios do seu tempo porque escreveram em português, e não em outras línguas.

Tal atitude é também um reflexo daquilo que Luciano Oliveira chama de “impureza” ou “confusão metodológica” no ambiente das pós-graduações em direito. Não raro, as dissertações ou teses em direito trazem um capítulo sobre uma “visão” sociológica, histórica ou filosófica da temática enfrentada; ao argumento de uma suposta interdisciplinaridade da pesquisa empreendida. Contudo, muitas vezes isto não passa de “confusão” metodológica. Ainda de acordo com Luciano Oliveira, não obstante o fato de estar indicada enquanto abordagem interdisciplinar, o que se verifica em muitos casos é uma série de lugares comuns, coletados em na obra de diversos autores, mas sem qualquer densidade teórica.¹¹

2. O reverencialismo e o manualismo: a pesquisa em direito civil deve preservar a sua criticidade

Além do paroquialismo, somam-se o reverencialismo e o manualismo como problemas comuns no ambiente dos mestrados e doutorados em direito civil. Gras-

7 SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 119.

8 SALDANHA, Nelson. História “geral e história “local”. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume XXX, fascículo 113 (jan./mar.1979). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 56.

9 SALDANHA, Nelson. História “geral e história “local”. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume XXX, fascículo 113 (jan./mar.1979). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 59.

10 GROSSI, Paolo. IL punto e la línea (l’impatto degli studi storici nella formazione del giurista). In: **Società, diritto, stato: un recupero per il diritto**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 10.

11 OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 310-311.

sam trabalhos de pós-graduação em que é feita verdadeira “colagem” da opinião de “ilustres” autores dos mais diversos matizes teóricos e que aparentemente igualam-se em sabedoria e bondade. Tal reverência aos antigos e modernos termina por ignorar as diferenças, sem proporcionar uma explicação qualificada do argumento que se deseja sustentar. Como resultado desta atitude, “todos os sociólogos, filósofos, historiadores etc. tornam-se igualmente benfeitores da humanidade”.¹²

O reverencialismo, nas palavras de Luciano Oliveira, liga-se ao estilo elogioso dos manuais, que costumam colocar certos vultos nos “altares” do direito, que normalmente são utilizados como fonte para a redação das teses e dissertações.¹³ É o que se pode verificar, por exemplo, na seguinte afirmação de Alfredo Valladão: “Teixeira de Freitas, é a figura máxima de nossos juriconsultos, a encarnação do gênio do direito, que leva a cabo a Consolidação das nossas leis civis, (...)”.¹⁴

Ademais, esta tendência otimista dos juristas de mitificar o direito, ou de enxergar o momento atual como “o melhor dos mundos possíveis” evidencia uma percepção muitas vezes evolucionista da história do fenômeno jurídico, em que as normas e concepções atuais já existiriam embrionariamente no passado mais remoto. Então, não é incomum ver autores afirmarem que Teixeira de Freitas era um homem “à frente do seu tempo”, ou que Tobias Barreto “antecipou tal teoria”.

Como crítica e contraponto a esta visão evolucionista da história, Nelson Saldanha afirma que Jhering deve ser interpretado como um típico intelectual do século XIX, sem que se possa cobrar dele a adesão a teses que hoje estão em voga: “Jhering foi um grande pensador do direito do século XIX”.¹⁵ O mesmo se pode afirmar de Tobias Barreto, Clóvis Beviláqua ou Pontes de Miranda. Foram homens de seu tempo. Tal perspectiva “otimista” da história e dos grandes vultos, além de anacrônica, evidencia um tipo de trabalho em que aparentemente o autor não tem consciência do que afirmou, porquanto copiou tal idéia acriticamente de algum manual ou compilação.¹⁶

O “paroquialismo”, o “manualismo”, a “confusão metodológica” e o “reverencialismo”, contudo, não são manifestações estranhas ao ambiente em que ocorreram. Os três grandes mestres da suspeita (Marx, Nietzsche e Freud), majoritários em termos de academia brasileira, ao trazer as pesquisas sobre problemas sociais e humanos “para o terreno do escondido, do baixo, até mesmo do inconfessável”, fizeram da desconfiança um expediente sempre lançado à mão para desvelar a realidade “visível,

12 OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 319.

13 OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 319.

14 VALLADÃO, Alfredo. *Felício dos Santos e a codificação civil*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1952, p. 29.

15 SALDANHA, Nelson. Observações gerais sobre Jhering. In: ADEODATO, João Maurício (org.). *Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995, p. 183.

16 OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 312-313.

vivida, imediata”; sempre indagando “mas o que é que está por trás disso?” A resposta a ser dada por Marx é pública e notória: o modo de produção; Nietzsche por sua vez diria que é a vontade de poder, e Freud afirmaria ser o inconsciente.¹⁷

3. O evolucionismo enquanto expediente de mitificação da legislação: porque não se deve olvidar da historicidade do direito civil

Finalmente, é de se rejeitar o discurso que exalta um suposto “progresso” verificado no direito civil atual. Este é um discurso que parece se insinuar até mesmo entre os adeptos do direito civil-constitucional.¹⁸

Porém, de acordo com o Professor Torquato Castro Júnior, o direito civil-constitucional pode ser considerada enquanto uma atitude hermenêutica, que angariou grande prestígio doutrinário e foi amplamente divulgada no Brasil, especialmente após o advento da Constituição brasileira de 1988.¹⁹ Construiu-se, pois, um discurso fundado metodologicamente “na dúplice tarefa de desprestigiar o direito legislado nos códigos em favor de uma retórica da potencialização da eficácia do texto constitucional”²⁰

Conforme leciona o Professor Torquato Castro Júnior, trata-se de uma doutrina que sustenta a saída do direito codificado do “centro” do ordenamento jurídico, espaço este que passa a ser ocupado pela Constituição. Para eles, tal fenômeno é comparável à mudança de perspectiva operada com a adoção da tese de que o sol – e não a terra – ocupa o centro do universo. A questão reside, contudo, no fato de não se notar “a relatividade dessas assertivas. O sistema jurídico não tem centro. Aliás toda topologia que se lhe queira atribuir será inescapavelmente metafórica, embora nem por isso menos relevante”²¹

Tal atitude de mitificação do direito civil-constitucional evidencia-se também no discurso de autores que defendem que a Constituição conferiu certa força es-

17 OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia**: o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintha, 2010, p. 19-20.

18 Para uma melhor compreensão das principais teses acerca da Constitucionalização do Direito Civil, recomendamos a leitura de um dos primeiros trabalhos publicados no Brasil sobre tal atitude teórica e metodológica: LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, a. 36, n. 141 (jan./mar. de 1999). Brasília: Senado Federal. Pedimos vênua, também, para recomendar o seguinte trabalho: COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Constitucionalização do direito civil e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista Atualidades Jurídicas – revista eletrônica do conselho federal da oab**, n. 4 (jan./fev.2009). Brasília: OAB Editora.

19 CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? In: SILVA, Artur Stamford da (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: EDUFPE, 2011, p. 64.

20 CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? In: SILVA, Artur Stamford da (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: EDUFPE, 2011, p. 64-65.

21 CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? In: SILVA, Artur Stamford da (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: EDUFPE, 2011, p. 65.

pecial ou qualitativamente superior a uma miríade de institutos de direito privado. Desenha-se, portanto, em linhas fortes um cenário em que institutos (como a função social, por exemplo) pelo simples fato de restarem mencionados no texto constitucional, passam a ser considerados princípios qualitativamente diferentes do que eram. Assim, conforme leciona Torquato Castro Júnior: “A ‘revolução copernicana’ da civilística constitucionalista tem um sentido mítico fundamental, relacionada à cumulatividade do saber jurídico e do direito de juízes e juristas, que se projeta na composição de uma topografia imaginária da legislação”.²²

A relevância desta Escola em termos de interpretação e desenvolvimento do direito privado está fora de questionamento. Deve-se atentar, contudo, para o fato de que a Constituição cumpre funções políticas e retóricas diversas das funções atribuídas ao Código Civil. Leciona, ainda, Torquato Castro Júnior:

A importância da Constituição para a interpretação e desenvolvimento (judicial) do direito privado é inegável. Porém, a constituição atende a funções político-retóricas diversas daquelas da codificação civil. A Constituição é escrita com estilo diverso do código civil, emprega palavras bem menos semanticamente determinadas do que o Código Civil e persegue outros fins. São duas formas diversas da técnica de legislar, distintas formas de pensamento e tradições. Como afirmou expressamente Fachin (...), por detrás desses esforços de figuração há ‘uma grande vontade política’.²³

Tal atitude, portanto, evidencia um determinado engajamento político e ideológico do jurista; na medida em que o direito constitucional é tradicionalmente associado “à ideologia e ao poder vigente”.²⁴

Trata-se, também, de uma atitude típica do jurista moldado pela modernidade. Antes do advento da modernidade, predominava o passado, a estabilizar as escolhas atuais sob a égide de tradições, status sociais e leis pertinentes. A partir do século XVII, conforme leciona Stephan Kirste, o tempo passa a ser apreciado mediante uma perspectiva voltada para o futuro. Tal posicionamento guarda relações com o crescimento das incertezas, bem como a uma maior velocidade no tocante às transformações das circunstâncias sociais. As predições, que orientavam a tomada de decisões, cedem espaço ao planejamento ativo.²⁵

22 CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? In: SILVA, Artur Stamford da (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: EDUFPE, 2011, p. 65.

23 CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? In: SILVA, Artur Stamford da (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: EDUFPE, 2011, p. 66.

24 COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Constitucionalização do direito civil e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista Atualidades Jurídicas – revista eletrônica do conselho federal da oab**, n. 4 (jan./fev.2009). Brasília: OAB Editora, p. 03. Disponível em: www.oab.org.br Acesso em: 10 de março de 2012.

25 KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo. Traduzido por João Maurício Adeodato, Torquato Castro Jr. e Graziela Bacchi Hora. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 113-114.

Destarte, com a modernidade, as normas jurídicas passam a desempenhar “uma função no contexto da ‘colonização do futuro’, da garantia atual em contraposição à sua imprevisibilidade”.²⁶

A premência pelo “novo” em detrimento do “antigo” ou “velho” manifesta-se em franca oposição a uma linha de pensamento histórico que deita raízes na cultura medieval, que fez uma clara opção pelo “latim como língua franca, o texto bíblico como livro fundamental e a tradição patrística como único testemunho da cultura clássica”, de modo que recorre a fórmulas consagradas e a comentários, sem dar a entender que se está afirmando algo novo.

Tal afirmação da cultura medieval e, portanto, dos glosadores, bartolistas, praxistas, etc (enquanto produtos desta cultura) como obstáculos à inovação são falsas. Ocorre que a cultura medieval procura esconder a inovação sob o manto da repetição, em vez de fingir “inovar mesmo quando repete”. Assim, pelo apego que tem à tradição, apressa-se o medieval “a nos convencer de que está simplesmente redizendo o que foi dito antes”, de modo a legitimar o seu discurso.²⁷

Opor-se à tradição oficial não era apenas um pecado do orgulho, mas gerava certos riscos para quem sustentava tais idéias. É apenas depois de Descartes que se iniciará a tendência dos pensadores aparecerem como aqueles que pisaram em terras nunca exploradas; o fetiche da inovação do pensamento. Contudo, ainda que não valorizassem a inovação, os medievais “também eram capazes de achados engenhosos e lances geniais”.²⁸

As novidades doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais nem sempre poderão ser consideradas como “avanços”, portanto. Não raro, os avanços são colhidos das lições dos civilistas clássicos, muitas vezes esquecidos pela Academia brasileira. Cabe à comunidade de pesquisadores das pós-graduações em direito civil, como afirmamos inicialmente, a manutenção de uma vigília crítica em relação à doutrina, à jurisprudência e à legislação.

4. Referências

CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? *In: SILVA, Artur Stamford da (org.). O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: EDUFPE, 2011.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Constitucionalização do direito civil e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista Atualidades Jurídicas**

26 KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo. Traduzido por João Maurício Adeodato, Torquato Castro Jr. e Graziela Bacchi Hora. *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 117.

27 ECO, Umberto. *Arte e beleza na estética medieval*. Tradução de Mario Sabino Filho. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 14.

28 ECO, Umberto. *Arte e beleza na estética medieval*. Tradução de Mario Sabino Filho. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 16.

– **revista eletrônica do conselho federal da oab**, n. 4 (jan./fev.2009). Brasília: OAB Editora.

ECO, Umberto. **Arte e beleza na estética medieval**. Tradução de Mario Sabino Filho. Rio de Janeiro: Record, 2010.

GROSSI, Paolo. IL punto e la línea (l'impacto degli studi storici nella formazione del giurista). In: **Società, diritto, stato: un recupero per il diritto**. Milano: Giuffrè, 2006.

KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo. Traduzido por João Maurício Adeodato, Torquato Castro Jr. e Graziela Bacchi Hora. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, a. 36, n. 141 (jan./mar. de 1999). Brasília: Senado Federal.

MEIRA, Sílvio. Direito Romano e Direito Novo no Brasil. Existe um Direito Civil Brasileiro? In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco.

OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia: o pensamento de Claude Lefort**. Piracicaba: Jacintha, 2010.

SALDANHA, Nelson. História “geral e história “local”. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume XXX, fascículo 113 (jan./mar.1979). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia.

SALDANHA, Nelson. Prefácio. In: VEIGA, Gláucio. **História das idéias da faculdade de direito do recife** – III volume. Recife: UFPE/Editora Universitária, 1982.

SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

SALDANHA, Nelson. Observações gerais sobre Jhering. In: ADEODATO, João Maurício (org.). **Jhering e o Direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995.

VALLADÃO, Alfredo. **Felício dos Santos e a codificação civil**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1952.

ZIMMERMANN, Reinhard. Diritto romano, diritto contemporâneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (Il diritto privato europeo e le sue basi storiche). **Rivista di diritto civile**, a. XLVII, n. 6 (novembre/dicembre 2001). Padova: CEDAM.