

Rediscutindo a Constitucionalização do Direito Civil

Artigos aprovados no II Seminário de Direito Civil
Constitucional - 20 a 22 de março de 2014

Universidade Federal da Paraíba
Centro de Ciências Jurídicas
Grupo de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do
Direito Civil-Constitucional

REALIZAÇÃO:



IDCC
Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de
Humanização do Direito Civil-Constitucional



IDOC

Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Novos
Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional

ANAIS

II SEMINÁRIO DO INSTITUTO DE PESQUISA E EXTENSÃO PERSPECTIVAS E DESAFIOS DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL:

*Rediscutindo a Constitucionalização do Direito
Civil*

20 a 22 de março de 2014

João Pessoa, Paraíba



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Reitora

MARGARETH DE FÁTIMA FORMIGA MELO DINIZ

Vice-Reitor

EDUARDO RAMALHO RABENHORST



EDITORA DA UFPB

Diretora

IZABEL FRANÇA DE LIMA

Vice-Diretor

JOSÉ LUIZ DA SILVA

Supervisão de Editoração

ALMIR CORREIA DE VASCONCELLOS JÚNIOR

Supervisão de Produção

JOSÉ AUGUSTO DOS SANTOS FILHO

Comissão Científica

PROF^a. DR^a. MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA

PROF. Dr. ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS

PROF. Dr. ADRIANO MARTELETO GODINHO

PROF. Me. JAILTON MACENA DE ARAUJO

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
Rodrigo Toscano de Brito
Erica Simone Barbosa Dantas
Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa
Robson Antão de Medeiros

(Organizadores)

ANAIS
II SEMINÁRIO DO INSTITUTO DE PESQUISA
E EXTENSÃO PERSPECTIVAS E DESAFIOS
DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL-
CONSTITUCIONAL:
Rediscutindo a Constitucionalização do Direito
Civil

Editora da UFPB
João Pessoa
2014

**II SEMINÁRIO DO INSTITUTO DE PESQUISA E EXTENSÃO PERSPECTIVAS E
DESAFIOS DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL:
*Rediscutindo a Constitucionalização do Direito Civil***

Coordenação Geral

Prof.^a Dra. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa
Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros
Prof.^a Ma. Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa

Comissão Científica

Prof.^a Dra. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa
Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros
Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho
Prof. Me. Jailton Macena de Araujo

Comissão Organizadora

Prof. Me. Alfredo Rangel Ribeiro
Prof. Me. André Luís Cavalcanti Cabral
Prof. Me. Jailton Macena de Araujo
Prof.^a Me. Maria Cristina Paiva Santiago
Mestranda Erica Simone Barbosa Dantas

Acadêmicos de Direito

Afranio Neves de Melo Neto
Amanda de Carvalho Campos Lins
Annaís Moraes de Moraes
Antônio Alves Pontes Trigueiro da Silva
Artur Richardisson Evaristo Diniz
Davi Padilha de Aguiar
Eduardo Henrique Braga Nóbrega de Moura
Emilly Rayanne Coelho Silva
Erick Danillo dos Santos Mello
Erlon Machado Grisi Neto
Filipe Lins dos Santos
Guilherme Pinto do Nascimento
Igor Padilha de Aguiar
João Luiz Sobral de Medeiros
Jorge Crispim Dália
Jose Albuquerque Toscano Júnior
Juan Carlos de Almeida Silva
Karyne Nobrega de Araujo
Maria Thereza Santiago M. de Moura
Rafael Targino Falcão Farias
Rebeca Resende de França Rodrigues
Ricardo Henrique Lombardi Magalhães
Thaise Reis Rodrigues
Torben Fernandes Maia
Wallace Leonardo de Aguiar
Winicius Faray da Silva

Realização

Universidade Federal da Paraíba (UFPB)
Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil Constitucional
(IDCC)
Faculdade Integrada de Patos (FIP)

Capa - Projeto gráfico: Filipe Lins dos Santos

Editoração eletrônica: Erica Simone Barbosa Dantas

S471a Seminário do Instituto de Pesquisa e Extensão (2.:2014 : João Pessoa, PB).

Anais do 2º Seminário do Instituto de Pesquisa e Extensão: perspectivas e desafios de humanização do direito civil-constitucional: discutindo a constitucionalização do direito civil; 20 a 22 de março de 2014 / Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa...[et al.] (organizadores.). -- João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

581p.

ISBN: 978-85-237-0853-5

1. Direito civil. 2. Direito civil - constitucional. 3. Humanização. I. Costa, Ana Paula Correia de Albuquerque.

UFPB/BC

CDU: 347

Todos os direitos e responsabilidades dos autores.

SUMÁRIO

Sobre o evento	10
Programação	11
Resumos	14
A dicotômica relação ser x ter sob a ótica do Direito Constitucional.....	15
A responsabilidade civil dos provedores no marco civil da internet no Brasil	17
Violação do princípio da dignidade da pessoa humana: assédio moral no trabalho.....	19
Eutanásia: perspectivas e contradições quanto ao direito fundamental à vida.....	23
O modo de pensar por problemas como paradigma hermenêutico para criação de métodos de interpretação civil-constitucional.....	26
A visão constitucional no direito civil sobre os direitos da personalidade.....	28
Tráfico de órgãos: a vida enquanto mercadoria e o sujeito enquanto objeto.....	30
O saneamento básico e o direito à saúde: reflexões sobre os espaços de gestão democrática e controle social.....	32
Direitos do consumidor e devolução de dinheiro: das práticas abusivas à defesa do hipossuficiente.....	33
A constitucionalização dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada, e à imagem: Limites externos à liberdade de expressão e comunicação.....	35
Responsabilidade Civil no Abandono Afetivo	37
Artigos Completos	39
A concepção do sujeito de direitos, suas reformulações e o princípio da dignidade da pessoa humana	40
A constitucionalização dos direitos da personalidade.....	51
Considerações sobre a questão das biografias não-autorizadas: uma análise civil-constitucional dos limites do direito fundamental à intimidade e a vida privada <i>versus</i> o direito de liberdade de expressão.....	69
Direito ao esquecimento: a proteção da informação perpetuada indevidamente e a era digital.....	88

A Convenção de Viena de 1980 e a adesão do Brasil às suas normas de compra e venda de mercadoria internacional	109
A Convenção de Viena sobre contratos de comércio internacional e as implicações de sua entrada em vigor no Brasil	120
A responsabilidade civil decorrente de plágio no meio acadêmico	130
A responsabilidade civil do estado à luz da constituição cidadã e do código civil	144
Análise das principais mudanças ocorridas nas relações comerciais a partir da ratificação do Brasil a Convenção de Viena de 1980	158
Contratos internacionais de compra e venda de mercadorias: uma análise da ratificação do Brasil à Convenção de Viena de 1980	169
Contratos internacionais e a Convenção de Viena	179
Contratos internacionais e seus efeitos/ Convenção de Viena de 1980	188
Direito civil e meio ambiente: o instituto da responsabilidade civil decorrente dos danos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro	199
A responsabilidade civil por danos ambientais: a pichação no patrimônio cultural....	215
Direito obrigacional brasileiro no Estado democrático de direito	231
Contratos internacionais à luz da Convenção de Viena.....	248
Constitucionalização do direito civil e a nova interpretação e a nova interpretação do direito de propriedade.....	260
O novo invólucro do direito das obrigações à luz do influxo constitucional	274
As definições e os fundamentos dos direitos reais.....	287
Principiologia civil-constitucional: a discricionariedade como sombra do retrocesso hermenêutico conceitual	300
Evolução e concretização dos direitos e deveres da família brasileira frente à Constituição e ao direito civil.....	317
O casamento no direito brasileiro atual.....	331
Novas perspectivas do direito civil e constitucional: o planejamento familiar sob a óptica da Bioética e do Biodireito.....	349

A nova filiação face aos avanços tecnológicos e conflitos jurídicos decorrentes.....	364
Reflexões preliminares na perspectiva de um diálogo judicial transnacional no âmbito do direito à saúde.....	383
Direitos das pessoas com deficiência: o direito de ter direitos e um longo caminho a percorrer.....	394
Cuidados paliativos: o direito à morte digna e a imprescindibilidade de pautá-los nas instâncias do controle social do SUS.....	407
Considerações acerca do direito à própria imagem: uma abordagem crítica sobre a relativização das características essenciais dos direitos da personalidade.....	419
Problematizações sobre a interdição judicial dos portadores de deficiência mental....	438
A maternidade de substituição e a reprodução medicamente assistida.....	450
Direito à vida ou à pesquisa com células-tronco embrionárias?.....	468
Existência, validade e eficácia do contrato de gestação temporária do útero.....	479
Respeito à vida humana na bioética e biodireito.....	494
Reprodução humana assistida heteróloga nas uniões homoafetivas: garantia do direito à filiação.....	508
O fato jurídico da prescrição segundo Pontes de Miranda.....	522
O parâmetro coletivo das relações privadas.....	537
O caso “Lulu” e os danos decorrentes da violação de direitos da personalidade na internet.....	555
Novas entidades familiares e repercussões no direito sucessório: a família homoafetiva e a sucessão <i>causa mortis</i> - concorrência entre o cônjuge sobrevivente e o filho comum fruto de adoção conjunta.....	570

Sobre o evento

O Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil Constitucional – IDCC surgiu a partir de um grupo de pesquisa, com o mesmo nome, criado em meados de 2012. Na ocasião, professores pesquisadores da Universidade Federal da Paraíba se reuniam para pensar o Direito Civil a partir de uma perspectiva mais humanizada, visto a partir do viés da Constituição. Logo pesquisadores de outras universidades aderiram ao projeto, e, em dezembro de 2012 foi realizado o Seminário de Lançamento do Grupo de Pesquisa, reunindo professores da UFPB, UFPE, UFRN e UFAL.

A partir daí, observa-se a consolidação do grupo de pesquisa, cadastrado na base de dados do CNPQ, com a adesão de alunos e professores de instituições parceiras. Mais que isso, as atividades desenvolvidas foram ampliadas para execução também de projetos de extensão universitária, no intuito de desenvolver uma pesquisa aplicada, com implicações práticas na sociedade. Decidiu-se, então, transformar o grupo em instituto de pesquisa, associação civil sem fins lucrativos, com o objetivo de melhor gerir as ações desenvolvidas. Assim “nasceu” o IDCC.

O II Seminário do IDCC veio consolidar as ações do instituto, com a apresentação do resultado de pesquisas desenvolvidas por alunos e professores. Além dos pesquisadores da UFPB e instituições parceiras, contamos com a participação de professores dos demais estados do Brasil e pesquisadores internacionais. Os três dias de evento contaram com palestras dos mais variados temas do Direito Civil-Constitucional, com visão crítica e abordagem humanizada, levando todos os ouvintes a repensarem o atual estado da arte de institutos de Direito Civil. Ao mesmo tempo, o evento contou com a apresentação de artigos pré-selecionados em grupos de trabalho, ocasião em que ocorreram ricos debates acerca dos temas apresentados, cujo resultado segue nos presentes anais.

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
Primeira Vice-Presidente do IDCC

Programação

Data: 20, 21 e 22 de março de 2014

Local: Centro de Ciências Jurídicas – campus da UFPB

Dia 20/03/2014

Manhã

9h. Abertura: Prof. Dra. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa – UFPB
Prof. Dr. Marcos Ehrhardt - UFAL

9:30 Conferência de abertura: Profa. Dra. Maria Celina Bodin de Moraes - UERJ
Tema: Contornos Atuais e Perspectivas do Direito Civil Constitucional à Luz da Dignidade Humana

10:30 - Mesa 1. Pessoas, sujeitos de direitos e direitos da personalidade
Prof. Dr. José Barros Correia Junior - UFAL
Profa. Dra. Joyceane Bezerra de Menezes - UNIFOR
Prof. Desembargador Rogério de Meneses Fialho Moreira – TRF5/UFPB
Coordenação: Profa. Ma. Ana Paula Albuquerque – UFPB

Tarde

14h. Grupos de trabalho

Apresentação de trabalhos nas salas do Centro de Ciências Jurídicas

17h. Pôsteres. Exposição de banners no *hall* do Centro de Ciências Jurídicas. Das 17h às 19h.

Noite

19h. Mesa 2. Novos contornos das obrigações, contratos e responsabilidade civil, à luz do Direito Civil Constitucional
Prof. Dr. Lucas Abreu Barroso – UFES
Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito – UFPB
Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho – UFPB
Coordenação: Prof. Me. Demétrius Leão – UFPB

Dia 21/03/2012

Manhã

9h. Mesa 3. Direitos reais em perspectiva constitucional e internacional e contratos internacionais

Prof. Dr. José Carlos Nóbrega – Universität Osnabrück - Alemanha

Prof. Prof. Me. André Gomes Alves – UFCG/FIP

Prof. Me. André Cabral – UFPB

Coordenação: Dr. Marcílio Toscano Franca Filho – UFPB

10:30. Mesa 4. Novas entidades familiares e repercussões no direito sucessório

Prof. Dr. Zeno Veloso – UFPA/UNAMA

Prof. Me. Dimitre Soares – UFRN

Coordenação: Profa. Ma. Karoline Lucena - FIP

Tarde

14h. Grupos de trabalho

Apresentação de trabalhos nas salas do Centro de Ciências Jurídicas

17h. Pôsteres: Exposição de banners no *hall* do Centro de Ciências Jurídicas. Das 17h às 19h.

Noite

19h. Mesa 5. Bioética, biodireito e biotecnologia

Prof. Dr. Robson Antão – UFPB

Profa. Ma. Ana Paula Albuquerque – UFPB

Coordenação: Mestranda Érica Simone Barbosa Dantas – PPGCJ-UFPB

Dia 22/03/2012

Manhã

9h. Mesa 6. Empresarialidade, propriedade intelectual e relações consumeristas

Prof. Dr. Fernando Vasconcelos – UFPB

Profa. Dra. Larissa Leal – UFPE

Prof. Dr. Arthur Souto - ESA-PB/ENA/UNIPÊ

Coordenação: Prof. Me. Alfredo Rangel – UFPB

10:30 Mesa 7. Novos Contornos da Responsabilidade Civil

Prof. Dr. Flávio Tartuce - FADISP-ALFA/EPD-São Paulo

Prof. Dr. José Fernandes Simão – PUC-SP/UL

Prof. Dr. Wladimir Alcebíades Cunha – UFPB

Coordenação: Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito – UFPB

Encerramento e premiação dos trabalhos

Coordenadores de Grupos de Trabalhos

GT1: Profa. Dra. Raquel Moraes (UFPB); Prof. Me. Manoel Uchôa (UNICAP)

GT2: Profa. Ma. Cristina Paiva (UFPB/UNIPÊ)

GT3: Prof. Dr. Wladimir Alcibíades Cunha (UFPB)

GT4: Profa. Ma. Duina Porto (UFPB); Profa. Ma. Karolyne Lucena (FIP)

GT5: Profa. Ma. Raquel Camargo (UFPB); Prof. Dr. Robson Antão (UFPB)

GT6: Prof. Me. Filipe Vilarim Cunha Lima (UNIPÊ); Prof. Me. Francisco Paulino

RESUMOS

A DICOTÔMICA RELAÇÃO SER X TER ANALISADA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Raquel Bezerra de Sa de Sousa Nogueira^a

Introdução. No preâmbulo da Constituição Federal de 1988 podemos inferir o intrínseco compromisso com a instituição de um Estado democrático, com um bojo repleto de direitos e garantias, como: “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, e em seu artigo 3º tendo por objetivos fundamentais: “I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹. Mas como tornar tudo isso possível quando há uma relação dicotômica conflituosa entre o ser e o ter no próprio seio da sociedade e como garantir princípios constitucionais como o da isonomia quando se tem um descompasso assombroso baseado no individualismo crescente em nossos dias? Objetivo Refletir sob ponto de vista constitucional a relação ser x ter levando em conta o rol dos direitos e garantias fundamentais constitucionais. Metodologia Usar de raciocínio lógico para uma reflexão pautada em conceitos constitucionais acerca da relação ser x ter. Desenvolvimento/discussão Vivemos em uma sociedade utilitarista na qual a relação entre o ser e o ter refletem com extrema clareza a amplitude de nossas vidas; crescemos com a ideia condicionada de que é necessário TER para que sejamos aceitos socialmente, ter um bom emprego, bens, uma conta no banco, e associado a tudo isso há uma intrincada teia de direitos e garantias protegidos por lei. As garantias constitucionais mantem a eficácia e proteção da ordem constitucional contra fatores que possam colocá-la em risco, por exemplo, situações de crises do sistema político, bem como buscam proteger de forma direta ou indireta os direitos fundamentais – subjetivos, através de remédios jurisdicionais hábeis a combater a violação de direitos fundamentais, sendo estes, consagrados pela Constituição Federal de 1988 direitos assegurados ao cidadão tanto em sociedade quanto isoladamente em oposição à discricionariedade estatal ou outros atos temerários praticados por terceiros e tem como características principais: a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, concorrência, efetividade, interdependência e complementaridade, com observação do Princípio da Isonomia, o qual na relação dicotômica entre ser e ter muitas vezes se mostra de difícil resolução e sobretudo quanto a aplicação de critérios de proporcionalidade e razoabilidade nos casos concretos, sendo uma relação conflituosa e de árdua interpretação. Conclusões É imprescindível refletir

acerca do que consideramos direitos e garantias constitucionais, apesar dos princípios norteadores já bastante consolidados, quando nos deparamos com um descompasso dicotômico existente na relação ser x ter.

Palavras-chave: Constituição; direitos; garantias; dicotomia; relação ser-ter.

REFERÊNCIAS

1.BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES NO MARCO CIVIL DA INTERNET NO BRASIL

Alisson Moura Matias da Silva¹
Sterfesson Higo de Lima Ferreira²

(Introdução) O presente trabalho tem como escopo discutir a responsabilidade civil, inerente ao atual contexto de desenvolvimento tecnológico, dos provedores, com foco no marco civil da internet, ferramenta legislativa que irá aplicar parâmetros e regulamentos a rede de comunicação virtual. **(Objetivo)** Num plano geral, objetivamos suscitar reflexões quanto a responsabilização civil no ambiente cibernético, carente de normatização e de segurança jurídica que ampare o cidadão, no ensejo de um evento danoso, sem deixar de observar e garantir o direito a liberdade de expressão. **(Metodologia)** A pesquisa em apreço enquadra-se na perspectiva sócio-jurídica instrumental, sendo o método dedutivo utilizado no seu desenvolvimento, com base na verificação das hipóteses e com o intuito de explicar o conteúdo das premissas, contidas na doutrina atualizada, jurisprudência e no Projeto de Lei, 2126/2011. **(Desenvolvimento)** A situação traz à tona a discussão na seara das relações civis, no qual nosso objetivo será focado nos provedores de internet, quando sua responsabilidade poderá ser levada a juízo no âmbito civil em relação a prática de terceiros. O Marco Civil é um Projeto de Lei do atual Executivo, que fora levado a debates exaustivos no Congresso, primordialmente na Câmara dos Deputados, possuindo alcunha legislativa de PL 2126/2011, com apenso atualmente o PL 5403/2001. O artigo 15 (quinze) de tal projeto traz a regulamentação, tão defendida pelos provedores de conexão à Internet, para que a responsabilização civil não possa ser configurada em relação aos prejuízos que forem provenientes de teor suscitado por terceiros, como trazemos citação da lei a seguir.

Art. 15. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e evitar a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Parágrafo único. A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e

¹ Graduado em História e Graduando em Direito – UFPB. E-mail: alissommoura.adv@hotmail.com

² Graduando em Direito – UFPB. E-mail: sterfesson@hotmail.com

específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

Tal assunto é de fundamental importância, tendo em vista as atuais decisões que configuram jurisprudência no tema, no qual existem condenações tanto por omissões e ações dos provedores que possuíam conteúdos publicados pelos seus usuários. **(Conclusão)** Por conseguinte, concluímos que as alegações de indisponibilidade técnica das empresas esta sendo levada em consideração, podendo existir uma comunicação inicial, e caso seja cumprida, a não efetivação da sanção; entretanto, há o debate contrário, da intervenção máxima estatal em relação ao tema, podendo está em detrimento dos direitos individuais do cidadão, sendo objetivo de debate também desta produção acadêmica.

Palavras chave: Responsabilidade civil; Informática; Danos morais

VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Thayse Costa Cabral³

O trabalho tem a pretensão de estudar como se dá a configuração do assédio moral no ambiente laboral, sob a vigência da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT e sua relação violadora com o princípio da dignidade da pessoa humana. Por se tratar de um assunto remanescente no Judiciário brasileiro e de constantes mutações jurisprudenciais, por atingir um público amplo e de diversos ramos da sociedade. Nesta ocorrência há uma ofensividade direta ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ao qual se constitui o Estado Democrático de Direito, e que acomete a violação a Constituição do Brasil de 1988. Na intenção de demonstrar a evolução desse instituto até os dias atuais, enfatizar-se-á a problemática de não haver normas expressas que assegurem o trabalhador contra o assédio moral, nesse sentido não contendo expressas leis que se destinam a tal. Além da contextualização histórica, este trabalho almeja demonstrar as qualificações do assédio moral, seus elementos integrantes, seus tipos e a sua correlação com os outros fenômenos recorrentes no ambiente laboral, como fatores que podem afetar não só os membros que se integram nesse contexto, como também a sociedade no geral, levando em conta que não se tem como esgotar a temática. Por último, a pesquisa busca abordar além dos danos causados pelo assédio moral, mostrar à existência de prejuízos, muitas vezes irreparáveis, sendo necessário aferir as violações à dignidade da pessoa humana. Faz-se, também, uma busca aos órgãos de fiscalização, para tentar minimizar e reprimir essa prática nas empresas para que seja abolida, e por esse motivo é necessário que haja uma ação público-privada, pois a empresa age concomitantemente com o Poder Público, este como agente fiscalizador das práticas daquela. Tomando com base a relação empregado-empregador, a configuração do assédio moral é o violador do princípio da dignidade humana, sendo este a base para o desenvolvimento de todo o trabalho. Quanto à metodologia aplicada no trabalho, utilizar-se-á o parâmetro do procedimento técnico do método bibliográfico, pois o objeto de estudo é a análise e as interpretações da doutrina, da jurisprudência existente e dos posicionamentos de autores que abordam o tema desse trabalho. O procedimento quanto à metodologia é qualitativa, pois há uma descrição detalhada daqueles que entendem do referido assunto. O método de abordagem será o dedutivo, já que se leva em consideração o posicionamento dos principais autores, a partir de uma premissa condicionada a elementos particulares. No desenvolvimento da fundamentação teórica, vários autores auxiliaram a pesquisa, destacando-se o jurista Ingo Wolfgang Sarlet e o doutrinador Raimundo Simão de Melo. Por conseguinte, considerar-se-á que o

³ Acadêmica da graduação do curso de Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. E-mail: thayse_cabral@hotmail.com

assédio moral no trabalho constitui uma das mais graves violações da dignidade da pessoa humana. Não existe tempo nem hora, para que essas violações aconteçam, mas o que se sabe é que, na empresa, há uma maior ocorrência desse tipo de assédio, seja ela uma multinacional ou uma microempresa, colocando em risco a saúde psicomental e a saúde física do trabalhador. Por isso, a sociedade não deve aceitar essa conduta no trabalho, porque, além de todas as dificuldades geradas, para se conseguir um emprego, esse tipo de assédio pode ser ocasionado no intuito de desmotivar o empregado e, conseqüentemente, torná-lo inviável para o cargo que ocupa ou, ainda, utilizado para provocar uma dispensa por justa causa, livrando-se das despesas trabalhistas. Ao analisar a prática do assédio, não se pode tomar a posição de algo normal e/ou cotidiana. O assédio é o resultado dos abusos reiteradamente praticados no trabalho, porém nem todo abuso sofrido no ambiente laboral pode ser configurado como assédio moral. Esse é um dos principais impasses, para que se configure, verdadeiramente, o assédio moral. E para que haja essa identificação, é necessário diagnosticar algumas características, tais como: atos abusivos, suas repetições por um longo período de tempo; intenção do assediador; conseqüências físicas e psíquicas que venham a causar danos à saúde do assediado; e esses atos devem ser acometidos no trabalho, mas não, obrigatoriamente, restritos à atividade laboral. Por esses elementos caracterizadores é que a Justiça tem dificuldade de identificar os casos de assédio moral no trabalho. Apesar de não existirem normas e legislações que tratam do assunto no Brasil, com relação ao tema, podem-se encontrar dispositivos esparsos que tratam do assédio moral, principalmente, doutrinas e jurisprudências que, aplicam a Consolidação das Leis trabalhistas - CLT, por analogia, conjuntamente a Carta Magna de 1988, construindo parâmetros para situações da violação a dignidade no trabalho. Não há nenhuma lei de caráter nacional, embora exista Projeto de Lei⁴ que propõe a prevenção desse tipo de conduta e a aplicação de sanções para o assediador. Hoje, é possível encontrar jurisprudências que tratam de maneira mais cuidadosa do tema, pois a identificação real desse problema é de difícil acesso, por se trazer danos psíquicos que não podem ser mensurados, isto é, não existe indenização que restaure o dano, nem psicólogo que consiga identificar os problemas causados na vítima. Com relação à empresa, é possível dizer que ela é a responsável por tudo que acontece no seu estabelecimento, não podendo, dessa forma, excluir-se de sua obrigação, que é a de proporcionar o bem-estar social dos seus trabalhadores, tendo, como parte responsável por diagnosticar e fiscalizar as condutas acometidas aos empregados nas empresas, o Poder Público. Há uma hierarquia trabalhista, ou seja, o superior é responsável por tudo que acontece naquele ambiente de trabalho. A

⁴ Apresentado na Câmara Federal um Projeto de Lei 2369/03 lançado pelo deputado federal Mauro Passos, o qual proíbe o assédio moral nas relações do trabalho. Em análise pelas comissões técnicas daquela Casa e em audiências públicas em Brasília e outros estados, o projeto de lei teve apoio completo do Ministério do Trabalho e Emprego do Governo Lula.

forma como é posto o tema do assédio moral no trabalho, como principal violador da dignidade da pessoa humana, é polêmico, pois ocasiona uma violação direta ao fundamento do Estado Democrático de Direito. Como objetivo principal, faz-se preciso demonstrar como surgiu e se desenvolveu o assédio moral, no contexto da dignidade da pessoa humana e com as normas trabalhistas, bem como analisar as consequências mais comuns desse tipo de assédio no ambiente de trabalho, além dos possíveis danos ocasionados ao trabalhador, como forma de facilitar a identificação desse tipo de violação que agride massivamente à dignidade da pessoa humana. A utilização da CLT fornece elementos para atender as relações trabalhistas, no entanto, é omissa quanto ao assédio moral, levando com isso, a Justiça do Trabalho utilizar a Constituição Federal e o Código Civil, na fundamentação legal acerca do tema. Analisando-os, na CLT podemos identificar o artigo 483 para fazer uma equiparação dos aspectos semelhantes aos do assédio moral. Trazendo a dignidade da pessoa humana como direito fundamental que pertence a todos e é intrínseco aos indivíduos. Clamando, portanto, pela importância da materialização perante a criação de normas que previnam e reprimam o assédio moral. Perante o que se propôs o presente trabalho, pode-se afirmar que, mesmo não tendo, por ambição esgotar o tema ou encerrar a pesquisa e o maior aprofundamento na matéria. Leva-se em contra que a discussão de que o assédio moral é um grave violador da dignidade da pessoa humana, afetando não só o direito fundamental ao trabalho, como outros direitos fundamentais assegurados a todos os indivíduos, pela Constituição Federal de 1988. A ideia que se tem em uma relação de trabalho é, “manda quem pode, obedece quem tem juízo”, ou seja, é uma justificativa para a ocorrência desse tipo de assédio. Esse tipo de assédio remete a uma conduta pluriofensiva que merece uma atenção maior nas suas medidas de prevenção e combate, na medida em que não só o trabalhador é vítima do assédio, como também a sua família, a empresa e a toda a sociedade. Os anseios de toda a coletividade para que essa prática seja extinta, exige a edição de normas específicas contra o assédio moral, inclusive, impondo a inclusão de sanções de ordem criminal, implantações de comportamentos no ambiente laboral e que tenham por base o respeito à dignidade e aos direitos das pessoas. A análise jurisprudencial configura o reconhecimento de assédio moral no trabalho, demonstrando que o magistrado tenta minimizar os danos causados com indenizações, porém estas não reparam o dano causado ao trabalhador. Os casos de assédio no trabalho são difíceis de serem identificados e, muitas vezes, não convencem o magistrado de que houve dano por falta de provas, impedindo a reparação. Só se pode identificar a existência do assédio moral, quando verificados os elementos que o compõe, quais sejam: a conduta abusiva praticada por um longo período de tempo, a conduta psicológica e o objetivo daquela exclusão. Pode-se suscitar a tutela jurisdicional no âmbito trabalhista, para atender os interesses dos empregadores que tiveram sua dignidade humana desvirtuada, pois esses danos podem acarretar problemas na natureza psíquica e sentimental dos trabalhadores e, se atingidos maiores proporções, podem

causar lesões psíquicas. Por derradeiro, afirmamos que os elementos do assédio moral comprovam fecundamente a violação à dignidade da pessoa humana, agravada no ambiente de trabalho pelos superiores através das suas condutas.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Assédio moral. Relação laboral.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 4º Ed. São Paulo:LTr, 2010.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. **Assédio moral e seus efeitos jurídicos**. *Jornal Trabalhista*. Brasília: Consulex, 13 de janeiro de 2003.

PACHECO, Mago Graciano da Rocha. **O assédio moral no trabalho**. O elo mais fraco. Coimbra: Almedina, 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Noções conceituais de assédio moral na relação de emprego**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1149, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. ed. 7, ver. atual Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

EUTANÁSIA: PERSPECTIVAS E CONTRADIÇÕES QUANTO AO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Cícero Otávio de Lima Paiva⁵

Ingrid Viana Mota⁶

Rafael Dorgival Alves Fonsêca Neto⁷

Jailton Macena de Araújo⁸

Com os atuais avanços obtidos pelas ciências biológicas, em especial a medicina, juntamente com o soberano direito fundamental à vida, a eutanásia passou a ser vista com outros olhos pelo ordenamento jurídico brasileiro bem como da bioética. Trata-se de uma matéria muito polêmica, onde muito se tenta ponderar entre prós e contras, nunca existindo um posicionamento concreto quanto ao tema. A eutanásia não é recente, a história demonstra que tal conduta vem andando lado a lado com o desenvolver da humanidade, existindo relatos, como na Grécia antiga de sacrifício de velhos, fracos e inválidos, sob o argumento de interesse do fortalecimento do bem-estar e da economia coletiva, isto por que naquela época existia um programa de salvação pública. Na Índia, os doentes incuráveis eram levados até o Rio Ganges, onde tinham as suas narinas e a boca obstruídas com o barro. O presente trabalho objetiva avaliar as perspectivas e contradições da prática da eutanásia sob o enfoque do direito à vida assegurado constitucionalmente. Apresenta como objetivos específicos realizar uma análise da prática da eutanásia, verificando o seu desenvolvimento ao longo da história, além de uma análise sob o enfoque do biodireito e da bioética. Para o alcance de tais objetivos, far-se-á uso do método de abordagem indutivo onde partindo-se da análise de verdades particulares devidamente comprovadas pode-se chegar a conclusões universais. Quanto ao método de procedimento, utilizar-se-á o método histórico, onde será analisado a prática de eutanásia ao longo da história; o método comparativo onde será comparado os tipos de eutanásia. As técnicas de pesquisa utilizadas são a pesquisa bibliográfica, partindo do levantamento e consulta de livros e artigos científicos,

⁵ Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, onde desenvolve diversas atividades no ensino, pesquisa e extensão. Estagiário do Ministério Público Estadual da Paraíba. E-mail: cicero.otavio@hotmail.com

⁶ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, onde desenvolve diversas atividades no ensino, pesquisa e extensão. Estagiário do Ministério Público Estadual da Paraíba. E-mail: ingridvit@gmail.com

⁷ Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, onde desenvolve diversas atividades no ensino, pesquisa e extensão. Estagiário do Tribunal de Justiça da Paraíba. E-mail: faelcz@hotmail.com

⁸ Doutorando em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba (2013). Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba aprovado "com distinção" (2011). Especialista em Direito Processual pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2010). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (2007). Professor da Universidade Federal de Campina Grande. Advogado - Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail: jailtonma@gmail.com.

bem como análise do texto legal. Com isso temos que o biodireito constituiu-se em um ramo do direito público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; peculiaridades relacionadas ao corpo, à dignidade da pessoa humana, onde defendem, primordialmente, a vida humana frente aos avanços científicos, médicos e tecnológicos. Colocando a vida humana como o núcleo de toda proteção. A Constituição Federal de 1988, no título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", consagra o direito à vida como sendo o mais fundamental dos direitos, já que é dele que derivam os demais direitos, tal proteção acontece também em legislação infraconstitucional como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sendo entendido que o direito a vida, bem como a saúde, devem ser assegurados desde o ventre materno. Ninguém, portanto, poderá ser privado arbitrariamente de sua vida, sob pena de responsabilização criminal, prevendo o Código Penal sanções para o indivíduo que violar esse direito, no Capítulo I, do Título I da Parte Especial do referido código estão dispostos os crimes contra a vida. Tem-se, assim, que o direito à vida é inviolável, indisponível e irrenunciável, sendo vedado, então, ao indivíduo renunciá-lo, almejando sua morte. A relevante discussão em torno da prática da eutanásia está em face dela se contrapor ao mais relevante direito constitucionalmente assegurado: a vida.

Palavras-Chave: Vida. Biodireito. Eutanásia histórica. Direito Constitucional.

REFERÊNCIAS

ADONI, André Luiz. **Bioética e biodireito:** aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito a morte digna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALMEIDA, Guilherme Assis; CHRISTMANN, Marta Ochsenhofer. **Ética e direito:** uma perspectiva integrada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BÍBLIA SAGRADA, Edição Pastoral. São Paulo: Sociedade Bíblica Católica Internacional e Paulus, 1990.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** 2. ed. São Paulo: Forense, 1959.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos da medicina legal.** Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MENEZES, Evandro Corrêa de. **Direito de matar: (eutanásia)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da república Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PESSINI, Léo. **Distanácia**: até quando investir sem agredir. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/411996/dist.htm>>. Acesso em 12. Jun. 2013.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Atena, 2007.

O MODO DE PENSAR POR PROBLEMAS COMO PARADIGMA HERMENÊUTICO PARA CRIAÇÃO DE MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Juvencio Almeida⁹
Pedro Parini¹⁰

INTRODUÇÃO. Theodor Viehweg (1979, p. 6) propôs, com a obra *Tópica e Jurisprudência*, a superação do pensamento lógico-dedutivo, o qual encontrava-se em decadência no direito moderno. Não tentou, entretanto, criar um método de interpretação, senão que um “modo de pensar”, um “estilo de pensamento problemático”. A nova realidade apresentada por Viehweg foi com o tempo, adaptada por juristas – sobretudo constitucionalistas –, que vieram na tópica a base para a construção de um método hermenêutico eficiente, sobretudo na supressão de lacunas e resolução de casos considerados problemáticos. (BONAVIDES, 2004, p. 488–494). **OBJETIVO.** Visamos, na pesquisa, a relacionar as implicações decorrentes das análises de Viehweg, investigar os estudos que foram desenhados sobre os tracejados que apontara, e, sobretudo, discutir os métodos modernos de interpretação judicial oriundos de seus esforços em revolucionar as pesquisas de base da filosofia do direito. (VIEHWEG, 1997, p. 21). **METODOLOGIA.** A metodologia está centrada na análise das obras relacionadas com a temática em tela, tomando por norte de pesquisa os escritos do jurista Theodor Viehweg em “*Tópica e Jurisprudência*” (1979) e “*Tópica y Filosofía del Derecho*” (1997). **DESENVOLVIMENTO.** A principal função da tópica jurídica é a de encontrar soluções para os problemas normativos. Seu anatômico encaixe para com as necessidades hermenêuticas da seara civil-constitucional situa-se no fato de que este âmbito do ordenamento lida de forma direta com questões jurídicas que envolvem princípios – propiciando, enfim, abertura sistêmica. (CANOTILHO, 1989, p. 188–190). Com o tempo, diversos sucessores fizeram uso da tópica jurídica de Theodor Viehweg como embasamento teórico para o desenvolvimento de métodos de interpretação e argumentação. Chaïm Perelman (2005, p. 94) foi um desses autores: ao formular sua teoria de argumentação, elencou os lugares como um dos pressupostos argumentativos, rememorando a importância da percepção dos lugares-comuns do auditório quando da fundamentação do discurso. Também tomou por base a tópica jurídica para construção de teoria de interpretação judicial o jurista Paulo Mendonça (2003, 197 – 206), que desenvolve estudo pragmático apontando casos nos quais o método de resolução problemático pode atuar, sobretudo em tribunais superiores. Credita ainda à tópica jurídica o patamar de

⁹ Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba e membro bolsista pelo CNPQ do grupo de pesquisa “Retórica, Hermenêutica e Direito”. E-mail: juvencio.almeida@hotmail.com.

¹⁰ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e coordenador do Grupo de Pesquisa “Retórica, Hermenêutica e Direito”, vinculado à UFPB. E-mail: pparini@gmail.com.

método interpretativo o constitucionalista Paulo Bonavides, para quem o modo de pensar problemático é “o tronco de uma grande árvore, que se esgalha em distintas direções e que já produziu admiráveis frutos”. **CONCLUSÕES.** As principais contribuições do modo de pensar problemático para os métodos modernos de resolução de problemas podem ser resumidos considerando, a inserção de elementos outros dentro do âmbito de aplicação normativa, que não apenas a regra jurídica. Concluimos que a própria adequação valorativa de princípios constitucionais, associada a necessidade de fundamentação, pode servir de importante critério para satisfação da aporia de justiça, no caso concreto. A partir disso, princípios constitucionais de ordem geral podem, enfim, ser adequados para utilização em matéria infraconstitucional, através, sobretudo, dos métodos interpretativos originados da teoria de Theodor Viehweg.

Palavras-chave: Hermenêutica. Pensamento problemático. Tópica Jurídica.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERELMAN, Chaïm; TYTECA, Lucie Olbrechts. **Tratado da argumentação: a nova retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

_____. **Tópica y filosofía del derecho.** Barcelona: Gedisa, 1997.

A VISÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO CIVIL SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Hieroclys Íkaro Targino dos Santos Viegas¹¹

Maria de Fatima Alves dos Santos¹²

Pedro Victor Almeida Costa¹³

Vinicius Pereira Nascimento¹⁴

O direito civil conceitua pessoa como o ente físico (pessoa natural) ou coletivo (pessoa jurídica) suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito, possuindo uma personalidade jurídica para que possa ser titular de tais direitos e obrigações e cujos direitos são chamados de direitos da personalidade. Esta pesquisa tem como objetivo, trazer os conhecimentos doutrinários sobre pessoas e como a constituição federal de 1988 trata de tal assunto e sua proteção aos direitos fundamentais. A metodologia utilizada, trata-se de pesquisa qualitativa de caráter explicativa mediante os estudos doutrinários de tal tema abordado e as normas vigentes no país. A primeira indagação a ser feita é sobre como a pessoa natural e a pessoa jurídica se diferenciam na existência e na personalidade jurídica. Na pessoa natural, a existência é através do nascimento, e o surgimento dos direitos também se inicia a partir do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A pessoa jurídica começa a ter existência com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida quando necessário, de autorização ou aprovação do poder executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. Sobre a diferença entre a personalidade jurídica, pode-se dizer que a pessoa física tem uma grande diferença em relação à pessoa jurídica, pois há direitos para a pessoa física que seria impossível uma pessoa jurídica adquirir, como por exemplo o direito ao corpo, pois a pessoa jurídica é um ente fictício, uma criação de uma coletividade de pessoas. A constituição federal de 1988 como a norma que está no topo do ordenamento jurídico, resguarda os direitos da personalidade para as pessoas físicas e jurídicas. Conceitua-se direitos da personalidade como os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a honra, etc. Portanto, chega-se à um entendimento que a constituição federal, como norma máxima no ordenamento jurídico, estando todos os ramos do direito vinculados a ela, resguarda os direitos da personalidade, e a doutrina e o código civil

¹¹ Acadêmico de Direito da Faculdade Internacional da Paraíba – FPB. João Pessoa. ikaro_viegas@hotmail.com

¹² Acadêmico de Direito da Faculdade Internacional da Paraíba – FPB. João Pessoa. maria_pb_20@hotmail.com

¹³ Acadêmico de Direito da Faculdade Internacional da Paraíba – FPB. João Pessoa. pedro.victor.a.c@hotmail.com

¹⁴ Acadêmico de Direito da Faculdade Internacional da Paraíba – FPB. João Pessoa. vinicius-pn@hotmail.com

aprofundam em tal assunto, e que os direitos da personalidade são invioláveis, sob pena de indenização.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo, Direito Civil, Direitos da Personalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. Constituição (1988). Código Civil Brasileiro. Brasília, DF, Senado, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil.** 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 27 fev. 2014.

STOLZE, P.G.; PAMPLONA, R.F. Novo curso de Direito civil: Parte geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013.

TRÁFICO DE ÓRGÃOS: A VIDA ENQUANTO MERCADORIA E O SUJEITO ENQUANTO OBJETO

Vanessa Gomes de Sousa Alves¹⁵

Thaís Carvalho de Paiva¹⁶

Introdução: A dignidade da pessoa humana, fundamento básico do ordenamento brasileiro, prima pela proteção à vida digna, protegendo a integridade física, moral e psicológica de todo ser humano. No entanto, a integridade física de algumas pessoas está sendo violada através do tráfico de órgãos e tecidos humanos, conduta ilícita e que vem crescendo consideravelmente. **Objetivo:** O presente trabalho tem por escopo evidenciar a situação do tráfico de órgãos no Brasil, trazendo para a discussão os possíveis condicionantes para a ocorrência desse crime e os atores propiciadores da mercantilização da vida. **Metodologia:** Para realização do estudo em questão foi realizada uma pesquisa bibliográfica acerca do tema, bem como de dados oficiais sobre o número de transplantes, reportagens e sentenças proferidas. **Desenvolvimento:** A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 199, §4º e o §1º da Lei n. 9.434/97 defende que as partes do corpo humano, vivo ou morto, integram a personalidade humana, e, portanto, é vedado todo e qualquer ato de disposição a título oneroso. Com base nessa premissa, só se torna possível os transplantes de tecidos e órgãos a título gratuito e respeitando a fila de espera, salvo hipótese de doação em vida. Por toda morosidade na obtenção dos transplantes, a fila se torna um grande problema, dado que aumenta consideravelmente em contraposição ao número de doadores voluntários. Diante esta situação relatada, houve o surgimento e expansão do mercado de órgãos, cuja finalidade consiste na obtenção, compra de órgãos sadios de pessoas mortas ou vivas para posteriormente vender a quem precisa. Com essa infeliz novidade, muitas pessoas de diversos países viram no próprio corpo uma opção de fazer dinheiro. A sedução dos compradores e intermediadores corroborou para o número alarmante de pessoas vendendo seus órgãos em troca de remuneração. No Brasil não foi diferente. Segundo dados e reportagens, o comércio de órgãos vem sendo realizado por estrangeiros que vem ao nosso país com a finalidade de conseguir órgãos clandestinamente, e também por aqueles que deveriam estar primando pelas nossas vidas, os médicos. A comprovação de vários casos em que médicos apressavam ou provocavam a morte dos pacientes para vender seus órgãos fez aumentar a desconfiança no serviço de transplante, bem como ver pela ótica dos médicos praticantes desses delitos a ofensa à dignidade da pessoa humana e a falta de humanismo para com o outro, tratando este apenas como um objeto propiciador para auferir lucro, sem levar em

¹⁵ Graduanda no curso de Direito pela Universidade Federal da Paraíba - Santa Rita (UFPB/SR). Integrante do Centro de Referência em Direitos Humanos (CRDH/UFPB). E-mail: vanessa.gsa1@gmail.com

¹⁶ Graduanda no curso de Direito pela Universidade Federal da Paraíba - Santa Rita (UFPB/SR). E-mail: thaix_carvalho@hotmail.com

consideração o bem maior, a vida. **Conclusão:** Com o surgimento do mercado de órgãos e comprovação da prática no Brasil, em 2004 houve a CPI do Tráfico de órgãos e tecidos humanos, com o objetivo de averiguar os principais casos. Não obstante os casos confirmados pela CPI, recentemente médicos foram condenados pelo crime de tráfico de órgãos, no entanto, tempos após foram absolvidos com a justificativa de que não infringiram a ética, e, sendo assim, eles continuam exercendo a profissão. Desse modo, fica notório o descaso com que o tema é tratado, ocorrendo a banalização da vida em prol da auferição monetária.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; Mercado; Tráfico de órgãos.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 05. Fev 1997.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ENGELHARDT, Tristram. **Fundamentos da bioética**. 5. ed. Loyola, São Paulo, 2013. Trad. José A. Ceschin.

O SANEAMENTO BÁSICO E O DIREITO À SAÚDE: REFLEXÕES SOBRE OS ESPAÇOS DE GESTÃO DEMOCRÁTICA E CONTROLE SOCIAL

Erica Simone Barbosa Dantas*

Os espaços de gestão democrática e controle social são locais privilegiados de participação popular que discutem, deliberam e propõe políticas públicas sobre temas prioritários para a sociedade brasileira. No ano de 2001 a Lei nº 10.257 estabeleceu as diretrizes gerais da política urbana definindo o modelo de garantia da gestão democrática da cidade destacando entre os instrumentos para tal fim a realização de conferências sobre assuntos de interesse urbano em nível nacional, estadual e municipal. Neste documento normativo, a política urbana tem por objetivo ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, tendo entre as diretrizes gerais o direito ao saneamento ambiental, que por sua vez é um item fundamental para a efetivação do Direito à saúde. Neste sentido, a função das deliberações das Conferências das Cidades tem o alcance de impactar a efetivação do direito à saúde da população. As Leis nº 8.080/90 e 8.142/90 definem a participação social no Sistema Único de Saúde (SUS) através das instâncias do controle social: os Conselhos e Conferências de Saúde. Em comum, as conferências mobilizam participantes de todo o país que debatem, avaliam e deliberam de forma propositiva sobre os temas que servirão como base das diretrizes para a formulação de políticas públicas. Considerando as prioridades elencadas nos Relatórios das quatro Conferências Nacionais das Cidades que foram realizadas nos anos de 2003, 2005, 2007 e 2010 e os relatórios das Conferências Nacionais de Saúde que ocorreram em 2003, 2007 e 2011 o tema saneamento básico como direito à saúde converge para a importância dos espaços de gestão democrática e controle social, porém, diverge no ritmo de adoção de medidas sincronizadas que atendam os requisitos para a garantia do direito à saúde de toda população brasileira.

Palavras-chave: Saneamento Básico; Direito à Saúde; Controle Social.

* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba PPGCJ/UFPB. Membro dos Grupos de Pesquisa Justiça & Política (UFPB), Filosofia do Direito (UFPB) e do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional- IDCC. E-mail: ericasimone@hotmail.com.

DIREITOS DO CONSUMIDOR E DEVOLUÇÃO DE DINHEIRO: DAS PRÁTICAS ABUSIVAS À DEFESA DO HIPOSSUFICIENTE

Bruna Dutra Moreira
Rogeany Ferreira Gonçalves
Karla Klênia Marinho de Sousa

A não devolução do troco de centavos tem sido recorrente nas relações de consumo. Para alguns, a referida prática é insignificante diante dos valores em questão. Por outro lado, estudiosos afirmam que a conduta de não devolver o troco na sua integralidade é uma prática abusiva. Sendo assim, a população brasileira, desde o advento do Plano Real em 1994, tem vivenciado condutas lesivas ao seu patrimônio. Com base nessas questões, objetiva-se verificar como o consumidor é vulnerado e como isso fere a proteção do mesmo, fundamentando-se nos princípios da boa-fé, vulnerabilidade do consumidor e igualdade. Esta pesquisa foi executada com base no método dedutivo, utilizando-se das técnicas revisão bibliográfica, doutrina específica e consulta à legislação vigente. Desde os primórdios o homem teria feito da publicidade, um instrumento de competição entre seus semelhantes, pois a forma como é transmitida a mensagem é de grande deferência no despertar cognitivo do consumidor, induzindo-o a determinadas compras. Inúmeros estabelecimentos empresariais utilizam essa tática de marketing para atrair clientes, dando ao consumidor a sensação de estar adquirindo um produto com preço menor, porém, o cliente paga a mais pelo fracionamento do troco e pela falta de circulação de moedas de um centavo no mercado. Desde a implementação do Plano Real, o consumidor convive com essa dinâmica, que é aceita comodamente pela maioria. Tal aceitação advém de inúmeras justificativas, falta de coragem, o valor não vale o constrangimento, entre outros. É notória a falta de boa fé do fornecedor que fraciona os preços, é de sua responsabilidade dar o troco na medida certa. Segundo o relatório de qualidade de cédulas e entesouramento de moedas metálicas, poucas moedas de um centavo foram reproduzidas em relação as que estão em circulação hoje. Como o mercado propaga medidas promocionais de 0,01 de desconto se a moeda está quase escassa? É fácil encontrar esse tipo de situação e ver que há abuso e violação de um dever, ao qual vai frontalmente contra o descrito no art. 30 e 39, IV do CDC e também o Decreto Lei nº 330/90, de 23 de Outubro - Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. Não existe especificamente nenhum artigo no CDC que delimite transações de troco, todavia, o consumidor não pode ser prejudicado. O arredondamento deve ser reduzido e não aumentado, como estabelecido no art. 5º, inciso I, da Lei nº. 8.137/90, sobre os crimes contra as relações de consumo. Afinal, se não há troco específico, porque fazer tal propaganda? Se há, é dever do estabelecimento cumprir o contrato e a oferta, pois troco justo é direito do consumidor, que não sente a falta dos centavos no seu orçamento inicial, isso não deve ser encarado como adequado, representa uma

violação aos direitos básicos do mesmo, além de favorecer indevidamente aos fornecedores, lucros significativos que possivelmente não são tributados. A sociedade é o melhor mecanismo de controle e denúncia aos órgãos competentes, no sentido de coibir as posturas nocivas no mercado. Mas não basta, o Estado deve punir as condutas incompatíveis com direitos do consumidor, reconhecidos constitucionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor; Moedas; Prática Abusiva; Relação de Consumo; Fornecedores.

REFERÊNCIAS:

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**. 7. Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro.

GRINOVER, Ada Pelegrini. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. FINK, Daniel Roberto. Et AL. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 10. Ed. Vol. I. Editora Forense. Rio de Janeiro.

GUGLINSKI, Vitor. **Posso ficar te devendo um centavo?** Disponível em: <<http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/111827720/posso-ficar-te-devendo-um-centavo>>. Acesso em: 03 de Mar. 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Pesquisa de qualidade de cédulas e Entesouramento de moedas metálicas**. Pesquisa realizada em 05 de dezembro de 2011 a 12 de janeiro de 2012. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/htms/mecir/Pesquisa_Qualidade_das_Cedulas_e_Entesouramento_de_Moedas_2012.pdf>. Acesso em 03 de março 2014.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS À HONRA, À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA, E À IMAGEM: LIMITES EXTERNOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

Marta Thais Leite dos Santos¹⁷
Flávia Roberta de Gusmão Oliveira¹⁸

Introdução A liberdade de expressão e comunicação, quase sempre consagrada nos textos constitucionais sem nenhuma censura prévia, nos termos em que foi definida na Constituição Federal de 1988 sofre restrições em razão de eventual conflito com o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Também dignos de tutela constitucional, os chamados direitos da personalidade limitam externamente a liberdade de expressão e comunicação, questão essa a ser resolvida na perspectiva de colisão de direitos fundamentais. **Objetivos** A pesquisa objetiva traçar, dentre os direitos da personalidade, os limites externos à liberdade de expressão e comunicação, ambos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. **Metodologia** A pesquisa será realizada através de um estudo exploratório e bibliográfico, incluindo, além de livros sobre o assunto, consulta a artigos científicos especializados e material disponibilizado na internet. Será feita uma análise crítica objetivando se contrapor às proposições concernentes ao tema em questão. **Desenvolvimento/Discussão** A Constituição Federal de 1988 traz, de forma explícita, no seu inciso X do art. 5º, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação destes direitos. Tais direitos possuem um caráter tanto de direitos fundamentais, com sua especial proteção no ordenamento jurídico, bem como de direitos da personalidade, inerentes à pessoa humana, e, por conseguinte, conectados à personalidade do ser humano. A liberdade de expressão e comunicação, considerada termômetro do regime democrático, deduz-se da liberdade de manifestação do pensamento e se constitui como uma das principais características das atuais sociedades democráticas. É entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de expressar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões, através da palavra, de escritos ou imagens, em qualquer meio de difusão. Também inclui o direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos ou discriminações. **Conclusões** A constitucionalização do direito privado, marco do direito constitucional pátrio, trouxe consigo os direitos da personalidade à honra, à

¹⁷ Mestranda em Direitos Humanos pela UFPE. Pós-graduanda em Direitos Fundamentais e Democracia pela UEPB. Graduada em Direito pela UEPB e graduada em Comunicação Social/Jornalismo pela UFPB. E-mail: marta_thais@hotmail.com.

¹⁸ Mestranda em Direitos Humanos pela UFPE. Pós-graduanda em Gênero, Desenvolvimento e Políticas Públicas pela UFPE. Graduada em Direito pela UNICAP/PE. E-mail: betagusmao@gmail.com.

intimidade, à vida privada, e à imagem como limites externos da liberdade de expressão e comunicação. Logo, como esses direitos não estão consagrados pela Constituição Federal como limites daquela liberdade (art. 220, § 1º), mas estão tutelados como direitos fundamentais em si mesmos (art. 5º, X), quando entram em conflito com a liberdade de expressão e comunicação, dar-se-á a colisão entre próprios direitos fundamentais, cujo confronto desafia a atual dogmática de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Liberdade de expressão. Colisão de Direitos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação.** 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral.** São Paulo: Atlas, 2008.

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO

Ísis Nunes Siqueira Marques¹⁹

A partir da Constitucionalização do Direito Civil programou-se a sua submissão aos princípios constitucionais, valorizando fundamentalmente a figura do indivíduo. Neste momento, a família é vista com o enfoque na Constituição e nos princípios da dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, proteção integral a crianças e adolescente e da afetividade. Ademais, a responsabilidade parental deverá estar relacionada a esses princípios, de modo a assegurar o desenvolvimento dos filhos em um ambiente familiar saudável. Em razão disso, a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo vem expor a preocupação jurídico-doutrinária em tutelar aquele que se encontra em situação de vulnerabilidade. O objetivo principal é analisar e comprovar o dano, a integridade moral, sofrido pelo filho em razão do abandono afetivo, bem como a possibilidade da indenização. Logo, deverá ser observada a criança como titular de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sendo merecedor de cuidados por parte da família e do Estado. Assim sendo, os deveres dos genitores deverão ser identificados, bem como as medidas tendentes a resguardar a convivência familiar. Tendo em vista as considerações mencionadas, o procedimento metodológico trata de pesquisa bibliográfica e de análises jurisprudenciais. A compreensão da família altera-se ao longo dos tempos, o pátrio poder foi substituído pelo poder família, portanto, passa a existir igualdade entre os descendentes e o indivíduo passa a ser prioridade em detrimento do patrimônio. Com efeito, a afetividade, pautada no princípio da dignidade humana, colabora para o desenvolvimento psíquico-social da pessoa. A criança e o adolescente têm a sua integridade física, moral e psíquica protegidas de qualquer lesão à sua dignidade, caso seja violado o direito de personalidade, *lato sensu*, será cabível o dano moral, atenuando, em parte, o prejuízo. Portanto, os pais devem prestar além da assistência material, a moral, visto que a ausência de afeto dos pais na formação dos filhos poderá gerar problemas psíquicos. A análise do tema não se trata de quantificar o amor, nem tão pouco compensar a dor daquele que foi vítima do abandono. O aspecto relevante é alcançar a função punitiva com o objetivo de conscientizar o ato grave, que deverá ser evitado e cessado.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Abandono Afetivo; Dignidade Humana.

¹⁹ Graduanda no Curso de Baclarel em Direito do Centro Universitário de João Pessoa – Unipê. E-mail: isismarques.nunes@hotmail.com

REFERÊNCIAS

1. OLIVEIRA, James Eduardo. Código Civil Anotado e Comentado: doutrina e Jurisprudência, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010
2. GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 6.ed. Saraiva, 2008.
3. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 8ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ARTIGOS COMPLETOS

A CONCEPÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO, SUAS REFORMULAÇÕES E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Joyce Almeida da Silva*

Pamela Rachel dos Santos Medeiros**

Resumo: O estudo do sujeito de direito, é sem dúvidas a parte mais importante e de extrema relevância da Teoria Geral do Direito, Todavia a sua importância ultrapassa o estudo do direito em si, pois também auxilia na compreensão das novas perspectivas das relações jurídicas, apresentando uma finalidade universal do Direito. Desta maneira, fala-se nas noções de dignidade da pessoa humana como preceito fundamental do Estado Democrático de Direito, pessoa física e jurídica, e entes despersonalizados, as quais constituem os sujeitos das relações jurídicas. Por essa razão, o presente artigo, visa abordar o tema dos sujeitos de direito, com enfoque na capacidade jurídica do feto, abordando as teorias que a rodeia, as correntes filosóficas e divergências, visando proporcionar um enriquecimento teórico a respeito do presente tema.

Palavras-chaves: Dignidade da pessoa humana. Estado Democrático de Direito.

Abstract: The study of the subject of law, is without doubt the most important part of extreme relevance and the General Theory of Law, however its importance goes beyond the study of law in itself, it also helps in understanding new perspectives of legal relations, purpose of presenting a universal law. Thus, there is talk on the notions of human dignity as a fundamental precept of democratic rule of law, individual and corporate, and depersonalized entities, which are the subject of legal relations. For this reason, this article aims to address the theme of the persons, focusing on the legal status of the fetus, addressing the theories surrounding it, the philosophical currents and differences in order to provide a theoretical enrichment regarding this topic.

Keywords: Human dignity. Democratic state.

1. Considerações preliminares

A valorização da pessoa humana é o maior e o mais recente posicionamento do nosso ordenamento jurídico, uma vez que trás em sua Carta Magna, no título I, artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como principio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Muito embora seja plenamente possível notarmos que os ordenamentos anteriores, de alguma forma, abarcavam essa premissa maior, percebe-se que apenas com a promulgação da Constituição Federativa do Brasil em 1988, enfatizou no transcorrer do seu texto normativo a amplitude que se deve prestar ao tutelar direitos inerentes à pessoa humana.

A sociedade vive transformações cotidianas, partam elas de ideologias ou de costumes, é óbvio que em um determinado momento o nosso ordenamento jurídico sofreria adaptações para acompanhar essas constantes mudanças de valores que trás o seu povo. Ocorre que, diferentemente do que se vivenciava nos tempos de outrora, com a supervalorização da patrimonialização e o dever de sua proteção, a normatividade tem previsto a extrapatrimonialização, qual seja, o dever de proteção à dignidade humana.

Sendo assim, não se quer apontar que deixou de ser tutelado os direitos inerentes aos bens patrimoniais, e sim, que o legislador apontou a subjetividade humana como, também, uma premissa passível de proteção.

Vale expor que a dignidade humana não é uma criação dada pela Constituição Federal, muito embora seja por ela tutelada. A Constituição apenas atribuiu-lhe “o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática”, como descreve Maria Celina Bodin de Moraes, passando o referido valor fazer parte definitivamente de todas as relações jurídicas existentes em nosso país.²⁰

De um modo geral, é possível afirmar que este é o valor máximo da ordem jurídica brasileira, pois tão imperiosa a sua subjetividade que configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.²¹

²⁰(MORAES, Maria Celina Bodin de, cf. Danos à pessoa humana, cit., p. 83).

²¹(TEPEDINO, Gustavo, cf. Temas de Direito Civil, cit., p. 48. Elimar Szaniawski, a outro giro, denomina a dignidade humana com a expressão “direito-mãe”, por ser a fonte de inúmeros outros direitos, que se unem para a tutela avançada da personalidade jurídica, cf. Direitos de personalidade e sua tutela, cit., p. 61).

Acertadamente, preleciona o exímio Mestre e Doutor Gustavo Tepedino que:

“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 parágrafo 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.”²²

Diante das experiências brasileiras, a CF/88 é o estopim, o marco histórico que solidificou a priorização á dignidade da pessoa humana, de forma que vincula toda atividade legislativa á superiorizar tal preceito. Assim, não apenas a Constituição Federativa do Brasil, mas toda e qualquer norma infraconstitucional, deve submeter-se à ela. Desta forma prevê Rafael Garcia Rodrigues:

“toda a normativa civil deve não apenas ocupar-se do momento patológico do dano em indenização (responsabilidade civil), mas orientar-se no sentido de dirigir a atividade privada à concretização e efetivação da dignidade da pessoa humana”.²³

Logo, entende-se que o homem não se limita aos bens que possui, e sim compreende-se em sua essência, sendo esta sua subjetividade enquanto pessoa. Definir a essência de cada ser é uma tarefa árdua, impossível de ser conceituada até mesmo pelo legislador. Eis o grande embate entre doutrinadores e juristas , pois como agregar valor a algo substancialmente subjetivo? Infelizmente, o legislador, não trouxe este conceito, deixando em aberto para o os respectivos estudiosos e tribunais a difícil tarefa de aplicá-la.

²²(TEPEDINO, Gustavo, cf. Temas de Direito Civil, cit., p. 48.)

²³(RODRIGUES, Rafael Garcia, cf. “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”, cit., p. 33)

2. Conceito de Sujeito de Direito e suas Reformulações

É de muita pertinência afirmar que, o conceito de sujeito de direito tornou-se um dos maiores e mais complexos dogmas do Direito. As polêmicas trazidas por inseminações artificiais, in vitro, células troncos e tantas outras, acarretou muitas divergências no meio jurídico.

Assim, a ascensão do sujeito de direito, trouxe consigo a (re) personalização do Direito Civil com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Com isso, podemos afirmar que houve uma humanização de no direito privado, substituindo uma velha e ultrapassada visão patrimonialista.

A pessoa como sujeito de direito, teve origem a partir de correntes filosóficas, que tiveram maior propagação na Revolução Francesa, berço genuíno do jusnaturalismo e iluminismo, onde fora gerado o trinômio maior dos direitos fundamentais, quais são: liberdade, igualdade e fraternidade.²⁴

As inovadoras concepções filosóficas desse período da história permitiram não apenas um reflexão interna a fim de proporcionar um auto-conhecimento, mas extinguiu do indivíduo o “dever” de tomar decisões sobre as questões morais e políticas que lhes permeavam.²⁵

Desta maneira, foi proporcionado a criação ou até mesmo a revisão de conceitos já estabelecidos. Assim, o estudo do Direito Civil, inicia-se com as pessoas que são sujeitos das relações jurídicas.

Mas antes disso, se faz imprescindível tecer uma breve explicação sobre o que venha a ser direito subjetivo. Para Sílvio Rodrigues: “consiste na relação jurídica que se estabelece entre um sujeito ativo, titular desse direito, e um sujeito passivo, ou vários sujeitos passivos, gerando uma prerrogativa para o primeiro, em face destes.”²⁶

²⁴ (Novo conceito de Sujeito de Direito. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/administracao-e-negocios/novo-conceito-de-sujeito-de-direito/58014/Acesso em: 08 de março de 2014>).

²⁵ A construção narrativa do conceito de sujeito de direito e justiça. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/21542/12649> Acesso em: 08 de março de 2014). O conceito de sujeito de direito na modernidade e suas implicações para o instituto da propriedade. Disponível em: www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/21 Acesso em: 08 de março de 2014.

²⁶ (Personalidade e Capacidade. Disponível em: <http://monografias.brasilecola.com/direito/dapersonalidade-capacidade.htm> Acesso em: 08 de março de 2014).

Já relação jurídica, “é toda relação da vida social regulada pelo direito”(Carlos Roberto Gonçalves), nesta esteira, o sujeito da relação jurídica é sempre o ser humano, enquanto um ser que vive em sociedade.

Assim, o conceito de sujeito de direito engloba, além do direito subjetivo, as relações jurídicas, culminando em um entendimento que o sujeito de direito “indica as entidades às quais um ordenamento jurídico atribui a faculdade de adquirir e exercer direitos e também de assumir e cumprir obrigações. Não podemos, porém, esquecer as críticas à função social desse conceito, feitas pelas disciplinas que realizam leituras externas do direito”.²⁷

Em suma, pode ser compreendido como o indivíduo capaz de raciocinar, agir livremente e dominar os objetos do mundo.

3. O reconhecimento dos direitos dos nascituros

Tendo o reconhecimento dos direitos da personalidade em nosso ordenamento maior, notamos que os demais dispositivos normativos estão sendo e a maioria já foi modificada, inclusive o nosso Código Civil de 2002.

De acordo com a legislação civil pátria, personalidade é a aptidão para se tornar sujeito de direitos e obrigações, ou, como afirma, o ilustre mestre, CLÓVIS BEVILÁQUA: “É a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”.

Contudo, prevê nosso ordenamento Civil, em seu artigo 2º “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Desta forma, prelecionada Excelentíssimo Ministro do STF Cezar Peluso, em seu Código Civil Comentado:

“O nascimento com vida fixa o início da personalidade, ou seja, a partir daí o ente passa a ser sujeito de direito e de deveres. As exigências no Direito brasileiro são mais simples que as de algumas outras legislações, como aquelas que reclamam para a aquisição da personalidade não só o

²⁷(DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica... 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 220).

nascimento com vida, mas a viabilidade *habilis vitae* ou que o recém-nascido tenha figura humana ou que haja vivido ao menos vinte e quatro horas.

Ter nascido com vida, porem, e requisito inafastável, e sua ocorrência ou não determina consequência da mais alta relevância, inclusive do aspecto sucessório.

A segunda parte do dispositivo ressalva os direitos do nascituro. Nascituro e o ser concebido, mas não nascido, que ainda se acha nas entranhas maternas. Ha controvérsia doutrinaria acerca da condição jurídica do nascituro, todavia, nos termos da lei, e sustentável que a personalidade ja se inicia com a concepção, pois, sem tal atributo, inviável supor a existência de direitos subjetivos; contudo, não se trata de um atributo definitivo para o nascituro, que se ira consolidar ou resolver conforme ocorra ou não o nascimento com vida.” (Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, Código Civil Comentado , 4ª Edição , Revista Atualizada, Editora Manole Ltda 2010, p.16).²⁸

Isto é, mesmo o nascituro, aquele concebido, mas ainda não nascido, apesar de ainda não ter personalidade, já terá, em nosso direito positivo, resguardados seus direitos. Sabe-se que no Direito Romano quem não tivesse forma humana não era considerado ser humano, pois acreditavam na possibilidade de alguém nascer de mulher com alguma característica de animal e não consideravam humanos os que nascessem com deformações congênitas, tais como a acefalia (ausência de cabeça), ausência de membros. No entanto, os romanos já protegiam os direitos do nascituro.²⁹

4. Da Personalidade e da Capacidade Jurídica

Inicialmente cumpre esclarecer que o Código Civil pátrio, “disciplina as relações sociais, de pessoa a pessoa, física ou jurídica, que produzem efeitos no âmbito do direito” (Carlos Roberto Gonçalves)³⁰. E o conceito de pessoa de acordo

²⁸PELUSO, Cezar. Código Civil Comentado , 4ª Edição , Revista Atualizada, Editora Manole Ltda 2010, p.16).

²⁹VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 2ª Edição, Editora Atlas 2011, p.02).

³⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: Parte Geral, v 1. São Paulo: Saraiva, 2010. ¹²DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹³BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Servanda, 2007.

com a doutrina clássica, compreende-se em ser “o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito” (Maria Helena Diniz)¹²

Para Clovis Beviláqua, sujeito de direito seria um “Sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não – cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.”¹³

Assim toda pessoa é dotada de personalidade. Este é um conceito básico da ordem jurídica, que estende-se a todos os homens sem fazer distinção. Com isso, consagra-a na legislação civil e no direito constitucional.

Para Maria Helena Diniz, a personalidade jurídica “é a qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres”¹⁴

Já para Caio Mário da Silva Pereira, “liga-se à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”.

Assim, o conceito de personalidade está completamente entrelaçado ao conceito de pessoa, pois aquele que nasce com vida torna-se pessoa e conseqüentemente adquire personalidade.

O código Civil vigente (2002) reconhece a personalidade para toda pessoa natural (ser humano), bem como para pessoas jurídicas, que se submetem aos preceitos legais e se associam para melhor atingir seus objetivos.

O art. 1º do Código Civil pátrio preceitua que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Para Sílvio Rodrigues, “afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos”. O direito civil pátrio encaixou o conceito de capacidade ao de personalidade, assim pode-se dizer que a capacidade é a medida da personalidade, ou seja, para alguns a capacidade é plena e para outros é limitada”.¹⁵

Apesar de o entendimento majoritário entres os doutrinadores, seja o de que as expressões personalidade jurídica e capacidade jurídica são sinônimas, o doutrinador José Carlos Moreira Alves, entende ser necessário diferenciá-las.

¹⁴DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

Assim, ele aduz que “personalidade jurídica é conceito absoluto, ou seja, ela existe ou não existe enquanto capacidade jurídica é conceito relativo, ou seja, pode ter-se mais capacidade jurídica, ou menos. Concluindo, a personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos e contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade”.¹⁶

Por essa razão, podemos afirmar que capacidade de direito ou de gozo, é a que todos possuem, adquirindo-a a partir do nascimento (com vida), não podendo ela ser negada ao indivíduo, soe pena de o mesmo ter a sua qualidade de pessoa negada. Esta capacidade também pode ser denominada de “capacidade de aquisição de direitos”.

Desta forma, todo ser humano possui capacidade de direito, na qual se estende também aos privados de discernimento e as crianças, independentemente do seu grau de desenvolvimento mental.

Ainda temos a capacidade de fato ou de ação, na qual podemos afirmar que é a aptidão para exercer, por si, os atos da vida civil.

Tendo em vista tal aptidão faltar para algumas pessoas, por não possuírem os requisitos como maioridade, saúde e desenvolvimento pleno de suas faculdades mentais, o ordenamento jurídico com o intuito de protegê-las, determina a participação de outra pessoa, para que as represente ou assista-as.

Aquele que é detentor das duas capacidades supramencionadas, tem a chamada capacidade plena. Já os que só possuem a de direito, tem a capacidade limitada, necessitando que outra pessoa o represente no tocante a sua vontade, sendo portanto elencadas como incapazes.

¹⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito civil, vol. 1: Parte Geral. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁶ALVES, José Carlos Moreira. A Parte Geral do Projeto do Código Civil brasileiro – subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

Já a legitimação, é uma espécie de capacidade especial, que é exigida em determinadas situações. Assim, esta funciona como um pré-requisito necessário para a prática de alguns atos jurídicos. Como exemplo podemos citar, o casado, exceto no regime de separação absoluta de bens, de alienar imóveis sem outorga do outro cônjuge (art. 1.647, CC), ou os tutores ou curadores de dar em comodato os bens confiados a sua guarda sem autorização especial (art. 580, CC), etc.¹⁷

Com isso, não há razão para que se confunda capacidade com legitimidade, pois esta serve para averiguar se uma pessoa, perante determinada situação, possui ou não capacidade para estabelecê-la.

Para Sílvio Venosa, “é como um plus que se agrega à capacidade em determinadas situações, é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil”.¹⁸

Ou seja, a simples existência do homem vivo confere-lhe a qualidade de pessoa, embora nem sempre assim tenha ocorrido, pois, faltando o que correspondia no Direito romano ao status libertatis, como ao escravo, o ser humano estava excluído do conceito jurídico de caput, sendo tido como res (coisa).¹⁹

A capacidade de direito ou de gozo, que difere da capacidade de fato ou de exercício. Aquela é atribuída a todo ser humano, mas esta só a possuem os que tem a faculdade de exercer por si os atos da vida civil.

5. Conclusão

Conforme exposto no escopo do presente artigo, o estudo do sujeito de direito, é indubitavelmente a parte mais importante e de extrema relevância da Teoria Geral do Direito. Pode-se afirmar que a sua importância ultrapassa o estudo do direito em si, pois este não se limita, pelo contrário, auxilia na compreensão das novas perspectivas das relações jurídicas, apresentando uma finalidade universal do Direito.

¹⁷ Personalidade e Capacidade. Disponível em: <http://monografias.brasilecola.com/direito/dapersonalidade-capacidade.htm> Acesso em: 08 de março de 2014.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

¹⁹ César Peluso, Código Civil Comentado, 4ª Edição, Revista Atualizada, Editora Manole Ltda 2010, p.16

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

²¹ César Peluso, Código Civil Comentado, 4ª Edição, Revista Atualizada, Editora Manole Ltda 2010, p.16

Assim, é impossível não se falar em dignidade da pessoa humana, ao discorrer sobre o Estado Democrático de Direito, pois tal princípio inegavelmente é fundamental e basilar para a composição deste.

A nossa Carta Magna, no título I, do artigo 1º, inciso II, trás o principio da dignidade da pessoa humana como fundamental para o Estado Democrático de Direito, posicionando-se de maneira exercer uma valorização da pessoa humana, nunca antes vivenciada pelo nosso ordenamento jurídico.

Desta feita, identifica-se que o maior postulado fundamental da ordem jurídica brasileira é a dignidade humana, unindo todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade.

O reconhecimento da fundamentação da dignidade da pessoa humana impõe uma nova postura aos estudiosos do direito civil-constitucional, que devem, na interpretação e aplicação de normas e conceitos jurídicos, assegurar a vida humana de forma integral e prioritária.

De um modo geral, é possível afirmar que este é o valor máximo da ordem jurídica brasileira, pois tão imperiosa a sua subjetividade que configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento

REFERÊNCIAS

- ____MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro, Renovar, edição 2003.
- ____TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 4ª edição, 2008.
- ____RODRIGUES, Rafael Garcia, *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, edição 2003.
- ____DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito: definição e conceitos básicos*. Editora Renovar. São Paulo: RT, 2011.
- ____BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 22ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1975
- ____PELUSO, César. *Código Civil Comentado*, 4ª Edição, Revista Atualizada, Editora Manole Ltda 2010.

- _____ VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2ª Edição, Editora Atlas 2011.
- _____ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: Parte Geral*, v 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Servanda, 2007.
- _____ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- _____ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Parte Geral*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____ ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto do Código Civil brasileiro – subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- _____ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Wendel Alves Sales Macêdo³¹

Áchella Ednêz Inojosa de Oliveira³²

Rafael Dorgival Alves Fonsêca Neto³³

Hudson Braulio Albino dos Santos Alves³⁴

Resumo: O artigo analisa os Direitos da Personalidade previstos entre os artigos 11 e 21 do Código Civil de 2002 à luz da Constituição Federal de 1988. É correto indicar que estes se correlacionam com outros institutos civis como a Personalidade Jurídica, a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, pois, os Direitos da Personalidade consistem em direitos e garantias que a Pessoa detém e que se mostram como condições primordiais para o respeito integral do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ambos os elementos são componentes da grande comunidade dos direitos elencados no período de constitucionalismo atual de modo que não se anulam ou a aplicação de um não exclui a dos outros, são complementares. Diante dessas premissas, o objetivo deste trabalho é discorrer de modo sistemático e didático sobre os conceitos e os fundamentos interligados à Pessoa, à Personalidade Jurídica, à Capacidade de Direito, de Fato, Plena e os Direitos da Personalidade desenvolvendo um olhar introdutório e conceitual tão necessário no estudo da ciência jurídica, pois, muitos aplicadores padecem pela falta desta parcela do saber. Quanto à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, bem como o sistemático. O embasamento jurídico é feito pela análise de doutrinas, de súmulas, do Código Civil, de pleno acordo com a Carta Magna. Destaque-se que a sua proteção é imperiosa e necessária, haja vista fazerem parte dos primeiros direitos adquiridos pelo cidadão tais como o nome, o patronímico, o estado, e diante da sua violação ou desrespeito haverá uma consequência direta visando o restabelecimento do equilíbrio jurídico que é através da reparação dos danos

³¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG.
E-mail: wendel_direito@hotmail.com

³² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.
E-mail: achellapinajosa@hotmail.com

³³ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG.
E-mail: faelcz@hotmail.com

³⁴ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.
E-mail: hudsonasa@hotmail.com

causados evidenciada na Ação de Reparação de Dano seja ele de ordem moral ou material e decorrente de ato ilícito, como se pode constatar nos artigos 186, 944 e seguintes do diploma cível.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade; Dignidade da Pessoa Humana; Constitucionalização.

Abstract: The article analyzes the Personality Rights due between the articles 11 and 21 of the Civil Code of 2002 in light of the Federal Constitution of 1988. Is it correct to indicate that these correlate with other civil institutions like the Legal Personality, the generic ability to acquire rights and incur obligations because the Personality Rights consist of rights and guarantees that the person owns and show to be important conditions for whole respect of the principle of Human Dignity. Both elements are components of the larger community of the rights listed in the present period of constitutionalism, so they don't cancel or applying one don't exclude the others, are complementary. Before these premises, the aim of this work is to discourse systematically and didactically about the concepts and foundations linked to the Individual, the Legal Personality, the ability of law, Suit, Full and Personality Rights developing an introductory and conceptual look as necessary in the study of law science, since many applicators suffer for lack of knowledge of this plot. For the methodology matter, the deductive method is used, as well as systematic. The law argument is made for examining doctrines of precedents, the Civil Code, in full accordance with the Constitution. Detached that of this protection is imperative and necessary, considering being part of the first rights acquired by the citizen such as name, patronymic, state, and before its violation or disregard will be a direct consequence to reestablish the legal balance which is evidenced by repairing the damage in Action damage's repair whether moral or material arising from tort and, as can be seen in articles 186, 944 and following of the civil law.

Keywords: Personality Rights; Human Dignity; Constitutionalisation.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará, de forma didática, os principais aspectos do atual Código Civil em comunhão com a letra da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, voltados para os Direitos da Personalidade.

O objetivo do texto é expor de forma sistematizada conceitos e fundamentos que levem o leitor a entender os seguintes temas: a Pessoa, a Personalidade Jurídica, a Capacidade e os Direitos da Personalidade.

Os Direitos da Personalidade são direitos e garantias inerentes à Pessoa. Estes estão pautados no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto constitucionalmente no artigo 1º, inciso III.

No que se refere à metodologia, este estudo encontra amparo no método dedutivo, bem como no sistemático. O embasamento jurídico é a análise de doutrinas, súmulas e do Código Civil à luz da Constituição Federal de 1988.

Trata-se de um tema sempre atual, de reconhecida importância. Pretende-se abordá-lo tomando sistematicamente a legislação e em conformidade com a Lei Maior brasileira.

2 PESSOAS

A Pessoa, conforme o artigo primeiro do Código Civil, Lei 11.405, de 10 de janeiro de 2002, é o sujeito que adquire direitos e contrai deveres perante a ordem civil. Percebe-se claramente que o mencionado artigo descreve que: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Em linhas gerais, o Código Civil estabelece duas espécies de Pessoa: a Pessoa Natural, Física ou de Existência Visível (artigo 1º ao artigo 39 do Código Civil, de 2002) e a Pessoa Jurídica (artigo 40 ao o artigo 69 do Código Civil, de 2002).

2.1 Pessoa Natural, Física ou de Existência Visível

A Pessoa Natural é o ser humano sujeito de direitos e deveres. Para Diniz (2010, p. 148):

Ao estudarmos a relação jurídica, vimos que ela contém duplicidade de sujeito: o ativo e o passivo. Qualquer dessas duas figuras denomina-se ‘pessoa’. Desse modo que a ‘pessoa natural’ é o ser humanos considerado como sujeito de direitos e obrigações.

A Pessoa é o Sujeito de Direito. Este é dividido em ativo, que é o que exerce uma atividade jurídica e o passivo que é o que sofre a ação jurídica.

Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 80):

No que tange à pessoa natural ou física, o objeto do presente capítulo, o Novo Código Civil, substituindo a expressão ‘homem’ por ‘pessoa’, em evidente atualização para uma linguagem politicamente correta e compatível com a nova ordem constitucional, dispõe, em seu art.1.º, que: ‘Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil’.

Com as mudanças ocorridas no século XX e o surgimento de um novo modelo de Estado mais condizente com os anseios de um novo tempo, em que se buscava uma liberdade amparada pela igualdade, surgiu uma nova Constituição, que por sua vez, rompeu com termos e tradições liberais. É o que se percebe também com a substituição do termo “homem” pelo termo “pessoa”.

O início da Pessoa Natural se dá com a vida. A vida começa com a entrada de ar pelos pulmões. Ao nascer, a pessoa adquire a Personalidade Jurídica Material e a Capacidade de Gozo ou de Direito.

Com o nascimento do filho, os pais devem fazer o registro público. O artigo 9º, do Código Civil, determina que devem ser registrados em registro público: os nascimentos; os casamentos e os óbitos; a emancipação por autorização (outorga) dos pais ou por decisão (sentença) do juiz; a interdição por incapacidade absoluta ou relativa; a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.

A necessidade do registro civil do nascituro para que ele se torne sujeito de direitos, ou seja, adquira capacidade, vem sendo foco de várias atividades dos órgãos responsáveis pela aplicação do direito a exemplo do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça cuja atuação foi expressamente delineada no bloco de constitucionalidade. O próprio CNJ (2013, p. 1) em parceria com a Secretaria Especial de Direitos Humanos, coordena uma campanha de mobilização nacional para o registro civil de nascimento e a documentação básica e o foco do projeto é sensibilizar a sociedade para a importância e a necessidade de se ter esses documentos.

O Conselho assevera que a certidão de nascimento é o documento que oficializa a existência do indivíduo e, por isso, funciona como a identidade formal

do cidadão. Ela é essencial para a retirada de outros documentos e para garantir o acesso a benefícios governamentais. Sem o registro civil, a pessoa fica impedida, por exemplo, de receber as primeiras vacinas e matricular-se em escolas.

Já o artigo 10, do Código Civil, disciplina que devem ser averbados em registro público: a sentença que determinar a nulidade ou a anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal; os atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação.

Observa-se que o registro público do nascimento tem eficácia declaratória de direito, pois a eficácia constitutiva acontece com o nascimento com vida. O registro público detém eficácia declaratória e seu efeito é *ex tunc*, ou seja, retroage à data do nascimento com vida.

A extinção da Pessoa Natural propriamente dita dá-se com a morte real, ou seja, quando o cérebro da Pessoa Física para de funcionar, conforme o artigo 6º, do Código Civil, de 2002.

Complemente-se que há a morte presumida (artigo 7º, do Código Civil), a comoriência (morte simultânea, artigo 8º, do Código Civil) e a morte civil (indignidade, exclusão da sucessão).

2.2 Pessoa Jurídica

A Pessoa Jurídica é a Pessoa Fictícia que consiste na união de empenhos humanos (no caso da Corporação) ou na utilização de um patrimônio (no caso da Fundação). Ela é instituída conforme o que disciplina lei, onde detém uma finalidade legal e uma função social.

Segundo o artigo 45 do Código Civil, a aquisição da Pessoa Jurídica e da Personalidade Jurídica se dá através do Registro. Este é um Ato Constitutivo com o efeito *ex nunc* (não retroage).

A Classificação da Pessoa Jurídica é possível através de uma divisão em dois grupos.

O primeiro grupo é relacionado à nacionalidade. A Pessoa Jurídica Nacional é a constituída no território brasileiro, já a Pessoa Jurídica Estrangeira é a instituída no estrangeiro. O segundo grupo é ligado à atividade executada (atividade pública e atividade privada). São Pessoas Jurídicas de Direito Público, conforme os artigos

41 e 42, do Código Civil: a União; os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os Municípios; as Autarquias, com inclusão das Associações Públicas; as outras entidades de caráter público criadas por lei; os estados estrangeiros; e todas as pessoas jurídicas que forem regidas pelo Direito Internacional Público.

São Pessoas Jurídicas de Direito Privado, segundo o artigo 44, do Código Civil as associações; as sociedades; as fundações; as organizações religiosas; os partidos políticos; as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Já a extinção da Pessoa Jurídica se dá através da vontade de seus sócios (extinção convencional); da decisão do juiz (extinção judicial); da hipótese expressa e automática na lei (extinção legal); da não autorização do chefe do Poder Executivo, pois caso a autorização da criação da Pessoa Jurídica por esse Poder não aconteça, a criação inexistente (extinção administrativa).

3 PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA NATURAL

3.1 Conceito e Previsão Legal da Personalidade Jurídica

A Personalidade Jurídica é a competência (aptidão) geral (genérica) de adquirir direitos e assumir deveres. A Pessoa que possui Personalidade Jurídica é conhecida como Sujeito de Direito. Este é compreendido em duas espécies, quais sejam, a Pessoa Natural e a Pessoa Jurídica.

Para Fiuza (2010, p. 122):

A personalidade das pessoas naturais ou físicas começa no momento em que nascem com vida. Permanece por toda a existência da pessoa, que só a perde com a morte. Todo ser humano é pessoa, do momento em que nasce, até o momento em que morre. Nunca uma pessoa poderá perder a personalidade, a não ser que se torne escrava, o que, em nossos dias, seria inconcebível.

Percebe-se, pois, que a Personalidade Jurídica é uma característica essencial à Pessoa. Quando a pessoa nasce com vida, ela adquire a Personalidade Jurídica Material e a extinção se dá com a morte real.

A Personalidade Jurídica está prevista no artigo 2º, do Código Civil, de 2002, que descreve que: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

De fato, o nascituro tem direitos como os de ter provida sua alimentação, seus medicamentos, um parto conveniente, enfim, podendo quando necessário, promover judicialmente o resguardo a seus direitos.

3.2 Classificação da Personalidade Jurídica

3.2.1 Personalidade Jurídica Material

A Personalidade Jurídica Material é a adquirida com o nascimento com vida, conforme o artigo 2º, primeira parte. Analisando este fundamento legal, constata-se que dois são os requisitos para a aquisição da Personalidade Jurídica Material: o nascimento e a vida.

A vida é comprovada com o ar nos pulmões através do exame denominado de Docimasia Hidrostática de Galeno.

3.2.2 Personalidade Jurídica Formal

A Personalidade Jurídica Formal é a que determina direitos ao nascituro. O artigo 2º, segunda parte, do Código Civil, disciplina que: “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Considera-se que a parte segunda, do artigo 2º, do Código Civil, estabelece a Personalidade Jurídica Formal, onde o único requisito é o nascituro.

O nascituro detém alguns direitos, por exemplo: direito a vida (artigo 5º, caput, da Constituição da Republica Federativa do Brasil, de 1988); direito a personalidade jurídica formal (artigo 2º, do Código Civil); direito de receber doação aceita pelo seu representante legal (artigo 542, do Código Civil), direito de ser beneficiado por herança (artigo 1.798, do Código Civil); direito à verificação do Exame de DNA para o fim da descoberta da paternidade, direito de receber alimentos, entre outros.

3.3. Observação sobre a Personalidade Jurídica

Para que a Pessoa adquira a Personalidade Jurídica não é necessário lapso temporal (prazo) mínimo de vida; vida duradoura (viável); forma humana ou o corte do cordão umbilical.

A vida é provada por meio do ar nos pulmões. E em seguida ao nascimento deve ser realizado o Registro da Pessoa Natural.

4 CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA NATURAL

4.1 Conceito de Capacidade Civil da Pessoa Natural

A Capacidade Civil é o alcance jurídico da Personalidade Jurídica. Quando se fala que uma pessoa é capaz significa dizer que ela pode praticar certos atos da vida civil.

4.2 Classificação da Capacidade Civil

A capacidade civil se reparte em capacidade jurídica e capacidade de fato, a primeira é a que a Pessoa Natural adquire ao nascer viva, ela é inerente a toda Pessoa e está relacionada com a Personalidade Jurídica Material; a segunda é aquela por meio da qual a Pessoa Natural detém a possibilidade de praticar pessoalmente certos atos da vida civil.

A Capacidade Plena é a união da Capacidade Jurídica com a Capacidade de Fato, ou seja, resulta no Sujeito Natural, com 18 anos, capaz de exprimir a sua vontade a partir da prática de certos atos da vida civil.

Ressalta-se que a utilização da expressão “certos atos da vida civil” se dá porque há casos em que a Pessoa Natural deve ter a Capacidade Plena e a Legitimação. Esta é a Capacidade de Negociação.

A pessoa que não se encontra no pleno gozo ou exercício da sua capacidade, nos termos do Código Civil é tida como incapaz de forma absoluta ou relativa a depender do grau da sua impossibilidade de exercer livre e conscientemente os atos da vida em sociedade. A Incapacidade Absoluta está disciplinada no artigo 3º, do Código Civil, que afirma serem absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos; os que por enfermidade ou deficiência mental não tem possibilidade de praticar atos da vida civil; os que não puderem exprimir sua vontade. Observa-se que para a prática de atos da vida civil, os absolutamente incapazes devem ser representados.

Lembre-se que se o surdo-mudo que não puder exprimir sua vontade é considerado como absolutamente incapaz, conforme o artigo 3º, inciso III, do Código Civil, de 2002.

Os índios que não possuem hábitos urbanos são chamados de Silvícolas. Estes são considerados absolutamente incapazes, porém os que possuem hábitos urbanos são considerados capazes.

A Incapacidade Relativa está prevista no artigo 4º, do Código Civil, que determina serem relativamente incapazes de praticar certos atos da vida civil os maiores de 16 anos e os menores de 18 anos; os ébrios usuais, os viciados em tóxicos, os que tenham o discernimento reduzido, devido a deficiência mental; os excepcionais, com o desenvolvimento mental incompleto; os pródigos.

Complementa-se que para a prática de atos da vida civil os relativamente incapazes devem ser assistidos. É a condição, o requisito.

4.3 Emancipação

Conforme o artigo 5º, do Código Civil, de 2002:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A Emancipação consiste na antecipação da extinção da incapacidade relativa através de um ato de vontade. Esta pode ser dos pais (no caso da Emancipação Voluntária), do juiz (no caso da Emancipação Judicial) ou do próprio incapaz (Emancipação Legal).

O ato de emancipar é irrevogável e irretroatável. A Emancipação Voluntária e a Judicial só produzem efeitos após o registro. Na Emancipação Legal já há uma prova pré-constituída.

Segundo o artigo 5º, inciso I, primeira parte, do Código Civil, a Emancipação Voluntária é a concedida pelos pais, ou por um deles quando o outro estiver impossibilitado fisicamente e/ou mentalmente, por meio de um instrumento público. Essa espécie de Emancipação independe de homologação judicial ou sentença do juiz.

Ressalta-se que caso tenha conflito de vontades entre os pais, a decisão da Emancipação cabe ao juiz, que irá analisar o que é melhor para o menor, com respeito ao princípio da proteção integral. Neste caso, a Emancipação é Judicial, pois foi o juiz quem decidiu o conflito concreto.

Conforme o artigo 5º, inciso I, segunda parte, do Código Civil, a Emancipação Judicial é aquela em que o tutor procura emancipar o seu tutelado ou pupilo. Este deve ter no mínimo 16 anos e a emancipação ocorre por meio de decisão judicial em que deve haver a oitiva do Ministério Público.

O artigo 5º, incisos II, III, IV, V, do Código Civil, de 2002, conhece a Emancipação Legal. Está se dá através do casamento, do exercício de efetivo emprego público, da colação de grau em nível superior, da própria manutenção econômica, conforme dito.

5 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Fiuza (2010, p. 170) menciona que:

A porta de entrada dos direitos da personalidade foi o Direito Público, procurando dar proteção ao homem, principalmente diante do Poder. Daí as declarações que se sucederam historicamente: a Magna Carta (1215), o *Bill of rights* (1689), a Declaração americana (1776) a Declaração francesa, a Declaração Universal da ONU (1948). Devido a sua positivação escrita, para proteger o indivíduo contra o Poder, ganharam o nome de liberdades públicas.

O Direito Público foi o iniciador para os Direitos da Personalidade. As proteções do indivíduo/coletividade acarretaram na proteção da Pessoa, da Personalidade Jurídica.

Para Gonçalves (2007, p. 153):

Embora desde a Antiguidade já houvesse preocupação com o respeito aos direitos humanos, incrementada com o advento do Cristianismo, o reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, como reflexo da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e de 1948, das Nações Unidas, bem como da Convenção Européia de 1950.

Os Direitos da Personalidade são direitos reflexos dos dispositivos que os antecederam, por exemplo: a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e a Convenção Européia de 1950. São inerentes à própria condição humana, como a vida, imagem, etc.

Os Direitos da Personalidade consistem basicamente nos direitos intrínsecos à Pessoa, ou seja, eles são direitos e garantias dados ao sujeito para o pleno exercício e desenvolvimento da Personalidade Jurídica.

Segundo Venosa (2010, p.171 e 172):

Os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana. Desse modo, ninguém pode, por ato voluntário, dispor de sua privacidade, renunciar à liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos no campo de família, por exemplo.

O que se percebe, de forma clarividente, é que a personalidade jurídica no ordenamento pátrio atual é tomada como categoria mais ampla que a capacidade, como outrora avisavam alguns autores. Também resta suficientemente claro que o conjunto desses direitos é tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio tanto no campo cível, quanto no constitucional. Defende-se, pois, que há um alargamento no sentido de mencionar quais são esses direitos.

A previsão legal dos Direitos da Personalidade alarga-se do artigo 11 ao artigo 21, do Código Civil, de 2002. Observa-se, contudo, que o rol previsto no Código Civil é exemplificativo. Já a previsão constitucional dos Direitos da Personalidade está no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe dos Direitos Fundamentais, bem como no Título VIII, que trata da educação, cultura, saúde, previdência, meio ambiente. Lembre-se que o rol previsto nesta Carta é exemplificativo. O Objetivo principal dos Direitos da Personalidade é a tutela dos direitos e garantias inerentes à Pessoa, estando associados à Personalidade Jurídica, em que visa à proteção da Pessoa.

Conforme o artigo 11, do Código Civil, de 2002: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Analisando o referido artigo, pode-se dizer que os Direitos da Personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, extrapatrimoniais, inatos, imprescritíveis, entre outros. Observa-se, ademais, que essas características são relativas. Nesse sentido, Gonçalves (2007, p. 159) descreve que:

O respeito à dignidade humana encontra-se em primeiro plano, entre os fundamentos constitucionais pelos quais se orienta o ordenamento jurídico brasileiro na defesa dos direitos da personalidade (CF, art. 1º, III). Segue-se a especificação dos considerados de maior relevância – intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas – com a proclamação de que ‘é assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’ (art. 5º, X).

São bens jurídicos tutelados pelos Direitos da Personalidade: a vida privada, a honra, a imagem, a integridade física e mental, entre outros. A violação a estes bens gera o dever da reparação. Diante disso, o artigo 12, do Código Civil, de 2002, determina que:

Art. 12. 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.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

A tutela (proteção) aos Direitos da Personalidade é dividida em preventiva ou repressiva. A proteção preventiva é aquela anterior ao dano e visa evitá-lo. A prevenção acontece através de Políticas Públicas educacionais que visam conscientizar toda a sociedade. A tutela repressiva é posterior ao dano e visa, claro, repará-lo. A reparação (compensação) acontece por meio da Ação de Reparação de Dano.

Observa-se que são legitimados para requerer a tutela dos Direitos da Personalidade o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau.

5.1 Classificação dos Direitos da Personalidade

Os Direitos da Personalidade estão divididos em três grandes blocos, a saber: da Integridade Física, da Integridade Moral ou Psíquica e da Integridade Intelectual.

A Integridade Física consiste na proteção a toda lesão, ao Dano Estético. O bem jurídico tutelado é o corpo com vida, conforme o artigo 13, do Código Civil, que dispõe:

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

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

A regra de disposição do próprio corpo é inviolável caso implique diminuição da Integridade Física. O Código Civil admite o transplante de órgãos, desde que respeite as formalidades legais.

O artigo 14, do Código Civil, de 2002, determina que:

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

O Código Civil, de 2002, admite a disposição do corpo após a morte com o fim científico ou altruístico. Esse ato de disposição pode ser voluntariamente revogado a qualquer tempo, como aduz o dispositivo.

O artigo 15, do Código Civil, de 2002, disciplina que: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Em linhas gerais, ninguém é obrigado a fazer tratamento que lhe possa ocasionar risco de vida. Dessa forma, o médico deve informar ao paciente (e/ou família dele) sobre os procedimentos de risco e o paciente (ou a família deste, quando ele não puder exprimir sua vontade) deve assinar o Termo de Consentimento Informado (Termo de informação e aceitação) se conivente com o procedimento.

A Integridade Moral ou Psíquica é subdividida em: quanto ao nome, quanto à imagem, quanto à privacidade e quanto à honra.

A subdivisão quanto ao nome é a que determina, conforme o artigo 16, do Código Civil, que: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. O direito ao nome é um dos direitos inerente a Pessoa.

Analisando conjuntamente o artigo 17 e o artigo 18, do Código Civil, percebe-se que não pode haver empréstimo do nome da Pessoa Natural nem o uso sem autorização dele.

Observa-se que o pseudônimo quando é empregado para uma atividade lítica detém proteção jurídica, segundo o artigo 18, do Código Civil, de 2002.

A proteção à Imagem consiste na autorização para o uso da imagem de alguém. A imagem consiste na união do retrato, atributo e voz. O artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, estabelece que: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Nessa linha de pensamento, o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, disciplina que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O artigo 20, do Código Civil, de 2002, determina que:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Em regra, ora, para expor a imagem de alguém é necessário autorização deste, porém é admitido, excepcionalmente, que possa ser exposta a imagem de uma pessoa, sem autorização, quando for necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Ressalta-se a Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça que determina: “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

A subdivisão quanto a vida privada, estabelece que é inviolável a vida privada da Pessoa. A previsão constitucional da vida privada é o artigo 5º, inciso XI, bem como o artigo 5º, inciso XII.

O artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, menciona que: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo

penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

É interessante ressaltar que quando o texto constitucional menciona a palavra “casa”, esta deve ser interpretada extensivamente, por exemplo, o domicílio, o escritório, o consultório, entre outros.

Segundo o artigo 5º, inciso XII, da Norma Maior:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Em linhas gerais, não pode haver a violação das correspondências, das comunicações, de dados e das comunicações telefônicas, salvo por autorização do juiz conforme o que disciplina a lei específica. Nota-se que a redação é clara.

Há, ainda, o artigo 21, do Código Civil, que aduz: “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Regra geral, a vida privada da Pessoa Natural não pode ser violada, mas caso isso aconteça, o interessado deve requerer ao juiz que tome as providências legais para que essa violação cesse. Tome nota que pode haver a prevenção à violação à vida privada da Pessoa Natural.

A honra é a reputação da Pessoa, diz respeito, genericamente, ao seu respaldo social. A honra é dividida em subjetiva - reputação relacionada de si própria -, e em objetiva - reputação perante a coletividade.

A Integridade Intelectual por sua vez consiste no direito e na proteção à liberdade de pensamento e à produção científica. O artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, disciplina que: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. A liberdade de expressão e a liberdade da atividade intelectual são protegidas pela nossa Constituição Federal.

No que se refere à liberdade de expressão, o problema é a subversão quanto ao que significa. Comumente alguns setores tem se valido deste direito para externar opiniões preconceituosas, frequentemente de ódio, de tal forma que descaracterizam o conteúdo do direito. Este tipo de comportamento, principalmente

quando veiculado em meios de comunicação, acarreta o desmerecimento da democracia brasileira, como se pretende que ela seja.

O artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Cidadã, menciona a: “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

Desse modo, a Constituição proíbe a distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual, sendo todos eles dignos, de igual valor.

5.2 Súmulas Relacionadas aos Direitos da Personalidade

Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça: “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça: “são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

5.3 Fundamentação Jurídica da Ação de Reparação de Dano

Os fundamentos básicos do Direito Material da Ação de Reparação de Dano encontram-se: do artigo 11 ao artigo 21 do Código Civil; artigo 186 a 188 do Código Civil; artigos 402 ao artigo 405 do Código Civil; artigo 927 ao artigo 954 do Código Civil; artigo 1º, inciso III, e o artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Os fundamentos gerais do Direito Formal da Ação de Reparação de Dano, por sua vez, encontram-se: no artigo 100, inciso V, alínea a, do Código de Processo Civil; artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos da Personalidade são inerentes a toda Pessoa, estando relacionados à Personalidade Jurídica e à Capacidade. A dignidade da pessoa humana, como bem quis a Constituição de 1988, norteia todo o ordenamento jurídico pátrio e o direito da personalidade encontra respaldo neste princípio.

A Pessoa Natural adquire a Personalidade Jurídica Material ao nascer com vida, já a Pessoa Jurídica adquire a Personalidade Jurídica quando registrada. Em aspectos gerais, a Pessoa Física detém Direitos da Personalidade previstos do artigo 11 ao artigo 21 do Código Civil, de 2002. Ressalva-se que a Pessoa Jurídica pode ter proteção dos Direitos da Personalidade, visto que o artigo 52 do Código Civil, de 2002, afirma que é possível, no que couber, a aplicação dos Direitos da Personalidade à Pessoa Jurídica. Diante do exposto, deve ser realizada interpretação de forma sistemática do Código Civil, de 2002, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, para constatar que se está diante de uma união entre os dois diplomas com vistas ao resguardo dos Direitos da Personalidade.

Conforme demonstrado, atualmente tem-se uma dupla acepção para o termo personalidade, sendo que o enaltecimento da natureza humana parece abarcar sua concepção jurídica originária. Ao final do estudo, resta demonstrado que caso um Direito da Personalidade seja violado o instrumento adequado para reequilibrar a relação jurídica é Ação de Reparação de Dano.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de março de 2014.
- _____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 de março de 2014.
- _____. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 02 de março de 2014.
- _____, Conselho Nacional de Justiça. **Mobilização Nacional pela certidão de nascimento e documentação básica - cartilha informativa**. Brasília: CNJ, 2013.
- _____, Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 37**. São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=106503>. Acesso em: 02 de março de 2014.
- _____, Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 221**. São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o

proprietário do veículo de divulgação Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27221%27>>. Acesso em: 02 de março
de 2014.

_____, Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 282.** A indenização por dano moral não está
sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27281%27>>. Acesso em: 02 de
março de 2014.

_____, Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 387.** É lícita a cumulação das indenizações de
dano estético e dano moral. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27387%27>>. Acesso em: 02 de
março de 2014.

_____, Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 403.** Independe de prova do prejuízo a
indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou
comerciais. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27403%27>>. Acesso em: 02 de
março de 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: Teoria Geral do direitos civil.
27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIUZA, Cézar. **Direito civil: curso completo.** 14. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo
Horizonte: Del Rey, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume I:
parte geral. 10. ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume1: parte geral. 5. ed. ver. E atual.
São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. (Coleção
direito civil; v.1)

CONSIDERAÇÕES SOBRE A QUESTÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO-AUTORIZADAS: UMA ANÁLISE CIVIL-CONSTITUCIONAL DOS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA VERSUS O DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Juliana Cavalcante Lira³⁵

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo desenvolver uma breve análise acerca dos dispositivos constitucionais que se encontram em aparente conflito no que concerne à temática de discussão sobre as limitações literárias de publicação de biografias ou relatos da vida alheia, nos casos em que a pessoa biografada não autoriza a edição das histórias. Para tanto, realizou-se um estudo bibliográfico com manuais de direito civil e constitucional, os quais, tratando dos direitos da personalidade, asseguram a privacidade, intimidade e resguardo da vida privada como direitos subjetivos e indisponíveis do indivíduo. Em paralelo, estudou-se argumentos favoráveis à liberdade de expressão, direito típico do Estado Democrático, a fim de elaborar uma análise comparativa e propor os limites aceitáveis de mitigação da intimidade em favor da curiosidade alheia. Longe de pôr fim ao debate, pretendeu-se neste estudo iniciar a discussão que será levada a cabo no julgamento da ADI 4815 pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Biografias não autorizadas; direito à privacidade; liberdade de expressão.

Abstract: The aim by this work is to develop a brief analysis about the constitutional provisions that are in apparent conflict regarding the discussion about the limitations of literary publishing biographies or stories of people's lives in cases where the observed person does not authorize the editing. To this end, was performed a bibliographic study with manuals civil and constitutional law, which, in the case of the personal rights ensure the right to privacy, to intimacy and to private life as subjective and individual rights. At the same time, the favorable arguments for the freedom of expression were analyzed, as a typical right of the Democratic State, in order to develop a comparative analysis, and propose the

³⁵Graduanda do curso de bacharelado em Direito pela UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA. Integrante do Grupo de Pesquisa em Marxismo, Realismo e Direitos Humanos. Email: Juulianalira@gmail.com

limits to mitigation of the right to intimacy in favor of the curiosity of others. Far from ending the debate, this study was intended to start the discussion that will take place at the trial of ADI 4815 (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade) by the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Unauthorized biographies, right to privacy, freedom of expression.

1. INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto amplo e complexo sistema normativo, que busca englobar todos os interesses humanos, é ambiente propenso para que, comumente, ocorram divergências e conflitos normativos.

O presente estudo visa verificar os limites da aparente incompatibilidade existente entre dois dispositivos constitucionais, um deles repetido no texto do Código Civil de 2002, atinentes, precisamente, aos direitos de liberdade, sobretudo de expressão e de informação, em detrimento ao direito à privacidade, aqui compreendido como a inviolabilidade da intimidade e a vida privada do indivíduo. O debate em questão repousa em torno da proibição de publicações de histórias e relatos escritos sobre a vida alheia quando não autorizadas pela pessoa enquanto viva, ou pela família, após morta.

Ocorre que, atualmente, a privacidade e a vida privada recebem significativo prestígio e atenção, isto devido a utilização frequente dessas características e vivências, seja com fins de despertar a curiosidade do público ouvinte, ou como forma de criticar e pontuar a vida alheia. Grande exemplo de exploração – esta consentida, do direito à intimidade e à vida privada são *reality-shows*, que exploram precisamente a individualidade dos participantes, a fim de expor, ao máximo, o íntimo do ser humano.

É deste contexto que emerge a necessidade de uma normativa específica voltada a tutela dos direitos da personalidade delimitando e impondo os parâmetros de proteção do bem jurídico que, cada vez mais, atinge imensuráveis valores de comercialização.

A consequência deste fato é que quanto mais se espaço e a intimidade alheia, maior o risco de que esse direito seja violado, ou seja, maior a possibilidade da exploração se dar de forma ilícita. É neste contexto de realidade que se insere o

debate das biografias não autorizadas. Pessoas que não pretendem ver suas histórias de vida amplamente veiculadas nos meios de comunicação, sobretudo tornando-se fonte de lucro e prestígio alheio, são comumente submetidas a violação, seja pelos meios eletrônicos ou impressos, em jornais ou livros.

A biografia consiste na exposição das trajetórias individuais, a partir das quais o indivíduo e sua intimidade passa a ser objeto de uma história pública, como um ser único, original. As características individuais ganham vida através da observação de um terceiro.

Toda pessoa que vive, traz consigo o registro da sua época, do mundo que conheceu. Absorve todo o contexto que a rodeia, os fatos políticos do tempo, as tradições culturais, religiosas e sociais. Todos estes aspectos são moldura, delimitações que influenciam a personalidade e as atitudes de alguém. Mesmo sendo um ser social por natureza, as pessoas trazem consigo uma individualidade que lhe é peculiar. E é, precisamente, esse conceito de individualidade e singularidade que se busca retratar nas obras biográficas.

Ocorre que, em consonância com o texto constitucional, os artigos 20 e 21 do Código Civil, que tratam sobre os direitos da personalidade, preveem que a divulgação de escritos não autorizados garantem àquele que se sentir ofendido em sua honra, o direito à indenização, assim como declaram invioláveis a intimidade e a vida privada, conferindo ao magistrado o dever de tomar as providências que entenda cabíveis para reprimir ou cessar eventual violação.

Referido dispositivo, há muito vem sendo questionado sob o fundamento de que a proibição imposta seria um ato de censura prévia, pondo embargo aos direitos de liberdade alcançados com o advento do Estado Democrático de Direito, pós ditadura.

Sob estes fundamentos, a Associação Nacional de Editores de Livros – Anel, apresentou, no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815, em que pretende reconhecer a incompatibilidade dos referidos artigos 20 e 21 do diploma civilista com a ordem constitucional atualmente vigente. O argumento jurídico sustentado é que a restrição encontrada nesses dois dispositivos normativos é inconciliável com a liberdade de expressão e de informação, além de representar uma evidente restrição às criações intelectuais.

Há de se atentar, entretanto, que, assim como a liberdade de expressão está claramente garantida no texto da Constituição Federal de 1988, o direito a privacidade também se encontra expresso na Carta Política.

Por esta razão, em lado oposto a tese defendida no bojo da ação de inconstitucionalidade, encontram-se aqueles que sustentam, com os argumentos de grande parte da doutrina civil e constitucional, a privacidade como direito personalíssimo e inviolável do ser humano, servindo como limite a ser imposto, inclusive, à liberdade de expressão.

Percebe-se, portanto, que, em tese, existe um verdadeiro conflito entre os dois interesses, ambos autênticos, dialogados nos dispositivos constitucionais.

É no bojo deste debate que o presente trabalho pretende estabelecer alguns pontos relevantes a fim de firmar o entendimento a priori formulado, no sentido de que o poder judiciário encontra-se diante de um “*hard case*” em que há evidente conflito de interesses legítimos e constitucionais, devendo posicionar-se de forma a mitigar uma das garantias em detrimento da outra.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Da Biografia

O debate proposto no presente trabalho encontra-se no âmbito do estudo dos direitos da personalidade, uma vez que se busca realizar uma análise do que seria, e quais os limites, da garantia constitucional que assegura ser inviolável a intimidade e a vida privada do indivíduo, isto em face da recente problemática criada em torno da questão das biografias não autorizadas e a possibilidade de veiculação, e comercialização, de livros que tratam unicamente dos detalhes e minúcias da vida alheia.

Nesse contexto, tem-se que na literatura, com essa mesma polaridade que se encontra a discussão no meio jurídico atual, o insigne escritor Fernando Pessoa, há muito teria feito pequenas biografias imaginárias para seus heterônimos. *Veja-se*³⁶:

³⁶SILVA, Wilton C. L. **Biografias: construção e reconstrução da memória**. Revista Fronteira (Cessou em 2008. Cont. ISSN 1984-8226 Revista Fronteiras (Online)), v. 11, p. 151-166, 2009.

“Se, depois de eu morrer, quiserem escrever a minha biografia, Não há nada mais simples. Tem só duas datas – a da minha nascença e a da minha morte. Entre uma e outra cousa todos os dias são meus” [...] Versos que falam sobre a impossibilidade de se narrar uma vida, e que parece condenar a ambição biográfica como o pecado de alguém que deseja se apropriar daquilo que não lhe pertence não impediram Fernando Pessoa (em carta a Adolfo Casais Monteiro) informar que Caeiro (um de seus heterônimos) teria nascido “em Lisboa, ma viveu quase toda sua vida no campo. Não teve profissão nem educação quase alguma... Era louro sem cor, olhos azuis; morreram-lhe cedo o pai e a mãe, e deixou-se ficar em casa, vivendo de uns pequenos rendimentos. Vivia com uma tia velha, tia-avó. Morreu de tuberculose em 1915.” Mais discutida do que as origens da heteronomia no poeta português é a temática do biografismo, um gênero literário e historiográfico no qual o hibridismo origina paixões, censuras e tensões.

Continua o pesquisador³⁷:

A construção de uma biografia exige o diálogo com as diferentes formas de controle simbólico do tempo e da individualização nas sociedades humanas, na busca de traduzir uma experiência de duração e estruturas imaginativas que relacionam uma vida e suas relações com a cultura na qual se insere uma “vida póstuma” na qual mortos e vivos dialogam a partir das heranças dos primeiros e das carências dos segundos.

Percebe-se que o gênero biográfico se presta a dar vida e nova percepção às histórias reais, observando-as com o olhar de alguém que não as vivenciou. Trata-se de uma experiência complexa e bastante problemática, tendo em vista que os acontecimentos são cercados por circunstâncias, sentimentos e caracteres muitas vezes não captados por aqueles que apenas os transcrevem.

2.2 Considerações acerca dos direitos da personalidade

O indivíduo, enquanto titular da própria vida e das próprias experiências, tem, portanto, a faculdade de expor ao público, ou não, o seu íntimo.

³⁷SILVA, Wilton C. L. **Ob. Cit.**

Neste palmilhar, sabe-se que os direitos da personalidade, assegurados no texto constitucional, e reforçados no âmbito do Código Civil, consistem patrimônio do indivíduo. Traços e características intrínsecas à própria personalidade. São direitos personalíssimos e, via de regra, irrenunciáveis.

Nos termos do que preceitua a normativa constitucional no art. 5, inciso X, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada consistem direitos fundamentais e, assim sendo, amplamente protegidos pelo ordenamento jurídico maior. Tanto é que a própria constituição cidadã, demonstrando sua ampla preocupação com a tutela dos direitos individuais e coletivos, preconiza expressamente que será assegurada indenização pelo dano causado quando da violação dos direitos da personalidade, ainda que os abalos sejam unicamente morais.

Fala-se, *latu sensu*, num direito a privacidade. Esta seria a moldura a partir da qual poder-se-ia observar outros direitos, mais pontuais, protegidos e complexos. Poder privar-se seria um pressuposto do próprio desenvolvimento psíquico. Exercer a privacidade, assim, seria equivalente a poder ter paz interior, sossego e explorar sua auto-liberdade. Vê-se, portanto, que a privacidade é não somente necessária, mas indispensável, ao ser humano enquanto sujeito e indivíduo.

Acerca do tema, Paulo LOBO³⁸ (2001) assevera que sob o rótulo amplo e abrangente do direito à privacidade, incluem-se “*os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espaço público*”. Aduz ainda que “*como diz o Código Civil português, a extensão da privacidade (ou reserva) é definida conforme a natureza do caso e a condição da pessoa*”.

Verifica-se, portanto, em parte da doutrina uma acentuada inclinação à conceber a privacidade enquanto gênero, do qual poderão ser extraídos os direitos de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem, sendo os dois primeiros conceitos o objeto mais imediato deste estudo.

³⁸LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Revista trimestral de Direito Civil n. 6. Rio de Janeiro: Padma, Abril a Junho de 2001

Neste palmilhar, incidente é a crítica em desfavor da nomenclatura indicada no texto constitucional, no tocante ao direito à intimidade e sua relevância no âmbito do direito civil. Narra José Afonso da SILVA³⁹:

De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou. Tomase, pois, a privacidade como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”. A esfera da privacidade, assim, é ampla, “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”. A doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooly, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: *Right to be alone*. “O *right of privacy* compreende, deidiu a Corte Suprema dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada.”

No mesmo sentido, Maria Helena DINIZ⁴⁰ assevera que a privacidade, a rigor, não se confunde com a intimidade, mas encontra-se incluída naquela. Deste modo, a privacidade se voltaria à “*aspectos externos da existência humana, como sigilo bancário, recolhimento em sua residência*”, enquanto a intimidade diria respeito à “*aspectos internos do viver da pessoa, como segredo pessoal, relacionamento amoroso, situação de pudor, diário íntimo, respeito à enfermidade ou à dor pela perda de pessoa querida*”.

Trata-se, a rigor, de um conjunto de direitos intransmissíveis, irrenunciabilidade, extrapatrimoniais e indisponíveis⁴¹.

O texto constitucional, ao estabelecer num mesmo dispositivo de proteção a tutela da intimidade, da vida privada, honra e imagem dos indivíduos, buscou

³⁹SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª edição Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. P.206

⁴⁰DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado. Contém nota à LICC*. 14ª edição revisada e atualizada. - São Paulo: Saraiva, 2009. P. 68

⁴¹ De se destacar nesse ponto que há muito a doutrina vem relativizando essas características, de modo que já se admite a mensuração econômica e a comercialização do direito à imagem, por exemplo, que consiste direito da personalidade. Acerca tema, vê-se ainda que foi aprovado o enunciado n. 3 da I Jornada de Direito Civil, que conferiu nova interpretação ao disposto no art. 11 do Código Civil, consagrando que “*o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral*.” No mesmo sentido, o enunciado 139 da III Jornada de Direito Civil interpretou que “*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*.”

especificar num conjunto sistemático o que seria o direito subjetivo principalmente protegido: a privacidade.

Esta, por sua vez, pode se expressar por qualquer das facetas indicadas, além de outras como o direito ao nome, aos pensamentos não revelados, às confissões. Tudo aquilo que diz respeito ao íntimo, ao interior das relações sociais e afetivas, os sentimentos, as lembranças, estarão abarcados pelo conceito de privacidade protegido pelo ordenamento.

Todavia, no que concerne ao presente estudo busca-se utilizar como parâmetro de avaliação da hipótese proposta, tão somente os direitos à intimidade e à vida privada, uma vez que a elaboração dos livros e a publicação de biografias não autorizadas iria, a princípio, de encontro tão somente com o fato de que as mais íntimas e particulares características formadoras do dia a dia de uma pessoa, como parte de sua condição psíquica, seriam bem jurídico tutelado pelo direito brasileiro. Assim, a publicação destes fatos e acontecimentos, a fim de movimentar um comércio clandestino de informações, causaria violação patente aos direitos humanos.

Desta feita, faz-se mister conceituar, tal qual prevê a mais abalizada doutrina pátria, o que seriam, precisamente, os núcleos de proteção indicados, a saber, a intimidade e vida privada.

2.3 Do direito à intimidade e à vida privada

Acerca do tema, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO⁴² aduzem que a intimidade seria manifestação primária do direito à vida privada. O principal elemento caracterizador do referido direito seria “a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano que noa pretende que certos aspectos da sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros”. Trata-se, por assim dizer, da garantia jurídica de estar e permanecer consigo mesmo, sem interferências externas.

Procedendo uma análise civil-constitucional, PEREIRA⁴³ assevera que a garantia prevista no art. 5º, X da Carta Política oferece à intimidade um caráter

⁴²GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: vol. I: Parte Geral**. 12ª ed. Rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010. P. 217

⁴³PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. I. Introdução ao direito civil. Teoria Geral do Direito Civil, 23ª edição. Rev. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2010. P. 221

dúplice, ou seja, assegura “o direito de estar só, de não se comunicar, e simultaneamente de não ser molestado por outrem, como também pela autoridade pública, salvo quando um imperativo de ordem pública venha a determiná-lo.”

Vê-se que equivale ao direito de preservação daqueles pontos e características ainda mais íntimas do indivíduo, notadamente em suas relações afetivas e estritamente pessoais. A intimidade, portanto, pode ser entendida como o direito à privacidade dos fatos e acontecimentos mais particulares do ser humano.

Por seu turno, o eminente constitucionalista Gilmar MENDES⁴⁴ conceitua a intimidade como um direito subjetivo fundamental, cujo conteúdo material é “a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si”. Teria como fundamento a discricionariedade do titular e como objeto a sua integridade moral.

Como se observa, o direito a privacidade, decorrente da análise constitucional e, assim, engloba, não somente a intimidade mas, igualmente, a inviolabilidade da vida privada. Esta última, por sua vez, consiste na prerrogativa conferida a todo cidadão de delimitar e impor os limites ao seu íntimo familiar, afetivo, social. A vida privada é a expressão concreta da própria intimidade.

No que concerne à vida privada, MENDES⁴⁵, trata-se de expressão que “*cobre um vasto campo e está sujeita a interferências emocionais.*”. Todavia, ressalva o constitucionalista que “*alguns dos seus traços básicos (da vida privada) devem ser retidos, para prevenir que o conceito se torne excessivamente retórico, em prejuízo à sua valia técnica.*”

Sendo assim, vê-se que o caminho indicado para que se torne possível falar em efetiva inviolabilidade da intimidade e, por conseguinte, da vida privada é buscar compreendê-las numa análise pragmática do conceito, visando identificar que atos de terceiros poderiam ser tidos como violadores, assim como as consequências desses atos no âmbito do ordenamento jurídico vigente.

Sobre o tema, Paulo LOBO⁴⁶ assim preceitua:

⁴⁴MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. 4ª. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. P. 421

⁴⁵MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P.G.G. *Op. Cit.* P. 422

⁴⁶LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral* – 2ª edição – São Paulo: Saraiva, 2010. P. 153

No centro do interesse para proteger a privacidade encontra-se uma concepção do indivíduo e de sua relação com a sociedade. A ideia das esferas de atividade privadas e públicas supõe que uma comunidade em que não somente tal divisão faça o sentido, mas as composições institucionais e estruturais que facilitam uma representação orgânica desse tipo estejam presentes. A necessidade de equilíbrio entre as esferas públicas e privadas é ressaltada no entendimento da Comissão de Direitos Humanos da ONU de que, se “todas as pessoas vivem em sociedade, a proteção da privacidade é necessariamente relativa”.

Neste contexto, o que se pode entender por limites da vida particular? Até que ponto se pode falar em intimidade, ou privacidade, quando muitas informações íntimas, além de imagens e outros meios, são constantemente divulgados pela mídia? Haveria violação de direito à própria intimidade nas declarações postadas ao público das redes sociais; ou a violação existiria somente quando as informações são utilizadas como meio de produção comercial não autorizado? Quais os limites da privacidade alheia? E da própria?

Tratam-se de questionamentos diante dos quais o direito atual vem se deparando, notadamente em razão do caráter exemplificativo da norma constitucional, uma vez que prevê unicamente a garantia, enquanto norma posta, mas despreocupa-se com a delimitação de seu alcance.

Quanto aos limites da privacidade, MENDES⁴⁷ narra que:

Em estudo clássico, William Prosser, nos Estados Unidos, sustentou que haveria quatro meios básicos de afrontar a privacidade: 1) intromissão na reclusão ou na solidão do indivíduo, 2) **exposição pública de fatos privados**, 3) exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público (*false light*), que ocorre quando a pessoa é retratada de modo inexato ou censurável, 4) **apropriação do nome e da imagem da pessoa, sobretudo para fins comerciais**. (grifos nossos)

Neste ponto, um adendo para pontuar que as modalidades de afronta à privacidade alheia que mais são interessantes ao presente estudo consistem, precisamente, na exposição pública de fatos privados e a apropriação do nome e da

⁴⁷MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. 4ª. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. P. 422

imagem da pessoa para fins comerciais. Isto porque consistem nas principais violações observadas na problemática das biografias.

Ocorre que, como ensina MENDES⁴⁸, em sentido mais restrito, a garantia de intimidade “*conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral*”.

Verifica-se, portanto, que a doutrina ao se aprofundar no conceito proposto pela Constituição Federal, amplia de tal modo os limites da privacidade, intimidade e vida privada, a ponto de poder-se dizer, numa primeira análise, que a hipótese proposta neste trabalho, no que concerne a ocorrência flagrante de violação ao direito alheio o uso e publicação de biografias sem autorização da pessoa biografada é plenamente verídica, uma vez que a garantia de privacidade assegura ao indivíduo o direito subjetivo de não ser alvo de observação, se assim não queira.

Poder-se-ia, entretanto, alegar que aquelas pessoas que exercem atividades políticas ou artísticas e vivem numa rotina de reiteradas aparições na mídia e nos meios de comunicação social, seriam isentos dessa garantia, vez que optaram por desenvolver um trabalho que exige, e impõe, uma constante exposição. Tal fato não pode ser tido por verdadeiro, sobretudo em razão de que a intimidade, enquanto expressão dos íntimos sentimentos, dos laços afetivos e familiares, não pode se confundir com o aspecto profissional.

Tanto é assim que a própria doutrina, em alguns escritos, propõe que o homem público abriria mão de sua privacidade em razão do modo que escolheu viver. Na concepção de MENDES (2009, p. 426), todavia, a afirmação não merece qualquer guarida. Para o autor, o que ocorreria é que, quanto ao homem público, que constantemente se expõe a negócios que afetam a coletividade “*é natural que em tomo dele se avolume um verdadeiro interesse público, que não existiria com relação ao pacato cidadão comum.*”

Corroborando o entendimento do constitucionalista, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO asseveram que “*as pessoas públicas têm todo o direito de ter sua intimidade preservada*”. Isto porque, continua o autor, “*não é pelo fato de*

⁴⁸MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P.G.G. **Op Cit.**p. 423

adquirirem relevância social que tais pessoas não mereçam gozar da proteção legal para excluir terceiros, inclusive a imprensa, do seu âmbito de intimidade⁴⁹”.

O interesse público que se cria em torno daquelas pessoas que se expõem à mídia, certamente deverá servir como baliza para se analisar, diante do caso concreto, os limites da privacidade e assim poder delimitar que atos podem ser considerados abusivos ou não. Mas, repita-se, não se pode, em hipótese alguma, cogitar que o homem público, unicamente em razão do papel social que exerce, abre mão de sua privacidade e, portanto, não tenha direito assegurado a devida tutela jurisdicional. Trata-se, como dito acima, de uma garantia fundamental e, sendo assim, via de regra, indisponível.

LOBO⁵⁰ comenta que *“na França, os tribunais consideram fora do interesse público a vida amorosa, o casamento ou o divórcio, as condições mentais ou físicas, [...], as convicções filosóficas ou religiosas.”*

Neste contexto, MENDES⁵¹ propõe que *“a depender de um conjunto de circunstâncias do caso concreto, a divulgação de fatos relacionados com uma dada pessoa poderá ser tida como admissível ou como abusiva”*.

Quanto à relação existente entre o abuso da informação e a necessidade de consentimento do titular do direito, segundo autor, *“diferem entre si os casos em que um aspecto da intimidade de alguém é livremente exposto pelo titular do direito daqueles outros em que a notícia foi obtida e propalada contra a vontade do seu protagonista.”*

De se destacar que o fato de não haver autorização expressa que valide a invasão a vida particular do indivíduo, equivale, por assim dizer, a contrariedade à sua vontade. Isto porque não há de se pressupor que alguém abra mão de um direito fundamental por ter permanecido silente à violação alheia. A inercia do titular, neste caso, não pode lhe gerar tamanho prejuízo.

⁴⁹GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: vol. I: Parte Geral**. 12ª ed. Rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010. P. 218

⁵⁰LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral** – 2ª edição – São Paulo: Saraiva, 2010. P. 153

⁵¹MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P.G.G. **Curso de direito constitucional. 4ª. Ed.** Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. P. 424

2.4 Do conflito da privacidade com a liberdade de expressão e informação: O debate acerca da(in) constitucionalidade do disposto no art. 20 e 21 do Código Civil.

Observa-se que, em paralelo a segurança da inviolabilidade da privacidade, há muito foi proclamado como grande conquista da humanidade e, de modo particular, do Brasil, o direito à liberdade de expressão. A constituição cidadã de 1988 assegurou, no processo de redemocratização brasileiro, que seria tolhida toda forma de censura. São livres, portanto, a expressão, as opiniões, as falas, os pensamentos e, por conseguinte, o acesso do público às informações divulgadas.

Como dito, dentre as principais melhorias sociais advindas do período pós ditadura no Brasil consiste precisamente na proteção, conferida pela Carta Magna da referida garantia, em detrimento de uma censura anteriormente imposta, que limitava, tolhia e punia absurdamente a divergência de opiniões e ideias.

Acerca da temática das liberdades individuais e coletivas, importante lição de Gilmar MENDES⁵² em análise ao artigo 5º, IV da Constituição Federal.

A Constituição cogita da liberdade de expressão de modo direto no art. 5 ,IV, ao dizer "livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato", bem como no inciso X I V do mesmo artigo, em que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional", e também no art. 220, quando dispõe que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição". Acrescenta, nos §§ 1Q e 2 2 do mesmo artigo, que "nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5 Q , IV, V, X, XIII e XIV", e que "é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística".

Vê-se assim, que impera no Estado Democrático de Direito a ampla proteção às liberdades, estas observadas na perspectiva de conquistas políticas alcançadas no decorrer do tempo.

⁵²MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P.G.G. Op. Cit. P. 402

MENDES⁵³ continua o desenvolvimento de sua análise, preceituando que as liberdades buscam e confirmam uma auto-realização do indivíduo. “*O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas*”, justifica-se o Estado também como “*instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades*”.

Ocorre que as liberdades, sobretudo a liberdade de expressão, encontra constante barreira nos direitos alheios, notadamente no direito à intimidade; na garantia de poder não ser alvo de notícias e holofotes.

Tanto é que “*uma das limitações à liberdade de comunicação social é o respeito devido ao direito à privacidade, à imagem e à intimidade dos indivíduos — valores que passaram a frequentar normas constitucionais com a Carta de 1988*”⁵⁴

Corroborando com o entendimento, BARROSO⁵⁵ assevera que:

Na colisão entre a liberdade de informação e a de expressão, de um lado, e os direitos da personalidade, de outro, destacam-se como elementos de ponderação: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação [...]. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto e permitem certa objetividade às suas escolhas.

Tal fato não poderia ser diferente. Há, no caso, evidente conflito de interesses. De um lado o direito à intimidade, de outro, a garantia de liberdade de expressão em paralelo ao amplo acesso à informação.

Neste ponto, tem entendido a doutrina que o parâmetro principal a ser utilizado no sentido de mitigar a liberdade de um em resguardo da individualidade de outro, consiste precisamente na análise de alguns pontos relevantes da notícia veiculada, a saber, a relevância da informação, o interesse público e a legitimidade da matéria.

⁵³MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. 4ª. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. P. 402

⁵⁴MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P.G.G. *Op. Cit.* P. 420

⁵⁵BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Revista Trimestral de Direito Civil n. 11. Rio de Janeiro: Padma, Outubro a Dezembro de 2003.

Continua Gilmar MENDES⁵⁶ narrando que “*em se tratando de conflito de pretensões à privacidade e à liberdade de informação concorda-se que se analise a qualidade da notícia a ser divulgada, a fim de estabelecer se a notícia constitui assunto do legítimo interesse do público.*” Propõe o autor que deveria ser verificado, caso a caso, ainda, se o interesse público, de fato, sobreleva os interesses particulares mitigados.

Compartilhando do mesmo entendimento, FLORES⁵⁷ assevera a necessidade de que “*construção dos limites e da solução do choque entre os direitos da personalidade, como o direito à privacidade, individuais por natureza, e outros direitos fundamentais inerentes à coletividade, se dê na análise das situações concretas*”, devendo-se atentar teoricamente, sobretudo, aos limites da dignidade da pessoa humana.

De se observar, portanto, que a veiculação de biografias não autorizadas para que pudesse ser considerada forma de liberdade de expressão – e, assim, não encontrasse barreira nos limites da esfera da individualidade das pessoas “biografadas” – precisaria cumprir os requisitos da relevância, interesse e legitimidade, o que, via de regra, não ocorre.

Ora, a intimidade e a vida particular, como forma de expressão dos sentimentos e vivências mais íntimas do indivíduo, a rigor, não figuram entre os assuntos de interesse público. O íntimo de um ser humano, suas experiências, traumas e lembranças somente dizem respeito ao próprio titular dessas memórias, não havendo qualquer motivação que possa cogitar um interesse coletivo relevante.

Quanto a legitimidade da notícia, ainda pior. Pode-se falar em credibilidade da matéria jornalística que não possui sequer autorização do seu objeto de análise para ser escrita? Até que ponto o autor cumprirá com a verdade se, na prática, as memórias ali relatadas são de titularidade de alguém que sequer anuiu com a sua divulgação. Resta, portanto, igualmente mitigado o critério da legitimidade.

⁵⁶MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. 4ª. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. P. 427

⁵⁷FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos** – 1ªed – Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013. P. 299

A discussão que se vê presente no presente estudo reside propriamente nos argumentos pró e contra a necessidade da autorização prévia para que se editem biografias de pessoas que, por alguma razão, despertaram o interesse público.

De um lado as motivações daqueles que consideram qualquer limitação da liberdade de expressão como resquícios da uma censura que marcou o passado jurídico do país, de outro a defesa da intimidade e da vida privada, como forma de assegurar ao indivíduo o direito de não compartilhar com todo o resto da sociedade as experiências que viveu e muitas vezes são retratadas de forma incompatível.

É nesse contexto que se insere o debate ora proposto. A Associação Nacional de Editores de Livros – Anel, apresentou no Supremo Tribunal Federal Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4815 em relação aos dispositivos do Código Civil que, repetindo a previsão constitucional, consagram a necessidade de autorização prévia para divulgação de fatos da intimidade, sob pena de ser fixada a correspondente indenização. Trata-se dos artigos 20 e 21⁵⁸

A discussão em tablado há muito vem sendo travada pela doutrina. Sobre a suposta inconstitucionalidade dos citados dispositivos legais, veja-se posicionamento defendido por BARROSO⁵⁹:

De fato, as leituras mais evidentes do art. 20 do novo Código o levam a um confronto direto com a Constituição: as liberdades de expressão e de informação são por ele esvaziadas; consagra-se uma inválida precedência abstrata de outros direitos fundamentais sobre as liberdades em questão; e as supostas válvulas de escape para essa regra geral de preferência são cláusulas que não repercutem qualquer disposição constitucional. Nada obstante essa primeira visão, parece possível

⁵⁸ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

⁵⁹BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Revista Trimestral de Direito Civil n. 11. Rio de Janeiro: Padma, Outubro a Dezembro de 2003.

adotar uma interpretação conforme a Constituição do dispositivo, capaz de evitar a declaração formal de inconstitucionalidade de seu texto. Confirma-se o argumento.

A interpretação que se entende possível extrai-se do art. 20 referido -já no limite de suas potencialidades semânticas, é bem de ver - pode ser descrita nos seguintes termos: o dispositivo veio tornar possível o mecanismo da proibição prévia de divulgações (até então sem qualquer previsão normativa explícita) que constitui, no entanto, providência inteiramente excepcional. Seu emprego só será admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de expressão, especialmente quando atribuída aos meios de comunicação. [...]

Mas como regra geral, não será cabível qualquer tipo de reparação pela divulgação de fatos verdadeiros, cujo conhecimento acerca de sua ocorrência tenha sido obtido por meio lícito, presumindo-se, em nome da liberdade de expressão e de informação, o *interesse público* na livre circulação de notícias e ideias.

Propõe-se, portanto, uma interpretação sistemática com o máximo aproveitamento das normas positivadas já vigentes. Trata-se, sem dúvidas, de um caminho que levará ao equilíbrio nas decisões judiciais, uma vez que, possibilitando o amplo acesso à informação, deverão ser resguardados os acontecimentos que, evidentemente, não guardam qualquer interesse público.

O problema encontra-se, todavia, noutro conflito de interesses igualmente amplo, indefinido e constantemente observado, qual seja, a linha tênue e quase imperceptível que separa o real interesse público da desmotivada curiosidade alheia.

CONCLUSÕES

Viu-se no presente trabalho que “*no âmago do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo*”⁶⁰.

Portanto, numa primeira análise, pôde-se concluir que a possibilidade de utilização de histórias verídicas e pessoais, como forma de publicação de livros

⁶⁰MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. 4ª. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. P. 422

biográficos sem a expressa autorização do personagem; por mais que se fundamente numa hipótese de liberdade de expressão consagrada no texto constitucional, encontra-se absolutamente mitigada pelo direito fundamental à intimidade.

Neste contexto, viu-se que a interpretação conjunta dos dispositivos constitucionais demonstra a preocupação do constituinte não somente com os direitos de liberdade, mas também, em igual proporção, com as garantias de inviolabilidade da esfera pessoal do indivíduo.

Destacou-se, desta forma, que nos termos da normativa legal e da interpretação doutrinária a seu respeito, não existe no direito brasileiro precedentes legais de autorização para que sejam permitidas obras biográficas sem prévia autorização, sem que isso implique em violação dos direitos da personalidade.

Colheram-se elementos interpretativos no âmbito civilista e constitucional a fim de que, com fulcro nos entendimentos consagrados pela mais exímia doutrina pátria, fosse possível assumir um posicionamento isento de críticas e ponderações. Tal objetivo não pôde ser cumprido.

O direito, enquanto ordenamento amplo, dinâmico e sistemático, integra no seu interior um conjunto de normas e dispositivos que, como foi dito acima, muitas vezes se tornam incompatíveis, seja pela velocidade da evolução social ou pela constante mudança na interpretação jurídica atribuída a certos institutos, sobretudo os de direito civil, que regulam as relações pessoais.

Neste palmilhar, conclui-se que somente com o julgamento do caso posto à apreciação do Supremo Tribunal Federal será possibilitado um melhor entendimento acerca do aparente conflito, restando delimitados os limites interpretativos e jurídicos dos comandos normativos debatidos neste primeiro estudo.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Revista Trimestral de Direito Civil n. 11. Rio de Janeiro: Padma, Outubro a Dezembro de 2003.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado. Contém nota à LICC.** 14ª edição revisada e atualizada. - São Paulo: Saraiva, 2009.
- FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos** – 1ªed – Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: vol. I: Parte Geral.** 12ª ed. Rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade.** Revista trimestral de Direito Civil n. 6. Rio de Janeiro: Padma, Abril a Junho de 2001
- LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral** – 2ª edição – São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P.G.G. **Curso de direito constitucional. 4ª. Ed.** Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. I. Introdução ao direito civil. Teoria Geral do Direito Civil, 23ª edição. Rev. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2010.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo. 25ª edição Revista e Atualizada. São Paulo:** Editora Malheiros, 2006.
- SILVA, Wilton C. L.**Biografias: construção e reconstrução da memória.** Revista Fronteira (Cessou em 2008. Cont. ISSN 1984-8226 Revista Fronteiras (Online), v. 11, p. 151-166, 2009.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: A PROTEÇÃO DA INFORMAÇÃO PERPETUADA INDEVIDAMENTE E A ERA DIGITAL

Adriano Marteleto Godinho⁶¹
Eliphás Neto Palitot Toscano⁶²
Breno Pereira Marques de Melo⁶³
José Albuquerque Toscano Júnior⁶⁴

Resumo: Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e o direito ao esquecimento desponta como um desses. Tema bastante contemporâneo, este direito tem gerado vários embates entre a liberdade de expressão e o direito do indivíduo de não ser lembrado a partir da retratação de fatos pretéritos. O propósito desta obra é apresentar de forma breve a importância dos direitos supramencionados e os mecanismos que promovem a tutela de tais direitos. Para tanto serão analisadas algumas questões referentes à aplicabilidade do direito ao esquecimento como direito da personalidade bem como a repercussão daquele na chamada era digital, utilizando-se, para isso, a análise de casos concretos relacionados ao tema.

Palavras-chave: Direitos da personalidade; Direito ao esquecimento; Embates de princípios; Tutela.

Abstract: Personality rights are inherent to the human person and the right to be forgotten emerges as one of those. Theme quite contemporary, this right has generated several conflicts between freedom of expression and the individual's right to not be remembered from the past tense portrayal of facts. The purpose of this work is to present briefly the importance of such rights and the mechanisms that promote the protection of such rights. To do so will discuss some issues concerning

⁶¹adrgodinho@hotmail.com Orientador do presente escrito; professor de Direito Civil da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Advogado.

⁶²netotoscano@hotmail.com Bacharelando em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Pesquisador bolsista do Grupo de Pesquisa "Justiça e Política", sob orientação do Prof. Dr. Gustavo Rabay Guerra.

⁶³brenopdemelo@gmail.com Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Integrante do Grupo de Pesquisa de Direitos da Personalidade, sob orientação do Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho.

⁶⁴zejunior_toscano@hotmail.com Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Integrante do grupo de pesquisa sobre direitos da personalidade sob orientação do Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho e do grupo de pesquisa sobre direito civil-constitucional sob orientação do Prof. Ms. Ana Paula Albuquerque

the applicability of the right to be forgotten as a right of personality as well as the impact that the so-called digital age, using, for this, the analysis of specific cases related to the topic.

Keywords: Rights of personality; Right to oblivion; Clashes of the principles; Guardianship.

INTRODUÇÃO

Emerge no cenário mundial e nacional contemporâneo o direito das pessoas a terem fatos pretéritos apagados da memória humana e digital. Mas até que ponto esse chamado direito ao esquecimento colide com a liberdade de expressão e informação? A tutela ao esquecimento deve ser salvaguardada na proteção dos dados pessoais. Neste cerne, em tempos de *era digital*, com a tecnologia cada vez mais invasiva na esfera privada, os direitos à imagem, à honra e à vida privada afloram em sua amplitude, ensejando vários debates e discussões acerca da informação cada vez mais facilitada pelos novos meios de mídias digitais. Em tempos de constitucionalização do Direito Civil, a discussão faz-se relevante.

O Direito Civil pátrio ainda trata o tema de forma tímida, com poucos precedentes judiciais que envolvem o vilipêndio a este novo direito, pois a exposição de fatos individuais pretéritos anos a fio após a sucessão do mesmo, prejudicando indivíduos com um passado já superado, mostra-se, para uma parcela da doutrina pioneira acerca do assunto, como afronta ao direito à imagem, à honra e à privacidade. O desenvolvimento de estudos acerca da matéria vem como ponto de partida para entendermos o comportamento da nossa sociedade no que diz respeito à memória social e os reflexos jurídicos inerentes.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO ATRIBUTO DA PERSONALIDADE

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes a todo ser humano pela simples característica de humanos serem. São direitos que buscam tutelar a dignidade da pessoa humana no que concerne aos atributos pessoais e, portanto,

extrapatrimoniais dos indivíduos. Flexibilizam e estendem a proteção que fora dada anteriormente pelo ordenamento jurídico quase que exclusivamente ao patrimônio às pessoas humanas e à necessária proteção da sua dignidade. Nessa esteira, Stolze e Pamplona afirmam que “o homem não deve ser protegido somente em seu patrimônio, mas, principalmente, em sua essência.”⁶⁵

Paulo Lôbo assevera que esses direitos são não patrimoniais e inerentes às pessoas, devendo ser compreendidos como o núcleo essencial da dignidade humana. Esses direitos concretizam a dignidade da pessoa humana, sobretudo no âmbito civil.⁶⁶ Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves preleciona que

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente.⁶⁷

Em consonância com a tendência da efetivação da proteção dos direitos da personalidade, a Carta Magna de 1988 consagrou em seu rol de direitos fundamentais o

Art. 5º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;⁶⁸

De plano, abstraem-se da norma fundamental alguns dos direitos da personalidade a serem tutelados: intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, assegurando, ainda o direito à reparação em caso de violação a esses direitos. Ademais, destaque-se que esse rol não é exaustivo, possuindo ainda uma

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Vol. 1 – Parte Geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183.

⁶⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Vol. 1 – Parte Geral**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184.

⁶⁸ O Supremo Tribunal Federal, como se observa nos julgados HC 89.429, 91.952, 84.758, 87.654, 76.060, 71.373, 95.009, AP 307, AI 655.298-AgRg, Recl 2.040-QO, vem garantido a aplicabilidade deste dispositivo constitucional.

ampliação considerável pelo Novo Código Civil. Entre seus artigos 11 e 21, que tratam da disciplina dos direitos da personalidade, o citado diploma legal, dentre outros desses direitos, garante proteção do nome (art. 16), à integridade física (art. 13) e até ao pseudônimo (art. 19).

Além disso, a doutrina majoritária brasileira é adepta da tipicidade aberta dos direitos da personalidade, ou seja, “os tipos previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade”.⁶⁹ Portanto, assevera-se que

Além de direitos da personalidade já positivados, na Constituição e na legislação civil, os tipos socialmente reconhecidos são aferíveis a partir de sua compatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, fonte determinante de todos.⁷⁰

Nesse compasso, com a generalidade que possibilita o entendimento acima exposto, o Código Civil, em seu artigo 20, propicia a inserção do direito ao esquecimento dentre aqueles que têm por objetivo primário proteger a personalidade em decorrência dos efeitos irradiados do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico. Assim informa o citado dispositivo legal:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Em consequência dessa tipicidade aberta dos direitos da personalidade há a possibilidade da inserção do *direito ao esquecimento* no mundo jurídico. Este direito consiste, basicamente, em que as pessoas não podem apagar a história, mas

⁶⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 147.

⁷⁰ Idem.

possuem o direito de não vê-la relembrada de forma a causar constrangimento, embaraço e dor. Não se trata de um direito absoluto (ao revés, o tema é bastante controverso), mas que vem sendo aplicado em casos pontuais. A sua incidência ocorre, em regra, quando a lembrança de fatos ocorridos preteritamente, mesmo que verídicos, geram sérios transtornos ao indivíduo, sobretudo quando a situação presente da sua vida não possui mais correspondência com o passado (por vezes, a realidade atual já é diametralmente oposta em relação à pretérita).

Destaque-se que não existe um conceito certo a respeito do direito ao esquecimento atualmente. Uma definição exata do direito a ser esquecido é indescritível. Segundo o professor Bert-Jaap Koops, o direito a ser esquecido assume três formas: o direito de ter informação suprimida depois de certo tempo, o direito de ter uma "ficha limpa", e o direito de ser contactado apenas para apresentar informações.⁷¹

Sendo os direitos da personalidade garantias para o afastamento da possibilidade de se vilipendiar a dignidade humana, os juristas brasileiros passaram a intensificar o tratamento do direito ao esquecimento como necessário à tutela da dignidade da pessoa humana, perfazendo-o em atributo da personalidade. Em reconhecimento à relevância do direito de ser esquecido para a concepção da dignidade humana, a VI Jornada de Direito Civil do CJF aprovou o Enunciado 531: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

Ressalte-se que o direito ao esquecimento tangencia diversos outros direitos da personalidade, como o direito à imagem, à honra e ao nome. Todos esses elementos são atributos da personalidade e as respectivas proteções essenciais à preservação incólume da dignidade humana. O tema faz-se cada vez mais atual pelo avanço irrefreável das tecnologias virtuais, sendo essa questão tratada em específico no ponto 4 do presente trabalho.

Saliente-se reiteradamente: o tema é controverso. O principal embate que se faz presente e que merece atenção se dá entre o direito a ser esquecido e a liberdade de expressão. Qual deles deve prevalecer? Não há resposta pronta. Hodiernamente, em termos globais, não há solução definitiva e acabada para tal

⁷¹Jasmine McNealy. The Emerging Right to Be Forgotten: How a proposal in Europe could affect the sharing of information. **HeinOnline**. 2012. 14-29.

conflito, sendo necessária a utilização da técnica da ponderação no caso concreto para que seja dada a resposta mais adequada ao pleito.

Tratamos até o presente momento apenas da possibilidade de aplicação do direito a ser esquecido em relação à pessoa física. Todavia, a pessoa jurídica também pode valer-se deste atributo?

1.2. PESSOA JURÍDICA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Em um primeiro momento destaquemos o constante no artigo 52 do Código Civil de 2002: “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

Com o intuito de proporcionar o entendimento desta norma, Stolze e Pamplona explicam que “enquanto sujeito de direito, a pessoa jurídica, assim como a pessoa física ou natural, tem preservados os seus direitos à integridade moral (sob o aspecto objetivo), à imagem, ao segredo etc.”⁷²

Assim sendo, o Superior Tribunal de Justiça firmou importante entendimento em sua Súmula 227, a qual assevera que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.” Neste sentido, o saudoso mestre Sílvio Venosa, com habitual maestria, aduz que “nunca se esqueça de que dano moral e direitos da personalidade são faces da mesma moeda.”⁷³ Logo, o dano moral assegurado à pessoa jurídica possui caráter eminentemente indenizatório, fruto de um reflexo no âmbito pecuniário causado pela periclitación moral em situações complexas. O sentido do dano moral é promovido no caminho da reparação de danos e não como punição, sendo sempre o horizonte o prejuízo pecuniário gerado.

Sendo o intuito apenas provocativo, não pretendendo exaurir o tema, imaginemos um caso hipotético. Uma determinada empresa produtora de refrigerantes foi acusada, nos anos de 1990, pela venda de algumas unidades de garrafas com restos de ratos em seu interior, o que, hipoteticamente, teria causado sérios prejuízos à saúde do indivíduo que as ingeriu. À época, a empresa sofreu considerável abalo em sua imagem. Acontece que, pouco tempo depois, foi constatada por perícia que não havia contaminação nos produtos reclamados pelo

⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Vol. 1 – Parte Geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 243.

⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 32.

cliente. Ocorre que, cerca de 15 anos após esse incidente, uma dada rede televisiva faz extensa reportagem sobre o caso com todos os detalhes, reavivando na memória das pessoas o terror dessa possibilidade de contaminação, gerando grave prejuízo à imagem e honra da produtora de refrigerante, o qual veio a refletir na sua situação financeira.

Num primeiro momento, entende-se o direito ao esquecimento como aplicável ao caso concreto, como um atributo da personalidade das pessoas naturais. Sabendo que as pessoas jurídicas possuem a proteção dos direitos da personalidade, no que couber, ou seja, sendo equiparado às pessoas físicas em certos casos, o direito ao esquecimento também poderia ser um atributo da personalidade que protegeria a pessoa jurídica?

Como já asseverado quanto às pessoas naturais, tal resposta irá advir dos casos concretos, nos quais serão enfrentadas questões complexas como o embate entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa, expressão e o direito à informação.

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO VS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Concebido o direito a ser esquecido como um direito da personalidade, mas de aplicabilidade excepcional, resta-se configurada oindissociável conflito entre tal direito e o direito constitucionalmente garantido à liberdade de expressão e imprensa.

Em primeiro plano, conforme afirmado pela Corte Suprema do Brasil,⁷⁴ em caso de colisão entre princípios, a controvérsia deve ter resolução sem a supressão de um princípio em relação ao outro, mas, ao revés, pela utilização da técnica da razoabilidade e ponderação mediante análise casuística e dos bens jurídicos em questão. A intenção é de que, mesmo mediante redução da abrangência de aplicação de um deles, ambos possam ser tutelados.

De acordo com Gustavo Tepedino, procura-se, precipuamente, analisar se, no caso concreto, faz-se justificável sacrificar dado direito fundamental em razão da preponderância do outro, sendo certo que se deve tornar compatível a privacidade e

⁷⁴STF - 2ª Turma - RE 208.685/RJ - Rel. Min. ELLEN GRACIE.

outros interesses merecedores de proteção jurídica.⁷⁵ Nesta esteira, o autor assevera que “o desafio, comose vê, é a busca de um equilíbrio que não legitime o ataque injustificado à privacidade, e tampouco gere um conceito de ‘esfera privada’ inquebrantável, tutelado nos moldes do direito à propriedade nas codificações liberais.”⁷⁶

Lembre-se que o direito ao esquecimento tangencia diversos outros como o direito à honra, à imagem e, inclusive à vida privada. Sendo assim, e como depreendido dos emblemáticos casos Aida Curi e Chacina da Candelária (serão analisados no ponto 5 deste trabalho) o direito a ser esquecido vai de encontro à liberdade de expressão e imprensa.

A Constituição Federal do Brasil consagra no seu rol de direitos fundamentais a proteção a imagem e a possibilidade de reparação em caso de danos: “CF/88 Art. 5º V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” Entenda-se que “tal dispositivo não confere fundamento constitucional para qualquer pretensão relacionada à responsabilidade civil, mas tão somente para as atinentes à reparação de danos decorrentes do exercício da liberdade de expressão”.⁷⁷

Em harmonia com o dispositivo constitucional supracitado, a norma fundamental estabelece IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Deve-se atentar para que a proteção de que a liberdade de expressão não atente contra os direitos da personalidade, bem como a exacerbada proteção destes direitos acabe por engendrar uma censura à expressão, como se alerta

Mas, se é verdade que a tutela de bens jurídicos conflitantes pode justificar a responsabilização civil e até a penal daqueles que exercitarem de maneira abusiva a sua liberdade de expressão, não é menos certo que os valores dessa liberdade não deixam de incidir neste momento posterior. Afinal, pouco adiantaria proibir a censura prévia e

⁷⁵TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República - 2.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 62.

⁷⁶Idem.

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 262.

permitir que, pela via da responsabilização ulterior penal ou civil, as pessoas fossem perseguidas ou prejudicadas pela manifestação das suas opiniões sempre que estas de alguma maneira atingissem os interesses de terceiros. Além das injustiças que fatalmente seriam perpetradas contra os críticos mais corajosos dos poderosos de plantão, este modelo teria efeitos sistêmicos nefastos, pois induziria a sociedade ao silêncio e à autocensura, empobrecendo os debates sociais e prejudicando o direito à informação do público. Trata-se do fenômeno que a doutrina norte americana denominou “efeito resfriador” (chillingeffect) do discurso.⁷⁸

O ponto de partida da discussão do conflito entre direito direitos da personalidade (em particular no tocante ao direito ao esquecimento) e a liberdade de expressão foi o internacionalmente famoso *Caso Lebach*, ocorrido na Alemanha. O caso, em suma, consistiu no pedido liminar feito diante dos tribunais ordinários por um dos envolvidos em um grave homicídio, o qual ficou conhecido como o assassinato dos soldados de Lebach, para que não houvesse a divulgação de um filme no qual o autor da demanda era citado nominalmente, alegando que isso dificultaria a sua ressocialização. Diga-se: a reportagem seria exibida pouco antes do término do cumprimento da pena, o que reavivaria o seu passado e, sem dúvidas, dificultaria sua reinserção ao seio social, havendo, logicamente, a enorme possibilidade de ser rechaçado pela coletividade alemã. Defronte às repetidas negativas ao seu pedido, impetrou recurso perante o Tribunal Constitucional Alemão. Em apertada síntese, concluiu a Corte Constitucional:

Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves, tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre afigura-se legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação.

A proteção da personalidade não autoriza, porém, que a Televisão se ocupe, fora do âmbito noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e

⁷⁸ Idem.

esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário.

A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificulta a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura ameaça seriamente o seu processo de reintegração social.⁷⁹

Schreiber, a partir do Caso Lebach, constata que o direito a ser esquecido tem origem na seara das condenações criminais, surgindo como eixo relevante da ressocialização do ex-detento. Afirma ainda que “se toda pessoa tem direito a controlar a coleta e uso de seus dados pessoais, deve-se admitir que tenha também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável.”⁸⁰

Como resta límpido, o conflito entre os direitos da personalidade (inserido aqui o direito a ser esquecido) e a liberdade de expressão deve ser resolvido casuisticamente, analisando-se os fatores e bens jurídicos em discussão. Assim, vê-se, como visto a partir do Caso Lebach, a ponderação na colisão de direitos e princípios fundamentais é essencial para a concretização da justiça.

3. A FACILITAÇÃO DA INFORMAÇÃO FRENTE À NOVA ERA DIGITAL

É inata ao ser humano a necessidade de adquirir, repassar e armazenar informações, seja em um ambiente privado, no seio do lar, seja em um ambiente público, como no mercado de trabalho, entre tantos outros momentos das nossas vidas. O homem sempre se mostrou ávido pela informação que o cerca. Todo este esforço demonstra o real interesse da preservação da memória, da veiculação da notícia em tempo real, do conhecimento oriundo de outras culturas, entre tantos

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 81.

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2013. P. 170.

outros fatores que na medida em que as décadas foram passando, lapidou e aperfeiçoou a maneira como nós lidamos com tantos assuntos veiculados.

Fazendo um enlace cronológico acerca do tema, voltando à década de 60, temos a transmissão da informação pela radiodifusão, um aparelho que influenciou gerações no que diz respeito a gostos musicais, pretensões políticas, influências culturais, entre tantas outras questões. Afinal, o que seria de Getúlio Vargas se não fosse o seu plano político com a criação da “Hora do Brasil”, envolvendo toda nação acerca dos anseios políticos deste governante? O que falar de Joseph Goebbels, Ministro da Propaganda do regime nazista, que se utilizou do rádio como máquina de guerra para atizar toda a nação alemã durante a II Guerra Mundial?

A televisão veio posteriormente dar imagem ao que o rádio dotava apenas no imaginário das pessoas. As notícias, que antes demoravam a serem repassadas, agora poderiam ser testemunhadas em tempo real pela tela de um aparelho. Anos mais tarde, em tempos de Guerra Fria, uma tecnologia militar iria revolucionar mais uma vez a vida da humanidade. Surge então a internet.

Todo o recorte cronológico feito anteriormente relata a influência da informação potencializada com o advento de dois aparelhos que revolucionaram a maneira como a população mundial se portava. Mas o que dizer dos tempos atuais, 2014, século XXI, o tempo da “*era digital*”? Se apenas dois aparelhos nesse contexto histórico, marcaram a maneira de como fazer e armazenar a informação, o que dizer do advento da internet, no que diz respeito ao armazenamento e proliferação da informação? Com a popularização da internet, antes tecnologia de guerra, posteriormente acessível a todos os meios, a informação passou a ser instantânea, de tal maneira que um determinado fato no momento em que se sucede pode ser acessado em qualquer parte do mundo.

Diante de significativos avanços que contextualizam o nosso tempo como *era digital*, podemos dizer que a internet conseguiu se destacar, trazendo um rol de benefícios que possibilitaram a realização de tarefas cotidianas sem sair de casa, à exemplo de compras e assinaturas de produtos, mas tendo como elemento central a busca e o compartilhamento da informação de maneira eficiente e segura. Entretanto, a busca frenética por informações traz consigo alguns problemas que passam a interferir na vida privada do indivíduo, cabendo a indagação: existem

limites para a liberdade de informação? Tal questionamento põe em xeque eventuais desrespeitos no âmbito do direito à imagem.

Diferentemente das nossas memórias, da televisão e do rádio, as informações dispostas nesta nuvem *online* da *web* estão lá armazenadas independente do tempo, registros estes que podem ser acessados sem censura, reabrindo muitas questões que pelo bem das pessoas envolvidas, mereciam ser esquecidas, eis que nos deparamos com a temática proposta por este artigo, passando o *direito ao esquecimento* a colidir com a exposição exacerbada de informações dispostas na *web* perpetuamente.

Em meio a esta questão, o alto executivo da Google, Eric Schmidt, afirmou para o portal de notícias norte-americano *C-net* que a internet necessita de um botão de *delete*.

Actions someone takes when young can haunt the person forever, Schmidt said, because the information will always be on the Internet. He used the example of a young person who committed a crime that could be expunged from his record when he's an adult. But information about that crime could remain online, preventing the person from finding a job.⁸¹

No caso, percebe-se a gravidade dos efeitos da internet na esfera privada: uma informação publicada há anos pode se tornar contemporânea, trazendo a mácula do fato de maneira a interferir significativamente na vida de um indivíduo, que tem o seu passado exposto de maneira permanente. Partindo desta conjuntura, podemos perceber uma mudança de hábitos, em que as vidas são condicionadas ao aparato virtual exposto a um incontável número de pessoas, se tornando um elemento perigoso ao partir da premissa de que a internet, aparentemente, não permite o esquecimento.

A Comunidade Europeia tem debatido amplamente acerca da que questão ora tratada, principalmente no que diz respeito à salvaguarda devida aos dados

⁸¹ Disponível em: <http://news.cnet.com/8301-1023_3-57583022-93/googles-schmidt-the-internet-needs-a-delete-button/> Acessado em 09/03/2013 às 21h42min

(TRADUÇÃO: Ações que alguém toma quando jovens podem assombrar a pessoa para sempre, Schmidt disse, porque a informação vai estar sempre na Internet. Ele usou o exemplo de um jovem que cometeu um crime que poderia ser expurgado de seu registro quando ele é um adulto. Mas informações sobre esse crime poderiam permanecer on-line, impedindo a pessoa de encontrar um emprego.).

personais. Nesta linha, em novembro de 2010, a Comissão Europeia publicou uma comunicação, intitulada “Uma abordagem global da protecção de dados pessoais na União Europeia”. Tal comunicação objetiva estabelecer uma abordagem da comissão para a modernização do ordenamento jurídico da UE no sentido de proteger os dados pessoais em todas as áreas de atuação da União, principalmente em meio ao avanço das tecnologias e mídias de globalização e os desafios resultantes, garantindo uma maior proteção ao cidadão.⁸²

O artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia assegura que “todos têm o direito de acesso aos dados coligidos que lhes digam respeito, bem como o direito de ter a respectiva retificação”. O artigo 12 da Diretiva de Proteção de Dados 95/46/CE, de maneira mais aprofundada, prevê que o indivíduo tenha o direito de acessar, retificar, apagar ou bloquear os seus dados, pautado em razões legítimas que o justifiquem, previstas em lei. Desta maneira, a internet como elemento central, assim como os seus derivados, são objetos desta Comissão que estudará formas de esclarecer volta e meia o tema do "direito a ser esquecido", ou seja, o direito das pessoas de ter seus dados não processados e excluídos quando não são mais necessários para fins legítimos.⁸³

Viktor Mayer-Schönberger, em sua obra *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, evidencia vários casos práticos que incorrem em desrespeito ao direito ao esquecimento, sobre a ótica norte-americana. Têm-se, por exemplo, dois casos em que o passado voltou de maneira injusta a interferir e constranger a vida profissional e familiar dos envolvidos, como no qual de uma jovem professora, cujo certificado de ensino foi rejeitado, quando uma antiga foto da rede social *My Space*, com o título “*Drunken Pirate*”, foi disseminado entre os funcionários da instituição, comprometendo sua imagem e honra, trazendo implicações na sua vida profissional.

O segundo caso envolve um psicoterapeuta que está permanentemente impedido de entrar nos EUA devido ao fato de um guarda de fronteira, ao realizar pesquisas no Google, ter encontrado registros do profissional em questão admitindo

⁸²NYS, Herman. Towards a Human Right 'to Be Forgotten Online'? **HeinOnline**. 2011. 470.

⁸³Disponível em: http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=pt&numdoc=31995L0046&model=guichett. Acessado em 09/03/2014 às 19h32min.

o consumo de LSD. Com maestria, Viktor Mayer-Schönberger corrobora o assunto, levantando a questão como risco social. O autor aborda com excelência a temática sobre um contexto acerca da impossibilidade do ser humano de evoluir, ao se prender na incapacidade de esquecer marcas, conforme preceitua:

While this challenge is not novel, with its roots in the information society, information privacy and surveillance society literatures, Mayer-Schönberger's original premise concerning the inability to forget makes these challenges even more concerning and relevant than they were just a decade ago. The second challenge of time is more novel and focuses on potentially detrimental constraints on our ability to act wisely when we have so much digital memory, "... comprehensive digital remembering collapses history, impairing our judgement and our capacity to act in time. It denies us humans the chance to evolve, develop, and learn, leaving us helplessly oscillating between two equally troubling options: a permanent past and an ignorant present."⁸⁴

Contudo, tratar do direito ao esquecimento é colidir com a busca ávida pela informação, em contrapartida ao respeito individual a garantia de termos o nosso passado devidamente esquecido. O estudo do reflexo jurídico do tema em questão faz-se relevante diante da *era digital* e o advento das novas tecnologias, contribuindo para disseminação instantânea da informação.

4. DESENVOLVIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

⁸⁴MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Delete: the virtue of forgetting in the digital age. Princeton: Princeton University Press, 2009. p.127.

TRADUÇÃO:

Embora este desafio não seja novo com suas raízes na sociedade da informação, a informação e a privacidade detêm literaturas na sociedade de vigilância, a premissa original de Mayer-Schönberger sobre a incapacidade de esquecer faz com que esses desafios ainda mais preocupante e relevante do que era há apenas uma década. O segundo desafio do tempo é mais novo e concentra-se em restrições potencialmente prejudiciais sobre a nossa capacidade de agir com sabedoria quando temos tanta memória digital, "... lembrando digitais de maneira abrangente desmorona a história, prejudicando nosso julgamento e nossa capacidade de agir a tempo. Ela nega a nós seres humanos a chance de evoluir, desenvolver e aprender, deixando-nos impotentes oscilando entre duas opções igualmente preocupantes: um passado e um presente permanente ignorante".

O direito ao esquecimento, tema de extrema relevância atualmente no mundo jurídico, passou a ser doutrinariamente tratado a partir da década de 90 quando vários artigos e livros passam a trazer, como principal discussão, a aplicabilidade e eficácia de tal direito que supostamente seria inerente à personalidade da pessoa humana.

Em 1996⁸⁵, o escritor Luiz Alberto David Araújo publicou, em sua obra, discussões atuais e pertinentes referentes à proteção do direito à imagem e intimidade da pessoa humana. Segundo o autor, responsável pela obra “a proteção constitucional da própria imagem”, tanto a pessoa viva como a morta devem ter sua intimidade e imagem amplamente preservadas.

Em 1994, o juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Sidnei Agostinho Beneti, lançou um artigo sobre a constituição e o sistema penal brasileiro, alegando estar ligado ao instituto da prescrição penal, em relação a delitos já praticados, o direito ao esquecimento. Beneti procurou mostrar que os malfeitos passados não se poderiam dilatar na memória das pessoas de modo eterno.

Já em 2002, Têmis Limberger promoveu uma palestra sobre “as informações armazenadas pela instituição bancária e o direito à intimidade do cliente”, proclamando estar amplamente ligado ao direito do consumidor o direito ao esquecimento, pois, segundo ele, a intimidade do cliente deve ser preservada em âmbito bancário⁸⁶.

No ano de 2004, Carlos Affonso Pereira de Souza, escreveu sobre “o interesse público sobre fatos criminosos e seus autores”, ressaltando a importância do direito ao esquecimento em relação a coberturas jornalísticas de fatos criminosos proclamando que se tornamister, a observação por parte do jornalista do direito supracitado para que o preso possa ser melhor ressocializado.

Em 2013, o “direito ao esquecimento” chega à pauta de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, tendo já sido apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A Quarta Turma do STJ apreciou o REsp. 1335153/RJ,

⁸⁵ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem* : pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.p. 37.

⁸⁶ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>

que envolveu a senhora Aida Curi e, além disso, ainda apreciou o REsp 1334097/RJ, este tendo como tema central o caso que foi conhecido como “a chacina da candelária”.

4.1.CASO “AIDA CURÍ”

Aos 14 dias do mês de Julho do ano de 1958, no bairro de Copacabana, mais precisamente no Edifício Rio Nobre, ocorreu a prática de um crime que seria uma das portas de entrada para a discussão de um tema que tem gerado bastante polêmica no meio jurídico: o direito de ser esquecido.

A vítima do caso em questão, Aida Curi, teria sido levada forçadamente até o topo do edifício Rio Nobre por dois rapazes que, chegando ao destino final, abusaram sexualmente da vítima. A perícia constatou que Aida foi submetida a pelo menos trinta minutos de tortura, além de ter sido posteriormente atirada do terraço de um dos apartamentos do edifício, falecendo no local do crime.

Após quase sessenta anos de ocorrido (2012), o caso voltou a ser destaque no cenário jurídico nacional, mais precisamente no STJ sob a perspectiva do chamado direito ao esquecimento. A emissora de televisão, TV Globo, preparou reportagens, que de fato foram ao ar, retratando o crime que ocorrera no pretérito nada recente, fazendo ecoar novas discussões referentes ao caso, que supostamente deveriam ser deixadas de lado para que a intimidade, a vida privada e a imagem da vítima e de sua família fossem preservadas.

Os irmãos da vítima moveram ação de reparação por danos morais, materiais e à imagem, alegando a utilização indevida da imagem da irmã, Aida Curi, no programa “linha direta”. A imagem da pessoa humana, em regra, não pode ser utilizada sem autorização prévia desta ou de seus familiares, caso já esteja morta. A imagem da vítima foi explorada com fins econômicos, sem que para isso tivesse havido prévio consentimento dos seus parentes.

Faz-se mister analisar o enfoque dado pelo STF no RE 95.872-D envolvendo a própria emissora de TV, Rede Globo:

EMENTA – DIREITO À IMAGEM, FOTOGRAFIA, PUBLICIDADE COMERCIAL, INDENIZAÇÃO – A divulgação da

imagem da pessoa, sem seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento, ato ilícito à custa de outrem, que impõe a reparação do dano. Recurso Extraordinário não conhecido.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 20, deixa claro que a utilização da imagem da pessoa humana com objetivos comerciais deve ser previamente autorizada pela pessoa portadora da imagem; já no parágrafo único do mesmo dispositivo, estende-se seu conteúdo à pessoa morta ou ausente, podendo os cônjuges, ascendentes e descendentes requerer reparo indenizatório e aplicação de demais sanções judiciais pelo uso não autorizado da imagem de pessoas ausentes e mortas.

A emissora, TV Globo, estaria reabrindo as feridas de um caso que abalou a família da vítima tendo por base a suposta superioridade e aplicação do direito a liberdade de imprensa que, apesar de ser de fato amplamente garantido pela constituição da república, encontra limites. A súmula 403 do STJ veda a utilização da imagem da pessoa humana, para fins econômicos, sem sua prévia autorização, contrariando, portanto, a tese de superioridade do direito a liberdade de imprensa. A pessoa humana tem a si reconhecido o direito de propriedade sobre sua imagem,⁸⁷ devendo consentir com sua exploração.

O enunciado 531, da 6ª Jornada de Direito Civil, estabelece que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação, inclui o direito ao esquecimento buscando com isso controlar o uso e a divulgação de informações e de fatos pretéritos para que possíveis violações a dignidade da pessoa humana possam ser evitadas.

O direito à liberdade de imprensa encontra limites ditados pela própria Constituição, em seu art. 5º, esbarrando no império dos direitos da personalidade. Tal liberdade, portanto, deve ceder perante o direito à imagem e neste caso também, perante o direito ao esquecimento.

No caso concreto, contudo, por maioria dos votos, os ministros do STJ negaram provimento ao recurso especial interposto pelos irmãos Curi, alegando que não há a geração de situação vexatória ou degradante pela exposição da imagem de

⁸⁷ Berti, Mendes Silma. DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM. Belo Horizonte. 1993, pag. 71

Aida Curi, portanto, a emissora de Rede Globo de Televisão não foi civilmente responsabilizada pela edição do programa.

4.2.CASO “CHACHINA DA CANDELÁRIA”

Na noite do dia 23 de Julho de 1993, dois carros pararam em frente à igreja da Candelária, localizada na cidade do Rio de Janeiro; os ocupantes dos veículos alvejaram várias pessoas, em sua maioria crianças e adolescentes, que estavam dormindo nas proximidades da igreja.

O caso em tela traz consigo mais uma vez discussões polêmicas ligadas ao direito ao esquecimento, tema arguido muitos anos após a ocorrência do fato por um dos indiciados pela prática do crime, o serralheiro Jurandir Gomes de França, alegando utilização indevida de sua imagem por parte da emissora de TV, Rede Globo, em documentário televisivo. Segundo Jurandir, sua imagem teria sido utilizada sem prévia autorização e, além disso, trouxe para ele grandes prejuízos, tendo em vista que o caso já havia sido superado.

Todo cidadão tem o direito de alcançar a felicidade e, para isso, algumas informações pretéritas devem ter sua divulgação restrita no tempo. Aqueles que no passado foram anônimos e, em dado momento, tornaram-se figuras supostamente criminosas, devem ter o direito de serem esquecidos, retornando a vida do anonimato, sobretudo se absolvidas.⁸⁸

A liberdade de imprensa possui, de fato, estatura constitucional (art. 220º, CF) assim como os direitos da personalidade (art. 5º, CF); no entanto, deve-se impedir a flagrante violação da intimidade, honra e imagem da pessoa humana, pois os direitos da personalidade derivam do princípio da dignidade da pessoa humana. A veiculação indevida da imagem do serralheiro, que fora inocentado, gera a possibilidade de arguição do direito ao esquecimento, ou seja, direito de não ser lembrado por meio de fatos desabonadores, que prejudicam diretamente sua vida em sociedade.

A atuação informativa não pode desprender-se de certas regras e princípios que tendem a limitar a liberdade de imprensa, evitando-se assim a inviolabilidade da imagem, honra e vida privada da pessoa humana. A Constituição

⁸⁸REsp 1334097/RJ

tem flagrante predileção pela proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, e o Código Civil protege amplamente a imagem, intimidade e vida privada da pessoa humana em seus artigos 11, 20 e 21, estendendo esta proteção a pessoas que já não se encontram mais entre nós.

Preleciona Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

Pois no caso da antinomia de que ora se cuida, esse critério equitativo vem-se exteriorizando em um “juízo de ponderação” que se faz entre a honra, privacidade, imagem da pessoa, de um lado, e a liberdade de expressão e comunicação, de outro.

A Lei de Introdução ao Código Civil traz em seu artigo 5º que em casos de antinomia e choques entre direitos e princípios, o critério da razoabilidade deve ser aplicado, aplicando ao caso concreto as normas e princípios que sejam de fato, compatíveis com o que se busca alcançar.

Costa Andrade⁸⁹, cita em sua obra Herdegen, que estabelece que “há de estabelecer-se limites a ambos os direitos, por forma de alcançar-se o saldo mais favorável, segundo as circunstâncias do caso concreto”. Tendo em vista o caso em tela, subjaz flagrante prevalência dos direitos da personalidade, portanto, prevalecendo o direito ao esquecimento.

Não restam dúvidas de que a história da sociedade é patrimônio imaterial dela, pois, de fato, a pertence, no entanto determinadas informações devem ser preservadas, evitando-se a banalização e divulgação escancarada destas. No caso em foco, o indivíduo lesado reclamou o direito de permanecer no anonimato para que sua imagem, honra e intimidade sejam preservadas e para que mais do que isso, não seja rechaçado pela sociedade. Obteve êxito em sua empreitada, o que prova a acolhida da tese do direito ao esquecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, abrindo-se relevante precedente para que casos da mesma natureza mereçam idêntica apreciação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁸⁹ COSTA ANDRADE, Manuel. LIBERDADE DE IMPRENSA E INVIOABILIDADE PESSOAL. Coimbra. 1996, Pag. 153.

Diante do que foi apontado a respeito dos direitos da personalidade, constata-se que o direito a ser esquecido resta contemplado dentre aquele rol de direitos, sendo sua aplicação de relevante importância para a proteção da dignidade da pessoa humana. Conclui-se, de acordo com a tendência internacional e o desenvolvimento do tema no ordenamento pátrio, que o direito ao esquecimento não é absoluto, ao revés, possui caráter de excepcionalidade. Esse novo direito confronta o direito à liberdade de expressão, devendo ser usado o juízo de ponderação para a sua aplicação ou não no caso real.

Na chamada *era digital*, o tema ganha cada vez mais importância, pois a internet e dispositivos tecnológicos proporcionam a perpetuação da memória e a realidade em que os dados e fatos possuem caráter de eternidade. O passado ronda o presente na distância de um simples clique. Logo, a disciplina da matéria, bem como o seu estudo teórico e prático, é de alto relevo para que se possa entender o direito a ser esquecido que anda na contramão do desenvolvimento da sociedade da “memória eterna”.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Aproteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BERTI, Mendes Silma. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte. 1993.

BRASIL. Código Civil. Decreto lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p.

COSTA ANDRADE, Manuel. **Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal**. Coimbra. 1996, Pag. 153.

DISPONÍVEL EM: <http://news.cnet.com/8301-1023_3-57583022-93/googles-schmidt-the-internet-needs-a-delete-button/> Acessado em 03/03/2013

DISPONÍVEL EM: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>> Acessado em 03/03/2013

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Vol. 1 – Parte Geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Vol. 1 – Parte Geral**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

MCNEALY, Jasmine. The Emerging Right to Be Forgotten: How a proposal in Europe could affect the sharing of information. **HeinOnline**. 2012. 14-29.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem**. In: **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 75-83.

NYS, Herman. Towards a Human Right 'to Be Forgotten Online'? **HeinOnline**. 2011. 468-475.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2013. P. 170.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República** - 2.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VERCELLONE. **Diritto sul prioritato**. Torino.1959.

A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980 E A ADESÃO DO BRASIL ÀS SUAS NORMAS DE COMPRA E VENDA DE MERCADORIA INTERNACIONAL

Antonia Mariana Almeida de Andrade
Maria Luísa Gomes Mendes
Maíra Ívze Bezerra Alves

Resumo: O presente artigo trata da Convenção de Viena de 1980, e aborda aspectos mais específicos como seu surgimento com o propósito de unificar a relação de compra e venda internacional de mercadorias, através da formação de um direito comum que regesse tais circunstâncias e assegurasse o respeito e a boa-fé no comércio internacional. As regulamentações dos contratos internacionais foram determinadas de modo a satisfazer as necessidades relativas ao comércio internacional, levando em consideração a diversidade de culturas dos países adeptos à Convenção e flexibilizando seus conceitos por meio de expressões abrangentes e pelas reservas a partes de seu texto. Assim, são determinados pontos estratégicos referentes à sua aplicação, a formação do contrato e as obrigações do vendedor e comprador. Nesta esteira, é abordado ainda acerca da adesão do Brasil a Convenção de Viena de 1980, assim como as consequências de tal feito.

Palavras-chaves: Convenção de Viena de 1980 - Contratos Internacionais - compra e venda - Brasil.

Abstract: The present Article deals with the Vienna Convention of 1980, and deals with more specific aspects such as his appearance with the purpose of unifying the relationship of purchase and international sale of goods, through the formation of one common law governing such circumstances and ensured the respect and good faith in international trade. The regulations of international contracts were determined so as to satisfy the needs relating to international trade, taking into account the diversity of cultures of countries supporters of the Convention and softening its concepts by means of expressions and by comprehensive reserves the parts of your text. Thus, there are certain strategic points relating to its application, the formation of the contract and the obligations of the seller and buyer. In this vein, it is also discussed about the accession of Brazil the Vienna Convention of 1980, as well as the consequences of such done.

Key words: Vienna Convention of 1980 - International Contracts - purchase and sale - Brazil.

1.Introdução

O meio comercial possui seus princípios, costumes e regras que regulam suas transações e dinamizam seu funcionamento. Ocorre que, tal feito nem sempre foi tão fácil quanto parece, afinal trata-se de uma compra e venda entre locais com regras e costumes diferentes uns dos outros, o que viabilizam inúmeras nuances interpretativas.

É nesse contexto que surge a ideia da Convenção de Viena de 1980, que visa uma uniformidade no que concerne a compra e venda internacional de mercadorias, criando um direito comum e padrão para todos aquelas que a aderirem. Desta forma, a relação comercial se tornaria mais célere e atenderia as exigências necessárias para sua concretização, evitando maiores conflitos.

Como preconiza o artigo 7 da mesma, em sua interpretação, serão levados em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito á boa fé no comércio internacional.

Para tanto, a CISG, como também é conhecida, tem um caráter mais flexível, possibilitando uma significativa abrangência interpretativa, que se faz necessária por envolver variadas culturas. Ainda, há a possibilidade de optar por uma parte específica da Convenção, o que ocorre caso o país não concorde e acate sua aplicação por inteiro.

Tais aspectos são tratados com maiores detalhes no decorrer deste trabalho, que tem por objetivo aclarar, em poucas linhas, o cerne da importância da Convenção de Viena para Compra e Venda Internacional de Mercadorias, que entrou em vigor em 1988, para o atual modelo econômico globalizado, destrinchando seus artigos de maior relevância e, frisar o substancial acréscimo de segurança jurídica tido com o advento da norma internacional.

Pretende, ainda, por fim, demonstrar como a iminente entrada do Brasil no bloco pactuante fora procedida, legislativamente, e de que forma tal adesão altera

bases negociais, mesmo já estando o País Sulamericano, há décadas, sujeito às multifaladas normas face a abrangência do texto internacional.

2. Convenção de Viena

A Convenção de Viena de 1980 surgiu com a intenção de uma nova ordem econômica internacional, tendo como base a igualdade e a ponderação das vantagens mútuas para promoção de um relacionamento amistoso entre os Estados aderentes, no que concerne ao desenvolvimento do comércio internacional. Foi elaborada pela CNUDCI (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional) e ficou conhecida mundialmente como CISG ou mesmo Convenção de Viena apenas.

Sendo assim, para favorecer o desenvolvimento do comércio internacional, faz-se necessário estabelecer regras uniformes aplicáveis aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, que sejam compatíveis e viáveis para todos os sistemas sociais, econômicos e jurídicos, de modo a viabilizar as trocas internacionais sem maiores conflitos, estando todos os Países em consonância com uma única legislação.

Tal Convenção é dividida em 4 (quatro) partes e contém 101 artigos que dispõe desde o seu campo de aplicação e dispositivos gerais, como normas sobre a formação do contrato, direitos e obrigações do vendedor e comprador e das obrigações recíprocas entre os Estados. Para a composição da Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias participaram especialistas de várias áreas e países diferentes para que esta atingisse seu objetivo de uniformização em consenso.

Ocorre que, por se tratar de um instrumento internacional e precisar ser acessível a todos os países que lhe aderir, seu texto contém uma maior flexibilidade de apreciação, de modo a possibilitar interpretações divergentes. Entretanto, tal situação é inerente a um ordenamento internacional que visa uma uniformidade. Apesar de tais lacunas, essas regras vêm produzindo efeitos positivos e sendo recepcionadas por mais de 75 (setenta e cinco) países, o que demonstra que a Convenção conseguiu alcançar uma harmonização e eliminar obstáculos jurídicos ao comércio internacional e evitar conflitos de leis no espaço. Dentre os que

aderiram a Convenção estão a Alemanha, Argentina, Chile, China, Estados Unidos, Espanha, França, Holanda, Itália, México, Venezuela, Uruguai, dentre outros.

Além dessa flexibilidade para uma maior adequação dos países, é permito a adoção de reservas a partes do seu texto, visando à autonomia das partes e respeitando os usos e costumes do comercio internacional. Para tanto, é necessário solicitarem expressamente, segundo o art. 98, determinando qual parte da Convenção irão aderir, por exemplo, se só a terceira parte ou somente a segunda. Desta forma, apenas a parte aderida será vigente para regular as transações comerciais dos países que realizaram a reserva.

2.2 Aplicação da convenção

Consoante se depreende do art.1:

Art. 1º. (1) Aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias celebrados entre partes que tenham o seu estabelecimento em Estados diferentes:

a) quando estes Estados sejam Estados contratantes; ou.

b) “quando as regras de direito internacional privado conduzam à aplicação da lei de um Estado contratante.”.

O fato das partes terem o seu estabelecimento em Estados diferentes não é levado em conta quando este fato não ressalta nem do contrato, nem de transações anteriores entre as partes, nem de informações dadas por elas em qualquer momento anterior à conclusão do contrato, ou na altura da conclusão deste. Esta é determinação o Art. 1º (2) da Convenção, complementado pelo (3) que diz que “não são tomados em consideração para a aplicação da presente Convenção nem a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato.”.

Seus dispositivos se aplicam tanto dentre aqueles que lhe aderiram, como também nos casos em que as regras de direito internacional privado determinarem a aplicação da lei de um Estado não aderente à Convenção, ou seja, é possível que se aplique a lei do país que não aderiu, a de outro país ou as próprias normas da Convenção em um contrato internacional de compra e venda de mercadorias,

segundo as regras de Direito Internacional Privado. Ainda, é possível a aplicação da CISG quando as empresas contratantes são de uma mesma nacionalidade, desde que com estabelecimentos em países diferentes.

Destaca-se que o campo de aplicação da compra e venda internacional de mercadoria possui algumas exceções que não foram abarcadas pela Convenção, são elas: contratos para uso doméstico ou pessoal (salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber a sua finalidade), vendas por Hasta Pública, vendas em leilão, vendas de valores mobiliários ou moedas, vendas de embarcações e aeronaves, e vendas de eletricidade. Estas exclusões ocorrem devido à dificuldade de determinar um consenso por causa da diversidade de países e ordenamentos que integram a Convenção, logo, o que não estiver disposto em suas normas será determinado segundo as de Direito Internacional Privado.

Salienta-se que esta Convenção apenas regula quanto à formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, consoante o art. 4, esta não diz respeito, especialmente: (a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade de qualquer uso ou costume; (b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.

Alguns assuntos, entretanto, possuem matéria uniformizada pela Convenção de Viena, podendo citar como exemplo as obrigações do comprador e do vendedor, o momento em que é formado o contrato e as soluções disponíveis ao vendedor em caso de inexecução de uma obrigação do comprador e vice-versa. Estes pontos consolidados facilitam e fortalecem as determinações da Convenção, padronizando um entendimento único vigente que prevalecerá se porventura houver algum conflito pertinente à compra e venda internacional de mercadorias.

Hoje em dia, a Convenção de Viena de 1980 é fortemente utilizada pelos mais variados ordenamentos jurídicos mundiais e produz efeitos satisfatórios no que concerne as relações comerciais entre os países adotantes. Esta unificação de normas permite uma simplificação da relação comercial, tendo em vista que não se faz necessário recorrer ao sistema de conflito de leis para determinar qual é aplicável no caso específico.

É considerado pelos doutrinadores como uma “lex mercatória” para os locais que ainda não são adeptos formalmente a Convenção, ou seja, utilizada como um sistema jurídico próprio dos comerciantes, desenvolvido de acordo com as regras costumeiras dos mesmos, como se fosse algo inerente à atividade comercial.

3. Contratos

Muitas são as definições acerca do que seria um contrato, os conceitos são feitos desde a época de Aristóteles, onde este considerava o contrato como uma lei feita por particulares resultando um negócio jurídico. Além de os estudiosos definiram o que seria um contrato, muitos ainda o comparam a uma convenção, sendo esta diferente por não resultar em uma obrigação como o contrato.

Dois requisitos estão presentes entre as conceituações do contrato, e são considerados, portanto, essenciais, sejam eles: as vontades das partes em contratar reciprocamente bem como a repercussão social e econômica que o contrato gerará.

3.1 Contratos Internacionais

Irineu Strenger ensina que o contrato internacional é consequência do intercâmbio entre Estados e pessoas, apresentando características diversificadoras dos mecanismos conhecidos e usualmente utilizados pelos comerciantes circunscritos a um único território ou a mais de um. (STRENGER, 2003 apud CÁRNIO, Cintia, 2009, p. 7)

Há várias divergências e estudos sobre o que seria um contrato internacional, até que ponto ele seria aplicado e em qual momento. Dessa forma, passou-se a ser feita a análise do contrato internacional de várias formas, como: - empírica: cada caso é analisado de acordo com seus elementos internacionais; - doutrinária: o contrato é internacional quando há ligações com vários sistemas jurídicos, seja na execução ou na conclusão do contrato, pelo domicílio ou nacionalidade; - convencional: levam-se em consideração os trabalhos dos redatores para a definição; - eclético: o contrato só será tido como internacional diante de cada caso concreto, onde se analisa toda sua especificidade;

Os contratos internacionais são de vários tipos e definidos de acordo com alguns requisitos: 1-os contratos que versam sobre o intercâmbio de mercadorias,

serviços e capitais entre empresas de diferentes países; 2- contratos onde uma das partes desempenha papel preponderante no meio econômico internacional, sempre no que se refere à matéria objeto do contrato; 3-contratos que não afetam apenas os Estados contratantes; 4- os que interferem nos interesses corporativos do conjunto de empresas que se dediquem ao setor de atividade da operação; 5- os cuja forma responda a características peculiares, tais como a homogeneidade de suas disposições, a arbitragem e o emprego de terminologia unificada.

4. Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias

O globalismo econômico, em visão emprestada do cientista político americano Joseph Nye, ou seja, aquela, em primeira ótica, mais preocupada com uma conceituação apolítica, enfocando, meramente, as complexas relações e conexões que se estendem por distâncias multicontinentais, impõe ao mundo, inexoravelmente, a adoção de mecanismos e ferramentas de impulsionamento e regulação, num sistema simbiótico onde propulsão se funde com frenagem pela lógica mesma segundo a qual a existência da regra é que fomenta a liberdade e a competitividade plena.

Outrossim, dada a pluralidade de mercados, países e regiões atuantes para além de suas fronteiras, uma legislação eficazmente padronizada, capaz de alcançar e enquadrar toda a diversidade possível, mostra-se como único meio minimamente adequado a reduzir o abismo existente entre sociedades hiper e hipossuficientes localizadas ao redor do mundo.

Nessa esteira, entretanto, tocante especificamente às preocupações inerentes as relações negociais entre mercados costumeiramente desconexos e/ou regionalmente desiguais, foi fundada, em 1966, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), a qual teve como precípua desiderato o estudo e a remoção das diferenças existentes nos diversos direitos pátrios, inibidoras das transações internacionais, meta que colimou no vigente compêndio normativo denominado Convenção de Viena para Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG).

Tal Convenção internacional, que vincula os países signatários, tem por principal mérito unificar a linguagem comercial mundial e, concomitantemente,

reduzir riscos e custos decorrentes das naturais incertezas das transações comerciais, majoradas, *in casu*, pelas distâncias geográficas e diferenças culturais e jurídicas alusivas.

Com efeito, o texto confeccionado, sob supervisão da Assembleia Geral das Nações Unidas e finalizado em 1980, passou a vigorar em 1988, e se divide em quatro blocos de enfoque: a primeira (Arts. 1º a 13) trata do âmbito de aplicação convencional e de disposições gerais, tais como regras de interpretação e meios de prova; a segunda parte (Arts. 14 a 24) disciplina a formação do contrato, regulando proposta e aceitação; a terceira parte (Arts. 25 a 88) trata dos direitos e obrigações relativamente ao vendedor e ao comprador, e a quarta parte (Arts. 89 a 101), por sua vez, ocupa-se das disposições finais, que regem, por exemplo, a entrada em vigor da convenção e a possibilidade do exercício de reservas pelos Estados contratantes.

Já a aplicabilidade, permeia contratos mercantis entre contratantes estabelecidos em Estados diferentes e signatários da Convenção ou quando o Direito Internacional Privado determina a aplicação da legislação nacional de um Estado contratante, ainda que o outro, envolvido na troca de mercadoria, não tenha ratificado os termos Convencionais.

É possível, inclusive, a aplicação da Convenção à hipótese de empresas contratantes de uma mesma nacionalidade, desde que com estabelecimentos em países diferentes.

Ressalte-se, ainda, que, conforme o Art. 1º, item 2, da Convenção, para a aplicação do texto de Viena, a internacionalidade do contrato deve ser de conhecimento das partes contratantes, o que, entretanto, não exclui, conjunta ou isoladamente, com as normas já ditas acima, a autonomia da vontade das partes, as quais podem afastar a aplicabilidade do multicitado tratado comercial.

O Art. 2º dispõe acerca das hipóteses de não-incidência da Convenção de Viena, quais sejam, os contratos de consumo e vendas em hasta pública, em execução judicial, de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda, de navios, barcos, hovercrafts e aeronaves e de eletricidade. Além disso, a Convenção não regula a validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como a validade dos usos e os efeitos que o contrato pode ter sobre a propriedade das

mercadorias vendidas, debruçando-se somente sobre a formação dos termos de compra e venda internacionais e os direitos e obrigações nascidos desta avença (Art. 4º).

Muitas das exclusões de aplicabilidade arrimam-se na dificuldade de estabelecer um consenso entre os Países, diversamente regulados por seus ordenamentos próprios e internos, e as delicadas questões de soberania nacional e jurídica. Portanto, temas conflitantes e à margem do âmbito de aplicação da Convenção de Viena, deverão observar os trilhos legais do País cuja legislação for aplicável segundo as regras de Direito Internacional Privado.

Assim, o estabelecimento de normas básicas, fundamentais, trouxe segurança jurídica a um campo de atuação plena e efervescente tanto de grandes empresas, por exemplo, quanto de pequenos comerciantes que se arvoram a mercados longínquos, sendo cada vez maior o número de Estados signatários, grupo acrescido, recentemente, pelo Brasil.

5. Adesão do Brasil na Convenção de Viena de 1980

Inobstante a consagração decorrente do tempo de vigência e do número de Estados hodiernamente ratificantes do texto Convencionado (estima-se que mais de dois terços de todas as transações internacionais de mercadorias sejam reguladas pela Convenção de Viena de 1980), o Brasil, apesar de comercializar com outros Países que já adotam os termos de Viena (1980) há décadas, somente aderiu expressa e formalmente às normas internacionais aludidas em Outubro de 2012, postergando, ainda, sua vigência plena para 1º de Abril de 2014.

Sua entrada no ordenamento jurídico brasileiro se deu por procedimento similar ao de aprovação de uma lei ordinária, impedindo a CISG de sobrepor-se a leis complementares, emendas constitucionais e, sobretudo, quanto a Norma Primordial Federal em si. Desta feita, a CISG possuirá predominância sobre antigas leis ordinárias, regulamentadoras do tema, e demais disposições infralegais ou locais e regionais.

Importante ressaltar que, em que pese a tardia adesão brasileira, o País já se submete às normas internacionais referidas por comercializar, costumeiramente,

com outras economias já filiadas à Convenção de 1980, tais como China, países do MERCOSUL, Estados Unidos, Canadá e várias nações europeias.

Destarte, cabe memorar que o maior parceiro comercial do Brasil, a China, é estado-parte da Convenção de Viena desde 1988, sendo signatário originário. Daí, a novel aceitação brasileira implica em significativa redução de custos e burocracia no trato mercantil entre comerciantes estabelecidos nos dois territórios, situação que poderá refletir inclusive em questões cambiais e de preços dos produtos transacionados.

Já outro cenário relevante, alude ao MERCOSUL, bloco econômico de Países que responde por cerca de 41,5% de toda transação comercial brasileira e, no qual, estão inseridos alguns países que subscrevem a CISG.

Com efeito, a tão aguardada adesão brasileira às normas internacionais para a comercialização, promete não só uma adequação do País ao modelo legislativo de mercado internacional, mas também, a obtenção de resultados práticos e econômicos imediatos, os quais só são possíveis graças à padronização e segurança jurídica priorizadas pela Convenção de Viena para Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

6. Considerações Finais

Tendo em vista a relevância dos tratados em nível mundial, destaca-se a proeminência da presente abordagem por se tratar de assunto presente na atualidade jurídica e com aspectos de importância em várias outras áreas como a comercial.

Demonstrando a análise da ratificação da Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias trazendo grandes avanços e melhorias para as relações de comércio no Brasil.

A globalização econômica se desenvolve observando o presente cenário onde as realizações dos tratados facilitaram a concretização das complexas relações e conexões que se estendem por distâncias multicontinentais com a adoção de mecanismos uniformizados.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nadia de. **Contratos Internacionais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Contratos Internacionais**, Teoria e Prática. São Paulo, 2009
- NYE, Joseph. *The Future of Power*. Washington, DC: PublicAffairs. 320p. , 2010.
- REZER, Francisco. **Direito Internacional Público**. 10 ed. São Paulo: 2010, Saraiva.

**A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMÉRCIO
INTERNACIONAL E AS IMPLICAÇÕES DE SUA ENTRADA EM VIGOR
NO BRASIL**

Leonardo Pereira Bezerra⁹⁰

Mateus Carvalho Sá⁹¹

Rafaela de Liguori⁹²

Resumo: O artigo aborda a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, sob a ótica de pesquisas jurisprudenciais e bibliográficas, regulada sob as condições de formação de contratos de compra e venda mercantis internacionais. Tal dispositivo tem como principal objetivo ofertar diretrizes capazes de nortear as partes (comprador e vendedor) determinando suas obrigações perante o contrato, bem como suas penalidades em caso de descumprimento contratual. Pretende-se através deste artigo, comentar e demonstrar os benefícios a serem ofertados aos países que ratificaram à convenção, dando ênfase a tentativa de dar maior liberdade jurídica às partes envolvidas no contrato, com grande respaldo nos princípios de transparência e boa-fé (objetiva), e evitando, ao máximo, disputas através do sistema judiciário, prevendo formas alternativas para a prevenção e solução de conflitos entre as partes.

Palavras-chave: Brasil, Convenção, Ratificação

Abstract: The article discusses the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods from the perspective of jurisprudence and literature searches, regulated under the formation conditions of purchase and sale contracts international market. This device aims Offer guidelines capable of orienting the parties (buyer and seller) determining their obligations under the contract and its penalties in case of default. It is intended through this article, comment and demonstrate the benefits to be offered to countries acceding to the Convention, emphasizing attempt to give greater legal freedom to the parties involved in the

⁹⁰ Graduando em Direito pela UFPB. E-mail: leonardopbezerra@hotmail.com

⁹¹ Graduando em Direito pela UFPB. E-mail: mateuscsa7@gmail.com

⁹² Graduanda em Direito pela UFPB. E-mail: rafaella.liguori@xmail.com

contract, with great support on the principles of transparency and good faith (objective), and avoiding as much as possible disputes through the judicial system by providing alternative ways to prevent and resolve conflicts between the parties.

Keywords: Brazil, Convention, Treaty

1. Introdução

Para situar a temática aqui trabalhada, é necessário compreendermos o nosso objeto de estudo. A Organização das Nações Unidas (ONU) em 1966 criou a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), que teve como finalidade a padronização legal de instrumento jurídicos.

A UNCITRAL almejava facilitar os investimentos e o comércio internacional, desempenhando papel fundamental no desenvolvimento de estruturas de harmonização e modernização do direito comercial, sem se limitar à soluções de disputas, incluindo práticas contratuais internacionais, comércio eletrônico e compra e venda de mercadorias⁹³.

A Convenção das Nações Unidas Sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) ou, apenas, Convenção de Viena de 1980, pois, foi esta cidade que serviu como palco para a finalização deste instrumento jurídico. Contudo, a cidade de Nova Iorque também contribuiu em muito, nas reuniões lá realizadas, uma vez que durante anos ocorreram reuniões anuais alternadas entre as duas cidades⁹⁴. Mas, o que é uma convenção? Segundo Thaís Cárnio⁹⁵, são contratos multilaterais que estabelecem normas gerais a todos os participantes.

A Convenção de Viena, contou com a participação de vários jurista de diversas nacionalidades, que buscaram evidencia o compromisso intelectual na formulação de um corpo de normas adaptável a diferentes realidades econômicas⁹⁶.

⁹³ CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Contratos internacionais**: teoria e prática, São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.

⁹⁴ Idem. p. 39.

⁹⁵ Idem. p. 34.

⁹⁶ CONVENÇÃO DE VIENA 1980. VIERA, Iacyr de Aguiar – Tradução. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/iacyr1.pdf>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

Que promovesse as interrelações, de forma harmoniosa, entre diferentes países. A Convenção teve como objeto

a adoção de regras uniformes aplicáveis aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias e sendo compatíveis com os diferentes sistemas sociais, econômicos e jurídicos, contribuirá para a eliminação dos obstáculos jurídicos às trocas internacionais e favorecerá o desenvolvimento do comércio internacional⁹⁷.

A lei Internacional buscou está em sintonia com os vários ordenamentos jurídicos, tendo um vista não ferir a soberania dos Estados. Uma vez que, para a sua ratificação e preciso estarem compatíveis com os sistemas, seja ele social, econômico e jurídico. A Convenção estabelece obrigações legais que vinculam os Estados que a ratifica, contudo, sua aplicação não exclui a utilização das leis nacionais.

A CISG é um instrumento flexível que permite às partes a possibilidade de optar por suas disposições, caso não queiram que alguma se aplique. Isso pode acontecer, por exemplo, quando as partes têm uma prática de negócios estabelecida e escolhem uma determinada legislação sobre a CISG. No entanto, quando as partes não especificam ou não entram em acordo sobre a escolha da lei, a CISG oferece orientação clara⁹⁸.

A Convenção de Viena preocupou-se em observar as relações internacionais privadas entres sujeitos que não estão no mesmo patamar econômico e social. É justamente, a partir de novos mecanismos de proteção que se pode chegar a uma igualdade entre os contratantes, diminuendo os riscos legais e os custos da transação. Nas transações com baixo valor econômico, o acesso à justiça, se tornava um tanto quanto inviável, pois os consumidores não tinham condições de assumir os gastos com o processo, seja para reclamar ou para procurar novamente o fornecedor, ou ainda para fazer valer sua garantia⁹⁹.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ ONUBR. Brasil adere à Convenção da ONU sobre contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. 2013. Disponível em: <http://www.onu.org.br/brasil-adere-a-convencao-da-onu-sobre-contratos-internacionais-de-compra-e-venda-de-mercadorias/>. Acesso em: 2 de março de 2014.

⁹⁹ ARAÚJO, Nádía de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 369.

2. O processo de ratificação da Convenção de Viena pelo Brasil

Em outubro de 2012 o congresso nacional brasileiro aprova a Convenção de Viena, por meio do Decreto Legislativo nº 538/2012¹⁰⁰. Tendo o Brasil ratificado no dia 4 de março de 2013, tornando-se o 79º país a ratificar a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional Mercantis Internacionais. Contudo, a Convenção apenas entrará em vigor em 1 de abril de 2014, tendo em vista seu artigo 99:

Quando um Estado ratificar, aceitar ou aprovar a presente Convenção ou a ela aderir, após o depósito do décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, a Convenção à exceção da Parte excluída, entrará em vigor em relação a este Estado, sob reserva das disposições do parágrafo 6 do presente artigo, no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de 12 meses contado a partir da data do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão¹⁰¹.

Os artigos 49, I da Constituição Federal¹⁰² aponta que o Congresso Nacional possui competência exclusiva para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, devendo o Congresso elaborar Decreto Legislativo (que terá força de lei ordinária), que é o instrumento adequado para referendar e aprovar a decisão do Chefe do Executivo prevista no artigo 84, III da CF/88, o qual colocar que é competência exclusiva do Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel

¹⁰⁰ BRASIL. Decreto nº 538, de 18 de outubro de 2012, Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=246032&norma=265739>. Acesso em: 02 de março de 2014.

¹⁰¹ CONVENÇÃO DE VIENA 1980. VIERA, Iacyr de Aguiar – Tradução. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/iacyr1.pdf>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

¹⁰² BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 de março de 2014.

execução”. Desse modo, inicialmente ocorre a celebração da convenção pelo Presidente da República, para, depois e internamente, o Congresso Nacional decidir sobre a sua viabilidade, conveniência e oportunidade¹⁰³.

3. Os Benefícios da Assinatura da convenção de Viena pelo Brasil

Diante de um mundo extremamente globalizado, onde cada vez mais se implementam as relações internacionais faz-se mister que se preze pela organização e segurança. a necessidade de uniformização de tais relações não é de hoje, tanto que a convenção de Viena é datada do de 1986.

A construção do documento de Viena se pela junção de 15 juristas, de diferentes matrizes jurídicas, que formularam a convenção de modo a torná-la mais ampla possível, e assim abrangendo a diversidade de origens jurídicas de todo mundo. Resume muito bem o espírito da convenção Edgar Munoz e Luiz Gustavo Meira Moser¹⁰⁴:

Em resumo, a CISG é parte do que podemos chamar de uma globalização plural de fontes jurídicas no campo dos contratos de compra e venda. Trata-se de um bom exemplo de uniformidade global de idéias e conceitos capazes de conciliar, não deixando de preservar, diferentes percepções de justiça entre as legislações nacionais. Sob uma perspectiva mais ampla, a CISG é parte de um importante elemento da globalização: o comércio internacional. O comércio é uma forma de vida histórica, tendo efeitos positivos em um nível internacional que perpassam os efeitos econômicos. Exemplo de tais efeitos é a teoria da interdependência – a idéia de que os países que mantém relações comerciais estão menos propensos a entrar em conflito – que tem provado ser verdadeira.

A CISG(sigla em inglês) é específica para regular as relações mercantis, ou seja, as relações comerciais entre países. A sua intenção é trazer segurança jurídica para estas relações e mais, que para os comerciantes é o mais importante, a redução

¹⁰³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.491-492.

¹⁰⁴ MUNOZ, Edgar ; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **A Adesão do Brasil à CISG - Consequências para o Comercio na China e na América Latina**. 2013, p.4. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/emunoz1.pdf>. Acesso em: 04 de março de 2014.

considerável de custos na logística para manter estas relações. Fazendo um exercício de imaginação não é difícil entender, manter uma relação de compra e venda com uma indústria situada na china, por exemplo, existem vários precipícios, o primeiro deles é a língua que faz-se necessária a tradução, em segundo lugar o conflito entre normas de cada país, qual delas dever ser utilizada? e por último a insegurança que os dois fatores citadas geram as partes .

A criação de um instrumento que regule estas relações trás inúmeros benefícios, como já dito anteriormente, e principalmente afasta qualquer dúvida e insegurança que uma relação contratual internacional possa trazer. Manter tais relações com mundos desconhecidos, e sem uma regulação geral, nos leva de volta aos tempos antigos como os de Alexandre "O Grande" e Pedro Álvares Cabral, que corajosamente rumavam para o desconhecido, e aumentando os limites territoriais do mundo conhecido. Muito pertinente a

Trata-se ainda de um documento dotado de total flexibilidade no qual as partes podem escolher que dispositivos da convenção utilizar e quais não utilizar. Também em um caso específico se não entenderem necessária a sua utilização podem afastá-la e regular a relação de forma particular.

Presentes tantos benefícios, o Brasil se atrasou em assinar a convenção, não se sabe ao certo os motivos que levaram a protelar este momento, mas muitos ganham com Brasil fora da convenção, sejam eles advogados, tradutores e empresas do ramo de exportação e importação, enfim este pode ser um dos motivos para o brasileiro em ser signatário. Mas a partir do dia 1 de abril de 2014, o Brasil vai começar a experimentar esta nova realidade e regular de forma mais segura e tranqüila com seus principais parceiros comerciais como China, Países da América latina, entre outros que também já são signatários da convenção. Será um momento de inicio e, portanto de análises quanto às reações sofrera o Brasil em suas relações comerciais, diante desta nova realidade.

4. Convenção de Viena: Campo de aplicação e principais objetivos

Visto os objetivos gerais da convenção de Viena para compra e venda internacional de mercadorias, importante nos parece conhecer a fundo a lei propriamente dita, que entrará em vigor no Brasil dia 1º de Abril de 2014, após um

ano de *vacatio legis*, cotados a partir da emissão da carta de retificação do Brasil as Nações Unidas em março de 2013. Tendo em vista a relevância de tal assunto, trataremos nesse tópico dos principais pontos abordados na letra da lei.

A convenção de Viena dispõe de 101 artigos responsáveis por reger os contratos internacionais de compra e venda, observando a formação e interpretação, bem como dispositivos que amparam as partes ao tratar das obrigações destas, e das possíveis ações em caso de descumprimento contratual. A lei vem estruturada em quatro partes versando sobre temas distintos a serem expostos mais a frente.

Primeiramente é importante destacar que a convenção é totalmente fundada na autonomia de vontade das partes, ou seja, as partes dispõem de total liberdade contratual para regular suas obrigações e direitos da forma que lhes for mais conveniente. Desse modo, costuma-se dizer que a convenção pauta-se no princípio da boa-fé contratual, devendo prevalecer durante todo o contrato.

A grande repercussão da lei é justificada em dois pontos importantes. O primeiro diz respeito ao número de países que aderiram à convenção, e o segundo refere-se ao grande número de relações contratuais de compra e venda de mercadorias, que são reguladas pela lei. Trazendo números concretos, é possível destacar que mais de 90% do comércio mundial já aderiu à convenção de Viena. Daí a justificativa para os benefícios jurídicos e econômicos que a lei trará para o Brasil.

De forma geral a lei aponta vários pontos benéficos aos contratos por ela regidos como, por exemplo; a segurança jurídica dos contratos, que implica na unicidade de interpretação; a quebra de barreiras culturais e a diminuição de custos. Com base nesses pontos, chega-se a conclusão de que o principal objetivo da lei é tornar única, a legislação que rege os contratos internacionais mercantis.

Para elaborar uma legislação em diversos juristas de países e conseqüentemente culturas diferentes, na busca por um único conceito de contrato.

A primeira parte da lei, que abarca do art. 1 ao 13, dispõe sobre o campo de aplicação e disposições gerais. Como nós já sabemos, o grande foco da lei é a internacionalidade dos contratos mercantis, tal conceito é retratado no art. 1º ao dispor que: “Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de

mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos”

105

Sobre a definição de mercadoria, a convenção não determina um conceito propriamente dito, porém o seu art. 2º traz uma lista de vendas que não são abrangidas por ela. Dessa forma descreve o art. 2º que:

Esta Convenção não se aplicará às vendas: (a) de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber que as mercadorias são adquiridas para tal uso; (b) em hasta pública; (c) em execução judicial; (d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; (e) de navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves; (f) de eletricidade¹⁰⁶.

O art.3º da lei preleciona que os contratos cuja parte que encomendar a mercadoria, tiver que fornecer em parte ou toda mão de obra necessária para produção da mercadoria, não é regulada pela convenção de Viena.

Através do art. 6º desta convenção, podemos destacar outro principio que deve estar presente no objeto da lei, que é o principio da autonomia de vontade das partes, ou seja, as partes são livres para excluir em todo ou em parte, dispositivos inerentes a lei. Nota-se por tanto que a convenção é um sistema

Visto algumas considerações sobre o tema da parte I da lei, que trata do campo de aplicação e disposições gerais, passaremos a fazer algumas considerações sobre a parte II que versa sobre a formação dos contratos. A parte II da convenção de Viena trata do modelo de proposta e aceitação, os dispositivos do art. 14 ao art.17 regulam as propostas, enquanto s dispostos que vai do art.18 ao 22 regulam a aceitação. Desse modo a convenção traz algumas respostas inerentes aos moldes do contrato, como por exemplo, questionamentos sobre o momento de conclusão do contrato e revogabilidade das propostas.

¹⁰⁵ **Art 1º da CISG:** Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos: I-Quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou II- quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.

¹⁰⁶ CONVENÇÃO DE VIENA 1980. VIERA, Iacyr de Aguiar – Tradução. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/iacyr1.pdf>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

A parte III da convenção de Viena é considerada como uma das mais importantes, por contar com 60 dos 101 artigos previstos na lei. Tais artigos subdividem-se em cinco capítulos divididos em: Disposições gerais, obrigação do vendedor, obrigação do comprador, transferência do risco e obrigações comuns as partes.

Por fim, a parte IV da convenção, trata das disposições finais, previstas em três artigos, dispondo sobre o período de entrada em vigor, aplicação e produção de denuncia e seus efeitos.

5. Considerações Finais

Como explicado anteriormente, a convenção de Viena não é tão jovem, já há alguns anos em atividade vem trazendo inúmeros benefícios aos signatários. Suas experiências nos levam a prever um futuro muito positivo para os negócios internacionais brasileiros. A convenção de Viena foi produzida com muito cuidado, de modo a não ferir a ordem pública de cada país e não entrar em choque com as mais diversas formas de cultura. Sua intenção era proteger o comércio, para que ele fosse fomentado, gerando riquezas de forma geral.

O Brasil tem um grande potencial econômico, faz parte de um grupo de países chamado BRIC's (Brasil, Rússia, Índia e China), que estão em ascensão, ou seja, que têm grandes possibilidades de crescimento. O Brasil nos últimos anos teve uma queda no seu crescimento econômico, ele não manteve aquilo que se esperava com relação à economia. A CISG pode aumentar os parceiros comerciais brasileiros e facilitar ainda mais as parcerias já consolidadas, aumentando ainda mais o comércio externo brasileiro. Não que a assinatura da convenção vá transformar o Brasil em potência mundial do dia para a noite, mas ela pode sim ajudar e muito o fomento a esse ramo.

E do ponto de vista jurídico, deve se discutir e analisar as consequências que a entrada desse documento no nosso ordenamento possa trazer. Possíveis conflitos, não são raros, mesmo com todo o cuidado que se tenha tomado. Fazer um documento que tenha por intenção abranger o maior número possível de países no mundo não é tarefa fácil. Criar regras para reger os contratos internacionais é fundamental para segurança das relações, tornando-as tão simples quanto uma

relação interna. É preciso ficar atento para resultados obtidos pelo Brasil nesse momento inicial de assinatura da convenção, tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico. Não se deve esquecer que a convenção não vincula obrigatoriamente as partes, mas dá a cada ente a possibilidade de utilizar-se ou não da convenção. Por isso é interessante que se observe como vai se apresentar o acolhimento dos brasileiros quanto a utilização da convenção. E nesse início em que incertezas possam ser permear a convenção, se faz de extrema importância a participação dos juristas para dirimir dúvidas e fomentar a utilização da convenção.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádía de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Decreto nº 538, de 18 de outubro de 2012, Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=246032&norma=265739>

CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Contratos internacionais: teoria e prática**, São Paulo: Atlas, 2009.

CONVENÇÃO DE VIENA 1980. VIERA, Iacyr de Aguiar – Tradução. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/iacyr1.pdf>.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ONUBr. Brasil adere à Convenção da ONU sobre contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. 2013. Disponível em: <http://www.onu.org.br/brasil-adere-a-convencao-da-onu-sobre-contratos-internacionais-de-compra-e-venda-de-mercadorias/>.

MUNOZ, Edgardo e MOSER, Luiz Gustavo Meira. **A adesão do Brasil à CISG – Consequências para o comércio da China e da América Latina**. Globalization versus Regionalization: 4th Annual MAA Schlechtriem CISG Conference, 2013.

BENETI, Ana Carolina. **Brasil e a Vigência em 2014 da Convenção de Viena das Nações Unidas de 1980 sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Biblioteca Informa, nº 22898. São Paulo, 2014.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE PLÁGIO NO MEIO ACADÊMICO

Áchella Ednêz Inojosa de Oliveira¹⁰⁷
Rafael Dorgival Alves Fonsêca Neto¹⁰⁸
Wendel Alves Sales Macêdo¹⁰⁹
Francisca Regiane de Souza¹¹⁰

Resumo: O trabalho tem por objetivo identificar o modo como o ordenamento jurídico brasileiro responsabiliza civilmente o indivíduo acusado de plágio no meio acadêmico. Parte da premissa de que todo indivíduo é dotado de capacidade intelectual, que às vezes necessita ser trabalhada. Que antes de pensar em recriar, é preciso pensar em produzir conhecimento. O ramo do Direito brasileiro que protege as “criações do espírito” é o Direito Autoral e são flagrantes os casos de desrespeito aos Direitos do Autor no país, de modo que se faz necessário combater pelos meios adequados o plágio, especialmente o plágio acadêmico e definir a responsabilidade civil daquele que utiliza os direitos de outro como se fossem seus. O estudo possui caráter essencialmente bibliográfico. É de abordagem dedutiva, pois primeiramente se trabalham noções acerca dos direitos autorais para, em seguida, adentrar à sua violação através do plágio acadêmico, apresentar possíveis formas de coibir a prática e, por fim, se trata da obrigação de indenizar. Verifica-se que a responsabilização de fato existe e é premente no Brasil, que o Direito Civil e a Lei de Direitos Autorais atuam lado a lado na proteção dos direitos do autor, tudo à luz da interpretação constitucional.

Palavras-chave: Direitos Autorais; Plágio; Responsabilidade Civil; Interpretação Constitucional.

Abstract: The work is aimed at identifying oppose the way the Brazilian legal system civilly liable the individual accused of plagiarism in academia. Assumes that every individual is endowed with intellectual capacity, which sometimes needs

¹⁰⁷ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.
E-mail: achellapinajosa@hotmail.com

¹⁰⁸ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG.
E-mail: faelcz@hotmail.com

¹⁰⁹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG.
E-mail: wendel_direito@hotmail.com

¹¹⁰ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.

to be worked. That before thinking about recreating one must focus on producing knowledge. The Brazilian branch of law that protects the "creations of the mind" is the copyright law and are egregious cases of disrespect to the Author Rights in the country, so it is necessary to combat plagiarism by appropriate means, especially academic plagiarism and set civil responsibility of those who use the rights of another as your own. The study has primarily bibliographical. It is a deductive approach, because if they work first notions of copyright for, then enter your violation through academic plagiarism, present possible ways to curb the practice and, finally, it is the obligation to indemnify. It appears that accountability does exist and is compelling in Brazil, the Civil Law and the Copyright Law work hand in hand in protecting the rights of the author, everything in the light of constitutional interpretation.

Keywords: Copyright rights; Plagiarism; Liability; Constitutional Interpretation.

1 INTRODUÇÃO

A evolução do pensamento do homem faz com que constantemente se modifiquem os paradigmas do seu modo de viver e pensar e os seus primeiros reflexos são sentidos na comunicação, fazendo com que essa arte esteja em constante processo de mutação e renovação: o que ontem era inovação, hoje se torna obsoleto.

Além disso, não se pode olvidar que a informação tem sido produzida e divulgada com velocidade cada vez maior. Ela é espalhada de forma massificada e por vezes sensacionalista de modo que uns sejam agradados e outros não, os patrocinadores recebam honra e exaltação em detrimento da maioria que é destinatária.

Uma das nuances de difusão do conhecimento é a produção científica, que em seu conceito atual denota a atividade desenvolvida pelos pesquisadores das mais diversas áreas do conhecimento (professores, estudantes de iniciação científica, cientistas propriamente ditos), derivada de um profundo trabalho de análise prática, bibliográfica, sistemática, das discussões e elaborações constantes dos "sábios" do nosso tempo.

O saber informado pode se confundir ou não com o saber científico e é neste último que reside o objeto deste trabalho, pois, o conhecimento construído nas salas de aula, grupos de pesquisa, graduações e pós-graduações, experiências individuais e coletivas necessita de divulgação e apresentação, mas, não pode perder a sua qualidade, o seu rigor técnico, a sua perfeição.

Recorde-se que a produção do conhecimento é uma tarefa primordial dos meios acadêmicos, sabe-se que na Idade Média ao redor das igrejas e universidades surgiram as grandes cidades e desenvolveram-se campos de comércio, cultura e difusão do saber.

Entretanto, não raramente, os acadêmicos dos diversos cursos oferecidos nas quase duas mil e quinhentas Instituições de Ensino Superior nacionais, públicas e privadas (BRASIL, 2010, p. 41) por não serem incentivados desde os primeiros períodos ou anos da sua formação a pesquisar, produzir, escrever e publicar suas experiências, vêm-se impelidos a simplesmente copiar aquilo que outros já disseram, chegando a cometer uma série de abusos contra os direitos autorais dos verdadeiros estudiosos e escritores que configuram plágio.

Diante dessas nuances, é necessário analisar as interferências do saber que ora é produzido nas casas do saber e também por parte dos estudantes que são chamados a cada período de estudos a responder positivamente ao conjunto de noções transferidas por seus mestres de modo que se tornem agentes capazes de um posicionamento crítico e inovador, não sejam meros reprodutores daquilo que os grandes e pequenos pensadores anteriores a eles já disseram.

O presente trabalho possui como objetivo compreender o direito autoral e a sua proteção pelo ordenamento jurídico de modo que se possa verificar a possibilidade de responsabilização civil do universitário que cometer plágio nos seus trabalhos acadêmicos. Para tanto, lançou-se mão do método de abordagem dedutivo, partindo-se de dados gerais para os específicos sobre a temática em estudo, analisando a realidade atual da proteção aos direitos autorais e da proibição criminal do plágio. Como métodos de procedimento utilizaram-se os métodos descritivo, histórico e monográfico e as técnicas de pesquisa são da pesquisa explicativa e da pesquisa bibliográfica, trabalhando assim com documentação indireta, como legislação, artigos científicos, dentre outros.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO AUTORAL

As mãos que se dignam de escrever o que à consciência se traduz, antes de corajosas, pois tantas vezes soltam a imaginação sem medo de limites à atividade criadora, merecem ter sua identidade e direitos preservados.

Parafraseando Clarice Lispector, em sua crônica intitulada Não soltar os cavalos “(...) uma vez escrevi: “é preciso não ter medo de criar”. Por que o medo?” Um texto bem redigido exige competência do autor, bem como amparo em rica bibliografia. Eis que pronunciadas aquelas palavras não será o mesmo homem a dizê-las, mas alguém que imita oferecendo créditos ao autor. Diferente daquele que para sua glória, afirma que são suas as mesmas palavras. Nisto está o erro crucial, em pensar que é possível sofrer o que o outro sofreu para dar à luz a uma ideia. De fato, só quem é autor da própria história compreende o que isso significa.

Lispector, mito da literatura brasileira, possuía um modo peculiar de lidar com as palavras, intuitivo, que direcionava a criatividade. O espírito humano livre cria, consequência natural da inteligência humana atrelada ao que o indivíduo absorve dos diversos meios a que tem acesso. Um homem simples do campo, por exemplo, através da observação da natureza pode conceber uma nova forma de cultivo de determinada plantação. Do mesmo modo, um compositor, um escritor ou cientista, cada um em seu território, por meio de impressões absorvidas, observações, pesquisa e dotados do manejo necessário realizam grandes proezas.

A ideia de criatividade está atrelada a de usufruir do produto da mesma, o que é bastante razoável tendo em vista o que foi despendido para que determinada música surgisse, por exemplo. É comum, no entanto, que ao invés de demandar tempo e esforço para atingir determinado fim, as pessoas esperem soluções prontas para questões intransponíveis sem envolvimento próprio e acabem por incorrer em comportamento impróprio e até mesmo ilícito.

O Direito surge da necessidade de regular certas condutas, de discipliná-las e em decorrência disto é que se busca resguardar os interesses do autor, justamente por serem estes suscetíveis de desrespeito. Nesse sentido, fala-se em Direito Autoral. Fábio Ulhoa Coelho (2012) traz um conceito “à altura do desafio” para os Direitos Autorais. É com amparo nele que foram redigidos os parágrafos seguintes.

O Direito Autoral é ramo do Direito Privado, resultado da divisão da Propriedade Intelectual em Propriedade Industrial e Direitos Autorais, que visa preservar os bens intelectuais daquele que os produziu, os direitos de autor de obra literária, artística, científica, os que lhe são conexos e os programas de computador.

Direitos conexos aos direitos de autor e que, portanto, recebem a mesma proteção são os direitos de artistas, intérpretes e executantes, os de produtores de fonograma e o das empresas de radiodifusão. Já aquele que cria programa de computador é atingido, por exemplo, pela mesma proteção que um poeta ou um cientista, todavia, está sujeito à lei 9.609/98 para o tratamento de questões específicas, como o prazo de duração de seus direitos que é de 50 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente à publicação do programa ou, se esta não ocorrer, de sua criação.

Com relação ao prazo de duração desses direitos no Brasil, em regra duram por toda a vida do autor e ainda por mais 70 anos, contados da data de 1º de janeiro do ano subsequente ao do seu falecimento. Após isto as obras caem em domínio público. Em decorrência de assuntos como este se costuma afirmar em debates envolvendo filosofia jurídica que a morte não é o fim para o Direito.

Vale ressaltar que sobre sua obra o autor possui direitos morais e patrimoniais. Os direitos morais são intrínsecos ao autor, considerados espécie de seus direitos da personalidade, indisponíveis. Isto implica dizer que o autor não pode transferi-los a outro. Diferente dos direitos patrimoniais que estão ligados à exploração econômica da criação e podem ser transmitidos a outro por meio de contrato ou através do falecimento do autor.

Pedro Paranaguá e Sérgio Branco (2009), quanto ao reconhecimento dos Direitos Autorais ao longo do tempo, apresentam importantes elucidações. Por sua pertinência, elas compõem os dois parágrafos que se seguem.

O Direito Autoral surgiu em Roma e na Grécia, mas naquela época não se protegiam os direitos do autor, de modo que alguns até comercializavam suas criações, o que hoje em dia é vedado. Apesar das forças que estiveram por trás da evolução no tratamento dos direitos autorais, sabe-se que a partir da Revolução Francesa eles ganharam ampla regulação. Foi com este intuito que em 1886, na

cidade Berna, Suíça, reuniram-se representantes de vários países para realizar a Convenção de Berna.

No âmbito nacional, a Constituição de 1891 foi a primeira a garantir os direitos autorais. Estes compõem a Constituição Federal de 1988 que, por sua vez, é fundamental para a aplicação da lei específica que trata da matéria (Lei 9.610/98), visto ser necessária, em alguns casos, a interpretação constitucional da lei dada a sua insuficiência.

A Constituição Brasileira de 1988 faz alusão ao direito autoral em seu art. 5º, XXVII e XXVIII:

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:

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

Note-se que no inciso XXVII, a Constituição refere-se aos direitos de utilização, publicação ou reprodução das obras como transmissíveis aos herdeiros. Como comentado, os direitos patrimoniais do autor são transmissíveis. No caso, pelo falecimento do mesmo, de modo que os seus herdeiros dispõem do prazo de 70 anos para procederem com a utilização.

A Lei de Direitos Autorais cuida das “regras específicas do jogo” em matéria de Direito Autoral no Brasil. Seu art. 7º dispõe de modo claro que obras são objeto dessa proteção. No momento, importa saber:

Art.7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I – os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

A lei protege as “criações do espírito” expressas, ou seja, aquilo que se cria e permanece distante dos olhos alheios não é passível de proteção, mesmo que para o indivíduo aconteça a violação aos seus direitos de autor.

Apesar do reconhecimento por que passou o Direito Autoral, são flagrantes os casos de desrespeito. E acontece dos mais diversos modos, um exemplo é a comercialização da pesquisa científica, quando o estudante de graduação “compra” o trabalho de conclusão de curso, por exemplo, que é o caso mais comum, a dissertação, requisito para conclusão de mestrado, entre outros. Existem sites especializados no meio virtual que disponibilizam esse tipo de serviço dando a entender que é uma atividade como outra qualquer, de caráter educacional.

O Direito Autoral se relaciona com outros temas, como se verá adiante. Para agora, nota-se que escrever sobre o assunto é ato corajoso e que exige humildade por parte de quem escreve. É adentrar em terreno recém construído, permeado de muitas dúvidas.

3 VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS ATRAVÉS DO PLAGIO

A violação dos direitos de autor abrange diversas modalidades. O plágio é uma delas, um exemplo de profundo desprezo da capacidade intelectual do outro. É a prática de utilizar-se, no todo ou em parte, de texto, composição musical, obra literária de outro como se fosse daquele que os utiliza. E não somente. Por vezes, se utiliza a ideia original de outro. Neste caso, é preciso esclarecer que não se protege a ideia em si, senão a forma como é transmitida. Isto é o que se apreende da leitura da Lei 9.610/98 (LDA).

A cópia criminosa acontece independentemente de o indivíduo buscar auferir vantagem patrimonial ou simplesmente fama com a divulgação, publicação do conteúdo e resta compreendido que está presente o elemento dolo, ou seja, há a intenção de reproduzir, por exemplo, livro alheio.

É recorrente a afirmação de que nada se cria, de que hoje o indivíduo se resume a dar nova roupagem, fazer a releitura de uma música, de uma obra literária. A capacidade de criar, todavia, não se esgota. O indivíduo que analisa o estado da arte por meio de um artigo científico, em decorrência da análise terá que expor opiniões, talvez ideias próprias. O que não se permite é a reprodução, a ausência de originalidade, dos traços característicos do autor naquilo que ele concebe.

O Diploma Penal Brasileiro, em seu Art. 184, dispõe:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa

§ 1.º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa

§ 2.º Na mesma pena do § 1.º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

Plágio é crime, punível no âmbito penal e passível de indenização no âmbito cível, além de outras medidas estabelecidas na Lei de Direitos Autorais (LDA). Também pode ser discutido através dos meios alternativos de solução de conflitos, modo mais célere de resolver conflitos que vem conquistando espaço no mundo jurídico.

Há uma subversão de valores no meio intelectual, que o afeta, inclusive, de dentro para fora. É a notícia de que renomados pesquisadores se utilizam de trabalhos alheios como se fossem seus e chegam ao pódio como se fossem

merecedores de prestígio. É cada vez mais difícil enxergar na multidão um indivíduo que se sobressaia pelo conjunto das expressões de seu caráter.

É, em linhas gerais, uma prática em demasia nociva tanto para quem podendo produzir conhecimento, resolve “copiar” de outra pessoa quanto para quem sofre o plágio. Isto sem incluir os terceiros envolvidos, como os editores de livros ou a universidade no caso do plágio acadêmico. Não é possível oferecer proporções para o aborrecimento por que passa o indivíduo ao descobrir que alguém está sendo premiado, por exemplo, com sua obra, fruto de sua aptidão intelectual, por sua vez, adquirida com esforço.

Dito isso, em respeito ao objetivo do debate, é necessário delinear o plágio no ambiente acadêmico.

3.1 Plágio em produção acadêmico-científica

Não são raras as vezes que o professor se depara com a atitude do aluno que ao entregar um trabalho acadêmico simplesmente o faz por meio das produções já divulgadas, fruto do esforço de terceiros que disponibilizam suas produções como fontes para pesquisa, há uso das ferramentas “copiar” e “colar” da internet, demonstração expressa de uma conduta antiética e contrária à moral.

Sabe-se que para escrever um bom texto é necessário, primeiramente, delimitar o campo de estudo para, em seguida, pesquisar sobre o tema. Para tanto, existem espécies de pesquisa, por exemplo, a bibliográfica. A pesquisa permite ao escritor aprender sobre o que pretende abordar. É, portanto, fundamental. Acredita-se que a partir dessa seqüência é possível a adequada concatenação de ideias a fim de trazer aquilo que é manifestação do espírito independente à folha de papel.

O diálogo entre as partes do texto, bem como de cada uma delas com o todo, envolve justamente um projeto anterior, onde se estabelecem, por exemplo, problema de pesquisa, justificativa para a escolha do tema, quais autores serão estudados e o tempo necessário para proceder com o estudo.

A Prof.^a Dra. Marta Lígia Pomim Valentim, em palestra realizada pelo Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (USP), a que se faz referência para os parágrafos seguintes, sobre plágio em publicações científicas deixou claro o modo como este costuma incidir no meio acadêmico.

O plágio acadêmico se dá quando o indivíduo incorre em qualquer desses casos: Indicar a fonte, sem autorização do autor (a autorização não se verifica na prática), transformar trabalho de outro em seu trabalho, se utilizar de uma ideia identificada na obra, alterar a obra com o intuito de realizar mais de uma publicação, utilizar as mesmas palavras do autor original, dizer com suas próprias palavras o que o outro disse sem citar a fonte.

Há ainda o autoplágio, que consiste, por exemplo, em utilizar trechos de artigos próprios feitos anos atrás para compor um livro inédito. Ora, é preciso citar a si mesmo. Ocorre também o autoplágio se o acadêmico publicar o mesmo pôster, o mesmo trabalho em vários congressos.

3.1.1 Como combater?

Da mesma forma que a universidade costuma cobrar do aluno que ele produza textos científicos de qualidade, se espera uma postura condizente por parte da universidade no sentido de zelar pelos direitos do autor. Para tanto, a academia precisa estabelecer regras específicas e claras para a publicação de trabalhos por parte de seus alunos. Este é um primeiro ponto.

Além disso, precisa coibir a prática do plágio acadêmico no âmbito da instituição. Isso exige comprometimento ético por parte de todo o corpo docente da academia que, em geral, avalia os trabalhos desenvolvimentos pelos universitários. A avaliação, por sua vez, pode abranger não somente o texto escrito em si, de onde já é possível identificar indícios de plágio, mas a forma como é apresentado pelo estudante.

O orientador conhece o aluno até mesmo por suas produções científicas anteriores, elas apontam a linguagem, o modo de disposição das palavras, o nível intelectual do orientando.

Foucault, reconhecendo o discurso, explica:

Enfim, o nome do autor funciona para caracterizar um certo modo de ser do discurso: para um dis-[p.273]curso, o fato de haver um nome de autor, o fato de que se possa dizer "isso foi escrito por tal pessoa", ou "tal pessoa é o autor disso", indica que esse discurso não é uma palavra cotidiana, indiferente, uma palavra que se afasta, que flutua e passa,

uma palavra imediatamente consumível, mas que se trata de uma palavra que deve ser recebida de uma certa maneira e que deve, em uma dada cultura, receber um certo status. (2006, p. 9).

Fazendo uma conexão entre as palavras de Michel Foucault acima referidas e a ideia de que o estudante, entendido como autor, permeia seu texto científico, seu discurso de atributos de seu intelecto, de sua razão que lhe são próprios, ninguém mais os possuindo, entende-se que o discurso não parte de um lugar comum e por isso é dada ao autor certa credibilidade.

Em outro viés, fala-se em comercialização da pesquisa, pois como se sabe existem na internet sites especializados em produzir trabalhos científicos de origem duvidosa, por óbvio. Não é possível mensurar o quanto eles são prejudiciais ao desenvolvimento da pesquisa científica no Brasil. Neste caso, espera-se do Poder Legislativo a devida atenção para com esses tipos de afronta ao Direito Autoral no país no sentido de reforçar a tutela aos direitos do autor.

Algumas ações afirmativas podem ser notadas no âmbito das Universidades Federais a exemplo da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG que, conforme Afonso Jr (2012, p. 1) autoriza na graduação aos professores que encontram sinais de cópia em um trabalho acadêmico o direito de conferir nota zero, mas não podem reprovar o aluno diretamente, entretanto, encontram um óbice que o direito ao “exame especial”, última oportunidade de obter o mínimo de pontos para se concluir uma disciplina na universidade. Também há professores que optam por advertir verbalmente os alunos que cometem esse tipo de irregularidade, cancelando seus trabalhos e fazendo dessa situação uma oportunidade para se aplicar uma “discussão ética, jurídica e de responsabilidade com o trabalho intelectual”, benéfica para todos os alunos em sala de aula.

4 A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Se uma pessoa causar um dano a outra, deve repará-lo de acordo com a extensão do dano (Art.940, CC/02).

O Direito de autor, conforme visto, é um Direito Fundamental que deve ser respeitado. Este direito é tutelado pela Constituição da República Federativa do

Brasil de 1988, pelo Código Civil (Lei nº 10.406/02) e pela Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98).

A interpretação que deve ser feita para analisar a Lei de Direitos Autorais é restritiva, onde o intérprete se atém à mencionada lei e ao Código Civil, tudo em conformidade com a Constituição Federal de 1988.

A responsabilidade civil decorrente do plágio é a que viola um direito previsto em um dos três dispositivos mencionados. Desse modo, aquele que viola comete um ato ilícito com previsão legal (Arts. 186 e 187 do Código Civil), devendo, pois, acontecer a reparação segundo o artigo 927, do Diploma Civil.

O artigo 186 do Código Civil descreve que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O artigo 187 do mesmo código expõe que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O artigo 927, por sua vez, menciona que “aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Ressalva-se que, na análise de um caso concreto, a primeira a ser analisada é a Constituição, em seguida a Lei de Direitos Autorais à luz da Constituição Federal e depois o Atual Código Civil. Esta análise deve ser feita sistematicamente, com a pesquisa a todas as fontes disponíveis do Direito Brasileiro, especialmente a jurisprudência.

CONCLUSÕES

Diante dos materiais coletados é possível verificar que há em cada ser uma capacidade criativa, um potencial não utilizado que necessita de trabalho e lapidação. A ideia de criatividade, como destacamos, está atrelada à de usufruir do produto da mesma, o que é bastante razoável tendo em vista o que foi despendido para que determinada obra fosse construída. Contudo, é latente a declaração que muitos ao invés de demandar tempo e esforço para atingir determinado fim, esperam soluções prontas para questões próprias e passíveis de resolução, sem

envolvimento próprio e acabem por incorrer em comportamento inconveniente e até mesmo ilícito.

Por isso, o Estado não pode se furtar da responsabilização daqueles que se apropriam ilicitamente da produção de outrem que gastou tempo, sangue, suor, material para produzir algo de qualidade e que ao final se vê tolhido do sagrado direito de usar, gozar e dispor daquilo que é propriedade sua.

O próprio senso comum enraizou a noção de que quem comete um ato abusivo contra os bens materiais ou imateriais de outrem deve assumir as consequências, deve ser tão capaz de assumir o dano causado como foi de utilizar levemente as palavras ou realizar as atitudes contrárias à ordem e a harmonia social. Diante desse quadro, o legislador ao longo do tempo foi capaz de abarcar essas interfaces da vida comunitária e normatizar a necessidade de retorno da parte lesada ao seu estado anterior ou *status quo ante* através de uma reparação.

O universitário enquanto sujeito do direito humano, fundamental, consagrado, inalienável da educação que lhe confere todo o ordenamento jurídico brasileiro deve fazer valer todos os investimentos da sociedade para sua formação e muitas vezes o seu próprio investimento. O mínimo que se espera dele é uma conduta ética e pautada na honestidade e na moralidade, pois, como desejar uma sociedade justa, igualitária e solidária quando na atitude do cotidiano formativo não se trabalha com a verdade?

A massa pensante deste país está em plena formação e como tal deve primar pelas oportunidades recebidas, caso contrário, por força da ilicitude cometida, merecerá sofrer os rigores da sanção seja ela de natureza administrativa, cível ou penal. É preciso formar cientistas, multiplicadores do conhecimento e não meros copiadore e usurpadores do saber produzido mediante o esforço do outro.

REFERÊNCIAS

- AFONSO JUNIOR, Delfim. Comentários sobre o Plágio na UFMG. *in* RODRIGUES, Roberto *et al.* **Plágio acadêmico: ignorância, má fé ou problema estrutural?** [s.i.], 2012. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/cedecom/labcon/formato/materias/plagio-academico-ignorancia-ma-fe-ou-problema-estrutural/>> Acesso em: 10 mar. 2014.
- BRASIL, Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 67/2010, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994.** 34. Ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011.
- _____. Ministério da Cultura. **LDA – Lei nº 9610/98, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília: MINC, 1998.
- _____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 de março de 2014.
- _____. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 de março de 2014.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, volume 4: direito das coisas, direito autoral.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FOUCAULT, Michel. O que é um autor? In: **Ditos e escritos III – Estética: Literatura e Pintura, Música e Cinema.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. pp. 264-298.
- LISPECTOR, Clarice. **Para não esquecer.** Edição integral. São Paulo: Círculo do Livro S.A., 1980.
- PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E DO CÓDIGO CIVIL

Wendel Alves Sales Macêdo¹¹¹

Resumo: O presente artigo científico expõe informações e argumentos fundamentais sobre a responsabilidade civil do Estado. A responsabilidade civil objetiva do Estado está regulamentada no artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição da Republica Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, denominada de Constituição Cidadã e está também disciplinada no artigo 43, do Código Civil, de 2002. O objetivo do trabalho é oferecer acepções e fundamentações simples, práticos e sistemáticos para que o leitor tenha uma visão genérica a respeito da responsabilidade civil do Estado. A metodologia é com base nos seguintes métodos: o dedutivo, o informativo, o explicativo e o qualificativo em que a fundamentação é através da análise da Constituição Cidadã com o Código Civil e com diversas Doutrinas interligadas ao assunto. A justificativa é no sentido de que o Estado oferece várias prestações públicas na representação dos seus agentes públicos, que devem respeitar a Constituição Cidadã, o Código Civil e as outras fontes do Direito com vista em evitar o dano a outrem. Portanto, o Estado responde objetivamente pelo comportamento cometido no exercício público na qual a vítima deve provar a conduta do agente público, nexos de causalidade e o dano. Tratando-se de omissão do Estado a responsabilidade é subjetiva em que a vítima necessita provar os requisitos aludidos (conduta do agente, nexos e dano) e a culpabilidade (dolo ou culpa do agente público).

Palavras-chave: Código Civil; Constituição Cidadã; Responsabilidade Civil do Estado.

Abstract: This paper exposes key information and arguments about the responsibility of the State as government. The objective responsibility of the State is disposed by Article 37, paragraph sixth, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, from October 5, 1988, called Citizen Constitution and is also governed by Article 43 of the Civil Code, from 2002. This paper's aim is to provide

¹¹¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG.
E-mail: wendel_direito@hotmail.com

renderings and simple, practical and systematic concepts so that the reader may have a general view about the responsibility of the State. The methodology is based on the following methods: deductive, informative, explanatory and qualifying in which the reasoning is by analyzing the Citizen Constitution to the Civil Code and with different doctrines related to the subject. The justification is the effect that the State provides various public services in the represented by its public workers, they should respect the Citizen Constitution, the Civil Code and other sources of law in order to prevent harm to others. Therefore, the State responds objectively the conduct committed in public exercise in which the victim must prove the conduct of the public official, causation and damages. In case of negligence of the State, the responsibility is subjective in which the victim needs to prove the requirements alluded to (the agent's conduct, nexus and damage) and guilt (intent or fault of the public agent).

Keywords: Civil Code; Citizen Constitution; Liability of the State.

1 INTRODUÇÃO

O artigo científico apresenta os assuntos fundamentais da responsabilidade civil do Estado em que parte da história da mencionada responsabilidade e termina com a prescrição da Ação de Indenização (ou também denominada de Ação de Reparação de Dano).

O objetivo do trabalho é oferecer definições e fundamentações simples, objetivas e sistemáticas para que o leitor tenha uma visão geral a respeito da responsabilidade civil do Estado.

A metodologia é com base nos métodos: dedutivo, informativo, explicativo e qualificativo. A fundamentação é por meio da análise da Constituição Cidadã com o Código Civil e com diversas Doutrinas relativas ao tema.

A justificativa é no sentido de que o Estado presta diversas atividades públicas na representação dos seus agentes públicos, que devem respeitar a Constituição Cidadã, o Código Civil e as outras fontes do Direito com vista em evitar o dano a outrem.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 Breve História da Responsabilidade Civil do Estado

Inicialmente, a análise história da responsabilidade civil do Estado é composta por fases que se inicia com a total irresponsabilidade do Estado e termina com a responsabilidade objetiva estatal, que neste caso não é analisado a culpabilidade.

Conforme Gonçalves (2012, p. 169):

A responsabilidade civil do Estado é considerada, hoje, matéria de direito constitucional e de direito administrativo. Em sua evolução, podemos observar que, nos primórdios, subsistia o princípio da irresponsabilidade absoluta do Estado (The King can do no wrong). Após passar por vários estágios, atingiu o da responsabilidade objetiva, consignada no texto constitucional em vigor, que independe da noção de culpa.

O Estado, no início, era irresponsável absolutamente pela prática dos seus atos. Com a evolução normativa e doutrinária, atualmente, o Estado é responsável objetivamente pela realização dos seus serviços públicos.

O assunto “a responsabilidade civil do Estado” pode ser estudado: no Direito Constitucional, no Direito Administrativo e/ou no Direito Civil. Todos esses estudos devem ser realizados à luz da Constituição Cidadã, de 1988, e do Código Civil, de 2002.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 186):

‘The king can do no wrong’ (‘O Rei nada faz de errado’).

Esse brocardo inglês é a máxima que regeu longo período do percurso histórico das sociedades políticas estatais, recusando-se a possibilidade de responsabilização do Estado como reflexo do predomínio da teoria divina e sobrenatural do Poder.

A expressão “o Rei nada faz de errado” era o principal fundamento para a irresponsabilidade do Estado. Isso aconteceu, porque o rei era visto pelo povo como uma pessoa divina e sobrenatural em que detinha poder supremo.

2.2 Conceito de Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado consiste na reparação do dano por parte dos Entes Federativos (União, Estados, Distrito Federal e/ou Município) a uma pessoa. Dessa forma, a Administração Pública responde pelo dano causado a um terceiro.

Venoza (2007, p. 89):

Sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, da Administração em geral, estudamos a evolução histórica até o conceito constitucional atual (art. 37, § 6º, da Constituição de 1988) e a adoção da teoria do risco administrativo. Ver, a respeito, o que dissemos em nosso Direito civil: parte geral (Capítulo 14). Em síntese, como regra geral, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público não depende da prova de culpa, exigindo apenas a realidade do prejuízo, a autoria e o nexos causal. Resta em aberto a discussão se a regra constitucional da responsabilidade objetiva se aplica unicamente aos atos comissivos da Administração, pois há corrente que sustenta que os atos omissivos do Estado e seus agentes ficam, em princípio, no campo da responsabilidade subjetiva.

Em regra, com embasamento na Constituição da República Federativa do Brasil, a teoria adotada a responsabilidade civil objetiva do Estado é a teoria do risco administrativo, que não analisa o dolo ou a culpa do agente. Porém a casos específicos que são adotadas outras teorias, conforme irá ser explicado mais adiante.

Para Diniz (2007, p. 613):

Neste item examinaremos a questão da responsabilidade civil aquiliana do Estado, ou melhor, das pessoas jurídicas de direito público, que, na lição de Celso Antônio de Bandeira Mello, é, sem dúvida, no caso de atos ilícitos (comissivos ou omissivos) uma consequência do princípio da legalidade, sendo que, na hipótese de comportamentos ilícitos comissivos, também o será do princípio da isonomia ou da igualdade de todos perante a lei e, na de atos lícitos e na de danos ligados a situação criada pelo Poder Público (mesmo que o autor do prejuízo não tenha

sido o Estado), do princípio da igualdade, pois o fundamento daquela responsabilidade é a garantia de uma equânime repartição dos ônus resultantes do evento danoso, evitando que uns suportem prejuízos oriundos de atividades desempenhadas em prol da coletividade.

A responsabilidade civil aquiliana do Estado tem por embasamento alguns princípios do Direito Administrativo, sendo, a priori: a legalidade e a igualdade perante a lei, conforme orientação de Celso Antônio de Bandeira de Mello e Maria Helena Diniz.

Caso o agente público não respeite os princípios da administração pública, ele cometerá um ato ilícito e um ato de improbidade administrativa. O ato ilícito está previsto nos artigos 186 e 187, do Código Civil. Já o ato ímprobo está disciplinado no artigo 11, da Lei 8.429, de 1992.

Diniz (2007, p. 613) continua mencionando que:

Funda-se a responsabilidade estatal, portanto, no princípio da isonomia, logo, deve haver igual repartição dos encargos públicos entre os cidadãos, pois, se em razão de atividade administrativa somente alguns particulares sofrerem danos especiais e anormais, isto é, que não são comuns da vida social, haveria um desequilíbrio na distribuição dos ônus públicos se somente eles suportassem o peso daquela atividade. Daí a imprescindibilidade de se restabelecer o equilíbrio, ressarcido os lesados à custa dos cofres públicos. Consequentemente, ficará a cargo do Estado a obrigação de indenizar dano acarretado pelo funcionamento do Poder Público, evitando-se que se onerem alguns cidadãos mais do que outros.

Percebe-se que o princípio da isonomia ou também denominado princípio da igualdade perante a lei e o princípio da legalidade são os que estabelecem que o Estado deve prestar os seus serviços públicos para todos com fundamento na lei. Nessa forma, o Estado na representação dos seus agentes públicos deve prestar o exercício público com embasamento na lei e respeitando a isonomia.

Em síntese, se a atuação do agente público causa dano ao cidadão, o Estado (Entes da Administração Pública) detém o dever (obrigação) de reparar o dano.

2.3 Previsão da Responsabilidade Civil do Estado

A priori, é interessante saber que a responsabilidade do Estado é objetiva. A responsabilidade do agente público é Subjetiva. Já a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito priva prestando um serviço público é objetiva e o Estado, neste caso, responde solidariamente.

A previsão constitucional da responsabilidade civil do Estado é o artigo 37, parágrafo sexto, em que determina que:

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

Interpretando-se o dispositivo mencionado, a regra é aplicar à responsabilidade objetiva as pessoas jurídicas de direito público. E a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos é também objetiva. Acrescenta-se que neste caso o Estado responde com solidariedade, pois este detém o dever de fiscalização.

Observa-se que a responsabilidade do Estado ou do prestador do serviço público é objetiva pelo dano causado ao particular (vítima), que pode ser usuário do serviço público, como também, pode não usuário do serviço público.

Ressalta-se que as empresas Estatais (empresas públicas e sociedade de economia mista) que explorem atividade econômica estão regidas pelo direito privado, ou seja, elas não estão regidas especificamente pelo artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988.

Para Gonçalves (2012, p. 173):

Houve alteração da Constituição de 1988, em relação à anterior, no tocante à responsabilidade civil da Administração Pública. Estendeu-se essa responsabilidade, expressamente, às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado, prestadoras de serviços públicos. E substituiu-se a expressão ‘funcionários’ por outra mais ampla: ‘agente’. Essas inovações trouxeram à discussão dois temas ainda não inteiramente pacificados no âmbito do direito público: o de serviço público e o de agente público.

A Constituição Cidadã vem com a palavra “agente” no lugar de “funcionário”. Essa alteração ampliou e adequou o dispositivo, visto que aquele (agente) é gênero em que é funcionário é espécie. Em aspectos gerais, agente público é todo aquele que tem um vínculo jurídico com o Estado.

Segundo Mendes e Branco (2012, p. 899):

Alguns juristas e magistrados têm-se servido de um conceito amplíssimo de responsabilidade objetiva, levando às raias do esoterismo a exegese para a definição do nexa causal. Do prisma teórico, a ideia da responsabilidade civil do Estado deve ser apreendida como uma das expressões do próprio Estado de Direito, que, de acordo com uma de suas definições, é aquele no qual não se identificam soberanos, sendo, portanto, todos responsáveis. Tal qual o próprio conteúdo material do Estado de Direito passou por transformações históricas significativas, também a responsabilidade civil do Estado passou por diversas fases.

A responsabilidade civil, analisada amplamente, é uma expressão retirada do Estado de Direito, pois neste as regras de condutas estão embasadas em fontes jurídicas que devem ser observado por todos. Nesse caso, o agente público deve prestar os serviços públicos à luz das fontes do Direito para que não cause dano a outro. Se este (dano) acontecer por violação às fontes, o Estado tem a obrigação de repará-lo.

Em aspecto legal no sentido da responsabilidade civil do Estado, o art. 43, do Código Civil, expõe que: “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

A União, os Estado, o Distrito Federal e/ou os Municípios, que são pessoa jurídica de direito público interno, respondem objetivamente pelos atos praticados pelos seus agentes que causem dano a outrem.

Os Entes Federativos podem entrar com a ação de regresso em face dos seus agentes que causou dano a uma pessoa, se for comprovada a culpa ou o dolo do referido agente.

Analisando o artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição Cidadã de 1988 e o artigo 43, do Código Civil, de 2002, percebe-se que eles apresentam o mesmo raciocínio jurídico: o Estado responde objetivamente ao dano causado ao indivíduo e o Estado ingressará com ação de regresso em face do agente causador do dano que agiu com dolo ou culpa.

2.4 Requisitos da Responsabilidade Objetivo do Estado

A responsabilidade objetiva é a que possuem como requisitos: a conduta do agente público ou particular que exerce atividade pública; o dano causado a um particular; e o nexo de causalidade de que a conduta do agente deu causa ao dano. Dessa forma, nessa responsabilidade não há discussão de nenhum elemento subjetivo, dolo ou culpa.

Complementa-se que para a caracterização da responsabilidade objetiva o ato praticado pelo agente ou pelo particular poder ser lícito ou ilícito. Para a caracterização de uma conduta lícita é necessário que o dano seja anormal e específico.

2.5 Excludentes da Responsabilidade Objetiva do Estado

Em regra, as excludentes de responsabilidade são: o caso fortuito, a força maior, a culpa de terceiro e a culpa exclusiva da vítima. Essas hipóteses de excludente atingem o nexo de causalidade. Nesse caso, o ônus da prova é das excludentes é do Estado.

Di Pietro (2012, p. 707) descreve que: “são apontadas como causas excludentes da responsabilidade a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Como causa atenuante, é apontada a culpa concorrente da vítima”.

Ressalta-se que, majoritariamente, as hipóteses de excludentes da responsabilidade objetivo do Estado são: a força maior, o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiro.

A culpa concorrente da vítima é quando esta também dá causa a lesão jurídica (dano) realizado pelo agente público, nesse caso, acontece uma atenuação na reparação do dano por parte do Estado, visto que a vítima contribuiu na ocorrência do dano.

2.6 Teoria Adotada como Regra na Responsabilidade Objetiva

A teoria adotada na responsabilidade objetiva, como regra, é a teoria do risco administrativo a qual fundamenta que a atividade administrativa é arriscada, com isso o Estado deve assumir o risco da prestação do serviço público não importando os aspectos subjetivos.

Segundo o Alexandrino e o Paulo (2012, p. 775) nos quais descrevem a seguinte citação: “Pela teoria do risco administrativo surge a obrigação econômica de reparar o dano sofrido injustamente pelo particular, independentemente da existência de falta do serviço e muito menos de culpa do agente público. Basta que exista o dano, sem que para ele tenha concorrido o particular”.

Os referidos autores mencionam que, com base na teoria do risco administrativo, se o particular sofrer um dano através de uma conduta do agente público cabe ao Estado indenizá-lo, sem análise da culpabilidade.

2.7 Teoria Adotada como Exceção na Responsabilidade Civil do Estado

A teoria adotada na responsabilidade objetiva do Estado, como exceção, é a da teoria do risco integral que menciona que o Estado deve ser totalmente responsabilizado em todos os seguintes casos: no dano nuclear; no dano ambiental; no dano a bordo de aeronaves que esteja no espaço aéreo brasileiro; e no dano de ataque terrorista. Essa teoria não admite as excludentes de responsabilidades, visto que o Estado é garantidor universal da reparação desses danos.

2.8 Responsabilidade Civil por Omissão do Estado

A responsabilidade civil por omissão do Estado (agente público) é subjetiva. É usado, nesse caso, a teoria da culpa do serviço público, a teoria da culpa da administrativa ou a teoria da culpa anônima. Para que o Estado se responsabilize em caso de omissão basta que a vítima prove (ônus da prova é da vítima) que o dano decorreu: da má prestação do serviço, da prestação ineficiente ou da omissão de prestação.

Completa-se que o nome da ação é: Ação de Indenização de Responsabilidade do Estado por Omissão.

Segundo Marinela (2013, p. 983 e 986):

A responsabilidade subjetiva fundamenta-se no elemento subjetivo, na intenção do agente. Para a sua caracterização, depende-se da comprovação de quatro elementos: a conduta estatal; o dano, condição indispensável para que a indenização não gere enriquecimento ilícito; o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; e o elemento subjetivo, a culpa ou dolo do agente. Esses elementos são indispensáveis e devem ser considerados de forma cumulativa, gerando a ausência de qualquer um deles a exclusão da responsabilidade. Nesse ponto é interessante alertar para um equívoco observado muitas vezes nesse tema: a ausência da culpa ou dolo exclui a responsabilidade subjetiva, mas não é só essa ausência que afetará a responsabilidade; ela ficará afastada se faltar-lhe qualquer um dos elementos acima mencionados.

Na análise da responsabilidade subjetiva são levados em conta quatro elementos: a conduta omissiva do agente; o nexo de causalidade entre a conduta e a lesão; o dano comprovado e a culpabilidade, o agente público agiu com dolo ou com culpa.

Para que aconteça a responsabilidade subjetiva os referidos elementos devem ser analisados e comprovados conjuntamente. A falta de um dos elementos descaracteriza a responsabilidade civil subjetiva do Estado.

Observa-se que a diferença entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva do Estado é que nesta (responsabilidade civil subjetiva do Estado) o dano decorrente da omissão do agente público ou do particular que exerce atividade pública. Já aquela (responsabilidade civil objetiva do Estado) o dano decorrente da conduta do agente público ou do particular que exerce atividade pública.

A teoria do risco suscitado ou risco criado é a que o Estado cria um risco devido à omissão e desse (risco) decorre um dano ao particular. A Responsabilidade do Estado nesse caso é objetiva, mesmo que, não haja conduta direta do agente público.

Em aspectos gerais, o risco suscitado decorre em todas as vezes que o Estado estiver com alguém ou com alguma coisa sob a sua custódia ou guarda.

São exemplos de responsabilidade civil objetiva do Estado embasado na teoria do risco criado: um preso mata o outro na prisão; um preso pega HIV na prisão; um preso foge do presídio e rouba uma casa próxima; o Estado deixar o

preso sair por ordem legal, se o preso vir a causar dano; uma criança é agredida em uma escola pública; um adolescente é agride outro colega na escola pública.

2.9 Responsabilidade Civil do Estado Por Ato Judicial

Em regra, a responsabilidade do Estado por ato jurídico não existe, sendo o Estado não responsável, pois uma decisão jurídica é recorrível mediante apelação e não por meio da indenização.

A exceção a regra é quando o cidadão fica preso por erro judicial, nesse caso, o Estado responde objetivamente e poderá apresentar ação regressiva em face do Juiz de direito se for constatado o dolo (o ônus da prova do dolo é do Estado na ação regressiva em face do Juiz da vara criminal). Esse dispositivo está embasado no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Cidadã, que determina: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Interpretando-se o fundamento constitucional, percebe-se que há outro caso excepcional, que o Estado indenizará o cidadão se ficar preso além da sentença, só que, nesse caso, o Poder Judiciário está exercendo a função atípica que é a de estabelecer um ato administrativo.

2.10 Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo

A responsabilidade objetiva do Estado por Ato legislativo, em regra, não acontece, visto que a lei possui presunção relativa de constitucionalidade.

A exceção é se a própria lei causa um dano direto ao particular e essa mesma lei é declarada inconstitucional. Dessa forma, são necessários dois requisitos para que a exceção seja aplicada e o Estado seja responsabilizado, sendo eles: dano direto pela lei e esta seja declarada inconstitucional.

Observa-se que o ônus da prova na responsabilidade civil do Estado por ato legislativo é da vítima na qual deve demonstrar os dois mencionados requisitos.

2.11 Responsabilidade Civil do Estado Decorrente de Obra Pública

Inicialmente, o primeiro caso da responsabilidade civil do Estado decorrente de obra pública é em virtude da “má execução da obra pública” que é o caso de o Estado está executando a obra, ele deve responder objetivamente. Outra

possibilidade é que se a obra estiver sendo executada por um particular, quem irá responder é este (caso da espreitada na qual o empreiteiro responde conforme o Código Civil). Vale ressaltar que se o Estado for omissivo no dever de fiscalizar o empreiteiro, por exemplo, aquele irá responder.

Em continuidade, o segundo caso da responsabilidade civil do Estado decorrente de obra pública é em relação ao dano em decorrência da “existência da obra” que a vítima deverá provar esse dano ao Estado. A vítima conseguindo provar esse dano o Estado responde objetivamente. Percebe-se que o ônus da prova é da vítima.

2.12 Responsabilidade do Agente Público

Para iniciar esse tema é preciso antes esclarecer que há duas relações jurídicas na responsabilidade. A primeira é entre a vítima e o Estado que é objetiva, salvo as mencionadas exceções, e a segunda é do Estado com o agente público. Neste caso, chama-se de ação regressiva que o Estado propõe em face do agente público e a responsabilidade deste é subjetiva que deverá o Estado provar o dolo ou a culpa.

Em outras palavras, o ônus da prova é do Estado que deverá provar se o agente público agiu com dolo (intenção) ou com culpa (imprudência, negligência e imperícia).

A vítima não pode cobrar diretamente do agente público. Essa afirmação é com base na teoria da dupla garantia em que a primeira garantia é a vítima cobrar do Estado e a segunda garantia é do agente público que só ser cobrado do Estado.

2.13 Denúncia da Lide por Parte do Estado

Complementa-se que não é obrigada a denúncia da lide por parte do Estado na Ação de Responsabilidade Objetiva do Estado, visto que a Ação Regressiva do Estado em face do agente público é indisponível, imprescritível e subjetiva. Nesta ação é debatido o elemento subjetivo que é se o agente agiu dolosamente ou culposamente.

2.14 Reparação do Dano

Reparar o Dano é uma expressão que visa restabelecer o equilíbrio jurídico através de uma indenização de acordo com a extensão do dano.

Di Pietro (2012, p. 719) menciona que: “a reparação de danos causados a terceiros pode ser feita no âmbito administrativo, desde que a Administração reconheça desde logo a sua responsabilidade e haja entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização”.

Em aspectos gerais, caso o Estado cause qualquer tipo de dano a um terceiro, esse dano deve ser reparado por meio da Ação de Indenização apresentada ao Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Cidadã). É também admitida a reparação do dano pela via administrativa em que o Estado reconhece o dano e quer repará-lo. Neste caso, o valor da indenização é acordado entre o agente público e a vítima na ceara administrativa.

Analisando-se o ordenamento jurídico brasileiro se percebe que o dano pode ser material (patrimonial), moral e/ou estético.

2.15 Prescrição da Ação de Indenização

A prescrição da Ação de Indenização que a vítima deve apresentar ao Poder Judiciário em face do Estado é de 3 anos contados da data do fato, conforme o artigo 206, parágrafo terceiro, inciso quinto, do Código Civil.

Ressalta-se que essa prescrição, entendimento majoritário, passou de 5 anos (Decreto 20.910/32) para 3 anos (Código Civil/02).

O prazo prescricional para o Estado propor Ação de Regresso é imprescritível podendo atingi aos herdeiros do agente público na medica da herança, caso o agente esteja morto.

Observa-se que o prazo é de 10 anos se for para o Estado entrar com Ação de Indenização em face de um particular.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Responsabilidade Civil do Estado está disciplinada no artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição da Republica Federativa do Brasil, de 05 de

outubro de 1988, denominada de Constituição Cidadã e está também prevista no artigo 43, do Código Civil, de 2002.

O Estado responde objetivamente pela conduta praticada no exercício público em que a vítima precisa provar a conduta do agente público, nexos de causalidade e o dano. Caso ele (Estado) seja omissivo a responsabilidade é subjetiva no qual a vítima precisa provar além dos requisitos mencionados a culpabilidade.

Em linhas gerais, a responsabilidade civil do Estado é solidária em relação à prestação de um serviço público por parte de uma pessoa jurídica de direito privado, visto que aquele (Estado) autoriza este (pessoa jurídica de direito privado) a realizar a referida prestação.

Sendo assim, a atividade estatal é uma prestação arriscada e caso o Estado cause dano a outrem devido a uma conduta e um nexo de causalidade, ele deve repará-lo através da Ação de Indenização ou também denominada de Ação de Reparação do Dano.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de março de 2014.
- _____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 03 de março de 2014.
- Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 7º volume: responsabilidade civil. 21. ed. ver. e atual. De acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume III : responsabilidade civil. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARINELA, **Fernanda**. **Direito administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

**ANÁLISE DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS OCORRIDAS NAS RELAÇÕES
COMERCIAIS A PARTIR DA RATIFICAÇÃO DO BRASIL A
CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980**

**José Davyd Lacerda da Silva Soares
Jessyca Fontenele Macedo
Maíra Ivze Bezerra Alves
Soraya Nogueira Correia**

Resumo: Analisara-se o percurso feito pelo Brasil para a ratificação da convenção de Viena de 1980. Observando as principais mudanças ocorridas no cenário nacional e internacional, verificando os pontos positivos e negativos da ratificação de tal Convenção que unificará o Direito Internacional referente às transações Comerciais de Compra e Venda. Observando-se como o Brasil se comportava antes e depois de ser signatário da Convenção de Viena.

Palavras- chaves: Convenção, Compra e Venda, Brasil, Direito Internacional.

Abstract: Had analyzed is the route taken by Brazil to the ratification of the Vienna Convention 1980. Noting the major changes in the national and international scene, checking the positives and negatives of the ratification of this Convention that unify international law pertaining to the Business Purchase and Sale Transactions. Observing such as Brazil behaved before and after being a signatory to the Vienna Convention.

Keywords: Convention, Purchase, Brazil, International Law.

1- INTRODUÇÃO

O trabalho em questão tratará sobre aspectos relevantes relacionados a ratificação do Brasil a Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias/CISG, a qual entrará em vigor no Brasil em primeiro de Abril de 2014.

A referida Convenção foi originada na cidade de Viena sendo concluída em abril de 1980 ao longo da Conferência das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Seu principal intuito é dar uma solução para a problemática que envolve aplicação de regras comercial internacionais, desse modo, tentar regulamentar e

unificar os requisitos de formação dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

O Brasil foi membro ativo das discussões que envolveram a elaboração da Convenção de Viena, tendo a ratificado em 2009, porém, com algumas ressalvas, tramitando por muitos anos no Congresso Nacional.

Além da participação do Brasil, a Convenção contou com o empenho de 62 países, os quais ajudaram para o desenvolvimento e elaboração do seu estatuto. O empenho dessas nações foi em torno da tentativa da unificação e harmonização do Direito Internacional Comercial.

A Convenção de Viena fornecerá um modelo uniforme para dirimir problemas oriundos de compra e venda internacional de mercadorias entre os países membros da Convenção. Servindo para facilitar as transações comerciais entre diversas nações, facilitando a aplicação do Direito aos casos concretos.

A ratificação do Brasil a Convenção de Viena trará novas realidades para as transações comerciais internacionais, diminuindo entre tantos outros problemas os riscos de aplicação de normas estrangeiras ao Direito brasileiro.

O Brasil deve adaptar-se as normas da Convenção afastando em alguns casos o direito local, para prevalecer o entendimento superior da referida Convenção, uma vez que ela foi acordada previamente entre as partes contratantes.

2- ASPECTOS FUNCIONAIS E PRINCIPAIS PONTOS A CERCA DA CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980

A função e os principais aspectos da Convenção de Viena é que ela determina que um Estado não pode invocar sua lei interna para justificar o descumprimento de um tratado de que seja Estado parte. Os tratados internacionais existem desde o início das relações entre países por todo mundo. A convenção de Viena foi um marco mundial de imensa importância para as relações de comércio internacional e para as questões de Direito Processual que envolve matéria internacional.

Em 86, foram disciplinadas matérias entre estados e organizações internacionais ou entre convenções internacionais que não estavam disciplinados na convenção de 69, o que foi um grande avanço tendo em vistas as relações que ocorrem na atualidade. A convenção de Viena 86 até os dias atuais ainda não foi tecnicamente

aprovada no Brasil (está para aprovação desde o Governo Color) , porém ela é aplicada com poder de Costume, que é considerado uma fonte do direito internacional em nosso país. A convenção é utilizada para quaisquer dúvidas que surgem sobre as questões que regulam as relações de tratados internacionais

Selo social é um tema que entrou na discursão internacional, mas são acordos entre a organização mundial do trabalho e a organização internacional do comercio.

A maneira alternativa de solução de conflitos é Entre outros benefícios trazidos pela Convenção de Viena sobre Contratos, de 1980, permitindo o crescimento dos procedimentos de arbitragem no Brasil.

A Convenção de Viena em tratou de um dos pontos mais relevantes na realização de tratados, qual seja, a sua real eficácia, passando a estabelecer as pessoas que serão autorizadas a convencionar um Tratado (como o previsto na Constituição no art. 49 e 84), a sua posterior confirmação, sua autenticação, sua aceitação, seus efeitos.

O art. 49, I trata da competência do congresso nacional para celebrar tratados, do referendo congressual dos tratados internacionais. O art. 84, VIII, trata da competência do poder executivo para celebração dos tratados internacionais. Se consuma com a assinatura dos tratados.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;¹¹²

Existe a possibilidade de algumas pessoas tenham competência para a realização dos tratados, devendo o Estado consentir através de uma carta de planos poderes, Todavia, a Convenção diz que para a conclusão de um tratado, os chefes de Estado, governo e ministros das Relações Exteriores independem da Carta de Plenos Poderes, em virtude de sua função, isto é, da prerrogativa do cargo. Como

¹¹² Constituição Federal do Brasil de 1988

também ocorre com os chefes de missão diplomática, assim como os representantes do Estado perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção de algum tratado.

A permissão de parte de um tratado só produz efeitos se os demais Estados assim concordarem e devendo as limitações estarem devidamente indicadas, respeitando a previsão do art. 18

Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando:

- a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou
- b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.¹¹³

As reservas possuem efeito modificativo do disposto no tratado. Uma reserva como uma oposição, pode ser retirada a qualquer tempo, mesmo sem o consentimento do Estado que aceitou a reserva. As reservas devem comunicadas aos Estados contratantes, como também aos demais Estados que têm direitos ou serão partes.

3- APROVAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VIENA E O CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE A CONVENÇÃO DE VIENA PARA COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

A aprovação pela Câmara dos Deputados do texto da CISG em 8 de maio de 2012, no dia 16 de outubro de 2012, promulgou o Decreto Legislativo de nº 538/2012, através do qual aprovou o texto da Convenção.

O Congresso Internacional sobre a Convenção de Viena para Compra e Venda Internacional de Mercadorias possui, entre seus principais objetivos, o de promover

¹¹³DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009.
Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

o desenvolvimento para o comércio internacional, reduzindo as burocracias e com isso, o dever de contribuir para o avanço do crescimento econômico do país.

Nos dias atuais por todo mundo, a grande maioria das transações internacionais do comércio são reguladas de acordo com o estabelecido na Convenção de Viena de 1980, o que deixa clara a nítida importância da participação do Brasil neste cenário, analisa-se assim o grande potencial que o país tem para o desenvolvimento das relações exteriores, e as enormes vantagens que proporcionam o crescimento do país em vários aspectos no cenário mundial, pois assim os empresários, empresas e indústrias brasileiras irão se juntar com seus parceiros comerciais de todo mundo.

O destaque da ratificação do Brasil ao modelo previsto pela Convenção de Viena transcorre do fato de existir uma unificação das regras que são aplicadas na celebração e interpretação dos contratos, o que favorece a inexistência de divergências e facilita a resolução dos conflitos, trazendo muitas vantagens aos Estados que utilizam os guias da Convenção de Viena em suas relações estrangeiras e tratados.

A ideia de uma padronização, em muito deverá contribuir para crescimento das negociações internacionais brasileiras no atual cenário globalizado do comércio (em pleno e rápido desenvolvimento). Assim toda e qualquer forma de relação pode ser analisada.

A Convenção de Viena foi redigida com o intuito de atender as necessidades contratuais da época, buscando sempre encontrar soluções inovadoras e que ganhem destaque.

Por causa da entrada em vigor da Convenção, prevista para abril de 2014, o Brasil se conecta aos seus termos, o que permite a sua aplicação automática quando empresas nacionais acordarem com empresas localizadas nos outros países.

Com a entrada em vigor da Convenção no Brasil, os contratos celebrados entre empresários brasileiros e seus clientes ou fornecedores no exterior serão pautados por um modelo uniforme e considerados mais seguros se juridicamente analisados.

No caso de divergências entre as partes contratantes, a Justiça brasileira deverá utilizar Convenção de Viena para resolução de conflitos.

3.1- DIFICULDADES DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980 NO BRASIL

A Convenção de Viena e o direito brasileiro dispõem de alguns institutos jurídicos que são regulamentados de forma diversa. Podendo-se mencionar:

Quanto à formação do contrato de compra e venda, no art. 14 da Convenção, qualquer proposta pode ser considerada uma *invitatio adofferendum*, já o Código Civil brasileiro considera uma oferta vinculante, conforme dispõe o art. 427.

Quanto à regulamentação do preço, sendo disposto, no art. 52 da Convenção que o preço deve estar no contrato, já nos arts. 485 e 488 do Código Civil Brasileiro, o preço é determinado de maneira mais abrangente podendo ser influenciado por fatores que independem da vontade contratual manifestada pelas partes.

Também difere a forma de fixar o preço da mercadoria, a Convenção nos arts. 44 e 50 estabelece que, o preço será reduzido nos casos em que as mercadorias e suas quantidades diferirem do que foi manifestado no contrato, como também nos casos em sejam inadequadas para o uso. Nos arts. 442 e 442 do Código Civil brasileiro dispõe que somente no caso de vícios ocultos

Quanto à violação fundamental do contrato, contida no art. 25 da Convenção de Viena e aborda o descumprimento da obrigação principal não seja causa de extinção de contrato. Esse instituto jurídico não existe no direito brasileiro.

Quanto à possibilidade do vendedor ter prazo suplementar para cumprimento contratual, é possível apenas para a Convenção, não sendo aceita tal alternativa para o Código Civil brasileiro.

Em relação à execução específica, o Código Civil a contempla nos art. 475. A Convenção de Viena, no art. 28, afirma que o tribunal não é obrigado a utilizar a execução específica.

A título de curiosidade, cabe abordar que a Convenção de Viena e o direito brasileiro abordam institutos jurídicos semelhantes. Como por exemplo, o princípio da boa-fé, mencionado no art. 422 do Código Civil como também no art. 7º da Convenção de Viena.

Apesar das incompatibilidades de entre a Convenção de Viena e o direito brasileiro, demonstrada através da comparação de vários institutos jurídicos, cabe

refletirmos que o contrato de compra e venda internacional assume forma peculiar, justificando a ratificação da referida Convenção.

4. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Antes de adentrarmos efeitos do tratado de Viena no Brasil, faz-se necessário expor algumas considerações, em relação ao direito internacional perante o direito brasileiro.

4.1- FORMAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Tratado pode ser conceituado como acordo formalizado entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos no âmbito interno dos países signatários¹¹⁴.

Todo Estado que possui soberania tem a denominada competência negocial, isto é a capacidade para celebrar tratados internacionais. Essa competência é privativa do Presidente da República, que ao aceitar celebrar o tratado o assinará.

Após a assinatura do Presidente, o tratado deve ser apreciado e aprovado pelo Poder Legislativo. Caso aceite ocorrerá a sua ratificação, que consiste no ato em que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime no plano internacional, a vontade de obrigar-se.

4.2- POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL

Em relação aos tratados internacionais e o ordenamento jurídico interno, versam-se duas teorias, a monista e dualista. De acordo com a doutrina, o Brasil está diante da concepção dualista moderada.

O art. 102 alínea “b” da CF, dispõe que os tratados internacionais pertencem ao direito brasileiro como norma infraconstitucional. Com o advento da Emenda constitucional 45\2004, acrescentou ao art. 5º da CF, o paragrafo segundo, que aborda sobre inovação referente à incorporação dos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos no Brasil, que irá garantir status de Emenda

¹¹⁴REZER, Francisco. Direito Internacional Público, p.14.

Constitucional, quando aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por maioria de três quintos dos votos dos respectivos membros.

A tese da hierarquia dos tratados internacionais só foi finalmente difundida após o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) que se tratava de Recurso Extraordinário que remetia a questão da prisão cível do depositário infiel.

Assim, os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro possui três hierarquias diferentes:

1º- Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, considera-se equivalentes à emenda constitucional.

2º- Tratados de direitos humanos aprovados sobre procedimento normal terão status supralegal.

3º- Tratados internacionais que não tratem de direitos humanos, serão equiparados às leis ordinárias.

5- CONTRATOS DE COMPRA E VENDAS ANTES DA RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VIENA NO DIREITO BRASILEIRO

O direito no Brasil a princípio, não dispõe de normas exclusivas de direito material para contratos de compra e venda de mercadorias no espaço internacional, dessa forma, nesse âmbito não seria aplicada as normas do nosso ordenamento. Em análise ao Código Civil de 2002 ou no de 1916, compreende-se que não há alusão direta aos contratos internacionais, havendo assim um procedimento igual entre os componentes que domiciliavam no Brasil ou aquelas que domiciliavam fora, em países distintos.

A escassez de previsão normativa no setor de comércio internacional, acarreta consequências, esta sendo na circunstância de que quando o direito do Brasil precisar empregar sua aplicação a alguma relação de contrato que suas partes sejam domiciliadas fora do Brasil, e as regras para reger esses contratos vão ser a do nosso ordenamento jurídico, mais especificadamente no Código Civil, contudo se tornando de caráter subsidiário, pois a de ser observado todo o trâmite de lugar

da celebração, não podendo assim haver controvérsias no sentido de ir a favor do direito positivo brasileiro.

Houveram mudanças de grande cunho para o direito comercial, onde desde a Idade Média as leis não conseguiam abarcar todos os tipos de conflitos, por a variedade de necessidades comerciais daquele tempo antigo e a partir daí, foi evoluindo cada vez mais. O Código Civil de 2002, trouxe consigo novas alterações para o direito comercial, também exposto na Lei nº Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, como por exemplo a sua nomenclatura, mas o mais importante foram os avanços desde longa data até os dias atuais. No período que houve a vigência de dois Códigos Civil, a relação de harmonia de norma era muito complexa, pois havia desorganização da mesma, fazendo com que pudessem existir conflitos entre as mesmas.

Na composição do nosso último Código Civil vigente, há instituição de características em relação a compra e venda, a relações sociais do comércio, tendo em vista a função social e a boa-fé que são princípios do C.C de 2002, onde crescem de formas distintas sendo conseqüentemente, as partes devendo sempre agir de boa-fé, com dignidade perante os envolvidos, e no que tange a função social, incluiu reflexos a terceiros, podendo trazer efeitos para a sociedade, esses pontos assim elencados são bem mais ascendentes atualmente, pois o mesmo não acontecia no código anterior.

Com todas as modificações sofridas, houveram limitações com relação a liberdade contratual, que é um fator necessário para a para o acontecimento de realizações de comércio, que foi se aprimorando com o avanço das relações mercantis. Contudo, a vontade das partes deixou de ser absoluta. Podendo exemplificar com o artigo 421 do Código Civil de 2002 que expõe: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Cada país trás consigo suas juridicidades, dessa forma as normas de direito interno são feitas no idioma do país. O nosso idioma não é muito difundido pelo mundo em comparação a outros que tem mais influências comerciais, isso acarreta certo contratempo, pois faz com que não se torne tão conhecido pelos estrangeiros e o efeito disso é um bloqueio do acolhimento para os países que não tem conhecimento do nosso idioma. E sendo analisado em estudos, registro de práticas

dos contratos internacionais certificam que quando é facultada a escolha do direito que se aplica nos casos em questão, o nosso direito incomumente é aderido.

Diante do exposto, apresentam-se alternativas para a regulamentação do contrato internacional de compra e venda, sendo o submetimento da pessoa que contrai as normas do país ao direito do país estrangeiro, ou podendo ou podendo também acontecer o inverso, como adentrando em um dispositivo de normas internacionais, como a Convenção de Viena, que irá abarcar todas essas problemáticas.

6- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por se tratar de algo novo e que envolve diversas nações, ao longo da análise de todo o processo de formação e ratificação da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, verificou-se que a ratificação do Brasil para a referida Convenção trouxe melhoras para as relações comerciais estabelecidas entre brasileiros e estrangeiros.

Fazendo com que haja uma dinamização no comercio internacional, permitindo que as partes contratantes já saibam de imediato qual Lei regerà os atos daquela transação, gerando com isso segurança jurídica.

O Brasil é um país com muitos institutos normativos, o que em muitos casos dificultam a aplicação pratica do direito local pelo restante do mundo, a Convenção é considerada, portanto, como uma Lei universal, a qual será aplicada a todos os países membros.

Seus princípios formadores buscam fomentar uma relação comercial menos complicada, buscando facilitar os possíveis conflitos oriundos de tal relação, tomando como bases as diretrizes estabelecidas pela Convenção, deixando em muitos casos o direito local de lado para prevalecer a supremacia da Corte, a qual foi previamente acordada entre as partes contratantes.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nadia de. *Contratos Internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BITTENCOURT, Ângela. **Contratos Internacionais Virtuais**. Artigo jurídico. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24077-24079-1-PB.html>> Acesso em 01 de Março de 2014.
- DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969.
- DOLGANOVA, Iulia e LORENZEN, Marcelo Boff. **O Brasil e a Adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda de Mercadorias**. Artigo jurídico. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/idolganova1.pdf>> Acesso em :02 de Março de 2014.
- REZER, Francisco. **Direito Internacional Público**. 10 ed. São Paulo: 2010, Saraiva.
- SILVA e NASCIMENTO, G. E.; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 14. ed., São Paulo 2013: Saraiva.

CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMPRA E VENDA DE MERCADORIAS: UMA ANÁLISE DA RATIFICAÇÃO DO BRASIL À CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980

Renata Dias Ferreira do Nascimento¹
Tatiana Lopes de Albuquerque Tavares²
Valdeíse Pessoa Coutinho³

Resumo: O presente artigo trata sobre os tratados internacionais de compra e venda de mercadorias à luz da Convenção de Viena de 1980, a partir de uma análise da adesão do Brasil ao referido instrumento, abordando constantemente a norma que foi uniformizada. Descreve os trâmites de ratificação da Convenção, desde a sua aprovação pela Câmara dos Deputados e promulgação pelo Senado Federal até quando entrará em vigor. Analisa as vantagens para o Brasil ao ratificá-la e aborda os principais dispositivos da Convenção, referentes a sua aplicabilidade e às obrigações dos compradores e devedores. Ademais, conclui afirmando que a adesão do Brasil a tal Convenção representa um grande avanço nas relações comerciais que refletirá em setores como saúde, esporte, educação e cultura.

Palavras-Chave: Brasil; Convenção; Ratificação.

Abstract: This article discusses the international treaties of purchase and sale of goods in the light of the Vienna Convention of 1980, from an analysis of the accession of Brazil to said instrument, constantly addressing the standard that was uniform. Describes the procedures for ratification of the Convention since its adoption by the House of Representatives and enactment by the Senate to come into effect when. Analyzes advantages for Brazil to ratify it, and discusses the key provisions of the Convention, concerning its applicability and obligations of buyers and borrowers. Moreover, concludes that Brazil's adherence to this Convention represents a major breakthrough in trade relations that reflect in sectors such as health, sport, education and culture.

Keywords: Brazil; Convention; Ratification.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Artigo como avaliação da Disciplina Direito Internacional Privado – Professora Ma. Ana Paula Albuquerque. E-mail: dfn.renata@live.com

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Artigo como avaliação da Disciplina Direito Internacional Privado – Professora Ma. Ana Paula Albuquerque. E-mail: tatianalopesatavares@hotmail.com

³ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Artigo como avaliação da Disciplina Direito Internacional Privado – Professora Ma. Ana Paula Albuquerque. E-mail: valdeise_girl@hotmail.com

INTRODUÇÃO

As falas aqui apresentadas têm como objetivo analisar como ocorreu a ratificação do Brasil à Convenção de Viena de 1980 e que vantagens tal adesão trouxe ao comércio brasileiro.

A princípio, com o advento da globalização, as relações que outrora se davam através da confiança e entre pessoas conhecidas, agora acontecem entre países localizados a milhares de quilômetros de distância ou até por um simples comando em um computador conectado à internet.

Essas relações vão muito além da comunicação e se consubstanciam e tomam maior proporção quando falamos de relações comerciais de compra e venda. Quando surge uma situação conflituosa nessas relações que envolvem países distintos ou pessoas de localidades diferentes uma preocupação recorrente é qual lei deva ser aplicada.

Essa preocupação teve que acompanhar o crescimento dessas relações e conferências foram idealizadas com a participação de diversos países que tinham interesse em regular essa relação jurídica estabelecida nas relações de compra e venda internacionais. Uma das conferências diplomáticas mais importantes e da qual decorreu um importante documento ocorreu em Viena em 1980 e foi intitulada de Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, na sigla em Inglês) que contou com a participação de 62 Estados.

O objetivo primordial dessa convenção é estabelecer regras uniformes para reger os contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Seu texto foi o resultado de um esforço considerável de diversos países com culturas jurídicas e graus de desenvolvimento econômico diferentes, sob a coordenação da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional - UNCITRAL.

DESENVOLVIMENTO

Como já fora mencionado, com o advento da globalização, as relações que outrora se davam através da confiança e entre pessoas, agora acontecem entre países localizados a milhares de quilômetros de distância ou até por um simples comando de computador conectado à internet. Essas relações vão muito além da

comunicação e se consubstanciam e tomam maior proporção quando falamos de relações comerciais, ou seja, de “contratos internacionais de compra e venda”.

Contrato internacional é a consequência do intercâmbio entre Estados e pessoas, destacando-se o de comércio, onde há manifestações de vontade de duas ou mais partes, que buscam criar relações patrimoniais ou de serviços. Tais relações estão sujeitas a dois ou mais sistemas jurídicos, seja por força do domicílio, da nacionalidade, ou da sede principal dos negócios, lugar do contrato ou qualquer outra circunstância que indique qual será a lei aplicável.

Com o desenvolvimento de uma economia mundial e o surgimento de novas e complexas relações comerciais, como a de compra e venda de mercadorias, surgiu a tendência de os contratantes afastarem a aplicação da lei do Estado à relação jurídica internacional por outra que tenha por base os princípios gerais do direito internacional fundado na *lex mercatória*.

Desta forma, quando surge uma situação conflituosa nessas relações que envolvem países distintos, e tendo em vista a preocupação recorrente de qual lei deva ser aplicada, são utilizados instrumentos de uniformização de normas de regulação de contratos internacionais de comércio visando solucionar as controvérsias.

Portanto, embora as partes de uma relação internacional de comércio possuam autonomia para decidir quanto à forma e ao conteúdo do contrato, no cenário internacional de comércio há uma tentativa de uniformização de formas de regulação destas relações, numa perspectiva de evitar que diferenças entre as leis nacionais sobre o comércio internacional criem obstáculos para o desenvolvimento das relações entre as partes.

A principal forma de uniformização é a **Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias** (CISG, na sigla em inglês ou CVIM, sigla em francês), conhecida por Convenção de Viena de 1980, é uma lei uniforme sobre trocas mercantis que reúne, num só instrumento internacional, as matérias tratadas em convenções anteriores, como a Convenção de Haia de 1964 (LUVI – Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias e LUF – Lei uniforme sobre a Formação dos Contratos de venda Internacional de Mercadorias).

A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias unifica e regulamenta as condições de formação dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, determina as obrigações do vendedor e comprador, bem como estabelece medidas em caso de perdas e danos por violação contratual e outras formas de descumprimento.

Tal convenção foi unanimemente aprovada no dia 10 de abril de 1980, por uma conferência diplomática, onde estavam presentes 62 Estados e foi aberta para assinatura e adesão no dia seguinte, em 11 de abril de 1980. No entanto, só entrou em vigor em 1º de janeiro de 1988, para os onze primeiros Estados que aderiram, como: Argentina, China, Egito, Estados Unidos, França, Hungria, Itália, Iugoslávia, Lesoto e Zâmbia.

O Brasil participou desta conferência no ano de 1980, mas apenas iniciou o procedimento para sua ratificação em 2012, quando começaram os trâmites para a aprovação do texto da CISG. Em 08 de maio do mesmo ano, a Câmara dos Deputados aprovou o referido texto, vejamos as palavras do Sr João Maia – relator do projeto na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio,

Com efeito, a adesão brasileira a este instrumento livraria as empresas dos obstáculos representados pelo desconhecimento de sistemas legais estrangeiros. Ademais, reduziria a incerteza com relação às regras aplicáveis aos contratos firmados com contrapartes em diversos mercados. Importante observar, ainda, que as empresas de menor porte deverão ser especialmente beneficiadas pela vigência de um arcabouço jurídico harmonizado no âmbito das trocas internacionais, já que os custos de informação sobre sistemas legais estrangeiros são, na prática, intransponíveis para tais firmas. Assim, a adesão do País à Convenção em pauta teria um saudável efeito adicional de proteção àquele segmento, que é o mais numeroso e dinâmico de nossa economia. (RUCHEL, Natália. A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias foi aprovada na Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.liraa.com.br/conteudo/2329/a-convencao-de-viena-sobre-contratos-de-compra-e-venda-internacional-de-mercadorias-foi-aprovada-na-camara-dos-deputados>>. Acesso em: 03 mar. 2014).

Depois foi encaminhado ao Senado Federal, sendo aprovado no dia 16 de outubro de 2012, através do Decreto Legislativo nº 538/2012, tornando uma norma jurídica.

Fica aprovado o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. (art. 1º do Decreto Legislativo nº 538/2012. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-norma-pl.html>). Acesso em: 03 mar. 2014).

Conforme a doutrina, o decreto legislativo regula matérias de competência exclusiva do Congresso e não depende de sanção do Presidente da República. Assim, a Convenção de Viena de 1980, por ter sido promulgada por decreto, ingressa no nosso ordenamento com nível hierárquico equivalente à lei ordinária, e, portanto, não possui poder de suprimir ou revogar disposições e emendas constitucionais ou leis complementares que entrem em conflito com suas disposições, mas tem primazia e eficácia sobre leis ordinárias anteriores.

O Brasil foi o 79º Estado a aderir à Convenção - haja vista seus maiores parceiros comerciais já participarem do instrumento, como a China, países do MERCOSUL, Estados Unidos, Canadá e vários países europeus – onde tal norma só entrará em vigor no dia 1º de abril de 2014, por causa do dispositivo 99 (2) do mesmo diploma que estabelece:

Quando um Estado ratificar, aceitar ou aprovar a presente Convenção ou a ela aderir após o depósito do décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, a Convenção, à exceção da Parte excluída, entrará em vigor em relação a este Estado, sob reserva do dispositivo no parágrafo 6 do presente artigo, no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de doze meses contado a partir da data do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.(Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-norma-pl.html>). Acesso em: 03 mar. 2014).

A adesão do Brasil à Convenção de Viena de 1980 representou um grande avanço em suas relações comerciais, tal fato trará uma segurança normativa nas exportações e importações com a China, pois antes de tal adesão, as diferenças entre as leis comerciais do Brasil e da China ocasionavam custos altos para as partes dos países, como custos com obtenção de informações legais sobre o outro país e consultas sobre a elaboração jurídica sobre os contratos.

Assim, nos países citados, já fica estabelecido que nos contratos internacionais de venda de mercadoria a lei aplicável será a da Convenção, e as partes não terão que competir se aplicam a lei brasileira ou chinesa. Ademais, é importante frisar que a CISG não tem como objetivo eliminar a legislação nacional de cada país, as quais são aplicadas constantemente no comércio interno.

Tal norma determina de forma clara obrigações, riscos e responsabilidades das partes, sendo muito importante esse respaldo para as empresas brasileiras de pequeno e médio porte, que terão maior segurança jurídica em suas transações, pois não possuem condições de elaborarem um contrato detalhado. Desta forma, um simples pedido feito por e-mail de um cliente no exterior para uma pequena empresa brasileira, indicando apenas informações comerciais básicas será complementado pelas disposições da Convenção.

Além disso, o Brasil poderá ter um comércio mais amplo com outros países, pois a adoção de regras comuns, estáveis e previsíveis incentivará os países a iniciarem ou melhorarem as suas relações comerciais. E, o fato de ser o primeiro país de língua portuguesa a ratificar a Convenção, servirá de modelo para outros, os quais poderão se beneficiar dos materiais sobre a CISG em português, que só será divulgado devido à adesão do Brasil.

A Convenção é composta por 101 artigos, dividindo-se em quatro partes, a primeira trata do campo de aplicação e dispositivos gerais; a segunda sobre a formação do contrato; a terceira dos direitos e obrigações do vendedor e comprador e a quarta parte trata das obrigações recíprocas entre os Estados.

Os dispositivos da presente Convenção são aplicados quando ambas as partes que celebram o contrato de compra e venda tenham estabelecimento em Estados diferentes e contratantes, ou quando o Direito Internacional Privado determina a aplicação da legislação nacional de um Estado contratante (ainda que a

outra parte tenha estabelecimento em Estado não-contratante). Por exemplo, se uma empresa com estabelecimento no Brasil (Estado não-contratante) estará sujeita à aplicação da Convenção caso celebre contrato proposto por uma empresa estabelecida na Argentina (Estado contratante da Convenção), já que o artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece, “*Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*”.

Outro ponto importante é que, tal norma não leva em consideração a nacionalidade das partes, nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato, não regula as mercadorias compradas para uso pessoal, familiar ou doméstico,

(...) a menos que o vendedor, em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou na altura da conclusão deste, não soubesse nem devesse saber que as mercadorias eram compradas para tal uso;

- (a) em leilão;
- (b) em processo executivo;
- (c) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda;
- (d) de navios, barcos, hovercraft e aeronaves;
- (e) de eletricidade. (Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-norma-pl.html>). Acesso em: 03 mar. 2014).

E nem responsabiliza o vendedor pela morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias a quem quer que seja.

Quanto às obrigações das partes, a presente norma estabelece que o vendedor obriga-se a entregar as mercadorias, a transferir a propriedade sobre elas e a remeter documentos que se lhe referem (art. 30); e, por sua vez, o comprador a pagar o preço e a aceitar a entrega das mercadorias, nas condições previstas no contrato e na Convenção (art. 53).

Nesse sentido, se o vendedor não cumprir com sua obrigação, o comprador poderá: exigir do vendedor a execução das suas obrigações; exigir a substituição de mercadorias, caso estas não estejam conforme o contrato, ou que repare a falta de conformidade; declarar a resolução do contrato se a inexecução da obrigação

constituir uma violação fundamental do contrato e pedir indenização por perdas e danos.

E, se o comprador não cumpri-la, poderá o vendedor: exigir o pagamento do preço, a aceitação da entrega das mercadorias; declarar o contrato resolvido se a inexecução constituir uma violação fundamental do contrato e, também, pedir indenização por perdas e danos.

Ante o exposto, depreende-se que a Convenção de Viena de 1980 é uma legislação flexível que tenta dar maior liberdade jurídica às partes envolvidas no contrato, tem como fundamentos nas relações comerciais princípios como a transparência e a boa-fé objetiva, e evita disputas através do sistema judiciário prevendo formas alternativas para a prevenção e solução de conflitos.

CONCLUSÃO

Em virtude do que foi mencionado, percebe-se que a Convenção De Viena sobre Contratos E Venda Internacional de Mercadorias foi resultado de ampla discussão e planejamento de vários juristas, de diferentes sistemas jurídicos com o objetivo de promover a simplificação de um sistema de normas para ser aplicável às diversas realidades econômicas, ou seja, em um contrato internacional decidir de forma menos custosa qual lei reger a situação conflituosa comercial entre os países.

A Convenção citada já foi assentida por diversos países, o Brasil é o 79º Estado-Parte a ingressar, mas só entrará em vigor a partir de Abril de 2014. Nesse contexto, objetiva desenvolver seu comércio internacional amparado na igualdade e vantagens recíprocas, acreditando que estas leis uniformes aplicáveis aos contratos internacionais contribuirá para favorecer o desenvolvimento do comércio internacional, dispor de previsibilidade e segurança jurídica, bem como a quebra de barreiras culturais e menor custo para a transação.

Por conseguinte, a padronização dos contratos internacionais contribuirá para garantir melhor previsibilidade e segurança jurídica, pois é um instrumento que permite as partes optar por seus dispositivos, caso não queiram que alguma outra seja aplicada, ou então, quando surgir dúvida, aplicar a que está contida na Convenção. A mesma é aplicada obrigatoriamente pelos Países que a aderiram, sua

segurança jurídica é garantida por meio das sanções que podem ser auferidas por Tribunais arbitrais ou estatais.

Em decorrência da grande variedade de juristas para elaborá-la, a Convenção não privilegia determinada legislação, mas sim, sua uniformização faz com que cada País ceda um pouco para efetivá-la. Portanto, é uma ferramenta legítima, universalista, que não favorece um único sistema.

Do mesmo modo, a adesão a seu sistema faz com que os custos transacionais diminuam, pois havendo profissionais capacitados para aplicar a Convenção de Viena e atenuando a procura pelos dispositivos nacionais, não se recorre à “obtenção de informações legais de outros países, consulta sobre a elaboração jurídica dos contratos e possíveis custos de litígio diante de um corpo judicial desconhecido”.

Por todos esses aspectos, a implementação e adesão do Brasil a Convenção de Viena sobre Contratos e Venda Internacional de Mercadorias, representa um grande passo para as transações e contratos comerciais adiante firmados, pois além das vantagens já citadas, promoverá considerável acréscimo na economia, que vai se refletindo em diversos outros setores do País como a saúde, esporte, educação e cultura.

REFERÊNCIAS

_____. **Brasil adere à Convenção da ONU sobre contratos internacionais de compra e venda de mercadorias**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/brasil-adere-a-convencao-da-onu-sobre-contratos-internacionais-de-compra-e-venda-de-mercadorias/>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

_____. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-norma-pl.html>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz. (org.) **Manual de Direito Processual Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUCHEL, Natália. **A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias foi aprovada na Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<http://www.liraa.com.br/conteudo/2329/a-convencao-de-viena-sobre-contratos-de-compra-e-venda-internacional-de-mercadorias-foi-aprovada-na-camara-dos-deputados>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba; BITTENCOURT NETO, Olavo de oliveira. **Direito Internacional Diplomático:** Convenção de Viena sobre relações diplomáticas na teoria e na prática. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONTRATOS INTERNACIONAIS E A CONVENÇÃO DE VIENA

Joyce Almeida da Silva*
Pamela Rachel Dos Santos Medeiros**

Resumo: O presente Artigo Científico visa analisar a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, diante da sua importância para o comércio internacional e a ratificação pelo Brasil como Estado-parte da Convenção de Viena de 1980 e como esse sistema de regras unificadas implicarão nos contratos internacionais de compra e venda.

Palavras-chave: Contratos Internacionais. Convenção de Viena. Brasil.

Abstract: This scientific article aims to examine the UN Convention on the International Sale of Goods, in front of their importance for international trade and ratification by Brazil as a State party to the Vienna Convention of 1980 and how this system of unified rules will require us international agreements of purchase and sale.

Keywords: Contracts Internacionais. Convenção Vienna. Brazil.

1. Considerações preliminares

A Convenção de Viena ou “Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias”, foi aprovada em 10 de abril de 1980, porém só entrou em vigor em 1º de janeiro de 1988, sendo apenas onze países signatários desta adoção, são eles: Argentina, China, Egito, Estados Unidos, França, Hungria, Itália, Iugoslávia, Lesoto, Síria e Zâmbia. Apenas, só em 04 de março de 2013, o Brasil finalmente aderiu a Convenção de Viena, sendo o 79º país a adotá-la.[1]

A Convenção em seu preâmbulo eleva como bem maior a pacificidade dos princípios da justiça e do direito Internacional como formas universalmente reconhecidas de resolução de quaisquer controvérsias que possam surgir sobre transações comerciais entre os países, uma vez que a autodeterminação dos povos e a soberania entre os Estados signatários são extremamente necessários para a manutenção das obrigações inerentes á este tratado, observe:

“Considerando o papel fundamental dos tratados na história das relações internacionais, Reconhecendo a importância cada vez maior dos tratados como fonte do Direito Internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam seus sistemas constitucionais e sociais, Constatando que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra pacta sunt servanda são universalmente reconhecidos, Afirmando que as controvérsias relativas aos tratados, tais como outras controvérsias internacionais, devem ser solucionadas por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da Justiça e do Direito Internacional, Recordando a determinação dos povos das Nações Unidas de criar condições necessárias à manutenção da Justiça e do respeito às obrigações decorrentes dos tratados”[2]

Desta forma, podemos compreender que a Convenção não se vale apenas sob uma ótica que transações comerciais, mas assegura a igualdade entre os povos, fundamentados nos princípios norteadores dos direitos fundamentais inerentes à todos os humanos.

2. A importância da Convenção de Viena

A CISG, sigla em Inglês da Convenção de Viena, corresponde hoje como o maior conjunto de países o qual se negocia parte de todos os valores de comércio do mundo.

A Convenção foi o meio encontrado para que se garanta uma uniformização nas trocas mercantis entre os países, pois dessa forma, seria garantido contratualmente entre os países comerciantes uma segurança jurídica, pois estariam vinculados a um contrato plenamente vigente e reconhecido em quase todos territórios e agrega menor custo de transação, pois uma vez existente um vínculo jurídico entre as partes, a comércio entre os países torna-se mais flexível.

[1] CISG Brasil – Status, disponível em :<http://cisg-brasil.net/status>. Acesso : 02 de março de 2014.

[2] Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e Organizações Internacionais ou entre organizações Internacionais – Preâmbulo - Portal de Direito Internacional – CEDIN, disponível em : <http://cedin.com.br>. Acesso : 02 de março de 2014.

Essa uniformidade para regular a compra e venda internacional tem sido, até hoje, a melhor forma de comercialização entre os países, além da garantia da segurança jurídica e de custar menores valores de transação, aproxima os países para uma relação de vínculo, o qual torna não apenas uma relação vínculo jurídico por intermédio de um contrato e sim, de dependência pois, uma país depende do outro para realizar sua comercialização internacional, o que os fazem com que mantenham sua economia e sua produtividade ativa e saudável.

Argui ainda parte do Preâmbulo da então Convenção:

“Acreditando que a codificação e o desenvolvimento progressivo do direito dos tratados alcançados na presente Convenção promoverão os propósitos das Nações Unidas enunciados na Carta, que são a manutenção da paz e da segurança internacionais, o desenvolvimento das relações amistosas e a consecução da cooperação entre as nações, Afirmando que as regras do Direito Internacional consuetudinário continuarão a reger as questões não reguladas pelas disposições da presente Convenção.” (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e Organizações Internacionais ou entre organizações Internacionais – Preâmbulo - Portal de Direito Internacional – CEDIN).

Pode-se notar que a intenção da Convenção, além dos princípios norteadores e asseguradores dos direitos universais e da parceria transacional comercial, a Convenção traça um propósito claro às nações consignatárias, qual seja o desenvolvimento e o progresso entre os países.

É importante salientar que diversas revoluções ocorreram no passado, tendo por justificativa a comercialização e a economia internacional, assim, se observarmos atentamente perceberemos que, uma vez estabelecida uma aliança entre os países para que comercializem entre si de maneira mais segura, garantindo a soberania entre as nações e a não intervenção de um Estado sobre outro, fortalecemos nossas economias de maneira pacífica.

3. A dinamização do Comércio Internacional

A unificação das normas inerentes a comercialização internacional entre os países, tem sido saudável, no que diz respeito, aos conflitos inerentes a essas transações, pois exclui a possibilidades dos países signatários terem que se submeterem a leis estranhas e menos favoráveis ao seu direito, logo, a criação de

um tratado comum as nações convencionadas, torna a aplicabilidade do direito democrática.

É cediço que o meio utilizado pelo homem, no que diz respeito as transações comerciais, foram embasadas pelas civilizações antigas que se utilizavam da civil law, common law, direito islâmico, direito socialista. Esses primeiros apontamentos, foram o marco inicial regulador da comercialização entre os povos, contudo, cada um regido sob as tradições jurídicas que lhes permeavam.[3] A facilidade de transações entre os países, quebra barreiras culturais e até mesmo linguísticas, uma vez que a Convenção prevê em seus artigos , a tradução para a língua do país o qual se realiza o negócio.

Não podemos esquecer de mencionar as ideologias arraigadas em cada nação, é de suma importância lembrar que a historicidade de cada nação influencia diretamente nas suas relações comerciais com outras nações.

Em 2009, quando o Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (Camex) autorizou o Ministério das Relações Exteriores (MRE) a encaminhar ao Congresso Nacional proposta de adesão do Brasil à Convenção de Viena, foram previstas algumas regras, quais sejam a aplicabilidade da língua portuguesa-brasileira, com a finalidade de não ser instaurado um conflito linguísticos e por consequência custos adicionais aos contratantes. Dessa forma, se um exportador brasileiro vender seu produto à um país, também signatário da Convenção, este poderá consultar as regras locais em português, sem a preocupação de conhecer a legislação estrangeira. [4]

4. Ratificação da Convenção de Viena no Brasil e suas mudanças

No ano de 2011, mais especificamente em 18 de maio deste mencionado ano, a Câmara dos Deputados recebeu para apreciação o Projeto de Decreto Legislativo 222/2011 [5] para que fosse aprovada a Convenção de Viena pelo Brasil. [6]

[3]DOLGANOVA, Ioulia; LORENZEN, Marcelo Boff. O Brasil e a adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Revista Fórum CESA, [s.l.], ano 4, n. 10, p. 46-61, jan./mar. 2009. 3.

Em 19 de outubro de 2012, o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo de nº 538/2012, que fora responsável pela ratificação ao texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, constituído em Viena, em 11 de abril de 1980, para o Direito Mercantil Internacional.

A referida ratificação fora depositada na sede das Nações Unidas, em 04 de março do ano de 2013, e entrará em vigor em abril do corrente ano, e faz referência a negócios efetuados no Brasil, com aquelas empresas dos outros 78 países aderentes a Convenção, representando desta forma 90% do comércio global.

O texto estrutural da Convenção é composto por 101 artigos, subdividindo-se em quatro partes. A parte I trata do campo de aplicação e dispositivos gerais; a parte II prevê normas sobre a formação do contrato; a parte III trata dos direitos e obrigações do vendedor e comprador, e por fim a parte IV refere-se às obrigações recíprocas entre os Estados.

Conforme mencionado alhures, o Estado brasileiro, somente aderiu à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980, em março do ano de 2013.

Estima-se que, diante da importância do Brasil no mercado econômico global, no que tange a compra e venda, como também, a quase que absoluta liderança da Convenção na regulamentação das transações internacionais, impulsionou a sua adesão.

[4] Assessoria de Comunicação Social do MDIC - ascom@mdic.gov.br- Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=9543>. Acesso em: 05 de março de 2014.

[5]BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, tratados ou atos internacionais 222/2011. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=502799&ord=1>>. Acesso em: 03 março 2014.

[6]BRASIL. Senado Federal. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Projeto de Decreto Legislativo (SF) nº 73 de 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=104615>. Acesso em: 03 março 2014.

É importante destacar que, parceiros importantíssimos para o Brasil, como China e Estados Unidos, e ainda, outros países do MERCOSUL, já aderiram à tempos a mencionada convenção, fazendo com que, a negativa do Brasil em aderir, soasse como tentativa de isolamento, o que de maneira alguma seria benéfico para um país emergente.

Insta salientar que, a referida adesão acarretará algumas mudanças, para não dizer indispensáveis, no que se refere aos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, tendo em vista que, a partir de sua vigência, tais contratos passarão a ser regidos, como regra, pelo direito uniforme da CISG.

Um exemplo acerca de sua aplicabilidade seria, quando partes contratantes, possuem estabelecimentos em países diferentes, e tenham aderido a ela, ou, quando as normas do Direito Internacional Privado determinarem a aplicação da legislação nacional de um país.

Dentre de inúmeras mudanças, podemos destacar que a CISG disponibiliza um padrão uniforme e coeso, para os contratos de compra e venda internacional, fazendo com que, o intercâmbio de mercadorias se torne mais seguro e previsível às partes, através de previsibilidade normativa quanto aos direitos e obrigações assumidos contratualmente.

Desta forma, é permitido aos contratantes se informar precisamente sobre suas obrigações, e quais os meios jurídicos podem ser utilizados caso venha ocorrer um descumprimento contratual.

Assim, as transações tornam-se investidas de maior precisão e previsibilidade, o que resulta em maior certeza, reduzindo custos e gerando maior segurança. Vale ainda ser ressaltado que, com a unificação trazida com esta adesão, no que tocante às regras internacionais de compra e venda, torna dispensável recorrer ao sistema de conflito de leis, na intenção de saber qual o direito deve ser aplicado, evitando assim, que as partes não se deparem com leis desconhecidas e por vezes menos favoráveis.

O Art. 1º (1) (b) da Convenção de Viena, aduz que, ela será aplicável quando as regras de Direito Internacional Privado apontarem à aplicação da lei de um Estado contratante. Em breve análise realizada a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC), esta dispõe em seu artigo 9º que a lei aplicável às

obrigações será aquela do país onde elas se constituíram. Desta forma, a LICC poderá levar à aplicação do Direito Internacional Privado do país onde a outra parte tiver seu estabelecimento.

Todavia, sendo este país parte da convenção e não tendo feito ressalva alguma ao artigo 1º (1) (b), esta será a responsável em constituir o direito a ser aplicado entre as partes. Como exemplo, podemos elencar um contrato entre uma empresa brasileira e uma chinesa, celebrado na China país contratante da Convenção de Viena, um eventual litígio no Brasil decorrente dele, será julgado aplicando-se a Convenção.

Sendo assim, pode-se dizer que a CISG busca evitar ao máximo, litígios judiciais, prevendo e disponibilizando meios alternativos para a prevenção e solução de conflitos

Portanto, a CISG com todas as mudanças e inovações, permitirá fluir melhor os negócios das empresas brasileiras no cenário no âmbito internacional, proporcionando segurança, transparência, certeza e previsibilidade nas transações, tendo em vista que esta adota um único diploma jurídico aos envolvidos no comércio internacional, mitigando assim desfavorecimentos de leis, aplicações de legislação desconhecidas, contribuindo desta forma para um ambiente favorável ao investimento.

5. Conclusão

Conforme amplamente discorrido, o presente artigo visa tecer alguns breves comentários sobre a Convenção de Viena, e a recente ratificação do Brasil a esta, sinalizando uma comemorada adesão.

Como observado, a uniformização das regras no comércio internacional, trouxe harmonia, e isso só foi possível com o advento da Convenção de Viena, que a título de hoje, representa uma espécie de “lei maior sobre os contratos de compra e venda no âmbito internacional”, tendo em vista contar com a participação de vários países importantes para a economia mundial, além de possuir representantes em cinco continentes.

Desta forma, com a promulgação da Convenção de Viena, foram evidenciados princípios que tinham como finalidade orientar a elaboração de tratados internacionais entre Países distintos.

A Convenção foi à maneira encontrada, para a uniformização nas trocas mercantis, pois dessa forma, seria garantido contratualmente entre os países comerciantes uma segurança jurídica, pois estariam vinculados á um contrato plenamente vigente e utilizado como regra em quase que 90% dos países do mundo, e reconhecido na maioria dos territórios, e ainda agregando menor custo de transação, pois uma vez existente um vínculo jurídico entre as partes , a comercio entre os países torna-se mais flexível.

A uniformidade gerada com pela Convenção de Viena, além de garantir segurança jurídica e de custar menores valores de transação, aproxima os países para uma relação de vínculo, contribuindo para os pactos entres eles, desencadeando uma relação saudável, amistosa e benéfica para o mercado internacional.

Além disso, apesar de possuir princípios norteadores e asseguradores de direitos universais, a Convenção também tem como finalidade, propiciar as nações consignatárias desenvolvimento e progresso, de forma a facilitar as suas transações, trazendo-lhes segurança e eficácia em suas relações mercantilistas.

Apesar de todas essas “benesses”, o Estado brasileiro, somente aderiu à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980, em março do ano de 2013.

Especula-se que, diante da absoluta liderança da Convenção na regulamentação das transações internacionais, e de o Brasil possuir lugar de destaque no cenário econômico mercantil, contribuiu fortemente para a referida adesão. Além disso, vários países “amigos” do Brasil, já tinham outorgado as vossas adesões.

Desta maneira, com o intuito de não se isolar perante o mercado internacional de compra e venda, e com a finalidade de impulsionar ainda mais a sua economia, tendo em vista ser um país emergente, a Convenção entrará em vigor em abril do corrente ano.

REFERÊNCIAS

- ____ DOLGANOVA, Ioulia; LORENZEN, Marcelo Boff. O Brasil e a adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Revista Fórum CESA, [s.l.], ano 4, n. 10, p. 46-61, jan./mar. 2009. 3.
- ____ CISG Brasil – Status, disponível em :<http://cisg-brasil.net/status>. Acesso : 02 de março de 2014.
- ____ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e Organizações Internacionais ou entre organizações Internacionais - Portal de Direito Internacional – CEDIN , disponível em : <http://cedin.com.br> . Acesso : 02 de março de 2014.
- ____ Assessoria de Comunicação Social do MDIC - ascom@mdic.gov.br- Disponível em :<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=9543>. Acesso em: 05 de março de 2014.
- ____ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, tratados ou atos internacionais 222/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=502799&ord=1>>. Acesso em: 03 março 2014.
- ____ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Projeto de Decreto Legislativo (SF) nº 73 de 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=104615>. Acesso em: 03 março 2014.
- ____ Rossani Garcez, José Maria. Convenção de Viena de 1980- Lei Uniforme – Contratos Internacionais de Compra e Venda de Mercadorias. 2010.

CONTRATOS INTERNACIONAIS E SEUS EFEITOS/ CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980

Wallace Leonardo de Aguiar*
Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa**

Resumo: A necessidade de unificação e uniformização de normas que regulassem as relações existentes entre comunidade diferentes e pessoas situadas em territórios distintos fez nascer o instituto dos contratos e tratados internacionais que são os meios encontrados juridicamente para uniformizar normas a serem aplicadas em uma relação de contratos internacionais privados onde surgem obrigações, deveres e direitos, isto tudo por meio de um pacto, acordo de vontades celebrado entre dois ou mais países, foi desse acordo múltiplo entre vários Estados-Países que surgiu a convenção de Viena, que teve o início de sua elaboração no ano de 1968, mas, só ficou pronta em 1980 ano que foi posta para adesão e ratificação pelos demais países, essa convenção é considerada uma das maiores do Mundo, foi elaborada através da união de vários países e também com a aprovação da ONU, atualmente conta com 79 (setenta e nove) países membros sendo o último a integrar esse grupo o Brasil, que teve a aprovação do Congresso Nacional em Outubro de 2012 passando a ter efetividade no dia 1.04.2014 (um de abril de dois mil e quatorze). Essa convenção traz uma série de modificações nas relações internacionais de comércio que outrora poderiam ser regidas tanto por normas internas do direito brasileiro quanto pelas normas aplicadas no outro país também participante da relação o que poderia criar um conflito de competência, por cada interessado querer usar as leis do seu próprio país o que acabava dificultando a resolução de possíveis conflitos existentes nesse tipo de relação, com a vigência da convenção esses conflitos que possam surgir quando forem entre países membros agora serão regidos pelas normas elencadas no pacto firmado, normas uniformes que são aplicadas e respeitadas pelos 79 países participantes do acordo pautando-se por um dos princípios norteadores tanto dos princípios norteadores tanto do direito civil

* Graduando do curso de Direito da UFPB- DCJ, pesquisador bolsista do PIVIC: wallace_leo92@hotmail.com

** Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento na UFPB. E-mail: ap_albuquerque@yahoo.com.br

quando do direito internacional o princípio do pacta sunt servanda (os acordos devem ser cumpridos).

Palavras chave: Direito Internacional Privado, Convenção de Viena, globalização econômica.

Abstract: Multiple agreement between several Member Countries that emerged the Vienna Convention, that had the beginning of its elaboration in 1968, but was ready only in 1980, year which is set to adhesion and ratification by other countries, this convention is considered one of the largest in the World, was prepared by the Union of several countries and with UN approval, actually has 79 (seventy-nine) member countries being the last to join this group the Brazil, was approved by National Congress in October 2012 going to have effectiveness on The need to unify and standardization of norms that regulate the relations existing between different communities and people situated in different territories birthed the institute of contracts and international treaties that are the means found juridically to standardize norms to be applied in a relationship of private international contracts where arises obligations, duties and rights, all this through a pact, meeting of minds celebrated between two or more countries, was that 01.04.2014 (April 1st, 2014). This convention brings a serie of changes in international trade relations that once could be governed both norms of Brazilian domestic law and by norms applied in the other country also participating of the relationship which could criate a conflict of jurisdiction, by each party want to use the laws of your own country what had complicating the resolution of possible conflicts in this type of relationship, with the validity of the Convention this conflicts that may arise when are between member countries of the convention now are governed by the norms which have the convention, uniform norms that are applied and respected by the participating countries according to one of the guiding principles both the Civil Law and the International Law, the principle of pacta sunt servanda (the agreements must be obey).

Keywords: Private International Law, Vienna Convention, economic globalization.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente com a crescente e necessária interação existente entre os países e sua multiplicidade de normas jurídicas, é mister o reconhecimento de um sistema pelo qual se possa reger as relações existentes entre eles de modo que possa identificar por quais normas serão regidos os conflitos caso venham a existir, pois, uma vez que cada país possuindo seu próprio território e dentro deste vigora um ordenamento jurídico singular, as relações que dizem respeito a dois países sendo está uma relação extraterritorial ficaria à mercê no espaço não sendo regida por nenhuma norma, por se tratar de uma relação que se perfaz entre dois territórios distintos ou por mais de uma norma diferentes entre si ficando a dúvida de qual se deve aplicar.

Desde a antiguidade foi constatado a necessidade de normas que regulassem relações de extraterritorialidades tanto comerciais quanto pessoais, necessidade que só veio a aumentar para que fossem possível atender aos interesses que evoluíam com o passar do tempo juntamente com a sociedade até chegar ao ponto em que se tornou imprescindível a existência de normas que fossem capazes de solucionar conflitos e controvérsias entre nações diversas é aí que nasce o direito internacional privado, da necessidade de regular as relações que ultrapassassem as fronteiras territoriais.

O homem com frequência estabelece relações que ultrapassam as fronteiras, podendo surgir conflitos de leis no ‘espaço’, caracterizado pela concorrência de leis pertencentes a diferentes Estados Soberanos. O direito internacional privado tem por objetivo solucionar tais conflitos no plano internacional, indicando a lei a ser aplicada.¹¹⁵

Desse modo, qualquer conflito existente em uma relações que diz respeito a dois países dentro da esfera comercial será pautado pelo direito internacional privado, que nada mais é do que um sobredireito, uma vez que este não resolve de fato o problema, cabe a ele apenas indicar a norma que será aplicada ao caso buscando a solução do conflito existente. É graças a esse ramo do direito que se tornou possível aos Estados realizar acordos, tratados e convenções possibilitando uma melhor relação entre eles.

¹¹⁵ Gustavo Bregalda. Direito internacional público e direito internacional privado, p. 216.apud. Emerson Penha Malheiro. Manual de direito internacional privado, p.3-4, 201

2. DESENVOLVIMENTO

Na atualidade graças a crescente globalização é visível o aumento das relações existentes entre países estrangeiros, que são autônomos e soberanos, de modo que possuem seu próprio ordenamento jurídico que deve ser seguido perante todos, ocorre que nem em todas as situações o ordenamento de determinado país vai ser aceito pelos outros, pois, assim como cada Estado possui sua soberania que é reconhecida entre os demais Estados, também é com suas leis, cada um possuindo leis próprias que devem ser aplicadas no âmbito da soberania da sua territorialidade, por esse motivo é mister o papel do direito privado internacional que funciona como um norteador para solução de conflitos e não como o meio de solução, já, que o meio de solução será a norma ou lei indicada pelo direito internacional e não o próprio.

A necessidade de um Direito da compra e venda unificado surge em virtude de o Direito ser territorial por natureza, aplicável, a princípio, apenas dentro dos limites territoriais do Estado em que está em vigor.¹¹⁶

Sendo assim, é por meio do direito internacional privado que os países podem exercer relações entre si, relações que são de extrema importância chegando a ser fundamental nos dias atuais devido a necessidade de trocas de comércio (importação, exportação) bem como para o desenvolvimento, aprimoramento, sustendo e crescimento do próprio país graças ao fenômeno chamado globalização econômica.

Vários países tiveram muita necessidade de expandir os seus mercados, e isso fez com que começassem a abrir-se para os produtos de outros países. Isto vem comprovar que a globalização da economia é o processo através do qual se expande os mercados e onde as fronteiras nacionais parecem mesmo desaparecer aquando desse movimento de expansão.¹¹⁷

¹¹⁶ DOLGANOVA, Iulia; .LORENZEN, Marcelo Boff. Apud. Vide EISELEN, Sieg. Adoption of the Vienna Convention for the International Sale of Goods (the CISG) in South Africa. South African Law Journal. Lansdowne, v. 116, n^o, 2, p. 323-370, 1996, p. 325

¹¹⁷ REIS, Maria Manuela Martins da Cunha, A Globalização Econômica, Leça do Balaió, 2010.

Nos casos de relações privadas que figuram ou podem figurar leis de países diferentes o meio que usa-se para solucionar possíveis conflitos existente é o chamado elemento de conexão que é a ligação entre a situação e a norma a ser aplicada, pode ser de vários tipos, *lex dami*, *lex domicilli*, *lex fori*, *lex loci actus*, *lexi loci celebrationis*, *lex loci contractus*, *lex loci delicti*, *lex loci executionis*, *lex loci solutionis*, *lex monetae*, *lex patriate*, *lex rei sitae*, *lex voluntatis*, *locus regit actum*, *mobila seuqerum persona*.¹¹⁸

Assim, as leis podem ser a do lugar em que se manifestaram as consequências do ato ilícito, a do domicílio dos envolvidos na relação jurídica, a do foro no qual ocorre a demanda judicial entre os conflitantes, obedecer a forma exigida pelo local onde o ato foi celebrado, o local onde o contrato foi firmado, a do local onde as obrigações devem ser cumpridas, a do Estado em cuja moeda a obrigação legal foi expressa, a da nacionalidade da pessoa, a do local em que a coisa se encontra, a do local pactuado entre as partes, do local onde o ato jurídico foi realizado e a do domicílio.

Para facilitar ainda mais a relação entre países com a necessidade tendo em vista à crescente globalização econômica e objetivando buscar uma “uniformidade” de leis surgiram os tratados internacionais. Tratados internacionais são acordos firmados entre dois ou mais Estados que deve ter forma escrita e ser regulado pelo direito internacional.

Tratado é o acordo internacional celebrado por escrito entre dois ou mais Estados ou sujeitos de Direito Internacional, sob a égide do Direito Internacional, independente de sua designação específica.¹¹⁹

O tratado internacional é o instrumento jurídico utilizado para a uniformização das regras que serão aplicadas em dada relação entre dois ou mais países, tem eficácia nos países que fazem parte dele, ou seja, aqueles países que são signatários e aderiram ou ratificaram o mesmo. Ratificar nos dizeres de Gustavo Bregalda Neves, “é ato internacional pelo qual um Estado estabelece no plano internacional a sua anuência e sujeição aos termos de um tratado.”, “são acordos

¹¹⁸Emerson Penha Malheiro, Capítulo 2. Manual de Direito Internacional Privado, Atlas -2012, pgs. 22-30.

¹¹⁹ Gustavo Bregalda Neves, Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, p. 17

entre sujeitos da Sociedade Internacional (Estados e Organizações Internacionais), que produzem efeitos jurídicos e com regência do Direito Internacional.” Desse modo o tratado só passa a ter efetiva validade para o Estado e a sociedade após a sua ratificação passando então a ter força de lei ordinária.

A intenção de elaborar regras unificadas ou uniformes para a compra e venda internacional surgiu a partir da necessidade de diminuir o risco e os custos causados pela incerteza. Ela foi motivada, sobretudo, pela idéia de retomar a noção de *lex mercatoria* prevalente na Idade Média, quando os tribunais aplicavam regras de certa forma comuns, que suplantavam as diferenças locais, dada a necessidade de vencê-las para que o comércio pudesse aflorar.¹²⁰

A Convenção de Viena também conhecida como Convenção de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, (CISG), começou a ser elaborada no ano de 1968, mas, só no ano de 1980 foi aberta para adesão, durante a elaboração a convenção contou com a ajuda de 62 países, a expressão adesão aqui usada é para casos nos quais o país signatário não tenha participado do processo de feitura do tratado, aderindo a ele posteriormente, para aqueles casos em que o país signatário participou do processo de elaboração do tratado a correta expressão a ser empregada é ratificação (para efeitos didáticos).

A Convenção de Viena foi, portanto, redigida de modo a atender aos mais diversos interesses contrastantes da época, buscando soluções justas e inovadoras para contratos internacionais de compra e venda com base em uma extensa análise comparativa das soluções de Direito interno,¹²¹ sendo que a diversidade dos Estados contratantes revela o seu grau de representatividade e o compromisso por eles assumido.¹²²

¹²⁰ DOLGANOVA, Iulia ; LORENZEN, Marcelo Boff. Apud. Vide MEYER, Rudolf, *Bona Fides und Lex Mercatoria in der Europaschen Rechtstradition*. Gottingen: Wallstein, 1994, p. 56-57

¹²¹ DOLGANOVA, Iulia ; LORENZEN, Marcelo Boff. Apud. SCHLECHTRIEM, Peter. *Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations*, *Juridica Internacional*. Tartu, v. 10, p. 27-34, 2005, p. 27

¹²² DOLGANOVA, Iulia ; LORENZEN, Marcelo Boff. Apud FONSECA, Patrícia Galindo da O. *Brasil perante uma Nova Perspectiva de Direito Mercantil Internacional*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 341, p. 193-211, 1998, p. 210.

Vale ressaltar que o Brasil teve um papel significativo durante o processo de criação e elaboração da convenção, onde participou ativamente.

O Brasil participou ativamente da conferência diplomática que ocorreu depois de onze anos de intensos trabalhos preparatórios e teve um papel importante nas negociações que levaram à elaboração do projeto final da Convenção de Viena de 1980 sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Representantes brasileiros (Franchini Netto e Andrade) participaram, como vice-presidentes da Conferência, juntamente com representantes de outros 21 Estados, e também como membros do comitê que elaborou o projeto de Convenção, juntamente com representantes de outros 14 Estados.¹²³

Essa convenção é considerada uma das maiores do mundo, foi elaborada por meio de um projeto da CDI (Comissão de Direito Internacional) sendo posteriormente submetido através da Assembleia Geral da ONU a apreciação da Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, passando a entrar em vigor em 1980 ano no qual atingiu o número mínimo de ratificações exigidas que era de 35 (trinta e cinco) países. A convenção em sua estrutura é dividida em quatro partes a I que trata do campo de aplicação e dispositivos gerais; a parte II que prevê normas sobre a formação do contrato; a III parte que trata dos direitos e obrigações do vendedor e comprador e a IV parte que se refere às obrigações recíprocas entre os Estados.

O Brasil que até pouco tempo atrás estava na iminência de aderir a convenção se tornou o 79º País-Estado a fazer parte da CISG no dia 04 de março de 2014, com isso as relações internacionais de compra e venda de mercadorias com os demais países integrantes da CISG passaram a ser regidas pelas normas disciplinadas na convenção, que traz normas uniformes para esse tipo de relações de comércio entre os países visando melhorar e facilitar as relações entre eles.

¹²³ DOLGANOVA, Iulia ; LORENZEN, Marcelo Boff. Apud. Vide o documento final oficial editado pela ONU-UNCITRAL. United Nations Conference on Contracts for The International Sale of Goods – Official Records – Vienna, 10 March-11 April 1980. Nova York, United Nations, 1991, 522 p., p. XV

2.1 BENEFÍCIOS TRAZIDOS PARA O BRASIL COM A RATIFICAÇÃO DA CISG

O CISG entrará em vigor no Brasil no dia 1 de abril de 2014 em conformidade com o seu art. 99, (2). Um dos maiores pontos positivos que pode ser destacado com o ingresso do Brasil no CISG é, que trará segurança normativa em relação ao seu maior parceiro comercial, ou seja, a China, que é signatário e integrante da convenção.

Essa necessidade de segurança normativa se comprova através de dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior do Brasil que em relação aos bens exportados pelo Brasil no ano de 2011 demonstra que 17,3% foram destinados a China e numa relação de reciprocidade de lá 14% foi importado para o Brasil do total de 100% que o Brasil importou neste ano.

O Brasil ocupa posição econômica regional de destaque na América do Sul. Além de todos os membros do Mercosul já terem aderido à Convenção de Viena ou assinado-a, os principais parceiros comerciais do Brasil no mundo todo também já o fizeram.¹²⁴

Com a adesão e uniformização passam a cessar os custos transacionais que antes existiam nas transações comerciais entre estes países, vale ressaltar que as leis que são utilizadas pela convenção dizem respeito apenas as relações internacionais de modo, que as nacionais continuaram sendo aplicadas as lei nacionais, ou seja, o comércio interno continuará sendo regido por leis internas e próprias do país.

O grande número de países membros de convenção pode ajudar o Brasil a firmar um número bem maior de relações comerciais do que as que se tem atualmente tendo em vista que este é o objetivo da convenção e que grande parte dos parceiros comerciais do Brasil faz parte da convenção mais precisamente 75% deles, a facilidade vai além das normas atingindo também a língua, e transações que se utilizam de meios eletrônicos para que sejam realizadas.

¹²⁴ DOLGANOVA, Iulia; LORENZEN, Marcelo Boff. O Brasil e a Adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Vendas Internacional de Mercadorias, 2014.

Como foi dito anteriormente, o tratado tem força de lei e com isso torna-se obrigado as suas normas todos aqueles países que o ratificaram ou aderiram a ele, isso baseado no princípio: *pacta sunt servanda*.

A obrigatoriedade dos tratados funda-se no princípio fundamental do direito internacional: *pacta sunt servanda*, segundo o qual os Estados devem respeitar os pactos por eles estabelecidos.¹²⁵

Esse termo “*pacta sunt servanda*” vem do latim, é utilizado por ser um princípio do direito civil e internacional o que diz que os pactos devem ser respeitados ou em outras palavras os acordos devem ser cumpridos.

Com a convenção os contratos deixam de ser pautados pelas normas “domésticas” antes usadas e passam a ser regidos por normas de direito internacional uniformes, mas, apesar disso, a convenção tem certa flexibilidade quanto a escolha das normas a serem aplicadas no momento da formação da obrigação.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a antiguidade percebeu-se a necessidade de um mecanismo que permitisse uma maior interação entre países, seus povos, suas relações mercantis, ou seja, normas que pudessem nortear os conflitos que adviessem das relações de compra e venda entre povos de diferentes territórios, com o passar do tempo e a evolução da sociedade e do comércio essa necessidade foi aumentando cada vez mais, foi a partir dessa gritante necessidade e demanda social que surgiu os tratados internacionais como um meio de contrato entre dois ou mais países que buscavam solucionar conflitos entre si por meio das mesmas normas, visando uma uniformidade no modo de resolução dos conflitos e assim uma segurança jurídica.

A convenção de Viena nasce com propósito, de estreitar relações e possibilitar o comércio entre países onde ambos tivessem as mesmas normas como meio de facilitar o comércio e assim o desenvolvimento de cada país, isto, era de extrema importância e necessidade em uma época de crescente e desenfreada globalização de modo que se faz necessário acompanhar também esse crescimento

¹²⁵ Paulo Dourado de Gusmão. Introdução ao Estudo do Direito.

e se adequar aos mecanismos que busquem facilitar as relações entre pessoas estando ou não situadas no mesmo território.

Após quase 34 (trinta e quatro anos) de existência da convenção o Brasil recentemente a ratificou sendo o 79º a fazer isto, passando então a ter suas normas e efeitos reconhecidos no país, em relações que versam sobre contratos internacionais privados de comércio, este é um importante passo tanto para o avanço das relações comerciais do Brasil quanto para estreitar relações com os demais países que também compõem essa convenção, inclusive pelo fato de grandes potências econômicas fazerem parte da convenção dentre os quais estão os maiores parceiros econômicos do Brasil como China, Austrália e Estados-Unidos.

Diante de tudo o que foi exposto neste trabalho, que se propôs a demonstrar a necessidade e importância dos acordos e tratados internacionais como meios úteis e essenciais para que possibilitem uma melhor relações entre países e seus membros, levando em consideração que na atualidade com o avanço da sociedade e assim o crescimento tanto das necessidades quanto da capacidade de firmar acordos entre privados estando eles ou não no mesmo território graças ao crescimento cada vez maior do fenômeno chamado globalização econômica esses acordos de vontades não podem ficar à mercê do direito.

Fica claro que essas relações não poderiam estar fora do mundo jurídico, pois, já se é reconhecido na esfera jurídica a liberdade contratual, não restando ao direito se não outro meio do que se atualizar as necessidades e encontrar formas para ampara-las juridicamente podendo assim chegar a tão almejada segurança jurídica, que é essencial em qualquer relação de negócio.

Assim a chamada Convenção de Viena de 1980 traz esse norte nas relações de comércio internacional bem como essa segurança jurídica buscada por todos beneficiando não apenas o Brasil, mas, também aos demais membros que fazem parte desta convenção, que como já dito anteriormente, atualmente são 79 (setenta e nove) países que se valem das normas do direito internacional trazidas pela convenção com a finalidade de mediar as relações entre eles no que diz respeito ao comércio, quanto ao demais países que não são membros, a convenção não possui eficácia pois, para que seja válida é necessário que ocorra a adesão ou ratificação por parte do país que assim desejar.

Pode-se afirmar com isso que a Convenção de Viena de 1980 (CIS) obteve e ainda continua obtendo um grande sucesso naquilo que lhe era tido como proposto e objetivo, que é justamente essa uniformização de normas de direito internacional, após o insucesso advindo de outras convenções anteriores, a de Viena de 1980 conseguiu em fim alcançar o objetivo tão esperado, o que é constatado nos dias atuais trazendo melhores condições entre os países para que suas relações comerciais tendam a prosperar cada vez mais.

REFERÊNCIAS

- DOLGANOVA, Iulia; LORENZEN, Marcelo Boff. **O Brasil e a Adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Revista Fórum CESA, ano 4, n.º 10, jan./mar. 2009, p. 46-61.
- MALHEIRO, Emerson Penha. **Manual de Direito Internacional Privado** - 2ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2012
- NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional Público & Direito Internacional Privado**. 2ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2008.
- ONU. **Brasil adere à Convenção da ONU sobre contratos internacionais de compra e venda de mercadorias**. <http://www.onu.org.br/brasil-adere-a-convencao-da-onu-sobre-contratos-internacionais-de-compra-e-venda-de-mercadorias/>. Acesso em: 04 mar 2014.
- PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentarios a convenção de viena de 1980**. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-intro.pdf>. Acesso em: 06 mar 2014
- REIS, Maria Manuela Martins da Cunha. **A globalização económica**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/34186986/A-GLOBALIZACAO-ECONOMICA>. Acesso em: 06 mar 2014.
- RODAS, João Grandino (Coord). **Contratos Internacionais**. 3ª edição. Revista dos Tribunais.

DIREITO CIVIL E MEIO AMBIENTE: O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DOS DANOS AMBIENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Cícero Otávio de Lima Paiva¹²⁶

Ingrid Viana Mota¹²⁷

Rafael Dorgival Alves Fonsêca Neto¹²⁸

Jailton Macena de Araújo¹²⁹

Resumo: O trabalho apresenta uma abordagem acerca do instituto da responsabilidade civil dentro do direito ambiental, no que concerne a responsabilidade decorrente dos danos ao meio ambiente. Abordando primeiramente os aspectos gerais de direito ambiental, explicando o instituto da responsabilidade civil, posteriormente demonstrando acerca dos danos ambientais e por fim aborda-se a questão da responsabilidade civil ambiental no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo como principal objetivo analisar a responsabilidade civil decorrente dos danos ambientais, que passa a englobar todo um caráter de preservação e conscientização da importância do patrimônio natural, que não se vincula a um único e exclusivo indivíduo, mas a toda uma geração, presente ou futura. E para o desenvolvimento desta análise, a metodologia que foi utilizada constitui-se no método de abordagem dedutivo, onde se partindo de verdades gerais pode-se chegar a conclusões específicas. Não obstante, foi utilizado o método de procedimento histórico, onde se estuda a evolução do tratamento do direito ambiental, bem como o método comparativo, comparando-se os institutos da responsabilidade civil e os conceitos doutrinários sobre a temática de direito e meio ambiente. Com toda a estrutura da preservação ambiental percebe-se uma crescente

¹²⁶ Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, onde desenvolve diversas atividades no ensino, pesquisa e extensão. Estagiário do Ministério Público Estadual da Paraíba. E-mail: cicero.otavio@hotmail.com

¹²⁷ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, onde desenvolve diversas atividades no ensino, pesquisa e extensão. Estagiário do Ministério Público Estadual da Paraíba. E-mail: ingridvit@gmail.com

¹²⁸ Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, onde desenvolve diversas atividades no ensino, pesquisa e extensão. Estagiário do Tribunal de Justiça da Paraíba. E-mail: faelcz@hotmail.com

¹²⁹ Doutorando em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba (2013). Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba, aprovado "com distinção" (2011). Especialista em Direito Processual pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2010). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (2007). Professor da Universidade Federal de Campina Grande. Advogado - Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail: jailtonma@gmail.com

preocupação de harmonização e efetivação das leis e princípios que regem nosso ordenamento jurídico sobre tal tema, consagrando a responsabilidade civil objetiva, e seu caráter preventivo, de um dano ambiental que muitas vezes é irreparável.

Palavras-Chave: Meio ambiente. Responsabilidade Civil. Dano Ambiental. Responsabilidade Civil Objetiva.

Abstract: The paper presents an approach on academy for civil liability in environmental law, with respect to liability for harm to the environment. Turning firstly to the general aspects of environmental law, explaining the institution of civil liability, later demonstrating about environmental damage and finally addresses the issue of environmental liability in Brazilian law. Its main goal is to analyze the future liability for environmental damage, which now includes a character all of preservation and awareness of the importance of natural heritage, which is not tied to a single, unique individual, but an entire generation, gift or. And to develop this analysis, the methodology that was used constitutes the method of deductive approach, where starting from general truths can reach specific conclusions. Nevertheless, the historical method of procedure, where one studies the evolution of treatment of environmental law, as well as the comparative method, comparing the institutes of civil liability and doctrinal concepts on the subject of law and the environment was used. The whole structure of environmental preservation perceives a growing concern for harmonization and enforcement of laws and principles that govern our legal system on this issue, enshrining the objective liability, and its preventive character, that environmental damage is often irreparable.

Key words: Environment. Liability.Environmental Damage.Liability Lens.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental teve o seu surgimento com o objetivo de lutar contra os abusos sofridos pela natureza. As necessidades de proteção e preservação da biota denotam que sua essência não se limita às normas, mas ao estudo da qualidade do meio ambiente, verificando os procedimentos mais adequados para proteger de

modo eficiente a natureza. Sua importância para o mundo jurídico tem respaldo na majoração do direito de todos a um meio ambiente equilibrado, haja vista ser o mesmo um bem de uso comum. Com o advento da Responsabilidade Civil Ambiental puderam-se determinar os agentes infratores, bem como as penalidades cabíveis aos mesmos.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o surgimento da Responsabilidade Civil decorrente dos danos ambientais, bem como a sua importância para a preservação ambiental, partindo do pressuposto de que a conscientização sobre o patrimônio natural só será um bem permanente se todos estiverem dispostos a resguardá-lo, a comprovação e valoração dos danos e a competência relativa aos entes federados de fiscalizar, legislar e proteger o meio ambiente.

Faz-se importante à conscientização da sociedade em estabelecer o equilíbrio entre o crescimento econômico, as necessidades humanas e a capacidade que a natureza tem de suprir a demanda exigida sem esgotar os seus recursos, bem como esclarecer quais os meios cabíveis para se pleitear uma ação em defesa do meio ambiente.

Primordial será o aperfeiçoamento do estudo versando sobre a Responsabilidade Civil decorrente dos danos causados ao meio ambiente, em detrimento das vastas ameaças advindas do desenvolvimento mal planejado, das ações pouco fiscalizadas e da falta de consciência do ser humano em relação à natureza.

Para tanto, a metodologia a ser utilizada neste trabalho constitui-se do método de abordagem dedutivo, onde se partindo de verdades gerais pode-se chegar a conclusões específicas, bem como o método de procedimento histórico, onde se estuda a evolução do tratamento do direito ambiental, bem como o método comparativo, comparando-se os institutos da responsabilidade civil e os conceitos doutrinários sobre a temática de direito e meio ambiente, nas técnicas de pesquisa foram utilizadas a pesquisa bibliográfica trabalhando com documentação indireta.

Outrossim, o trabalho inicia-se pela análise da questão do meio ambiente no direito e seu desenvolvimento ao longo do tempo e a medida que a questão ambiental passou a ser discutida, passando para a análise geral acerca do instituto

da responsabilidade civil, sendo explicado posteriormente sobre o dano ambiental e encerrando com a análise da responsabilidade civil decorrente dos danos ambientais.

2.DIREITO AMBIENTAL: ASPECTOS GERAIS, CONCEITO E DESENVOLVIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1. Meio Ambiente

Quando se fala o termo “Meio Ambiente” a primeira da idéia que vem a mente é de natureza, tranquilidade, um local arborizado para ser apreciado, respeitado e preservado. A conceituação deste termo é bastante diversificada na doutrina englobando um complexo estudo, estabelecendo direitos e deveres a serem cumpridos e usufruídos.

A legislação brasileira no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 prevê:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações¹³⁰.

O meio ambiente tem suscitado questões sobre os elementos naturais e culturais que o compõem, adentrando no mundo político e jurídico e expondo as proporções consideráveis que tem tomado à tutela ambiental.

De acordo com a Resolução n°. 306/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, define meio ambiente como: “conjunto de condições, leis, influencia e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”¹³¹.

¹³⁰ BRASIL. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil**. Organizador: Yussef Said Cahali; 8ª ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹³¹ BRASIL, CONAMA. **RESOLUÇÃO CONAMA n° 306**, de 5 de julho de 2002. Estabelece os requisitos mínimos e o termo de referência para realização de auditorias ambientais. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

Para José Afonso Silva¹³², “O meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana”. O referido autor¹³³, compreende o conceito de meio ambiente sobre três aspectos, quais sejam: meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam; meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído e meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, difere do anterior pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou.

2.2. Direito Ambiental

O Direito Ambiental desenvolveu-se no ramo do Direito Público gradativamente, e através de sua autonomia expõe a problemática da degradação do meio ambiente e designa a todos, indistintamente, o dever de zelar pela sobrevivência do meio natural.

Antunes¹³⁴ procurou definir o Direito Ambiental de acordo com as necessidades da coletividade e da natureza: "um direito fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais (...)".

Piva¹³⁵ determina ser o Direito Ambiental “O ramo do direito positivo difuso que tutela a vida humana com qualidade através de normas jurídicas protetoras do direito à qualidade do meio ambiente e dos recursos ambientais necessários ao seu equilíbrio”.

Figueiredo e Silva¹³⁶ (2004, p. 21) explica o Direito Ambiental como sendo:

¹³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo: ação popular constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1981. p. 435.

¹³³ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 21.

¹³⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 8.

¹³⁵ PIVA, Rui. **Bem ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 47.

¹³⁶ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; e SILVA, Solange Teles da. **Responsabilidade penal das pessoas jurídicas por conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente: as pessoas jurídicas de**

Um ramo do Direito Público voltado à proteção da diversidade biológica e da sadia qualidade de vida dentro de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Suas características são claramente tutelares: o bem tutelado é a vida com qualidade e, nesse sentido, não alberga ele pretensões que sejam contrárias.

O ponto comum entre os conceitos citados está na preservação da natureza em detrimento do benefício humano, buscando um ambiente ecologicamente correto, equilibrado entre as necessidades da sociedade e a conservação do bioma.

Após o surgimento da Lei n°. 6.938/81, Lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, pôde-se verificar as definições acerca do meio ambiente, poluição, poluidor, degradação da qualidade ambiental, como também dos recursos ambientais.

Os fundamentos do Direito Ambiental são calcados nas definições e conceitos de ecologia, antropologia, biologia, botânica, educação ambiental, além dos princípios ambientais, o qual distingue o Direito Ambiental dos demais ramos do direito.

Assim sendo, o Direito Ambiental subsiste em estabelecer a predominância do interesse coletivo sobre o individual, criando meios para reger as relações entre o homem e a natureza.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A Responsabilidade Civil, como um dos institutos mais antigos, reflete as ideias presentes no Código Napoleônico, está fundamentada principalmente na responsabilidade pela culpa. O Código Civil de 1916 em seu artigo 159 dispunha: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

O fundamento da culpa é também adotado pelos demais países do mundo ocidental, e que constitui elemento primordial sem cuja presença não pode haver obrigação de reparar, que para ser tutelada necessita de três elementos que a

doutrina denomina de “*faute quase délictuelle*”, quais sejam negligência, imprudência ou imperícia, não sendo necessária a intenção de prejudicar.

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 927, discorre:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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 outrem¹³⁷.

O estudo da Responsabilidade Civil tem por objetivo o dever de não prejudicar a outrem, não admitindo que um dano sofrido seja esquecido e recaia na imputabilidade, e impondo ao ser humano os limites indispensáveis para a boa convivência em sociedade.

A responsabilidade civil no Brasil foi difundida por Dias¹³⁸, afirmando que: “toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade”. Diante deste conceito primitivo, a responsabilidade foi evoluindo juntamente com a complexidade da sociedade e atualmente, ela é vista como uma prática danosa a alguém que ao agir ilicitamente, fere uma norma jurídica, acarretando consequências por seu ato.

3.1 Responsabilidade Civil Objetiva e a Responsabilidade Civil Subjetiva

Como regra geral na Responsabilidade Civil Subjetiva, deve ser comprovada a existência da culpa para que possa haver o ressarcimento, sendo que tal preceito surge expresso no Código Civil Brasileiro de 2002 nos seus artigos 186 e 187:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹³⁷ BRASIL. Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Organizador: Yussef Said Cahali; 8ª ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹³⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 11.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes¹³⁹.

Pereira¹⁴⁰ propõe: “A essência da responsabilidade subjetiva vai se assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima”.

Percebe-se que, a ação do agente deve ser voluntária, negligente ou imprudente, e que para haver a obrigação de reparação do dano, é primordial a comprovação da culpa do agente.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria subjetiva da Responsabilidade Civil, ratificando a existência da culpa para o devido ressarcimento do dano.

A responsabilidade civil objetiva é descrita quando o autor do agravo tem o dever de reparar o dano, independente de sua ação não ter sido dolosa, pois para a mesma o importante é a configuração da culpa por parte do agente, que deverá providenciar a devida indenização.

Maria Helena Diniz¹⁴¹ retrata que o dever ressarcitório:

O dever ressarcitório, estabelecido por lei, ocorre sempre que se positivam a autoria de um fato lesivo, sem necessidade de se indagar se contrariou ou não norma predeterminada, ou melhor, se houve ou não um erro de conduta. Com a apuração do dano, o ofensor ou seu proponente deverá indenizá-lo.

O artefato da responsabilidade civil objetiva é o risco do dano, uma vez que o agente exercendo uma atividade benéfica a ele ou não está exposto a sofrer as penalidades cabíveis para reparação do mesmo. Ainda, em relação aos danos

¹³⁹ BRASIL. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil**. Organizador: Yussef Said Cahali; 8ª ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 29.

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 44

ambientais, não há a necessidade de se provar a culpa do agente, mas sim a prova do nexos causal.

4. OS DANOS AMBIENTAIS

A questão do dano ambiental envolve muito mais que a simples agressão ao meio ambiente, muitos aspectos devem ser abordados para que se aplique de maneira coerente a sanção, através da análise da responsabilidade civil do agente.

A Lei n.º. 6.938/81, no artigo 3º, inciso I, conceitua o meio ambiente fazendo uma explanação breve dos elementos presentes na natureza passíveis de alterações através dos danos: “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Importante ressaltar, que o dano ambiental normalmente é irreparável, pois uma vez destruída, por exemplo, uma floresta, jamais se poderá reconstruir com a mesma perfeição e biodiversidade o que ali se tinha anteriormente, bem como também os animais, o ar, a água, o solo, mesmo com todos os esforços para restabelecer aquilo que foi modificado sempre haverá cicatrizes que denunciarão a atuação ilícita do homem.

Antunes¹⁴² explica que: “o dano é o prejuízo causado a alguém por um terceiro que se vê obrigado ao ressarcimento”. É juridicamente irrelevante aquele prejuízo que tenha por origem um ato ou uma omissão imputável à própria vítima. É essencial que a ação ou omissão seja de um terceiro e que a alteração provocada por este seja negativa.

Para Milaré¹⁴³ entende-se por dano ambiental: “a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação, com alteração adversa ou prejuízo, do equilíbrio ecológico”.

Nos primórdios do estudo sobre o dano ambiental, Prieur¹⁴⁴ elaborou o primeiro conceito, abordando o fator da não reparação do dano: “Aquele que se constitui em um atentado ao conjunto de elementos de um sistema e que por sua

¹⁴² ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 146.

¹⁴³ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 206.

¹⁴⁴ PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. Paris: Editora Dalloz, 1984. p. 1036)

característica indireta e difusa não permite, enquanto tal, que se abra direito a sua reparação”.

Ferraz¹⁴⁵ define dano ecológico como “toda lesão defluente de qualquer agressão à integridade ambiental”.

Portanto, no dano ambiental o poluidor fica obrigado a responder por seus atos de ação ou omissão ao meio ambiente, independentemente de culpa. Porém, deve-se analisar que nem toda atividade que causar alteração a biota será tido como dano ambiental, um exemplo prático é quando uma ação humana não ultrapassa a capacidade natural de absorção ambiental ela não está agredindo o meio ambiente, e sim retirando o suficiente para suas necessidades.

O equilíbrio ambiental é vital para a continuidade da vida, e é tratado no ordenamento jurídico como um bem de uso comum do povo, devendo estes mesmos dependentes ter a consciência de preservação e defesa de sua fonte de vida. O artigo 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988 exalta que uma degradação ambiental “afeta, necessariamente, uma pluralidade difusa de vítimas, mesmo que certos aspectos particulares da sua danosidade atingem individualmente certos sujeitos”.

No ponto da coletividade, Benjamim¹⁴⁶ (1993, p. 55) relata:

Os bens comunais regem-se por dois princípios básicos: o princípio da indivisibilidade dos benefícios (a utilidade do bem não é divisível entre os que o utilizam, impossibilitando a sua apropriação com exclusividade) e o princípio da não exclusão dos beneficiários (nenhum dos membros do grupo pode ser excluído de seus benefícios, a não ser que todos o sejam igualmente).

No dano ambiental coletivo toda a sociedade será titular da ação enquanto que no individual apenas uma pessoa ou um grupo de pessoas será o titular da ação, lembrando que neste caso haverá um procedimento especial para cada tipo de dano.

¹⁴⁵ FERRAZ, Sérgio. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. São Paulo: Revista De Direito Público, 2000. p. 35.

¹⁴⁶ BENJAMIM, Antonio Herman V. **Função ambiental**: In: Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repreensão. 21. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993. p. 55.

O meio ambiente é interesse de toda a sociedade, pois dele se depende incondicionalmente, isso reflete no interesse difuso, por isso que o dano coletivo é *latu sensu*, incluindo tanto os danos aos direitos coletivos quanto aos difusos. Quando a questão refere-se ao dano ter um caráter individual ou pessoal, ela reflete os aspectos particulares sofridos, a exemplo de um agricultor que teve suas terras prejudicadas pela infertilidade decorrente da poluição de uma fábrica vizinha.

Quanto à espécie, o dano pode ser material ou moral, também de caráter coletivo e individual, como visto. Na situação em relação ao dano material onde a única providência a ser tomada foi a tentativa de reparação ou a compensação dos prejuízos por parte de quem os causou.

Benjamim¹⁴⁷ faz referência à reparação do dano ambiental, onde mesmo com a incorporação do princípio do poluidor pagador ao Direito Ambiental, ainda assim, é difícil superar o obstáculo de se reparar um dano sofrido, “Não podemos, por exemplo, substituir uma paisagem ou uma espécie extinta; para tais casos, inexistente reparação”.

A reparação do dano ambiental sofrido deve ser sempre o objetivo principal a ser buscado, mesmo que este seja falho ou insuficiente. Onde a primeira hipótese a ser considerada, sempre que possível é o retorno do ambiente atingido ao *statu quo ante*, ou seja seu estado anterior.

A reconstrução de um local degradado não é tarefa fácil, fato pelo qual se torna cada vez mais evidente a prioridade que deve ser dada às ações preventivas em todas as situações cabíveis. Cabendo aqueles responsáveis pela fiscalização e proteção à adoção das medidas preventivas em casos que já ocorreram o dano a reparação do mesmo quando cabível.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A Responsabilidade Civil Ambiental ganhou destaque a partir do entendimento que os recursos naturais são esgotáveis, então não é justificável que a degradação ambiental prossiga além dos limites suportáveis. A visão ambientalista, no decorrer dos anos, adquiriu autoridade para reivindicar equilíbrio entre o

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 72.

crescimento econômico e a natureza, principalmente para que através da consolidação das leis, houvesse a responsabilização do agente.

Na responsabilidade civil a obrigação de reparação do dano é imposta ao sujeito que o causou, resultando numa conduta antijurídica, seja por omissão ou mesmo pela ação. Sobre a ótica da Responsabilidade Civil Ambiental, nenhum tipo de excludente é permitido nos casos de dano ao meio ambiente, devendo haver o *quantum* indenizatório independente de culpa do agente.

Ferraz¹⁴⁸ ensina que:

A teoria objetiva na imputação da responsabilidade ao causador dos danos ao meio ambiente se concretiza porque: em termos de dano ecológico, não se pode pensar em outra adoção que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha que não seja malha realmente bem apertada que possa, na primeira jogada da rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental. É importante que, pelo simples fato de ter havido omissão, já seja possível enredar agente administrativos e particulares, todos aqueles que de alguma maneira possam ser imputados ao prejuízo provocado para a coletividade.

A teoria da responsabilidade civil objetiva independe da existência de culpa, é um meio processual que garante a proteção dos direitos da vítima, nos casos de danos ambientais a coletividade. Portanto, aquele que exerce uma atividade potencialmente poluidora ou mesmo que traga riscos a alguém, assume a responsabilidade por danos originados por esse risco.

A adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva trouxe para a esfera ambiental maior proteção e a possibilidade de prevenção e repressão dos danos causados ao meio ambiente.

A responsabilidade civil ambiental possui características próprias e relevantes para o objetivo ao qual foi criada. No Brasil, está arraigada na responsabilidade objetiva, introduzida pela Lei n.º. 6.938/1981, Lei da Política

¹⁴⁸ FERRAZ, Sérgio. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. São Paulo: Revista De Direito Público, 2000. p. 58.

Nacional do Meio Ambiente, onde foi estabelecida a responsabilidade objetiva para os causadores de danos ao meio ambiente, nos termos do artigo 14, § 1º:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Como fundamento da responsabilidade civil objetiva está à atividade exercida pelo agente e o perigo que pode provocar à vida, a saúde e ao patrimônio de outrem. Dessa maneira, quem exerce atividade, ainda que lícita capaz de causar perigo a terceiros responderá por tal risco, não sendo necessária por parte da vítima a prova da culpabilidade do referido agente. No direito ambiental este instituto é considerado como uma das principais armas para evitar ou reparar os atos danosos ao meio ambiente, possibilitando que um número cada vez maior de situações possam ser devidamente reparadas.

Confirmando a teoria objetiva, Milaré¹⁴⁹ compreende a exclusão do caso fortuito e da força maior como pressupostos para justificar um dano causado ao meio ambiente:

A terceira consequência da adoção do sistema de responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral diz com a inaplicabilidade do caso fortuito, da força maior e do fato de terceiro como exonerativas, e com a impossibilidade de invocação da cláusula de não-indenizar.

Cavaliere Filho¹⁵⁰ traz a seguinte justificação:

Extrai-se do Texto Constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) que essa responsabilidade é fundada no

¹⁴⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 836.

¹⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 145.

risco integral, conforme sustentado por Néelson Nery Jr. (*Justitia* 126/74). Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior [ou ainda a culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro] como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei, a maior parte dos casos de poluição ambiental, como a destruição da fauna e da flora causada por carga tóxica de navios avariados em tempestades marítimas; rompimento de oleoduto em circunstâncias absolutamente imprevisíveis, poluindo lagoas, baías, praias e mar; contaminação de estradas e rios, atingindo vários municípios, provocada por acidentes imponderáveis de grandes veículos transportadores de material poluente e assim por diante.

A responsabilidade objetiva no direito ambiental está fundamentada na teoria do risco integral, tornando-se importantíssimo para a proteção do meio ambiente e de terceiros na esfera civil, pois diante das dificuldades em se determinar os responsáveis, o nexos de causalidade e a conduta culposa do agente, foram estabelecidas novas regras que esclareceram e transformaram essa esfera do direito ambiental, adotando assim, a solidariedade, a conduta culposa do agente sem necessidade de provas, as causas de exclusão do nexos causal: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior, e o dever de indenizar estando presente o dano.

A Responsabilidade Civil Ambiental se preocupa não só com a reparação dos danos, mas também com a prevenção dos acidentes, entendendo que nos casos de irreparabilidade de uma conduta nociva ao meio ambiente a vigilância, a cautela e o estudo prévio do impacto causado, serão os melhores instrumentos para se evitar o dano potencial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Ambiental adquiriu estrutura própria para a preservação ambiental. As suas leis e princípios denotam seu objetivo de harmonizar a natureza através da manutenção do seu ecossistema e a verificação dos prejuízos causados a biota. A evolução das leis no Direito Ambiental aperfeiçoou seus princípios oferecendo maior objetividade e transparência nos casos de identificação dos danos ambientais.

Através do instituto da Responsabilidade Civil no Brasil, pôde-se analisar o processo de formação da Responsabilidade Civil Ambiental, a teoria objetiva serviu de referência para a consagração da responsabilidade civil objetiva, fundamentada no risco integral, pois não se podia pensar em proteção ambiental sem atribuir aos agentes poluidores à sanção cabível. O estudo do risco deve assumir o caráter preventivo, uma vez que o dano ambiental muitas vezes é irreparável.

O dano ambiental é especificado como um prejuízo causado ao meio ambiente, muitas vezes irreparável. Como subdivisão do dano, avaliou-se o dano moral, ainda que haja controvérsias sobre este tema, como pressuposto da coletividade para exigir que seus direitos pessoais também fossem resguardados pelo Direito Ambiental.

Conclui-se assim, a partir dos estudos realizados, que a atenção voltada para o meio ambiente traz inúmeros benefícios para a humanidade e para a própria natureza, buscando sempre a prevenção em detrimento da constatação do dano. Cabendo a todos, Estado e sociedade, o cumprimento das políticas nacionais de proteção ambiental, estabelecidas para que a vida natural possa seguir sem maiores riscos e amparada por uma legislação eficaz e segura.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BENJAMIM, Antonio Herman V. **Função ambiental**: In: Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repreensão. 21. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993.

BRASIL, CONAMA. **RESOLUÇÃO CONAMA nº 306**, de 5 de julho de 2002. Estabelece os requisitos mínimos e o termo de referência para realização de auditorias ambientais. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BRASIL. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil**. Organizador: Yussef Said Cahali; 8ª ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Lei nº Lei 12.305, de 2 de Agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. **Presidência da República**. Brasília 02 ago. 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em 19 jun. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERRAZ, Sérgio. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. São Paulo: Revista De Direito Público, 2000.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; e SILVA, Solange Teles da. **Responsabilidade penal das pessoas jurídicas por conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente**: as pessoas jurídicas de direito público. 2004. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/Congresso/ztese20.htm>>. Acesso em 05 abr. 2013.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

PIVA, Rui. **Bem ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. Paris: Editora Dalloz, 1984.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**: ação popular constitucional. São Paulo: Malheiros, 1981.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS: A PICHANÇA NO PATRIMÔNIO CULTURAL

Vanessa Audrey Alves¹⁵¹

Joyce Sant'Anna Simões¹⁵²

Resumo: O presente artigo tem como escopo trazer à luz da responsabilidade civil os atos de pichação em patrimônio cultural, tão frequente ainda nas grandes metrópoles. Para isto, inicialmente foi exposto a extensão da proteção constitucional ao meio ambiente, considerado em sua pluralidade semântica, abrangendo assim o meio ambiente cultural, foco deste artigo. Posta essa discussão, o artigo em seguida dá ênfase a existência dos deveres fundamentais, focando entre eles o de proteção ambiental, fundamentando assim a base constitucional da responsabilidade civil por danos ambientais. Em seguida, tratou-se da responsabilidade civil propriamente dita e suas modalidades. E, por fim, apontaram-se os instrumentos de tutela jurisdicional do patrimônio ambiental-cultural.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; meio-ambiente; pichação; patrimônio cultural.

Abstract: The present article has as scope bring to light of civil responsibility the acts of illegal graffiti in cultural patrimony, so usual in big cities. First of all, was exposed the extension of the constitutional protection to the environment, considered in your semantic plurality, covering the cultural environment, focus of this article. Placed this discussion, the article then emphasizes the existence of the fundamental duties, focusing between them the environmental protection, justifying the constitutional basis of the civil responsibility for environmental damage. Then, was discussed the civil responsibility and your modalities. And lastly, showed the instruments of judicial protection of the environmental and cultural patrimony.

Keywords: Civil responsibility; environment; illegal graffiti; cultural patrimony.

¹⁵¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: vanessa_audrey@hotmail.com

¹⁵² Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: joycesantanna@gmail.com

Introdução

“A estátua do poeta e escritor brasileiro Carlos Drummond de Andrade, na praia de Copacabana, Rio de Janeiro, amanheceu pichada nesta quarta-feira. O monumento, muito fotografado por turistas de todo o mundo, foi visto bastante pichado da cabeça aos pés durante a manhã. Não é a primeira vez que a estátua de Drummond sofre algum tipo de ato de vandalismo. Em outras ocasiões, ela teve até mesmo os óculos roubados” (25/12/13 – Correio Braziliense). Notícias como essa, de pichação em patrimônio cultural, são recorrentes em jornais e noticiários de todo o Brasil.

Quando o assunto é pichação a discussão não parece tão passiva, há aqueles que defendem, afirmando que é uma forma de expressar a arte, e há os que não enxergam dessa maneira, e apontam como verdadeiro vandalismo. Então, o que há por trás da pichação, arte ou vandalismo?

Importa, dessa forma, entender algo que é bastante confundido. Sendo assim, nada melhor do que ir atrás do início da sua aparição, saber qual o propósito, quem eram os autores, para assim podermos compreender, diferenciar e de forma justa coibir aquilo que ultrapassa o legal.

A pichação iniciou-se nos Estados Unidos com gangues que protestavam e demarcavam seus territórios, colocando pichos com seus respectivos nomes. Para os pichadores, o que eles fazem é uma arte, um protesto contra o sistema falido, uma luta pelo seu espaço numa sociedade excludente.

Se parar para observar minimamente o que vemos nas ruas, nos noticiários e jornais, os fatos não são tão ideológicos assim. O que se percebe, são pichadores infringindo e desafiando as leis, à procura de visualização midiática, ou pelo simples desejo de se arriscar. A questão é que a punição que vem sendo aplicada não tem se mostrado suficiente, pois não está diminuindo o número de pichações dos centros urbanos. Dessa forma, alguma medida precisa ser tomada, pois é inconcebível aceitar os prédios públicos e o que se tem de patrimônio cultural como pano de fundo eternamente.

A depreciação do patrimônio cultural é um descaso com o dinheiro público e com a sociedade. Uma vez que as despesas são altíssimas para repintar todos os meses o que deveria ser preservado por todos, como dever fundamental que cabe a

cada um e a todos. Diante do exposto e da ainda atualidade do tema, este artigo se propõe a trabalhar o tema da responsabilidade civil por danos ambientais em pichação de patrimônio cultural.

1. A extensão da proteção constitucional ao meio ambiente

Quando o assunto é a responsabilização por danos ambientais, o debate muitas vezes restringe bastante o que constitucionalmente é mais abrangente. Isso porque, erroneamente, pensa-se no meio ambiente no seu sentido estrito senso. Só que o alcance e a extensão da aplicação das normas ambientais vão muito além do que as pessoas têm em mente.

A verdade é que pouco se tem refletido sobre as diferentes maneiras de se conceber o meio ambiente. Sendo assim, se faz necessário e conveniente abarcar o termo meio ambiente, em sua concepção pluralista. Dessa forma, poder-se-á entender a real aplicação dos preceitos constitucionais a partir da Constituição e da legislação. Este artigo, portanto, se propõe a abranger o conceito de meio ambiente lato sensu, ou seja, abranger a coexistência dos diversos meio ambiente existentes. De forma, a deixar claro que todos eles estão protegidos constitucionalmente e assim, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam o infrator a ser responsabilizado.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves¹⁵³ a palavra ambiente sugere o espaço que abrange os seres vivos ou as coisas. Enquanto que a expressão meio ambiente envolve tanto a natureza original como a artificial e, ainda os bens culturais atrelados. Sendo assim, podemos falar de um meio ambiente natural, aquele constituído pelo solo, a água, o ar, a flora e a fauna (o que o senso comum conhece como propriamente meio ambiente); um meio ambiente cultural formado pelo patrimônio arqueológico, artístico, paisagístico e turístico; além de um meio ambiente artificial, constituído por edificações, equipamentos urbanos e comunitários.

¹⁵³GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro**, volume IV: responsabilidade civil/ Carlos Roberto Gonçalves. – 5. Ed. Ver. – São Paulo: Saraiva, 2010. Pág.71.

Por outro lado, Roberto Senise Lisboa¹⁵⁴ é mais objetivo e classifica o meio ambiente em natural, considerando o conjunto de elementos da natureza que se encontra em seu estado original, ou seja, sem a intervenção pessoal (por exemplo, florestas, rios e mares); e o meio ambiente artificial, abraçando o conjunto de elementos introduzidos ao meio ambiente natural que alteram a sua configuração original (por exemplo, estradas, prédios, etc).

É com esse detalhamento e com a crescente preocupação de fazer do meio ambiente, lato sensu, um espaço que promova o bem-estar de todos, que o Direito não poderia ficar inerte.

O que se acompanha atualmente é a ação de deteriorização do meio ambiente e, aqui cabe focar no meio ambiente cultural (adotando a classificação de Carlos Roberto Gonçalves), foco deste artigo. Superando a discussão sobre arte ou vandalismo, observa-se que o que é considerado patrimônio cultural vem hoje sendo alvo de depredação.

A Lei n. 9.605¹⁵⁵, de 12 de fevereiro de 1998, que trata dos crimes ambientais, por exemplo, envolve essa visão pluralista do meio ambiente que aqui se demonstra. Assim, trata dos crimes contra a fauna e a flora, além dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. Esse diploma básico trata da responsabilidade criminal por danos causados ao meio ambiente, citado apenas a título exemplificativo da visão pluralista. No entanto, não cabe tecer comentários acerca da responsabilidade criminal, pois foge ao escopo deste artigo que é discutir a responsabilidade civil, no que toca a indenização de prejuízos e a restauração do que foi degradado.

2. O dever fundamental de proteção ambiental e a base constitucional da responsabilidade ambiental

Vive-se um momento em que se fala muito acerca de direitos. A sociedade contemporânea é marcada pela procura intensa e sem limites dos seus direitos, de forma que a maioria dos indivíduos apenas está preocupada com sua situação

¹⁵⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, v.2: direito das obrigações e responsabilidade civil/ Roberto Senise Lisboa. -4.ed. reform. – São Paulo: Saraiva, 2009. Pág.325.

¹⁵⁵ BRASIL. Lei Nº 9.605. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Brasília: Senado, 1998.

pessoal, essa é uma ideia presente no livro *Verde cor de Direito*, do autor Vasco Pereira da Silva¹⁵⁶. No entanto, como pontua Antônio Manuel Hespanha¹⁵⁷, é preciso ponderar e entender a existência de direitos e deveres para todos, que se justifica mediante a busca da corresponsabilidade social, estabelecendo ações de cada um para o bem coletivo, de forma a garantir o direito de todos.

Assim, superando a discussão acerca dos tão conhecidos direitos fundamentais, esse capítulo tem o intuito de debater acerca dos não tão conhecidos deveres fundamentais, especificamente o de proteger o meio ambiente. Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer abordam a importância dos deveres fundamentais: “Pode-se dizer que a vida em sociedade pressupõe o respeito mútuo entre os indivíduos, de modo a vincular (e harmonizar) o exercício dos direitos e dos deveres, sob pena de inviabilizar qualquer concepção de uma efetiva comunidade política”¹⁵⁸.

Entender o papel, a posição de cada cidadão na comunidade política facilita entender a existência de limites aos direitos que cada um possui. Sem limites, sem deveres viver-se-ia uma anarquia. É necessário existir uma liberdade que não seja absoluta, mas que esta seja acompanhada de uma corresponsabilidade social. Diante dessa necessidade de limites, pode-se chegar a uma lista aberta de deveres fundamentais, estes possuem fundamento expreso ou implícito na Constituição. Essa lista aberta se faz necessária, pois, numa vida em sociedade muitas vezes o direito de um indivíduo para estar assegurado depende do dever do outro em não violar ou não impedir a concretização do direito alheio. Rogério Magnus Varela Gonçalves alerta:

(...) deve haver um equilíbrio (não necessariamente matemático) entre o conjunto de direitos dos indivíduos, bem como dos grupos a que pertencem, e o de deveres desses mesmos indivíduos ou grupos. Se a balança pender de forma excessiva, para o lado dos deveres, tem-se um

¹⁵⁶SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de direito**. Lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2005. Pág. 27-28.

¹⁵⁷HESPANHA, Antônio Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2.ª Ed. Coimbra, 2009. Pág.455.

¹⁵⁸SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 136.

claro indicativo de um Estado pouco democrático. Em contrapartida, havendo uma excessiva predominância dos direitos, mormente os indivíduos, corre-se o risco da formação de um povo sem senso de suas responsabilidades sociais¹⁵⁹.

Dimoulis e Martins, em seu livro, elencam os deveres fundamentais e, entre eles cita o “Dever de exercício do direito de forma solidária e levando em consideração os interesses da sociedade”¹⁶⁰. Como são múltiplos os deveres fundamentais, discutir-se-á nesse trabalho, como dito anteriormente, apenas o dever fundamental de proteção ambiental, como contribuição para um meio ambiente que proporcione o bem-estar da população.

Se um indivíduo possui o direito de desfrutar de um meio ambiente que proporcione seu bem-estar, se faz necessário que os demais indivíduos sejam corresponsáveis pela não degradação, deterioração e destruição daquele. Assim defende Norberto Bobbio¹⁶¹ que afirma não existir direito sem deveres, nem deveres sem direito. Que a garantia e o exercício de um direito depende da colaboração de um dever dos demais. Assim, em se tratando do dever de proteção do meio ambiente, o direito de uma pessoa pressupõe o dever de todas as demais e, não só das autoridades estatais, como indica Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹⁶². Confirmando esse pensamento, Ingo Salert e Tiago Fendterseifer traz a seguinte ideia:

[...] o tratamento jurídico-constitucional dispensado à proteção do ambiente pela nossa Lei Fundamental de 1988 permite a constatação de que a norma constitucional não impôs apenas deveres de proteção ambiental ao Estado, mas também lançou mão de responsabilidade dos particulares para a consecução de tal objetivo constitucional. Ao dispor no caput do seu art. 225 que se impõe ao Poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, a tutela constitucional do ambiente passou a vincular juridicamente

¹⁵⁹ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito, Cidadania e Desenvolvimento**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 388.

¹⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 76-80.

¹⁶¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Pág. 190-225.

¹⁶² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 79.

também os particulares – e não somente os entes públicos -, atribuindo aos mesmos não apenas um direito fundamental ao meio ambiente (pelo menos no sentido de um direito de exigir que o Estado e terceiros se abstenham de atentar contra o ambiente e atuem no sentido de protegê-lo), mas também deveres fundamentais de proteção do ambiente, o que conduz ao reconhecimento do direito ao ambiente como autêntico direito-dever¹⁶³.

Posto isso, o dever de preservação cabe, portanto, tanto ao Estado quanto a coletividade, uma vez que o meio ambiente não se resume a um bem privado ou público, mas bem de uso comum do povo. Segundo Canotilho: “O ambiente é um bem de todos – *res omnium* - e que é responsabilidade de todos protegê-lo, respeitando o direito de as gerações futuras viverem num ambiente são e não degradado pelos antepassados”¹⁶⁴.

Importante frisar que a conservação não é um artifício estático, como lembra e adverte José Afonso da Silva¹⁶⁵. Compreende um processo dinâmico que necessita de continuação e manutenção presente e futura. Essa reflexão é necessária, diante da prática recorrente de pichação em patrimônio cultural implicando na ação do Estado repetitivamente despende dinheiro público com a pintura.

Maria Helena Diniz¹⁶⁶ pontua que cabe ao legislador ou ao órgão judicante analisar o fenômeno de deterioração ambiental considerando a gravidade, as repercussões que pode ter e os efeitos de sua assiduidade. Tratando-se a prática da pichação de um dano ambiental que não é passageiro nem acidental, não se pode tolerar.

Diante desses abusos cometidos, é preciso intimidar os sujeitos responsáveis por essa prática. O dever de se abster de deteriorar o meio ambiente ao nosso redor

¹⁶³SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág.178 (direito-dever) e pág.155-162 (classificação).

¹⁶⁴ CANOTILHO. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4.^a Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 74

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.89.

¹⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 7º volume: responsabilidade civil/ Maria Helena Diniz. – 21. Ed. Ver. e atual. De acordo com a Reforma do CPC. – São Paulo: Saraiva 2007. Pág.578.

está previsto constitucionalmente e, dessa forma, a responsabilidade civil tem, portanto base constitucional.

3. **Reparação por danos ambientais**

O dano ambiental ao patrimônio cultural tornou-se frequente na lógica atual, sendo verificado diariamente nas diversas capitais brasileiras, por meio da pichação, por exemplo. Alguns consideram a pichação como forma de expressão ou reinvidicação, contudo, aquela é considerada crime e seus responsáveis devem ser punidos e responsabilizados na esfera cível, penal e administrativa, conforme o caso.

Perante o art. 225, § 3º, da Constituição Federal Brasileira temos que: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”¹⁶⁷.

Não resta dúvida que o praticante de ato lesivo ao meio ambiente deve ser responsabilizado. No entendimento de Silvio Venosa, “Basta que o autor demonstre o dano e o nexos causal descrito pela conduta e atividade do agente. Desse modo, não importa se a atividade do poluidor é lícita ou não, se é legal ou ilegal, o que importa no campo ambiental é reparar o dano”¹⁶⁸. Dessa forma, a pichação enquadra-se no campo das atividades ilícitas, que além de gerar a responsabilidade dos seus agentes pelo fato ilegal, também gera a reparação civil.

No entendimento de Gonçalves¹⁶⁹ e Venosa¹⁷⁰, a responsabilidade do causador do dano é objetiva, visto que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a Teoria do Risco Integral, dessa forma, não se aceitam excludentes da responsabilidade do causador do dano. Segundo Dirley da Cunha: “Isto é a

¹⁶⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

¹⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** v. 4: Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010. pág. 248.

¹⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro**, volume IV: responsabilidade civil/ Carlos Roberto Gonçalves. – 5. Ed. Ver. – São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 90.

¹⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** v. 4: Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010. Pág. 243.

consagração, agora em sede constitucional, da responsabilidade objetiva por dano ambiental”¹⁷¹.

A responsabilidade do réu pode ser tanto repressiva da lesão consumada, como preventiva no caso de consumação iminente. No entanto, segundo Gonçalves¹⁷² e Venosa¹⁷³, o dano, em regra, deve ser certo e atual, ou seja, não pode ser meramente hipotético ou eventual, deve existir ou ter existido no momento da propositura da ação que visa à sua reparação.

Importa ressaltar que no que toca a responsabilidade do Estado por danos ambientais, esta pode ser solidária com o causador do dano, conforme preceitua entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça:

A Turma entendeu haver responsabilidade solidária do Estado quando, devendo agir para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou atua de forma deficiente. A responsabilização decorre da omissão ilícita, a exemplo da falta de fiscalização e de adoção de outras medidas preventivas inerentes ao poder de polícia, as quais, ao menos indiretamente, contribuem para provocar o dano¹⁷⁴.

Postas essas informações, interessa agora compreender o instituto da reparação civil. Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “três funções podem ser visualizadas facilmente no instituto da reparação civil, a compensatória do dano à vítima, a punitiva do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva.¹⁷⁵” A primeira função, teria como objetivo básico a finalidade de retomar a coisa para o *status quo ante*, na segunda função está a ideia de punição do ofensor, enquanto na terceira encontra-se um cunho estritamente socioeducativo.

¹⁷¹ CUNHA, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6ª Ed. Bahia: Ed. JusPodium, 2012. Pág. 1330.

¹⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro**, volume IV: responsabilidade civil/ Carlos Roberto Gonçalves. – 5. Ed. Ver. – São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 94.

¹⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** v. 4: Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010. pág. 250.

¹⁷⁴ STJ. Informativo nº 388 - **Danos Ambientais**. Responsabilidade Solidária; REsp 1.071.741-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/3/2009.

¹⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. III: responsabilidade civil. 9ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pág. 63.

Conforme a Lei nº 9.605/98¹⁷⁶, que regulariza penas aplicadas na esfera penal e administrativa, as atividades lesivas ao meio ambiente, tem-se como penas aplicáveis, basicamente, a pena de multa, como forma de indenização aos prejuízos causados ou presumidos, a pena restritiva de direitos, que estabelece importantes consequências no âmbito civil e patrimonialista para aqueles que praticarem dano ambiental (principalmente para as empresas) e a prestação de serviços à comunidade, como forma de restauração do que foi poluído, destruído ou degradado.

Segundo a Lei de Crimes Ambientais, a pena de multa poderá ser no mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), sempre observando a situação econômica do infrator. As multas pagas serão destinadas ao Fundo Penitenciário Nacional, devendo o valor pago em decorrência da prestação pecuniária ser deduzido na reparação civil. Abaixo, tem-se a título demonstrativo a ementa da penalidade multa atribuída na esfera cível, pelo ato infracional de pichação em muros de uma praça pública:

Recurso Eleitoral. Representação. Eleições Municipais. Coligação. Propaganda Política. Praça Pública. Pichação em Muros. Retirada. Autos. Fotografia. Negativos. Ausência. Multa. (...) 2. Comprovação nos autos a respeito da responsabilidade da Coligação Recorrente **em pichar muro de praça pública**, contrariando o disposto no art. art.37 da Lei 9.504/97; **3. Retirada de propaganda irregular que não exime o Recorrente de sanção, devendo-se aplicar a pena de multa preceituada** no art. 37, § 1º, da Lei 9.504/97.¹⁷⁷ (grifo nosso).

No tocante a multa como penalidade, a Lei 6.938 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente)¹⁷⁸ traz uma ressalva importante, enunciando que a multa pode ser simples ou diária, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

¹⁷⁶ BRASIL. Lei Nº 9.605. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Brasília: Senado, 1998.

¹⁷⁷ Recurso nº 7061, Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, Relator Eduardo Guilliod Maranhão, Julgamento em 08/11/2006.

¹⁷⁸ BRASIL. Lei nº 6.938. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.** Brasília: Senado, 1981.

Dando sequência as penalidades, segundo a Lei de Crimes Ambientais e em relação à prestação de serviços à comunidade, tem-se como possibilidade para as pessoas jurídicas, o custeio de programas de projetos ambientais, a realização de obras de execução em áreas degradadas, a manutenção de espaços públicos e a contribuição com entidades ambientais, como forma de restauração pelos prejuízos causados. Dessa forma, ao pichador, pessoa física, poderá ainda ser culminada a penalidade de restauração aos danos provocados em patrimônio cultural, como medida de prestação de serviços a comunidade, possuindo caráter socioeducativo.

Abaixo, tem-se a título demonstrativo a ementa de uma apelação parcialmente provida, na qual além da multa tem-se a substituição da pena carcerária pela prestação de serviços à comunidade.

Apelação criminal. Crimes contra o patrimônio. Dano qualificado. Pichação. Crime ambiental. Consunção reconhecida. Sentença condenatória reformada. A prova colhida mostra-se apta a amparar o juízo condenatório. Versão do réu está dissociada das demais provas. Decisão mantida, porém reconhecida a aplicação do princípio da consunção, uma vez que a pichação (delito ambiental) é elementar do crime de dano. Indeferido o pedido de afastamento da pena de multa. Sanção cumulativa, cominada no preceito secundário da norma incriminadora, não podendo ser afastada, portanto, uma vez que imperativa sua imposição. **Pena carcerária substituída. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Prestação de serviços à comunidade que na medida do possível deverá consistir em atividades ligadas à conservação, em especial à pintura, de bens e espaços públicos.** Apelo parcialmente provido¹⁷⁹. (Grifo nosso).

Segundo o entendimento de Silvio Venosa¹⁸⁰, deve-se buscar primeiramente, no tocante a reparação ambiental, a reconstituição ou restauração do ambiente deteriorado, visto que a indenização, tão somente, não é suficiente.

¹⁷⁹Ação Criminal nº 81845-64.2011.8.21.7000; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel; Julgamento em 26/05/2011; DJERS 14/06/2011.

¹⁸⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** v. 4: Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010. Pág. 252.

Por fim, cabe lembrar que no caso dos crimes de menor potencial ofensivo, regulados pela Lei dos Crimes Ambientais e pela Lei 9.099/95¹⁸¹, há a possibilidade da transação penal (consistente na aplicação imediata da pena de multa ou restritiva de direitos) sempre quando houver a prévia reparação do dano ambiental. Também poderá ocorrer a extinção de punibilidade se houver a constatação de reparação do dano ambiental.

5 Os instrumentos de tutela jurisdicional do patrimônio cultural

Por fim, após adentrar em tópicos específicos sobre o meio ambiente e a reparação civil ambiental, torna-se necessário destacar os mecanismos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro que visam à proteção do patrimônio cultural. Sendo assim, no tocante aos instrumentos de proteção jurisdicional ao patrimônio ambiental cultural, destacam-se no ordenamento jurídico brasileiro a ação civil pública e a ação popular. A ação popular é um remédio constitucional previsto no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal Brasileira¹⁸², enquanto a ação civil pública tem como respaldo a Lei n. 7347/85¹⁸³. Ambos os instrumentos fazem coisa julgada *erga omnes*.

Com base nos ensinamentos do renomado constitucionalista Dirley da Cunha¹⁸⁴, tem-se que a grande diferença em relação aos dois instrumentos jurisdicionais diz respeito à legitimação, visto que no consoante a finalidade protetiva, ambas possuem objetivos semelhantes, quais sejam: a defesa dos direitos difusos da coletividade, como por exemplo, o direito a um meio ambiente que proporcione o bem-estar da sociedade.

No tocante aos direitos difusos da coletividade, Silvio Venosa observa: “Nesse quadro de direito ambiental, despojam os chamados direitos difusos, porque

¹⁸¹BRASIL, Lei 9.099/95. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Brasília: Senado, 1995.

¹⁸² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Art. 5º, inciso LXXIII.

¹⁸³ BRASIL. BRASIL. Lei nº 7347. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências**. Brasília: Senado, 1985.

¹⁸⁴ CUNHA, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6ª Ed. Bahia: Ed. JusPodium, 2012. Pág. 1308.

a proteção não cabe a um titular exclusivo, nem a um interesse individual, mas se estende coletivamente a cada um dos seus integrantes e a toda a coletividade”¹⁸⁵.

Tendo como um dos instrumentos de tutela jurisdicional a ação civil pública, esta tem como legitimados para a sua propositura o Ministério Público, a Defensoria Pública e entidades estatais, autárquicas, paraestatais e associações que estejam constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O Ministério Público, por sua vez, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. Enquanto isso, a ação popular possui como legitimado o cidadão eleitor, ou seja, a pessoa física com direitos civis e políticos.

Vejamos a Constituição Federal Brasileira que em seu art. 5º, inciso LXIII prevê:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Neste sentido, qualquer cidadão que constate atos de dano ambiental, como a pichação, por exemplo, é legitimado para propor a ação popular com a finalidade de obter a responsabilização dos causadores do dano. Quanto à ação popular, Marcelo Novelino destaca: “A ação popular pode ser impetrada de maneira preventiva, quando para evitar a consumação da lesão, ou repressiva, quando objetivar o ressarcimento do dano causado”¹⁸⁶.

Enquanto isso, a Lei n. 7347/85¹⁸⁷, que disciplina a ação civil pública, a qual responsabiliza, entre outros, os causadores de danos ambientais pelos prejuízos

¹⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** v. 4: Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010. Pág. 244.

¹⁸⁶ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Ed. Método, 2011. Pág. 573.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei nº 7347. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências**. Brasília: Senado, 1985

causados ao meio ambiente, possui caráter eminentemente processual, admitindo suspensão liminar do ato ou fato impugnado, assim como medida cautelar e pedido cominatório para impedir, minimizar ou para preservar o patrimônio ambiental.

Por fim, cabe ressaltar que, devido a tamanha importância do meio ambiente cultural, a Constituição Federal de 1988 ainda estabelece como mecanismos de proteção do patrimônio cultural brasileiro: inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação.

Considerações finais

Diante de todo o exposto acerca da responsabilidade ambiental decorrente de atos de pichação ao patrimônio cultural, é notável que esta temática esteja crescendo e ganhando maior repercussão durante o decorrer dos anos, seja por meio da mídia que relata recorrentemente a atuação dos pichadores nas grandes metrópoles, seja por meio dos instrumentos jurisdicionais que estão se mostrando ineficazes na defesa do patrimônio cultural, uma vez que a prática não tem diminuído.

Entretanto, cabe ressaltar o papel socioeducativo que as leis em defesa do meio ambiente bem como as penalidades de reparação ambiental possuem, como o ressarcimento à sociedade pelos prejuízos causados, a criação de uma consciência comum quanto à preservação do bem público cultural e a tentativa de diminuir a reincidência quanto aos crimes contra o meio ambiente cultural.

O direito ao meio ambiente equilibrado e que proporcione o bem estar da sociedade é um direito difuso, ou seja, estende-se a toda coletividade. Pelo mesmo motivo que também é dever de todos a preservação do meio ambiente natural, cultural e artificial, e dever daquele que o degradou a sua imediata reparação. A reparação ambiental deve ser almejada em todos os casos, de modo a garantir às futuras gerações a herança de um patrimônio cultural conservado, refletindo a cultura e a história de toda uma sociedade.

É necessário a implementação por meio das três esferas governamentais, de um programa de educação ambiental que vise prevenir e até mesmo, diminuir a reincidência daqueles que após cumprirem as penalidades referentes às suas práticas de pichação, voltam à atividade. A conscientização deveria ser o primeiro

método de prevenção contra atos danosos ao patrimônio cultural, diante da necessidade da criação de uma mentalidade social, que zele pela coisa pública, ao mesmo tempo em que promova sua preservação.

Enfim, torna-se imprescindível quanto ao direito ambiental, promover um ponto de equilíbrio que permita que o ser humano se manifeste e se expresse em todas as suas formas culturais, sociais e econômicas, sem, contudo, causar dano ao patrimônio cultural e sempre buscando em primeiro plano, a preservação do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 6.938. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Brasília: Senado, 1981.
- BRASIL. Lei nº 7347. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências**. Brasília: Senado, 1985.
- BRASIL, Lei 9.099/95. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Brasília: Senado, 1995.
- BRASIL. Lei nº 9.605. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Brasília: Senado, 1998.
- CANOTILHO. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4.^a Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CUNHA, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6.^a Ed. Bahia: Ed. JusPodium, 2012.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 7.^o volume: responsabilidade civil/ Maria Helena Diniz. – 21. Ed. Ver. e atual. De acordo com a Reforma do CPC. – São Paulo: Saraiva 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. III: responsabilidade civil. 9.^a Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro**, volume IV: responsabilidade civil/ Carlos Roberto Gonçalves. – 5. Ed. Ver. – São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito, Cidadania e Desenvolvimento**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 388.

HESPANHA, Antônio Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2.^a Ed. Coimbra, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, v.2: direito das obrigações e responsabilidade civil/ Roberto Senise Lisboa. -4.ed. reform. – São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5^a Ed. São Paulo: Ed. Método, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.89.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de direito**. Lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** v. 4: Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010.

O DIREITO OBRIGACIONAL BRASILEIRO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Wendel Alves Sales Macêdo¹⁸⁸

Resumo: O trabalho analisa as regras do Direito Obrigacional na atual sociedade brasileira. Esta é estabelecida no artigo 1º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, como Estado Democrático de Direito. O Direito das Obrigações consiste no conjunto de normas e de princípios que regulamenta a relação jurídica obrigacional ligada por meio de um vínculo jurídico e uma prestação em que o devedor é o sujeito passivo e o credor é o sujeito ativo. O objetivo do trabalho é apresentar conceitos e fundamentos, simples, objetivos e sistemáticos, relacionados ao Direito Pessoal aplicado a coletividade vigente. A metodologia está embasada nos métodos dedutivo, informativo, explicativo, qualitativo e sistemático, no qual são analisados: o Código Civil, de 2002, a Constituição Cidadã, de 1988, e várias Doutrinas do saber jurídico Civil. A justificativa é que é interessante o estudo do Direito Obrigacional, visto que ele tem incidência em diversos ramos do Direito brasileiro. A problemática é instituída por meio da reunião de várias definições e fundamentações relacionadas ao Direito Obrigacional. Então, para que o povo conviva no efetivo Estado Democrático de Direito é indispensável o estudo sobre o Direito das Obrigações, Direito Obrigacional ou também conhecido por Direito Pessoal.

Palavras-chave: Código Civil; Constituição Cidadã; Direito Obrigacional; Estado Democrático de Direito.

Abstract: The paper analyzes the rules of obligatory law in Brazilian society today. This is established in article 1, caption, the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988, as a democratic state. The Law of Obligations is the set of rules and principles governing the obligatory legal relationship bound by a legal obligation and a provision in which the debtor is the taxpayer and the lender is the active subject. The objective is to present concepts and fundamentals, simple, objective and systematic, related to Personal Law applied to the current community. The

¹⁸⁸ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG.
E-mail: wendel_direito@hotmail.com

methodology is grounded in deductive, informative, explanatory, qualitative and systematic methods, which are analyzed: the Civil Code, 2002, the Citizen Constitution , 1988, and several Civil Legal Doctrines of knowledge. The justification is that it is interesting to study the law obligatory, since it has an impact on several branches of Brazilian law. The problem is established by meeting various definitions and foundations related to obligatory law. So to the people mingle in effective democratic state is essential to study the Law of Obligations, Law or obligatory aka Personal Law.

Keywords: Civil Code; Citizen Constitution; Obligatory Law; Democratic State of Law.

1 INTRODUÇÃO

O artigo científico analisa o Direito das Obrigações na sociedade brasileira da atualidade. A Nação brasileira está vivendo, conforme o artigo 1º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, o Estado Democrático de Direito.

Analisando-se individualmente a expressão “Estado Democrático de Direito” se constata que o conceito de “Estado” é apresentado de acordo com os seus elementos que são: povo, território, governo e soberania. A palavra “Democracia” versa basicamente no respeito aos direitos da maioria e da minoria. E “Direito” consiste no conjunto de normas e precíprios que regula a conduta humana para a vida em coletividade.

O objetivo do trabalho é informar e explicar a respeito do Direito Obrigacional conforme o ordenamento jurídico atual. O Direito das Obrigações, Direito Obrigacional, ou também conhecido por Direito Pessoal consiste no conjunto de normas e princípios que regula a relação de natureza pessoal.

A metodologia é com base nos métodos: dedutivo, informativo, explicativo, qualitativo e sistemático em que se analisam as respectivas fontes do Direito: Constituição Cidadã, Código Civil e diversas Doutrinas da área Civil.

Justifica-se por meio da importância do estudo do Direito das Obrigações, pois este ramo do Direito Civil é interligado direta ou indiretamente a diversas

áreas do saber jurídico. A problemática do trabalho consiste na reunião teórica de diversos conceitos que engloba o Direito Obrigacional.

2 DIREITO OBRIGACIONAL

2.1 História do Direito Obrigacional

A história do Direito Obrigacional pode ser analisada na Grécia antiga, na Roma Antiga e nos dias atuais, tempo contemporâneo, em que a sociedade brasileira vive, conforme a Constituição Federal, de 1988, o Estado Democrático de Direito. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 2): “na Grécia antiga, não havia, propriamente, uma definição de ‘obrigação’, embora já houvesse uma certa noção dessa figura jurídica”.

Na Grécia antiga, a definição de Direito Obrigacional ou de obrigação não estavam formadas. Todavia o povo através da moral, da ética e/ou da honra cumpria a relação jurídica que estabelecia.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 2):

No Direito Romano, por sua vez, também não se conhecia a expressão obrigação, mas o seu equivalente histórico teria sido a figura do *nexum* (espécie de empréstimo), que conferia ao credor o poder de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação, sob pena de responder com seu próprio corpo, podendo ser reduzido, inclusive, à condição de escravo, o que se realizava por meio da *actio per manus iniectioem* (ação pela qual o credor podia vender o devedor como escravo, além do Rio Tibre).

No Direito Romano, ainda não havia um conceito estabelecido de Direito Obrigacional ou obrigação. Só que nesse tempo havia um instrumento que o credor tinha para cobrar do devedor a prestação, ele é denominado de: *nexum*.

O devedor, na Roma antiga, podia ser vendido como escravo pelo credor por meio da ação de expressão latina: *actio per manus iniectioem*.

Venosa (2010, p. 2):

A obrigação, no sentido que ora se examina, consiste numa relação jurídica. Ninguém, em sociedade, prescinde desse instituto. A todo instante em nossa vida, por mais simples que seja a atividade do indivíduo, compramos ou vendemos, alugamos ou emprestamos, doamos ou recebemos doação. Existe, portanto, um estímulo, gerado por um valor, para que seja por nós contraída uma obrigação. Há um impulso que faz com que nos comprometamos a fazer algo em prol de alguém, recebendo, na maioria das vezes, algo em troca.

Contemporaneamente, no Estado Democrático de Direito, o Direito Obrigacional está previsto na Parte Especial – Do Direito das Obrigações – do Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

A obrigação, em suma, é uma relação jurídica em que o devedor se obriga com o devedor para realizar uma prestação. No descumprimento da obrigação incidirá a responsabilidade ao devedor.

2.2 Conceito do Direito Obrigacional

O Direito Obrigacional, Direito das Obrigações, é também conhecido como Direito Pessoal, visto que há uma relação jurídica de uma pessoa com a outra na qual o objeto dessa relação é uma prestação em que uma pessoa se obriga (vínculo jurídico) a dar, a fazer, ou não fazer certa coisa.

Fiuza (2010, p. 298) descreve:

Vimos que o Direito Civil é ramo do Direito Privado que regula relações entre indivíduos, pessoas de Direito Privado, sejam físicas ou jurídicas. Ora, tais relações jurídicas podem dar-se no âmbito da família, quando, então, teremos o Direito de Família; podem também ocorrer entre titular e não-titulares de direito sobre coisa, quando teremos o Direito das Coisas. Pode ser também o caso de se determinar a quem se transmite o patrimônio de pessoa falecida, quando teremos o Direito das Sucessões. E, por fim, as pessoas podem assumir, umas com as outras, deveres de caráter patrimonial, regulados pelo Direito das Obrigações.

O Direito das Obrigações se encontra no ramo do Direito Privado – Direito Civil. Este é o que disciplina a regulamentação de condutas e de princípios entre os

indivíduos. No Direito Obrigacional a pessoa assume com outra pessoa certa obrigação de caráter patrimonial.

Diniz (2007, p.4) embasada em Ernani Vieira de Souza apresenta que:

Desse conceito fácil é vislumbrar a grande importância do direito das obrigações nos dias atuais, ante a frequência de relações jurídicas obrigacionais. Deveras, o homem moderno vive numa 'sociedade de consumo', onde os bens ou novos produtos da tecnologia moderna lhe são apresentados mediante uma propaganda tão bem elaborada, que o leva a sentir necessidades primárias ou voluptuárias nunca antes experimentadas, como, p. ex., a de substituir um carro novo por um 'zero km' que, embora supérfluo, virá satisfazer um anseio de *status*. A ânsia de atender aos mais variados requintes de bem-estar e de vaidade transforma-o num autômato, que age em função da ganância de novos mercados, de maiores lucros e da satisfação de seus desejos e ambições, justificáveis ou artificiais, fazendo-o desenvolver uma atividade econômica intensa.

O Direito Obrigacional é importante para a sociedade atual, pois as relações jurídicas pessoais estão embasadas nesse ramo do Direito Civil. No Estado Democrático de Direito, grande parte das atividades humanas estão interligadas direta ou indiretamente com o Direito das Obrigações. Por exemplo, uma pessoa que presta serviço pessoa a outra está disciplinada no Direito Obrigacional na modalidade de obrigação básica de fazer.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 1 e 2):

Em objetiva definição, trata-se do conjunto de normas e princípios jurídicos reguladores das relações patrimoniais entre um credor (sujeito ativo) e um devedor (sujeito passivo) a quem incube o dever de cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação de dar, fazer ou não fazer.

O Direito das Obrigações consiste no conjunto de normas e de princípios que regula a relação jurídica envolvendo direito patrimonial em que o devedor detém o dever jurídico de cumprir a obrigação prometida e garantida ao credor.

2.3 Objeto do Direito Obrigacional

O objeto do Direito das Obrigações é a prestação estabelecida pelo credor e aceita pelo devedor.

Conforme Gonçalves (2012, p. 20):

O direito das obrigações tem por objeto direitos de natureza pessoal, que resultam de um vínculo jurídico estabelecido entre o credor, como sujeito ativo, e o devedor, na posição de sujeito passivo, liame este que confere ao primeiro o poder de exigir do último uma prestação.

O Direito Obrigacional detém como objeto o Direito Pessoal. Essa afirmação é bem genérica, pois este doutrinariamente está relacionado com aquele, ou seja, Direito Pessoal é sinônimo de Direito Obrigacional. Em outras palavras, o objeto do estudo do Direito das Obrigações é os assuntos que envolvem a relação jurídica obrigacional entre as pessoas.

Gonçalves (2012, p. 23) menciona que:

O direito pessoal consiste num vínculo jurídico pela qual o sujeito ativo pode exigir do sujeito passivo determinada prestação. Constitui uma relação de pessoa a pessoa e tem, como elementos, o sujeito ativo, o sujeito passivo e a prestação. Os direitos reais têm, por outro lado, como elementos essenciais: o sujeito ativo, a coisa e a relação ou poder de sujeito ativo sobre a coisa, chamado *domínio*.

Há uma diferença básica entre o Direito Pessoal e o Direito Real. Neste os elementos essenciais são: o sujeito ativo, a coisa e a relação jurídica. Já naquele os elementos essenciais são: o sujeito ativo, o sujeito passivo e a prestação.

Venosa (2010, p. 10 e 11) complementa descrevendo que:

Os Direitos das Obrigações trata de direitos de índole patrimonial e constitui a matéria do Livro I da Parte Especial Do Código Civil. Em

outras legislações, como na alemã, por exemplo, as obrigações são tratadas logo após a parte geral do Código, pois seu conhecimento e técnica influem em todos os campos do direito, não prescindindo o direito das coisas, de família e das sucessões de seus princípios. Tal ocorre porque, como já visto, o Direito obrigacional é ilustrado pela autonomia da vontade, sendo a parte mais teórica, racional e abstrata da legislação civil.

No Estado Democrático de Direito brasileiro, o Direito das Obrigações é tratado na Parte Especial, Livro I, do Código Civil, de 2002. Ele é tratado como o primeiro ramo do Direito Civil da Parte Especial, pois sua influência abrange diversas áreas do saber civil.

O princípio básico do Direito das Obrigações é o princípio da autonomia de vontade, pois o credor estabelece uma determinada obrigação ao devedor, porém este detém a autonomia de vontade para aceitar ou para não aceitar. Caso o devedor aceite a obrigação, ele deve cumpri-la sob pena da responsabilidade.

3 RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

3.1 Conceito de Relação Jurídica Obrigacional

A relação jurídica obrigacional consiste na relação jurídica entre o sujeito ativo, credor, e o sujeito passivo, devedor, em que o objeto é uma prestação, que é basicamente uma obrigação de dar, fazer e/ou não fazer, deste (devedor) com aquele (credor).

Gangliano e Pamplona Filho (2008, p. 15) aludem que:

Posto isso, entendemos que a relação obrigacional é composta por três elementos fundamentais:

- a) Subjetivo ou pessoal:
 - sujeito ativo (credor)
 - sujeito passivo (devedor)
- b) Objetivo ou material: a prestação
- c) Ideal, imaterial ou espiritual: o vínculo jurídico

Assim, nas relações obrigacionais mais simplificadas, o sujeito passivo (devedor) obriga-se a cumprir uma prestação patrimonial de dar, fazer

ou não fazer (objeto da obrigação), em benefício do sujeito ativo (credor).

Em aspectos gerais, a relação jurídica obrigacional é composta por 3 elementos fundamentais, sendo: sujeitos, prestação e vínculo jurídico. Nesse caso, o sujeito passivo, devedor, deve cumprir a prestação ao sujeito ativo, credor, embasada no vínculo jurídico obrigacional.

3.2 Conceito de Obrigação

O conceito do Direito Obrigacional já foi estabelecido, agora falta saber o que é a obrigação. Para Fiuza (2010, p. 287):

A palavra obrigação possui várias acepções de emprego quotidiano. Pelo menos duas são de destaque: obrigação enquanto dever não-jurídico, como ir à missa aos domingos, manter nossos pertences em ordem etc., e enquanto dever jurídico. Assim, vemos que obrigação tem dois sentidos: um lato e um estrito.

Obrigação *lato sensu* é sinônimo de dever, seja jurídico ou não.

Os deveres jurídicos, por seu turno, comportam duas espécies:

1^a) dever não patrimoniais, que jamais se traduzem em dinheiro, como o dever de fidelidade entre os cônjuges;

2^a) deveres patrimoniais, que podem ser traduzidos em dinheiro, ainda que sua motivação não seja meramente patrimonial. Assim temos pagar empréstimo, indenizar a honra violada etc.

Obrigação *stricto sensu* é sinônimo de dever jurídico patrimonial.

A esses deveres patrimoniais chamamos obrigações, objeto de estudo do Direito das Obrigações.

A palavra “obrigação” possui diversos significado. No campo do Direito Obrigacional a mencionada palavra pode ser: um dever não-jurídico ou um dever jurídico. O que diferencia esses é o vínculo. Na primeira expressão “dever não-jurídico” o vínculo pode ser moral, por exemplo. Já na segunda expressão “dever jurídico” o vínculo é embasado através da incidência jurídica.

Os deveres jurídicos são divididos em patrimoniais e em não patrimoniais. Estes são os que estão embasados em normas legais de condutas morais. Já aqueles (deveres jurídicos patrimoniais) estão relacionados ao patrimônio, dinheiro.

Em síntese, caso um dever jurídico patrimonial (prestação jurídica) estabelecido pelo credor e aceito pelo devedor (vínculo jurídico) seja descumprido por este incidirá a responsabilidade para o devedor, essa lógica jurídica é chamada de Direito das Obrigações.

3.3 Sujeitos da Relação Jurídica Obrigacional

A relação jurídica obrigacional é composta por sujeitos. Estes são divididos em dois grupos, sujeito ativo, que é o credor, e o sujeito passivo, que é o devedor.

Fiuza (2010, p. 296) expõe que:

O primeiro elemento componente da estrutura obrigacional seriam os sujeitos. A obrigação estrutura-se pelo vínculo entre dois sujeitos, para que um deles satisfaça em proveito do outro certa prestação. Um sujeito ativo, o outro, passivo, credor e devedor, respectivamente.

Os sujeitos da relação jurídica obrigacional são o sujeito passivo, devedor, que detém a obrigação de cumprir a prestação ao sujeito ativo, credor. Essa prestação é ligada por um vínculo. Este (vínculo jurídico obrigacional) Lisboa (2012, p. 69) conceitua por ser: “o liame de direito, ou seja, a relação jurídica existente entre o credor e o devedor”.

Observa-se que o vínculo jurídico das obrigações liga a prestação aos sujeitos (ativo, credor, e passivo, devedor) da relação jurídica obrigacional.

3.4 Objeto da Relação Jurídica Obrigacional

O objeto da Relação Jurídica Obrigacional é a prestação. Esta é dividida basicamente em: dar, fazer ou não fazer.

Segundo Fiuza (2010, p. 297):

Outro elemento estrutural é o objeto da obrigação, ou seja, a prestação devida pelo sujeito passivo. Quando falamos em prestação, utilizamos o termo em sentido bem genérico. Assim, a prestação pode ser de entregar

certa quantia em dinheiro, de realizar determinado serviço, de entregar objeto qualquer etc. Há, inclusive, prestações negativas, em que o devedor fica adstrito a não fazer algo. Por exemplo, advogado assume com seu cliente obrigação de prestar-lhe serviços, e, por outro lado, assume também obrigação de não prestar os mesmos serviços para a parte contrária.

Em outras palavras, o devedor, sujeito passivo, deve juridicamente uma prestação ao sujeito ativo, credor. Essa prestação é o objeto da relação jurídica obrigacional que é ligada por um vínculo jurídico.

3.5 Vínculo Jurídico entre Credor e Devedor

Para Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 19):

Cuida-se do elemento espiritual ou abstrato da obrigação, consistente no vínculo jurídico que une o credor ao devedor.

Consoante já se disse, a obrigação só poderá ser compreendida, em todos os seus aspectos, se a considerarmos como uma verdadeira relação pessoal – originada de um fato jurídico (fonte) -, por meio da qual fica o devedor obrigado (vinculado) a cumprir uma prestação patrimonial de interesse do credor.

O vínculo jurídico é um elemento abstrato, espiritual, moral e/ou jurídico em que vincula o credor e o devedor a uma prestação. Nesse caso, o devedor fica obrigado a efetivar a prestação patrimonial ao credor.

3.6 Fontes das Obrigações

A palavra “fonte” detém como significado as seguintes expressões: origem, nascedouro, lugar de onde provem algo, etc.

No caso das fontes das obrigações Lisboa (2012, p. 54 e 55) descreve que:

As fontes das obrigações, para o sistema adotado pelo diploma de 1916 e mantido pelo novo Código, são:

a) *ocontrato*, que é espécie de *negócio jurídico*, motivo pelo qual pode-se afirmar que não apenas o contrato, mas qualquer negócio jurídico

(como o testamento, a separação consensual e o divórcio consensual), é fonte de obrigações;

b) *declaração unilateral de vontade*, como a promessa de recompensa, a emissão de título de crédito (cheque, nota promissória, entre outros), e, nos moldes da atual lei civil, a gestão de negócios e o pagamento indevido;

c) *ato ilícito*, que é a conduta realizada em desconformidade com o ordenamento jurídico; e

d) *lei*, que é a causa eficiente da obrigação, já que se trata de sua forma primária ou imediata.

Os dois primeiros grupos tratam da fonte obrigacional voluntária. Já os dois últimos tratam da fonte obrigacional legal. Em resumo, são fontes da obrigação: a *vontade pessoal* e a *lei*.

As fontes da obrigação do Código Civil atual são: o contrato (negócio jurídico), a declaração unilateral, o ato ilícito, a lei. Doutrinariamente acontece uma redução em relação às fontes do Direito Obrigacional na qual são estabelecidas basicamente: a vontade pessoa e a lei.

3.7 Dever e Responsabilidade da Relação Jurídica Obrigacional

A relação jurídica obrigacional é analisada no aspecto débito e no aspecto responsabilidade. Nesse caso, acontece um binômio em que o devedor tem o dever (obrigação) de cumprir o estabelecido, caso não cumpra a responsabilidade incidirá.

Em regra, primeiro aconteceu um débito (inadimplemento) por parte do devedor, pois este tinha o dever jurídico de realizar a prestação. Em seguida, depois do inadimplemento, a prestação será extinta com ou sem indenização, neste caso acontece à culpa do devedor.

4 MODALIDADES BÁSICAS DAS OBRIGAÇÕES

No Estado Democrático de Direito, a prestação é objeto da relação jurídica obrigacional. Ela (prestação) é dividida em obrigação positiva (a obrigação de dar e a obrigação de fazer) e obrigação negativa (a obrigação de não fazer).

4.1 Obrigação de Dar

A Obrigação de dar é dividida em obrigação de dar coisa certa e de dar coisa incerta. Dar consiste em entregar, ou seja, é a tradição.

4.1.1 Obrigação de Dar Coisa Certa e Incerta

A coisa certa é a determinação que acontece através do gênero, quantidade e qualidade. Nesse tipo de obrigação o bem acessório segue o principal, conforme o artigo 233, do Código Civil, de 2002.

A obrigação de dar coisa certa está disciplinada no artigo 233 ao artigo 242, do Código Civil, de 2002.

O Código Civil, de 2002, no artigo 234, descreve que caso a coisa pereça antes da tradição, sem culpa do devedor, a obrigação está resolvida. Porém caso o devedor atue com culpa e a coisa pereça o devedor responde pelo equivalente e também por perdas e danos.

O artigo 235, do Código Civil, de 2002, determina que deteriorada a coisa, sem culpa do devedor, o credor pode fazer duas coisas: resolver a obrigação ou aceitar a coisa com o preço abatido. No caso da deterioração da coisa, por culpa do devedor, o credor irá exigir o equivalente com as perdas e os danos sofridos, conforme o artigo 236, do Código Civil, de 2002.

Observa-se que segundo o artigo 237, do Código Civil, de 2002, até a tradição a coisa pertence ao devedor. Após a tradição a coisa pertence ao credor.

A obrigação de dar coisa incerta é também denominada de obrigação de dar coisa genérica. Essa obrigação acontece quando o objeto é determinável. A incerteza consiste na individualização do gênero e da quantidade, faltando à qualidade. Em algum instante da relação jurídica obrigacional o objeto vai ser certo. Quem estabelece essa certeza é o devedor, em regra. Esta (certeza) é estabelecida pela “coisa média” (não é coisa melhor nem é pior).

A obrigação de dar coisa incerta está disciplinada no artigo 243, 244, 245 e 246, do Código Civil. Ressalta-se que quando a coisa é científica aplicasse as regras da obrigação de dar coisa certa.

4.2 Obrigação de Fazer

Na obrigação de fazer, o objeto dessa é a realização de uma ação, atividade. Os artigos referentes a ela (obrigação de fazer) são os artigos 247, 248 e 249, do Código Civil, de 2002.

A obrigação de fazer é dividida em fungível (impessoal) e infungível (personalíssima). Na obrigação fungível o objeto principal é a atividade. Já na obrigação infungível o objeto fundamental é o devedor.

No descumprimento da obrigação de fazer infungível, sem culpa do devedor, acontece a resolução. Agora no descumprimento da obrigação de fazer infungível, com culpa do devedor, é realizada a resolução acrescida de perdas e danos, conforme artigo 249, do Código Civil, de 2002.

Ressalva-se que é possível a obrigação de fazer ser feita por um terceiro, caso o devedor não possa fazer. Nesse caso, o credor pode exigir que essa terceira pessoa faça a custa do devedor.

4.3 Obrigação de Não Fazer

Em linhas gerais, o objeto da obrigação negativa é uma omissão jurídica, abstenção jurídica, um não fazer.

Se acontecer o descumprimento da obrigação de não fazer, sem culpa do devedor, resolve a obrigação, conforme o artigo 250, do Código Civil, de 2002. Já se o descumprimento da obrigação for por culpa do devedor aplicam-se o desfazimento da referida obrigação acumulados com perdas e danos, conforme o artigo 251, do Código Civil, de 2002.

Complementa-se o raciocínio jurídico que em todos os casos das modalidades básicas das obrigações se o descumprimento for sem culpa do devedor só acontece à resolução. Agora no caso de culpa do devedor incidirá perdas e danos.

5 MODALIDADES ESPECÍFICAS DAS OBRIGAÇÕES

5.1 Obrigação Natural

A obrigação natural é a que o devedor tem um débito com o credor, porém esse não pode ser exigido no Poder Judiciário (dever não jurídico). É uma obrigação em que o vínculo é predominantemente moral, ético, valorativo.

5.2 Obrigação Civil

Na obrigação civil o devedor detém um dever jurídico expresso e uma responsabilidade jurídica implícita. O credor pode cobrar o cumprimento da obrigação na via judicial. Caso o devedor não cumpra a prestação, ele será responsabilizado juridicamente.

5.3 Obrigação Alternativa

Na obrigação alternativa acontece uma obrigação “ou” outra, ou seja, o texto da obrigação é acompanhado da conjunção alternativa “ou”. Ela (obrigação alternativa) está disciplinada nos artigos 252 até o 256, do Código Civil, de 2002.

A regra da obrigação alternativa é que quem escolhe qual obrigação irá prestar é o devedor. Excepcionalmente, é admitido a escolha por parte do credor, desde que esteja previsto expressamente na convenção.

5.4 Obrigação Divisível e Indivisível

A obrigação divisível e a indivisível estão previstas nos artigos 257 aos 263, do Código Civil, de 2002. A essência dessas obrigações é a individualidade (particularidade) no qual está associada ao objeto da prestação.

Na obrigação divisível o objeto da prestação pode ser dividido, fracionado. Já na obrigação indivisível o objeto da obrigação não pode ser dividido, não pode ser fracionado.

5.5 Obrigação Solidária

O artigo 264, do Código Civil, de 2002, estabelece o conceito legal de obrigação solidária no qual estabelece que: “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

A solidariedade consiste na pluralidade de sujeitos. Esta (pluralidade de sujeito) pode ser de credor ou de devedor.

Ressalva-se que a solidariedade não se presume, dessa forma, ela (solidariedade) decorre da lei, segundo o artigo 265, do Código Civil. Complementa-se que a obrigação solidária está estabelecida entre os artigos 264 aos 285, do Código Civil, de 2002.

5.6 Obrigação de Meio

Na obrigação de meio o devedor deve exercer a atividade da melhor forma possível. Nessa obrigação o resultado não é garantido. O que o devedor deve fazer é prestar o serviço com diligente, cuidado, atenção, prudência e etc. são exemplos de obrigação de meio: a obrigação do advogado, a do médico, a do dentista, entre outras.

5.7 Obrigação de Resultado

A obrigação de resultado é a que o pagamento ao devedor acontece pela efetivação do resultado. O devedor deve obter o que foi estabelecido propriamente dito, caso isso não aconteça à obrigação é descumprida. São exemplos de obrigação de resultado: a cirurgia plástica estética; o contrato de transporte, entre outras.

5.8 Obrigação de Garantia

A obrigação de garantia é a que o devedor garante a obrigação através de uma contra prestação pecuniária no caso da incidência de algum vício, defeito. O exemplo clássico desse tipo de obrigação é o: contrato de seguro.

Observa-se que doutrinariamente existem outras modalidades de obrigação. Todavia as mencionadas no texto são as mais conhecidas no atual Estado Democrático de Direito.

6 PAGAMENTO DA PRESTAÇÃO

O pagamento consiste no cumprimento da prestação pelo devedor voluntariamente no qual estará respeitando o vínculo jurídico obrigacional.

Em regra, quem irá pagar a prestação é o devedor. Entretanto é admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro que o representante do devedor pague ou que até mesmo um terceiro cumpra a obrigação.

Na grande maioria das vezes, quem deve receber a prestação é o devedor. Só que este pode autorizar o recebimento ao seu representante legal ou a um terceiro.

A prova do pagamento é através do recibo de quitação, conforme o artigo 314, do Código Civil, de 2002. Pode acontecer o caso de o credor se negar a entregar o mencionado recibo, nesse caso, o devedor pode reter o pagamento.

O recibo de quitação deve respeitar alguns requisitos, conforme o artigo 320, do Código Civil, de 2002:

Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.

Parágrafo único. Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.

O recibo de quitação (instrumento particular) deve ter: o valor; a espécie da dívida; o nome do devedor; o tempo e o lugar do pagamento; e a assinatura do credor. Complementa-se que caso falte algum desses requisitos o recibo de quitação será válido se a dívida tiver sido paga.

O lugar do pagamento é, em regra, no domicílio do devedor. Todavia pode acontecer no caso de convenção em contrário de o pagamento ser realizado no domicílio do credor, segundo o artigo 327, do Código Civil, de 2002.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito consiste no Estado em que é regulado por um conjunto unido e sistemático de normas e princípios jurídicos que estabelece regras de conduta e regras de valores que respeita os direitos da maioria e da minoria.

O Direito das Obrigações é aplicado diariamente na sociedade brasileira vigente em que o devedor, sujeito passivo, obriga-se (dever jurídico) a cumprir uma prestação ao credor. Essa prestação está ligada por um vínculo jurídica obrigacional e caso o devedor não cumpra a prestação, este será responsabilizado.

Há legalmente e doutrinariamente diversas modalidades de obrigações, sendo classificadas em obrigações básicas (obrigação de dar, fazer ou não fazer) e em obrigações específicas (obrigação natural, civil, alternativa, divisível, indivisível, solidária, meio, resultado, garantia, e etc.).

Dessa forma, para se viver no efetivo Estado Democrático de Direito é imprescindível o conhecimento do Direito Obrigacional, visto que a relação jurídica é de natureza pessoa, entre as pessoas (sujeito ativo e sujeito passivo), estando regulada por esse interessante ramo do Direito.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de março de 2014.
- _____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 de março de 2014.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 2º volume: teoria geral das obrigações. 22. ed. ver. e atual. De acordo com a reforma do CPC São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 14. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GABLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume II: obrigações. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 2: teoria geral das obrigações. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. (Coleção direito civil; v.2)

CONTRATOS INTERNACIONAIS À LUZ DA CONVENÇÃO DE VIENA

Karyne Nobrega de Araújo¹⁸⁹

Virnélia Lopes de Q. Medeiros¹⁹⁰

Advânia Guedes da Costa Linhares¹⁹¹

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa¹⁹²

Resumo: Há muito tempo o comércio está presente na sociedade e independente da forma como era praticado sempre foi uma forma de aproximação dos povos. A partir do momento que uma sociedade se desenvolve suas relações se tornam mais complexas e surgem os conflitos. O direito, por sua vez, permite resolver estes da maneira mais justa possível. Desta forma, este artigo versa sobre os contratos internacionais à luz da convenção de Viena. Tem o objetivo de contribuir para a avaliação da disciplina de direito internacional privado. O escopo é mostrar o que significa o contrato internacional e a legislação pela qual é amparado tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo. Foi analisada a ratificação da Convenção de Viena pelo Brasil e o impacto que isto terá nas próximas relações estabelecidas pelo mesmo com os demais países do globo pertinente aos contratos de bens e serviços. Portanto, é crível perceber que o Brasil deu um passo à frente na sua relação econômica com outros países passando a ingressar cada vez mais em um mundo globalizado.

Palavras-chave: Contratos internacionais; Convenção de Viena; legislação.

Abstract: Long ago the trade is present in society, regardless of how it was practiced always been a way of bringing people together. From the moment that a society develops its relations become more complex and conflicts arise. The right, in turn, allows to solve these in the fairest way possible. Thus, this article focuses on international contracts in light of the Vienna Convention. Aims to contribute to

¹⁸⁹ Aluna graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); E-mail: karyne_nobrega@hotmail.com

¹⁹⁰ Aluna graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); E-mail: vivi_lopes_@hotmail.com

¹⁹¹ Aluna graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); E-mail: advanialinhaires@gmail.com

¹⁹² Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento na UFPB. E-mail: ap_albuquerque@yahoo.com.br

the evaluation of the discipline of private international law. The scope is to show what it means international agreement, legislation for which is supported both internally and in the external context. The ratification of the Vienna Convention by Brazil and the impact this will have on the close relations established by the same with the other countries of the globe pertaining to procurement of goods and services was analyzed. Therefore, it is believable realize that Brazil took a step forward in its economic relations with other countries through the increasingly joining in a globalized world.

Keywords: International Contracts; Vienna Convention; Legislation.

1- Introdução

Desde os primórdios que a sociedade vem evoluindo, inclusive nas suas práticas mercantis. Primeiro surgiu o escambo que se baseava na troca de mercadorias, posteriormente uma economia monetária, onde o fim visado era o lucro.

O comércio passou a ser visto como instrumento de desenvolvimento social e também passou a aproximar os povos. Através do comércio os países passaram a manter contato entre si buscando realizar trocas comerciais.

Na antiguidade, existia o código de Hamurabi para regulamentar as atividades comerciais. Mas, o direito comercial surge na idade média na medida em que o direito civil se desenvolve. Na idade moderna ocorre a estatização da economia e as normas comerciais passam a ser ditadas pelo Estado. Porém, por volta do século XVIII surgem as teses liberais que prega a não intervenção do Estado na economia.

As guerras e as ideias intervencionistas impossibilitaram o desenvolvimento do comércio internacional. Só após a segunda guerra mundial foi possível elaborar tratados que criaram organismos internacionais objetivando a paz, como por exemplo, a ONU (Organização das Nações Unidas).

Em 1995, foi criada a Organização Mundial do Comércio (OMC) procurando impedir a restrição ao comércio internacional e práticas desleais. O

intuito é impedir tratamento diferenciado para produtos internacionais em relação aos produtos nacionais e consolidar tarifas para bens e serviços.

O direito surge para regular os conflitos presentes na sociedade e não foi diferente com o direito internacional. Diante desse emaranhado de relações entre Estados, organizações internacionais e blocos econômicos se fez necessário adotar um sistema jurídico autônomo onde as relações entre os Estados serão reguladas com base no consentimento de todos. Dessa forma, levando em conta a Soberania de cada país, no âmbito internacional não há a vontade de um Estado se impondo sobre a vontade do outro, mas a submissão a regras que eles mesmos aceitaram.

No Brasil, existe a lei de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) para regulamentar os contratos internacionais e a Convenção de Viena de 1980 que foi ratificada recentemente pelo Brasil e entrará em vigor no dia primeiro de abril de 2014. Com isso, o Brasil fica por dentro do sistema normativo internacional e facilita sua relação com os demais países no que se refere à troca de mercadorias.

2- Metodologia

O presente estudo seguiu o método de abordagem dedutivo, pois pretendia partir de um conjunto de ideias e normas sobre Contratos Internacionais e Convenção de Viena para a análise de aspectos específicos relativos a regulamentação dos contratos internacionais no âmbito do direito internacional, no sentido de verificar quais eram as leis brasileiras que tratavam do assunto e, por conseguinte, quais foram as vantagens para o Brasil com a ratificação da Convenção de Viena de 1980. Desse modo, partiu a pesquisa da análise do geral para o particular, chegando à conclusão seguindo uma ordem de raciocínio decrescente.

No que diz respeito aos métodos de procedimento, conciliou o **método histórico**, em face do estudo da evolução das práticas mercantis e normas jurídicas notadamente de direito civil e direito internacional, pertinentes à intervenção ou não intervenção do Estado na economia e modo de resolução de conflitos de normas estrangeiras envolvendo contratos internacionais; o **método interpretativo**, a partir

do aprofundamento da interpretação doutrinária dos conceitos citados anteriormente, associada às normas de privado e público aplicáveis à espécie.

Para tanto, foram utilizados: levantamento bibliográfico por meio de leituras e acareamento de literaturas, revistas, jornais e todo e qualquer material que puderam trazer informações sobre os temas em estudo; levantamento jurisprudencial da relação dos julgados e decisões pertinente à temática.

3- Discussão e Análise dos Resultados

3.1- Liberdade Contratual e Contratos Internacionais

O contrato é um acordo entre as partes (acordo bilateral) para satisfação de seus próprios interesses. Diante do liberalismo econômico, o contrato se tornou o instrumento mais adequado para regulamentar “juridicamente” a realização de tais interesses. A nossa legislação interna adota o princípio da liberdade contratual, vejamos o que dispõe o art. 421 do CC/2002:

Art.421 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

As partes é permitido fixar livremente o conteúdo do contrato e celebrar contratos diferentes daqueles que estão previstos na lei, é o que dispõe o art. 425 do CC:

Art. 425 “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste código”.

Por outro lado, a lei veda qualquer forma de enriquecimento sem causa. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer a custa de outrem, será obrigado a devolver aquilo que foi indevidamente auferido.

No entanto, é importante salientar que um contrato se torna internacional quando o acordo de vontades envolve mais de uma ordem jurídica, ou seja, envolve mais de um país com elemento de conexão (nacionalidade, domicílio ou localização do objeto). Então, qual deverá ser a solução adotada em caso de conflito legislativo de direito estrangeiro?

Antes de qualquer coisa deverá ser aplicado o Direito Internacional Privado, que vai indicar qual direito deve se sobrepôr naquele caso concreto. No Brasil, quem irá dizer os princípios e interpretações aplicáveis na hipótese de conflitos é a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Como já foi mencionado no âmbito do direito interno as partes podem adotar cláusulas atípicas e da mesma forma ocorre no direito internacional. São as cláusulas de foro que irão indicar qual a lei que será aplicada em determinada situação. A cláusula pode dizer a legislação aplicável e aceitar a autonomia de vontade para contratos internacionais; escolher a legislação e não aceitar a autonomia de vontade pela legislação interna dos países ou ainda não estabelecer a legislação aplicável para aplicar os princípios de Direito Internacional do País.

A súmula 335 do STF estabelece que “é válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato”. Assim também é o entendimento da jurisprudência do STJ:

RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DEFORO ESTRANGEIRO. CONTRATO INTERNACIONAL DE IMPORTAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 05 E 07 DO STJ. AUSÊNCIA DE QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA.

1. Não se verifica ofensa ao art. 535 do CPC, tendo em vista que o acórdão recorrido analisou, de forma clara e fundamentada, todas as questões pertinentes ao julgamento da causa, ainda que não no sentido invocado pelas partes.
2. A reforma do julgado demandaria a interpretação de cláusula contratual e o reexame do contexto fático-probatório, providências vedadas no âmbito do recurso especial, a teor do enunciado das Súmulas 5 e 7 do STJ.
3. As conclusões da Corte a quo no sentido de que, in casu, é de importação a natureza do contrato entabulado entre as partes e de que é o país estrangeiro o local de execução e cumprimento das obrigações, decorreram da análise de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório carreado aos autos, pelo que proscrito o reexame da questão nesta via especial.

4. "A eleição de foro estrangeiro é válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos" (REsp 242.383/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2005, DJ 21/03/2005 p. 360).

5. Recurso especial desprovido.¹⁹³

E finalmente, temos a cláusula de arbitragem que prevê a solução de um conflito futuro, através de um tribunal arbitral, ou seja, as partes elegem entre si árbitros (juízes da causa) para solucionar a controvérsia.

3.2 Formação dos contratos internacionais

Hoje em dia, a celebração dos contratos não fica restrita apenas entre nacionais, visto que as empresas tendem cada vez mais a ultrapassar fronteiras e estabelecer relações internacionais conduzindo a globalização econômica.

A formação dos contratos internacionais se inicia com uma proposta. Isto é, através de uma declaração de vontade mostrar-se o fito de contratar, onde uma das partes irá emitir uma oferta e a outra aceitará. Mas, segundo a Convenção de Viena de 1980 o contrato só estará celebrado a partir do momento em que o destinatário receber a declaração. No entanto, segundo esta Convenção, antes ou durante a recepção do destinatário poderá o declarante revogar a oferta. Também é possível que a declaração seja revogada antes da conclusão do contrato se mesmo tendo o destinatário recebido a proposta não a houver aceitado. Por outro lado, não é possível haver revogação se for estabelecido um prazo para aceitação ou se em virtude das circunstâncias, o destinatário acreditar que tal proposta é irrevogável.

A aceitação da proposta pode ser expressa ou tácita. A aceitação será expressa quando for emitida através de palavras, escrita ou por qualquer meio direto de manifestação de vontade e será tácita quando o destinatário praticar algo que não seja compatível com a vontade de recorrer. A Convenção de Viena de 1980 considera a aceitação tardia, caso o proponente informe que a aceitação é válida ou se aquele que envia a aceitação avisar que se a carta houvesse sido transmitida da forma correta teria chegado ao autor da proposta sem demora. Porém, neste último

¹⁹³SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1177915/ RJ. Ministro Vasco Della Giustina, 3. T., julgado em 13.04.2010, DJe 24.08.2010.

caso não será eficaz a aceitação se o proponente precaver antecipadamente que irá apreciá-la como inválida.

O entendimento da Convenção de Viena é de que uma vez sendo modificada a proposta esta será havida como rejeitada e comporá contra-proposta. Por fim, o contrato é concluído quando o destinatário aceitar a proposta do proponente e estiver de acordo com as disposições da Convenção de Viena.

3.3. Recepção das convenções internacionais com status de norma constitucional (art. 5º, §3º da CF):

Em nossa Constituição Federal, ao falarmos de convenções internacionais não podemos deixar de citar o art. 5º, §3º da mesma:

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: §3º: 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo).”

O presente artigo faz referência a tratados e convenções que se relacionam aos direitos humanos, tornando estas emendas constitucionais com força de lei. É o que ocorre com o caso de alguns tratados e convenções do qual o Brasil faz parte, dentre eles, estão: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, recepcionado no Brasil pelo Decreto 592 de 6 de julho de 1992; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, recepcionado no Brasil pelo Decreto 591 de 6 de julho de 1992; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), recepcionado pelo Decreto 678 de 6 de novembro de 1992, entre outros.

Contudo, hoje em dia o Brasil passou a recepcionar e incorporar tratados comuns, não dizendo respeito aos tratados de direitos humanos. Essa abordagem

surgiu por meio da EC 45/04. Atualmente, tem-se aderido à doutrina dualista, desde que o processo de formação dos tratados no Brasil não prescindia de decreto presidencial para colocar a norma em vigência, promulgando-a, sendo necessário que haja uma norma interna para incorporar uma norma internacional.

Embora, mesmo com esse avanço da legislação brasileira, que mostra que os dois sistemas, interno e alienígena são distintos, ao menos em respeito aos tratados comuns que não de direitos humanos. Nossa Constituição comete falhas no que diz respeito a recepção feita pelo Brasil sobre tratados internacionais, mesmo ela prevendo e dando apontamentos acerca das relações exteriores, vislumbrando atos concretos na celebração de tratados, ocorre espaço para lacunas. Lembrando que a Competência para esse processo de celebração fica a cargo do Congresso nacional, de acordo com o art. 49, I da CF. Além do mais, nossa Carta Magna confere ao presidente da republica a tarefa de negociar os tratados envolvendo o Brasil, tendo em vista que o presidente é o responsável pela dinâmica das relações internacionais.

Apesar disso, nossa Constituição peca consideravelmente em sua estrutura constitucional e infraconstitucional, devido as enormes lacunas que deixa aberta possibilitando diversas formas de interpretação, acarretando, pois, conflitos doutrinários e também jurisprudenciais.

Outra falha da nossa Constituição é com relação ao prazo de espera, exemplo disso é a Convenção de Viena sobre direito dos tratados, que foi assinada em 1969, encaminhada ao Congresso Nacional em 1992, sendo ratificada recentemente, só entrando em vigor no dia 1 de Abril de 2014. Tal demora dificultou ainda mais a aplicação das normas da Convenção sendo apenas utilizada a aplicação das normas da Convenção que compõem o direito costumeiro e o jus cogens.

Essa dificuldade resultante da demora demonstra particularmente a falha da CF, que deveria ser mais severa e estipular um prazo para que o poder executivo, que é o responsável pela assinatura dos tratados, encaminhe à apreciação do poder legislativo. Também devera estipular um prazo para que o legislativo envie ratificação ou arquivamento.

Mesmo com essas falhas o Brasil vem se mostrando interessado em incorporar e recepcionar os tratados internacionais, tendo eles após apreciação e ratificação status de norma constitucional.

3.4. Ratificação Brasileira da Convenção de Viena:

As Nações unidas ou simplesmente ONU, têm como seu principal objetivo estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidas.

As Nações Unidas têm como principal órgão a Assembleia Geral, esta por sua vez, adotou uma serie de tratados multilaterais ao longo de sua história.

Foi essa Assembleia Geral que em 1948 estabeleceu a Comissão de Direito Internacional, tendo como missão preparar projetos de Convenções sobre temas que ainda não tenham sido regulamentados pela legislação internacional, e codificar as regras do direito internacional os campos onde já existe uma prática do Estado. Uma dessas convenções foi a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi celebrada na cidade de Viena, na Áustria, em 1969. Embora só fosse adotada no âmbito internacional em 27 de janeiro de 1980. Essa Convenção relacionada ao direito dos tratados foi criada com o intuito de solucionar controvérsias e estabelecer parâmetros relativos à assinatura, adesão, formulação e obrigações relativas aos tratados internacionais. Refere-se, pois, aos acordos internacionais por escrito, sendo os casos de acordos não escritos e acordos formados por outras instituições de direito internacional ente si ou com Estados, regidos pelo direito internacional e válido da mesma forma. Abrangendo também qualquer outro ato internacional, seja ele constituído de um documento único ou de múltiplos documentos.

Com relação a ratificação da Convenção pelo Brasil, essa se deu recentemente, e ela entrará em vigor a partir do dia de Abril de 2014. Embora o Brasil tenha participado dos trabalhos preparatórios da Convenção no âmbito da UNCITRAL. Sendo assinada em 1969 e encaminhada ao Congresso Nacional em 1992, sendo aprovada em outubro de 2012, mas só sendo ratificada recentemente pelo Brasil.

Essa entrada do Brasil na Convenção trará relevantes mudanças nos contratos de compra e venda de mercadorias, com a vigência desse estatuto tais contratos passarão a ser regidos pelo direito da CISG (Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.) e não mais pela legislação doméstica.

A CISG em sua atuação permitirá que os contratantes saibam detalhadamente suas obrigações e como/quais os mecanismos jurídicos podem ser acionados em caso de descumprimento contratual. Fazendo com que a transação internacional torne-se um negócio dotado de maior previsibilidade, reduzindo economicamente os custos que envolvem essa transação. Em suma, a aplicação se dá quando as partes contratantes tenham estabelecimento em países diferentes e tenham a ela requisitado ou, então, quando as normas de direito internacional privado determinarem a aplicação da legislação nacional de um país. Isso é um ponto importante, pois com a unificação das regras internacionais de compra e venda acaba tornando desnecessário o recurso ao sistema de conflitos de leis para se verificar qual o direito aplicável.

É importante ressaltar que a entrada do Brasil para a Convenção foi muito importante economicamente falando, já que mais de dois terços de todas as transações internacionais de mercadorias são reguladas pela convenção, incluindo os principais parceiros comerciais do Brasil.

A CISG impõe um padrão uniforme e harmônico para os contratos de compra e venda internacional possibilitando o intercâmbio de mercadorias mais previsíveis e seguro, outorgando previsibilidade normativa, segurança e certeza às partes quanto aos direitos e obrigações assumidos no contrato.

Além do mais, possibilitará maior fluência dos negócios das empresas brasileiras que têm comércio de mercadorias no cenário internacional, proporcionando previsibilidade, segurança e transparência nos contratos.

4. Considerações finais

Dessa breve exposição, é possível concluir que o comércio e a relação comercial presente desde os primórdios da nossa sociedade vêm se aperfeiçoando e se aprimorando no decorrer do tempo.

Tal aprimoramento se deu tanto no âmbito interno de cada país como no âmbito internacional. Mas, para que não houvesse conflitos de jurisdição ou ocorressem descumprimentos contratuais com relação ao âmbito internacional foi necessário que se criasse convenções e tratados que regessem essas relações contratuais, a fim de evitar conflitos, uma dessas criações foi a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Essa Convenção rege as relações contratuais de compra e venda de mercadorias e hoje em dia, ela rege cerca de dois terços de todas as transações internacionais, incluindo grandes potências econômicas como os EUA e a China, países do MERCOSUL e vários países Europeus.

Tendo papel fundamental nas transações internacionais, o Brasil aderiu essa Convenção, pois não havia sentido seu isolamento em relação a este sistema normativo internacional.

Gerando grandes mudanças no quadro econômico brasileiro, essa Convenção entrará em vigor no dia 1 de abril de 2014 e terá participação direta nas relações contratuais internacionais estabelecidas pelo Brasil e outros países.

REFERÊNCIAS

DINIZ, MARIA HELENA. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. Saraiva, 16º ed. 2011.

GARCEZ, José Maria Rossani; **Adesão do Brasil à Convenção de Viena de 1980 para compra e venda internacional de mercadorias**. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI128667,91041->

[Adesao+do+Brasil+a+Convencao+de+Viena+de+1980+para+a+compra+e+venda](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI128667,91041-Adesao+do+Brasil+a+Convencao+de+Viena+de+1980+para+a+compra+e+venda)>. Acesso em: 02 mar. 2014.

NETO, J. A.T.; LIRRA, D. F. **A posição hierárquica dos tratados e Convenções Internacionais que versam sobre direitos humanos recepcionados pelo sistema normativo brasileiro após o julgamento de recurso extraordinário 466.343-1/SÃO PAULO.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11686>.

Acesso em: 02 mar. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A ONU e o direito internacional. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-direito-internacional/>>. Acesso em: 02 mar. 2014.

ZARONI, Bruno Marzullo. **A adesão do Brasil à Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias CISG - (Boletim Cede - Ano XIII - Maio/2013).** Disponível em: <<http://www.peregrinoneto.com.br/en/areas-de-atuacao-2/32-newsletter-2013/137-a-adesao-do-brasil-a-convencao-de-viena-sobre-compra-e-venda-internacional-de-mercadorias-cisg-boletim-cede-ano-xiii-maio-2013>>. Acesso em: 02 mar. 2014.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A NOVA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Gabriel Meira Nóbrega de Lima¹⁹⁴

Resumo: O fenômeno da constitucionalização do direito, apesar de tardio no ordenamento jurídico pátrio, tem promovido uma guinada interpretativa nos mais diversos ramos jurídicos, e, em especial, no direito civil. O processo constitucionalizante, desencadeado pela Constituição Federal de 1988, elevou direitos e princípios infraconstitucionais para o patamar de norma fundamental. Entre eles está o direito de propriedade. Este trabalho visa à propositura do critério hermenêutico mais adequado para interpretação deste instituto, de forma a harmonizar e efetivar o desiderato do constituinte originário, que condicionou o direito de propriedade ao atendimento de sua função social.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito civil; Interpretação Jurídica; Direito de Propriedade.

Abstract: The phenomenon of constitutionalization of the law, although late in the national legal system, has promoted an interpretive turn in various legal branches, and, in particular, civil law. The constitutionalization process triggered by the 1988 Federal Constitution, has raised rights and infraconstitutional principles to the level of fundamental norm. These include the right to property. This work aims at bringing the most appropriate hermeneutical criterion for the interpretation of this institute, so as to harmonize and give effect to the desideratum of the original constituents, which restricted the right of ownership to the fulfillment of its social function.

Key-words: Constitutionalization of civil law; Legal Interpretation; Right to Property.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Entender o processo de constitucionalização do direito civil brasileiro constitui verdadeira condição *sine qua non* para compreender a atual feição do

¹⁹⁴ Graduando do curso de Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Endereço eletrônico: gabrielnobrega01@hotmail.com

direito de propriedade disciplinado em nossa Carta Maior. O fenômeno constitucionalizante terminou por alçar, ao direito constitucional, princípios e direitos próprios da disciplina civil. Dentre estes, está incluso o direito de propriedade.

No entanto, não apenas a propriedade foi objeto de constitucionalização. O fenômeno ora estudado resultou por acomodar, outrossim, a função social da propriedade como princípio constitucional. Senão vejamos:

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:(...)
XXII - é garantido o direito de propriedade;
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;¹⁹⁵

Assim, o legislador constituinte brasileiro resolveu por acomodar, em nível constitucional, junto do direito à propriedade, uma conquista do liberalismo clássico, de natureza jurídica tipicamente individualista, o princípio da função social da propriedade, resultante da concepção de Estado Social, que possui natureza solidarista.

O condicionamento de tais ideais pode parecer, à primeira vista, antagônico. E nisto reside a grande questão deste artigo.

Este trabalho tem por escopo oferecer ao operador jurídico a ferramenta interpretativa adequada para que se alcance, da forma mais efetiva possível, o desiderato constituinte relativo as proposições constitucionais supracitadas.

Dito isto, iniciaremos o presente trabalho, como forma de torná-lo mais didático, com uma breve exposição do processo de constitucionalização do direito e de como este resultou por elevar à *status* de norma fundamental o direito ora estudado, para, ao final, expor a solução hermenêutica mais adequada de realizar sua interpretação.

2. DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

De início, neste trabalho, faz-se basilar realizar uma breve explanação

¹⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

acerca do conceito e origem do fenômeno da constitucionalização do direito no mundo e no Brasil, para, a seguir, adentrar no campo do direito civil.

O conceito de constitucionalização do Direito aqui adotado refere-se ao efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo axiológico e material se irradia, impregnando todo o sistema jurídico. Sobre este conceito, é ímpar destacar os ensinamentos do professor Luís Roberto Barroso, *verbi gratia*:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.¹⁹⁶

Sabe-se que, os Estados Unidos são, notoriamente, o berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, firmado através do precedente jurisprudencial do caso *Marbury vs Madison*, julgado pela Suprema Corte daquele país ainda em 1803. Entretanto, o marco histórico do processo de constitucionalização do Direito deu-se na Alemanha.

Em 1949, pós-Segunda Guerra Mundial e sobre as ruínas do regime nazista, a Alemanha promulgou sua nova Lei Fundamental, que veio a estabelecer o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Assim o fez, baseando-se na construção doutrinária, então recém-concepta, do Estado Democrático de Direito, ou para alguns, Estado Constitucional de Direito. Em uma conceituação pouco profunda, pode-se definir o Estado Democrático de Direito como aquele regido pela vontade da maioria democrática, sem, no entanto, ferir os direitos fundamentais da minoria.

Partindo desta premissa, o Tribunal Constitucional Federal germânico assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenhariam uma função de ordem objetiva de valores, isto é, o ordenamento jurídico protegeria determinados direitos e valores,

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 2 mar. 2014.

mas não apenas por um proveito individual dos mesmos, mas pelo interesse geral da sociedade em sua satisfação.

2.1 Da constitucionalização do Direito no Brasil

No cenário jurídico brasileiro, tivemos o que pode ser denominado de constitucionalismo tardio. O fenômeno constitucionalizante somente passa a ser internalizado em nosso ordenamento através da Constituição Federal de 1988, também denominada Constituição Cidadã.

A Carta Política de 88 simboliza a travessia democrática brasileira, e, redigida sob a euforia da redemocratização constituinte, possui em seu corpo uma mistura de interesses de trabalhadores, classes empresariais, servidores públicos, entre outros. Resultando em uma Carta deveras analítica, e, em algumas situações, corporativista e prolixa. Assim, os principais ramos do direito infraconstitucional acabaram por ter aspectos tratados diretamente pela Lei Fundamental.

Neste sentido, é a lição do professor Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.¹⁹⁷

Conforme o texto e à luz de tais premissas, o direito constitucional passa a ser não apenas um sistema com sua ordem, unidade e harmonia próprias, fechado em si mesmo. Passa, na verdade, a transcender todo o ordenamento jurídico, tornando-se como uma lente, um modo de interpretar todos os outros ramos do Direito.

Tal constatação não passou despercebida pelos juristas nacionais, vide a

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 2 mar. 2014 p. 26.

inteligência da passagem de Paulo Lobo:

A constitucionalização do direito civil, no Brasil, é 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. Disseminou-se a convicção da insuficiência da codificação, e até mesmo da superação de sua função, ante a complexidade da vida contemporânea e o advento de microsistemas jurídicos pluridisciplinares, como o direito do consumidor, o direito ambiental, os direitos da criança, do adolescente e do idoso. Os trabalhos produzidos, em vários centros de estudos no país, notadamente nos programas de pós-graduação, rapidamente repercutiram na jurisprudência dos tribunais, com resultados valiosos. As categorias, os conceitos, as classificações, os princípios de direito civil ministrados nos cursos jurídicos e aplicados na prática jurídica demonstravam inquietante distanciamento da realidade social. A sociedade que servira de paradigma para a codificação civil brasileira e os fundamentos ideológicos do Estado liberal e do correlativo individualismo jurídicos já estavam superados. O Estado liberal paradigmático das Constituições de 1824 e 1891 tinha sido substituído pelo Estado social das Constituições democráticas e autoritárias de 1934 em diante, cuja característica essencial foi a incorporação, além da organização política e dos direitos individuais, da organização social e econômica, que diretamente reflete nas relações privadas. A Constituição de 1988 foi a que mais agudamente pretendeu regular e controlar os poderes privados, na perseguição da justiça material.¹⁹⁸

Assim, as normas que se divorciem da Lei Fundamental devem ser declaradas inconstitucionais e extirpadas do sistema jurídico. Ademais, a Constituição, além de critério de validade normativa, torna-se filtro, visto que toda ordem jurídica deve ser interpretada, sob uma ótica constitucional, de modo a realizar os valores nela consagrados.

3. ANÁLISE HISTÓRICA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

E é sob a tutela do fenômeno retrocitado que se inicia a constitucionalização do direito civil. Porém, antes de iniciarmos este tema, mister se faz, para tornar a exposição mais didática, um breve intróito acerca da evolução histórica e filosófica da relação entre os ramos civil e constitucional.

¹⁹⁸ LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. P. 3Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>

Neste sentido, há razoável consenso doutrinário¹⁹⁹ que a relação supracitada, como forma de ser melhor estudada, deve ser dividida em três fases histórico-filosóficas.

A primeira fase é marcada pelo início do constitucionalismo moderno, pós-Revolução Francesa, na vigência do Código Civil Napoleônico. Neste momento, a Constituição consubstancia-se em um simples documento político, sem força normativa própria, cujo escopo é informar e dirigir as relações entre o Estado e os cidadãos. Já o Código Civil, responsável por normatizar a relação entre particulares, configura-se no principal diploma jurídico. Este Código é elaborado sob o marco filosófico do liberalismo clássico e visa à garantia da segurança jurídica da mais nova classe dominante: a burguesia. Dessa forma, o individualismo, a proteção absoluta da propriedade e da liberdade de contratar tornam-se as normas informadores de tal Digesto, em prestígio a uma igualdade jurídica meramente formal.

A segunda fase da relação entre direito constitucional e civil ocorre ao longo do século XX, com o advento do Estado Social. É marcada pela descrença com as promessas do liberalismo clássico, e a percepção de que uma igualdade formal por si só não basta para garantir justiça nas relações. Percebe-se a falácia representada pela autonomia da vontade em seu sentido absoluto, haja vista, que havendo desigualdade material das partes, a vontade torna-se viciada pela necessidade. A percepção de uma insuficiência da igualdade formal e a necessidade de maior justiça nas relações resulta em uma maior intervenção do Estado, através do Direito, para garantir uma igualdade material. Relativiza-se, então, os direitos absolutos de contrato e propriedade em face da função social dos mesmos, e de normas de ordem pública. Este fenômeno é abordado no trabalho realizado pelo professor Rodrigo Toscano de Brito, cuja elucidativa lição é digna de transcrição:

É esse marco histórico que melhor marca a saída do Estado liberal, influenciado pela Revolução Francesa, para um Estado Social, com

¹⁹⁹ Para melhor compreensão do tema, recomenda-se a leitura de: LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. P. 1-4 Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 3 mar. 2014 e BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. P. 31-36. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 2 mar. 2014.

maior intervencionismo estatal na economia. Nesse passo, do direito de propriedade – braço estático da função social dos institutos de direito privado – também passou a ser influenciado. Com efeito, foi a partir dessa saída do individualismo para um direito mais social, que passou-se a afirmar a importância de um direito de propriedade que também estivesse preocupado com o interesse da sociedade.²⁰⁰

A terceira, e atual, fase consubstancia-se no posicionamento da Constituição para o centro do sistema jurídico. Desta feita, a constitucionalização do direito infraconstitucional, além do fator de inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, consistirá, principalmente, na reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional, ótica esta representada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, solidariedade social e razoabilidade. Princípios estes promovem um processo de despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil.

Concomitantemente a isto, a complexidade da vida contemporânea tornou-se incompatível com a feição de códigos que buscam reger cada possibilidade da conduta humana. A interpretação constitucional, pautada no princípio da razoabilidade e na abertura semântica da norma através conceitos jurídicos indeterminados acabou por ocasionar o fenômeno que busca descodificação do direito civil. Primordial, neste aspecto, trazer à baila a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, *in verbis*:

Enquanto o Estado e a sociedade mudaram, alterando substancialmente a Constituição, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico. (...) Desaparecendo essas funções prestantes, os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente.²⁰¹

Depreende-se, então, um esvaziamento de força normativa do Código Civil

²⁰⁰ BRITO, R. A. T. . 'Desapropriação judicial' e usucapião coletivo: uma análise comparativa. Parahyba Judiciária, v. 8, p. 197-220, 2012. P. 199

²⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.197-217. P. 201.

enquanto unidade, fenômeno que se dá por duas razões principais: a) proliferação legislações específicas sobre relações originariamente civis, como o Código de Defesa do Consumidor; b) despatrimonialização do direito civil em face dos princípios constitucionais fundamentais; c) constitucionalização de princípios do direito civil.

Demonstrados as causas e consequências do fenômeno constitucionalizante dentro do sistema jurídico pátrio, iniciaremos a discussão específica da condição do direito de propriedade neste processo, e a os métodos hermenêuticos considerados mais adequados em razão de sua nova feição.

4. O DIREITO DE PROPRIEDADE

4.1 Conceito

Nosso Código Civil não oferece uma definição de propriedade, limitando-se, em seu artigo 1.228, a definir os poderes do titular da propriedade, assim vejamos: “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”²⁰²

O conceito clássico define a propriedade como o direito individual que assegura ao seu titular uma série de poderes e faculdades: usar, gozar, dispor e *reivindicar*, ou, resumidamente, *jus vindicandi* e *jus abutendi*, compreendido neste o *jus disponendi*. Ao lado dessas faculdades, os doutrinadores clássicos costumavam falar que o direito de propriedade tinha característica de plenitude, que permitiria toda espécie de poder lícito de utilização.

Como veremos, à luz da nova ordem constitucional, a definição dada acima mostra-se incompleta.

4.2O direito de propriedade e a Constituição de 1988

Dispõe a Carta da República acerca da propriedade:

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

²⁰² BRASIL. Novo Código Civil. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.

segurança e à propriedade, os termos seguintes:(...)
XXII - é garantido o direito de propriedade;
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social,²⁰³

Pela simples dicção presente nos dois incisos supratranscritos fica claro que, no concernente ao direito civil, mais especialmente à propriedade, a intenção do legislador constituinte foi de acomodar no espaço constitucional tanto a tese individualista, como a solidarista. Assim, a Constituição garantirá a propriedade *desde* que esta atenda sua função social.

Sobre este assunto, é digna de nota passagem do juiz federal baiano Dirley da Cunha Júnior, em seu Curso de Direito Constitucional, que demonstra a feição atual deste direito no ordenamento pátrio, em contraposição à conceituação clássica, senão vejamos:

O direito de propriedade, material ou imaterial, é garantido pela Constituição (art. 5º, XXII). Mas a propriedade de há muito deixou de ser exclusivamente do *direito subjetivo do proprietário* para se transformar na *função social do detentor da riqueza*, na feliz expressão de Duguit. É, sem dúvida, um importante direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade, na medida em que a propriedade deverá atender a sua função social (art. 5º, XXIII). Por isso mesmo, não é absurdo afirmar-se que a Constituição só garante o direito de propriedade se este atender a sua função social.(...) Assim, o caráter absoluto da propriedade foi relativizado em face da exigência do cumprimento de sua função social.²⁰⁴

A função social, portanto, será a razão que balizará o direito de propriedade, relativizando-o. Mais ainda, só o cumprimento da função social legitimará a permanência da propriedade. Não é pouca coisa. A inclusão desta condição em nossa Lei Fundamental irradia-se como modo de interpretação e construção jurídica por todo o Digesto Civil nacional.

5. CLÁUSULAS GERAIS E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE EM FACE DA FUNÇÃO SOCIAL

Ao longo do presente trabalho buscou-se explorar o fenômeno da constitucionalização do direito civil e o resultado de seus efeitos no que se refere ao

203 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

204 CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 3.ed. Salvador: JUSPODIVM, 2009, p. 690.

direito de propriedade. Resultado que findou pela elevação à *status* constitucional do direito de propriedade, condicionado pelo cumprimento de sua “função social”, através da Constituição Federal de 1988. Fato que demonstra a intenção do constituinte em abarcar e harmonizar duas teses surgidas em contextos históricos e filosóficos díspares, quais sejam, as teses individualista e solidarista do direito civil.

Examinar-se-á, neste e nos próximos tópicos, à luz da hermenêutica jurídica, o método mais adequado para a plena harmonização dos dois institutos, em persecução ao desiderato do legislador originário.

Para tal feita, de início, devemos fazer menção à natureza jurídica da “função social da propriedade”. Esta não possui uma conceituação fixa, visto que se trata de uma **cláusula geral**. Cláusulas gerais são normas que possuem textura aberta, isto é, são portadoras de **conceitos jurídicos indeterminados**. Para melhor compreensão é deveras elucidativa a passagem do eminente processualista baiano Fredie Didier Jr., *in verbis*:

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa.(...) A técnica das “cláusulas gerais” contrapõe-se à técnica casuística. (...) É indiscutível que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos.²⁰⁵

As cláusulas gerais, portanto, possuem uma abertura semântica que permitirá ao julgador, diante do caso concreto, concluir a “construção do direito”. O Direito passa a ser construído *a posteriori*. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Uma metáfora interessante é a que assemelha a norma detentora de conceito jurídico indeterminado a uma parede incompleta, onde o último tijolo será posto pelo juiz, em realização da justiça do caso concreto.

Trata-se de uma técnica legislativa que, em um momento filosófico de pós-positivismo, tem sido eficaz e adequada dada impossibilidade de utilização única de textos normativos típicos e fechados em uma cada vez maior complexidade da vida social.

²⁰⁵ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 36-37 (v. 1).

Assim sendo, percebe-se claramente esta natureza no que se refere à função social da propriedade, haja vista que a construção normativa plena deste conceito dar-se-á apenas e de acordo com o caso em espécie.

6. DO NÃO CABIMENTO DOS CRITÉRIOS TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são: o hierárquico (norma de natureza superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Os supramencionados critérios resolvem, ainda nos dias atuais, a maior parte das antinomias jurídicas. Todavia, sucede que em face das novas situações ocasionadas pela complexidade da vida social hodierna, onde entram em colisão direitos e interesses constitucionais, de igual hierarquia e valor, outrossim denominados de **casos difíceis**, os critérios acima narrados perdem sua importância resolutiva.

Transcreve-se, para melhor compreensão deste tema, as palavras do professor e atual ministro do STF, Luís Roberto Barroso:

A nova interpretação constitucional surge para atender as demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural. Ela não derrota a interpretação tradicional, mas vem para atender necessidades deficientemente supridas pelas fórmulas clássicas. (...) A nova interpretação incorpora um conjunto de novas categorias, destinadas a lidar com as situações mais complexas e plurais referidas anteriormente. Dentre elas, a normatividade dos princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica), as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. (...) Passa-se, por fim, à ideia de casos difíceis. *Casos fáceis* são aqueles para os quais existe uma solução pré-pronta no direito positivo. (...) A verdade, porém, é que para bem e para mal, a vida nem sempre é fácil assim. Há muitas situações em que não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. São os casos difíceis.²⁰⁶

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto. Site jurídico Migalhas, 6 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 3 mar. 2014.

Deflui-se, então, que, para solução do impasse contido na presente digressão, não são suficientes, nem adequados, os critérios interpretativos tradicionais.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS E CRITÉRIO HERMENÊUTICO PROPOSTO

1.

Ao longo deste artigo demonstrou-se a evolução da relação entre o direito civil e constitucional. Desde a fase onde não havia comunicação, até a fase atual, marcada pela constitucionalização do *jus civile*, e da elevação de alguns de seus postulados à Lei Fundamental. Ademais, esta exposição serviu para aclarar a feição atual do direito de propriedade dentro do sistema jurídico brasileiro. Feição que conjugada ao princípio da função social da propriedade, foi analisada histórica e filosoficamente, contrapondo-se as teses individualista e solidarista.

Por fim, em conclusão a este estudo e para compreensão holística do tema, adentraremos na seara hermenêutica, propondo o critério considerado mais adequado para interpretação do direito de propriedade, em razão da Constituição Federal de 1988.

2.

Como visto, o direito de propriedade, dentro da nova ótica constitucional, tem por condicionante o cumprimento de sua função social. Ademais, demonstrou-se que o princípio da função social constitui uma cláusula geral, que são normas de textura aberta, isto é, que possuem uma abertura semântica disposta pelo legislador que permitirá ao intérprete tornar-se co-participante do processo de criação do Direito, afinal, o sentido da mesma será completado diante do caso concreto. Consubstanciando sua interpretação um caso difícil, não passível de solução adequada em razão dos critérios tradicionais.

Deste modo, apresentar-se-nos-á a seguinte questão: haja vista que a propriedade, para ser garantida, deve cumprir a sua função social, e esta é uma cláusula geral, qual o critério hermenêutico que o operador jurídico deverá

estabelecer para interpretá-la observando os ditames constitucionais?

Percebemos, então, que não se trata de uma situação simples, haja vista que há uma colisão de interesses (da função social, ligada ao interesse público; e da propriedade, ligado ao interesse individual do proprietário) de mesma hierarquia normativa. Quando estamos diante de uma colisão de normas fundamentais desta natureza, a nova interpretação constitucional²⁰⁷ indica que o caminho mais adequado para garantir a máxima efetividade dos mandamentos constitucionais é a utilização do critério hermenêutico do princípio da proporcionalidade, nomeadamente o do balanceamento ou ponderação de interesses.

Desta feita, em prestígio à decisão do constituinte originário, que resolveu por acomodar, no seio de nossa Carta Magna, tanto o direito à propriedade, uma conquista do liberalismo clássico, de natureza jurídica tipicamente individualista, como a função social da propriedade, de natureza solidarista, veda-se a interpretação isolada de uma regra, ou a hegemonia de uma sobre outra. Devendo o intérprete do Direito, à luz do caso concreto, e tendo por ferramenta fundamental o princípio da proporcionalidade, dentro de um critério de ponderação de direitos, adotar uma decisão que preserve ao máximo ambos interesses, quais sejam, os poderes do titular em relação a sua propriedade, e o cumprimento de sua função social, em prestígio à harmonia de ambas as regras, que, afinal, possuem igual dignidade constitucional, e como forma de atingimento do desiderato constitucional.

²⁰⁷ Neste ponto, o presente trabalho fundamenta-se na doutrina proposta pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, extraída de: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*; trad. Luís Afonso Heck. 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 105-110.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo; trad. Luís Afonso Heck. 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto. Site jurídico Migalhas, 6 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 3 mar. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 2 mar. 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Novo Código Civil. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.
- BRITO, R. A. T. . 'Desapropriação judicial' e usucapião coletivo: uma análise comparativa. Parahyba Judiciária, v. 8, p. 197-220, 2012.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 3.ed. Salvador: JUSPODIVM, 2009.
- DIDIER Jr., Fredie, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. (v. 1).
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 3 mar. 2014.

O NOVO ENVÓLUCRO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES À LUZ DO INFLUXO CONSTITUCIONAL

²⁰⁸Renato Gomes de L. Alves
²⁰⁹Leonardo Antonio de S. Neves

Resumo: Este artigo busca precipuamente mostrar a releitura de certos institutos do Direito das Obrigações à luz da Constituição Federal. Falaremos inicialmente desse processo de Constitucionalização do Direito Civil. Depois, abordaremos os deveres recíprocos os quais permeiam a relação obrigacional, bem como a crise de cooperação que advém da mesma e, por conseguinte, a necessidade de uma intervenção judicial para se impedir abusos, e concretizar demaneira consciente os direitos de ambas as partes, atendendo aos imperativos constitucionais.

Palavras-Chaves: Constitucionalização; Direito Civil; Deveres; Crise; Intervenção Judicial.

Abstract: This article seeks to show as primarily a rereading of certain institutes Law of Obligations in the light of the Constitution. We'll talk about this process initially Constitutionalization of Civil Law. Then we cover the mutual duties which permeate the obligatory relationship as well as the crisis of cooperation that arises from the same and therefore the need for judicial intervention to prevent abuses, and realize consciously the rights of both parties in view of the constitutional imperatives.

Key-words: Constitutionalization; Civil Law; Duties; Crisis; Judicial intervention.

1. INTRODUÇÃO

Todo ser humano nasce inserido em determinada cultura. A cultura por sua vez é heterogênea e mutável. O Direito, não é se não, produto de uma determinada cultura, em um determinado espaço e tempo (Direito Positivo).

²⁰⁸E-mail: renato_lacerda100@hotmail.com, Bacharelando em Direito pela UFPB.

²⁰⁹E-mail: Leonardo.a.neves@hotmail.com, Bacharelando em Direito pela UFPB.

Nos últimos 25 anos a cultura jurídica pátria vem sendo alterada. Passamos por um processo de reconceitualização dos diversos ramos da dogmática jurídica, principalmente na parte do Direito Material.

Acreditamos que esse processo de remodelamento dos padrões jurídicos, sofreu grande influência do movimento conhecido como pós-positivismo. O pós-positivismo ou neoconstitucionalismo prega essa ressurreição, expansão do Direito, prezando, sobretudo pelos princípios, ainda que em detrimento das regras.

Essa supremacia dos princípios possibilitou a imissão do Direito Constitucional em todos os outros ramos jurídicos, uma vez que, por eles serem mais abrangentes, funcionam como verdadeiras pontes axiológicas.

Hoje, o Direito Constitucional impele exigências a todos os ramos da dogmática jurídica. O Direito Civil, especificamente a parte do Direito das Obrigações, vem sofrendo veementes influxos constitucionais.

Cabe aos juristas à árdua labuta de entender ontologicamente esses novos horizontes. A tela do Direito não comporta mais as máculas de um passado de desumanização, hoje, o quadro jurídico é remodelado e tingido por cores fortes, emanadas da fonte áurea da Dignidade da Pessoa Humana.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

No segundo período pós-guerra fria houve uma mudança de paradigma, e abandono do positivismo puro. As atrocidades acontecidas na Europa foram pontas de lança para a inserção de valores morais na legislação. Com isso, os direitos fundamentais tomaram o principal foco em toda a discussão constitucional.

A dignidade humana ganhou destaque em todo esse embate e passou a orientar a interpretação da legislação infraconstitucional, inclusive no plano das relações privadas.

No Brasil, a partir da segunda metade do século passado, o Direito Civil passou a ser avistado com lentes de aumento constitucionais. Isso demonstra uma mudança de paradigmas no cenário mundial, aliado a necessidade de não se repetirem os males provocados por uma interpretação estéril de valores morais.

Essa maior humanização veio a se consolidar com a promulgação da Constituição de 1988. A partir de então, a autonomia privada passou a ser limitada

por valores ético-constitucionais. Abandonou-se, conseqüentemente, todo engodo de uma interpretação írrita em si mesma, uma hermenêutica engessada que não se voltava para os fins precípuos de toda norma, isto é, a concretização da completude existencial do ser humano.

Neste sentido é a explanação do eloquente jurista Pablo Stolze, ao tratar desse novo Direito Civil, afirma o doutrinador que:

“Embora não desconsidere a sua pedra fundamental, calcada eminentemente na autonomia privada, projeta-se, nos dias de hoje, em uma perspectiva maior, de respeito aos parâmetros de contenção impostos por valores sociais que se amparam em uma principiologia constitucional de cuja essência a nossa sociedade se ressentiu por muitos anos”²¹⁰.

Assim como todo conhecimento, o Direito é fruto da cultura e a cultura por consequência, é produto do povo.

O Código de 1916 demonstrava os anseios de uma sociedade patrimonialista, onde se prezava pelo direito enquanto exigência insana, ainda que isso importasse a relação, a diminuição de um dos pólos a ignomínia.

A época, o nosso código Civil de 1916 ainda não reconhecia com tanta ênfase a força normativa da Constituição, isso produzia uma falsa sensação de independência absoluta deste ramo em relação a Lei Maior.

Hoje, o jurista deve ater-se em sua interpretação e aplicação da norma, aos imperativos Constitucionais. É necessário uma releitura dos institutos sob o influxo do super-princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Todo contrato, toda relação jurídica obrigacional deve se voltar para os valores constitucionais v.g., os plasmados no art. 170 da Constituição (da Ordem Econômica). Foi-se o tempo em que o Direito Civil era a Constituição das relações privadas.

²¹⁰ GAGLIANO, P. S., 2011, disponível em: <http://professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/15449/material/Editorial25.pdf>, acesso em> 02/03/2014, às 12h e 30min.

Na completudehodierna, com a transição do Estado Liberal para o Social, com a massificação das informações, com a passagem de uma sociedade agrícola para uma sociedade urbana, houve uma substancial transformação: o individualismo deu lugar ao coletivo; e a busca de toda Ordem Jurídica se tornou a concretização do ser humano enquanto fim nele mesmo.

2.1 O MÍNIMO CONSTITUCIONAL

Com a promulgação da CF/88 se iniciou um processo de modificação nos filamentos de teias do Direito Civil, chegando ao que hoje nós ousamos chamar de mínimo constitucional Civil.

O mínimo constitucional civil é o *núcleo essendi* que deve orientar todas as relações civis. Imaginemos, então, dois círculos, onde, temos o círculo menor (Direito Civil), completamente abarcado pelo círculo maior (Direito Constitucional).

Ao tratar desta relação, Paulo Luiz Netto Lôbo²¹¹ afirma:

“Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)”.

Ou seja, como nos afirma o autor supracitado, na contemporaneidade é necessária a aplicação de uma hermenêutica constitucionalizada ao Direito Civil. As regras e princípios constitucionais (sejam eles explícitos ou implícitos) devem orientar a aplicação da norma civil e possibilitar uma profícua concretização do preceito normativo na realidade, não por meio de um mero tecnicismo lógico-formal, e sim, por meio de ponderações, sopesamentos.

²¹¹LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 4 (/revista/edicoes/1999), n. 33 (/revista/edicoes/1999/7/1), 1 (/revista/edicoes/1999/7/1) jul. (/revista/edicoes/1999/7)1999(/revista/edicoes/1999).Disponívelem:<<http://jus.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 9 set. 2012.

3. IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS: DEVERES RECÍPROCOS NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

A Constituição Federal impõe certos deveres os quais devem ser obedecidos pelos particulares em uma relação privada. Os direitos fundamentais passaram a ter uma eficácia horizontal, estendendo-se as relações privadas.

A Constituição prevê em seu art. 5º, parágrafo primeiro, que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ou seja, o intérprete deve aplicá-las de imediato ao caso concreto, integralizando-as, sem necessidade de lei infraconstitucional que as condensem.

Neste sentido, o honrado doutrinador Flávio Tartuce²¹² afirma:
“(...) eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição Federal sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas). Essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a eficácia horizontal seja interessante à prática, a tornar mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais”.

Ou seja, os direitos fundamentais devem ser aplicados as relações privadas, de forma tal a salvaguardar a dignidade da pessoa humana, não servindo somente como meros pontos de orientações na busca dos objetivos estatais. E frise-se, a aplicação deve ser imediata, isso é que a doutrina chama de “eficácia horizontal imediata”.

Dentre os vários imperativos constitucionais que devem orientar as relações obrigacionais, temos: o princípio da justiça social, o princípio da solidariedade social, e, sobretudo, a Dignidade da pessoa humana, a qual serve de obstáculo para todo abuso no campo do Direito das Obrigações.

3.1 PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA SOCIAL

A Constituição Federal no seu artigo 170 prevê que “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** (...)”.

²¹²TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. São Paulo: Editora Método, 2011. P. 56.

Na sociedade em que vivemos, há uma grande dificuldade de se concretizar a justiça. Fatores histórico-sociais, econômicos, defasaram os principais valores que deveriam nortear todas as relações sociais.

A justiça social aplicada ao campo obrigacional deve busca essencialmente compensar no campo jurídico a desigualdade que se nos afigura na realidade. De muito esse é o objetivo do Direito, concretizar a justiça no caso concreto (Equidade, para Aristóteles).

A Constitucionalização do Direito Civil tem entre outros objetivos, criar um *animus* de Justiça Social em meio a sequidão do caráter meramente individual. Para que isso aconteça, faz-se mister se voltar para a fonte de onde emana as desigualdades e os verdadeiros conflitos de interesse, a comunidade.

Em virtude da discrepância material das partes, e de uma natural crise de cooperação, um dos polos tende a subjugar o outro, aflagi-lo.

Sendo assim, o Estado deve voltar-se para esse fato e buscar a concretização de uma igualdade material por meio de uma justiça distributiva. Desta feita, “a lei deve tratar os iguais de maneira igual e desiguais de maneira desigual” (Aristóteles), até se conseguir a verdadeira equiparação.

3.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

Outro princípio mor é o da Solidariedade. A Constituição Federal no seu art. 3º, I, coloca-o como um dos fundamentos da nossa República. Esse princípio tem influenciado bastante no campo do Direito das Obrigações v.g. o dever que o locador tem para com o locatário que investiu em melhorias no imóvel a ser alugado, não devendo aquele, desfazer o contrato (resilição unilateral), até que este (locatário) recuperar o valor empregado.

Sem dúvida, este é um dos princípios que mais trazem dificuldades de concretização. A insanidade do Direito Civil enquanto exigência, ainda não foi de todo anulada.

Contudo, alguns dispositivos legais do CC/02 incorporaram esse princípio orientador, como por exemplo, o Art. 187 (abuso de direito), que assim prescreve:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Segundo a inteligência desse dispositivo, embora você tenha um direito, deve atentar para os meios mais humanos de cobrá-lo v.g. um locatário que durante alguns meses não cobrava multa por atrasos nos alugueis, não poderá de uma só vez, cobrar todas elas. Isso, em virtude do princípio da Boa-fé Objetiva, e principalmente da solidariedade, pois, trazer de maneira descabida uma oneração a mais, poderá afetar todo o orçamento do locador, prejudicando a manutenção digna sua e de sua família.

Esclarecedora é a colocação de Daniel Sarmento²¹³ quando aduz que 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”.

Conclui-se que a solidariedade é um valor que deve permear todas as relações nascentes, não só no campo do Direito das Obrigações, mas em todo o sistema. Expressa previsão constitucional, a solidariedade é um fundamento da República que necessita da união de todos (poderes e povo) para se concretizar. A solidariedade nos imprime o dito popular extraído da concepção kantiana de liberdade segundo um princípio de universalidade (imperativo categórico), isto é: “minha liberdade termina, quando a do outro começa.”

3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Carta Magna prevê em seu artigo 1º, III, a Dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Por conseguinte, esse princípio deve permear todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas.

Mas a final, o que é dignidade? A principal definição de dignidade cabe a Kant²¹⁴, onde, em a Metafísica dos Costumes ele afirma que a dignidade se resume no seguinte dito: “Não faças de ti apenas um meio para os outros, mas seas

²¹³SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338

²¹⁴KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. faculdade de filosofia, letras e ciências humanas da USP, trad. Edson Bini, 1.ED. p. 83, 2003

simultaneamente um fim para eles”. Ou seja, o ser humano não poderá ser um objeto para a consecução dos objetivos de outrem. Da mesma feita, nas relações obrigacionais, ninguém poderá se valer da outra parte, diminuindo-a a objeto, para obter benefícios próprios.

Sábias são as palavras de Gustavo Tepedino, ao falar da abrangência da dignidade da pessoa humana, no contexto atual do Direito Civil, o doutrinador assim aduz:

“À luz do princípio fundamental da dignidade humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil”²¹⁵.

Observa-se, que a dignidade é um vetor axiológico informador de todo o ordenamento jurídico. Esse valor supremo passa a ser orientador de toda a hermenêutica jurídica, não cabendo mais falar-se em subjugação do ser, e elevação do ter.

4. CRISE DE COOPERAÇÃO E O DEVER DE MITIGAR (“DUTY TO MITIGATE”)

Em virtude de sua condição social o homem constantemente vinculou-se a relações interpessoais, que por sua vez originavam as obrigações. Tais relações historicamente seguiram padrões ou normas estabelecidas conforme a cultura, o local e período da história a qual estavam entrelaçadas. Hoje, diante da evolução pela qual vem passando o Direito das Obrigações, faz-se necessário a produção de mecanismos que venham coibir toda irregularidade e abusos - sejam as perpetradas pelo devedor (polo passivo), ou até mesmo pelo credor (polo ativo).

²¹⁵TEPEDINO, Gustavo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p.170

Naturalmente, como nos coloca Emílio Betti, citado por Pablo Stolze²¹⁶, há uma crise de cooperação entre Credor e Devedor, onde o primeiro tende a afligir o segundo.

Entre outros motivos, bem como em virtude dessa crise de cooperação, a relação obrigacional passou por uma mudança paradigmática: de um modelo que prestigiava sobretudo o burguês, aquele que portava os meios de produção, o qual tinha muitos créditos e poucas dívidas; para uma visão mais holística da situação, voltando-se, com prestígio, para o polo passivo da relação (em grande parte das vezes, o que precisava mais de uma atenção defensiva por parte do Estado).

Hoje, ambos os polos têm deveres impostos por padrões escorregados e leais. Se por um lado o devedor tem a obrigação de suprir por meio de uma prestação os anseios do credor; o credor tem por dever atenuar, mitigar, seu próprio crédito, diminuindo na medida do possível, os débitos que o devedor tem por natural nas relações pessoais.

Diante dessa nova roupagem surge a responsabilidade do sujeito ativo de mitigar (“*Duty to mitigate*”) seu próprio direito, evitando assim, um maior ônus para o outro polo da relação obrigacional. Em suma, cabe ao credor o abrandamento das prestações do devedor v.g. imaginemos que “A” tem um carro, e ao atravessar de maneira imprudente o sinal vermelho acaba batendo na moto de “B”. “A” desesperado, ao ver “B” no chão, ferido, vai em busca de ajuda. Todavia, “B” caba se levantando e vê uma leve chama próximo ao tanque de gasolina da sua moto, “B”, emboravendo o extintor no carro de “A”, pensa: “ Ele que arque com todas as consequências, já que agiu de maneira imprudente”. Neste caso, anulando as responsabilidades resultantes das lesões, se a moto de “B” vier a explodir e na perícia comprovar que ele foi negligente ao não apagar o fogo, “A” só responderá pelos prejuízos da batida.

A doutrina norte-americana do “*Duty to mitigate*” vem encontrando respaldo em nosso ordenamento, pois de certa maneira, concretiza os novos anseios de uma sociedade que busca, ainda que a passos curtos, a concretização da justiça.

²¹⁶BETTI, Emílio. Teoria Geral das Obrigações (Ed. Bookseller) citado por STOLZE, Plabo. A Crise de Cooperação na Relação Obrigacional. Fonte:<http://professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/15449/material/Editorial25.pdf>, acesso em: 10/03/2014, às 01:16.

E nada mais justo se tomar como base exemplo supracitado, que “A” não seja onerado mais do que o devido, em virtude da falta de mitigação por parte de “B”, em seu próprio direito.

O dever de mitigar por parte do credor vem concretizar um dos princípios mor do CC/02, o da boa-fé objetiva. Segundo este princípio, o credor deve ser leal para com o devedor, antes e depois de formado o vínculo obrigacional, devendo, na medida de suas forças, diminuir ao máximo os encargos para a parte passiva da relação.

Por fim, vale salientar o que seja dever de cooperação. Sabendo que a palavra comporta mais de um significado, ficaremos com o nobre entendimento de Paulo Roberto Nalin, que assim a define:

(...) se reporta à obrigação de se facilitar o cumprimento obrigacional, com base nos critérios e limites usuais ditados pelos usos, costumes e boa-fé. A cooperação é encarada, no mais, em um duplo sentido, apesar de sua natural tendência de favorecimento ao devedor, exigindo de ambos os contratantes uma postura de solidariedade²¹⁷.

5. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITO HUMANOS E CLÁUSULAS GERAIS.

Como nos informa Flávio Tartuce a “horizontalização dos direitos fundamentais nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem as pessoas nas relações entre particulares”¹¹²¹⁸. Ou seja, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais trata-se do processo de expansão às relações privadas dos direitos da pessoa humana, única, suficiente e necessária destinatária desses.

A Constituição em seu TÍTULO II consagra o catálogo de direitos e garantias fundamentais - no art. 5, parágrafo primeiro, afirma que “ as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

²¹⁷NALIN, Paulo Roberto. Ética e boa-fé no adimplemento contratual, in *repensado os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Coord. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Editora renovar, 1998, p. 198 APUDSTOLZE, Pablo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Contratos. São Paulo: Editora Forense, 2010, p. 109.

²¹⁸TARTUCE, Flávio. Manuel de Direito Civil: Volume Único, Editora Método. São Paulo, 2011, p.55.

Depreende-se deste dispositivo que os direitos e garantias fundamentais não necessitam de normas infraconstitucionais para serem aplicados ao caso concreto. Deve-se, pois, o aplicador do direito mover-se no sentido de concretizá-los sempre que necessário. A esse processo de aplicação imediata dos direitos fundamentais, a doutrina vem chamando de eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais.

Por que horizontal? Porque os direitos fundamentais foram dirigidos diretamente ao povo, e não ao legislador. E imediatos porque não necessitam de leis (processo legislativo) para que obtenham eficiência, ou seja, são normas de eficácia plena.

Já as cláusulas gerais são portas axiológicas que possibilitam além de uma renovação contínua do Código Civil, uma maior concretização dos direitos fundamentais. São espécies de ductos que permitem um processo dialético, o qual começa de cima da pirâmide (Constituição Federal - especialmente os direitos fundamentais) e vai até o Código Civil.

Ou seja, a inserção de cláusulas gerais no CC/02 foi fundamental para o processo de horizontalização dos direitos fundamentais, neste sentido é a explanação de Gilmar Mendes, citado por Tartuce:

“Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (Generalklausel) que serviriam de ‘porta de entrada’ (Einbruchstelle) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado”²¹⁹.

Neste sentido, por exemplo, a porta de entrada plasmada no art. 422 do CC seria uma forma de fazer com que as normas constitucionais entrassem no Codex de 2002. Onde, caberia ao juiz, não como mera boca da lei, mas sim, como um agente de mudança social, a efetivação dos imperativos constitucionais à relação privadas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

²¹⁹TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único, editora método: São Paulo, 2011, p.57

Diante dos novos desafios que se apresentam hodiernamente, a constitucionalização do Direito civil se faz necessária, já que não podemos tratar determinados ramos jurídicos isoladamente, dotando-lhes de autossuficiência, não os submetendo aos valores consagrados na nossa Constituição.

Entendemos que o Direito como produto da cultura de um povo deve se alinhar com as suas necessidades, de modo a satisfazer os seus anseios. A sociedade atual está cada vez mais interligada, interdependente, globalizada; destarte, cabe ao direito adquirir uma nova roupagem de forma a abarcar com o seu véu todas as relações jurídicas decorrentes desse novo tempo.

Diante de toda essa realidade, o Código Civil de 2002 buscou preservar os ditames constitucionais do princípio da Dignidade Humana, diante da profusão de situações decorrentes nas relações jurídicas, cabendo ao operador do direito descortiná-las e garantir sua efetividade para a construção de uma sociedade mais justa e equânime.

Hoje, especialmente no que tange as relações obrigacionais, deve-se voltar para os imperativos constitucionais, tais como: Solidariedade social, justiça social e sobretudo, dignidade da pessoa humana. O judiciário deve de maneira proativa buscar a consecução da completude existencial de todo ser humano, não podendo elevar o direito de um (credor), em detrimento das condições mínimas para uma existência digna do outro (devedor).

Dessarte, vivemos a era do mínimo constitucional. Mínimo que impõe ao credor o dever de mitigar seu próprio direito e atenuar conseqüentemente as prestações do devedor. Mínimo que se desvela em uma efetividade horizontal dos direitos fundamenta, por meio, sobretudo, de portas axiológicas (cláusulas abertas). Mínimo, contudo, suficiente para se reconstruir novas edificações de um Direito tão precípuo, que é o Civil, o qual deverá se quiser continuar, ser utilizado de maneira cautelosa, tendo como base a pedra angular da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

GAGLIANO, P. S, 2011, disponível em:

<http://professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/15449/material/Editorial25.pdf>, acesso em> 02/03/2014, às 12h e 30min.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 4 (/revista/edicoes/1999), n. 33 (/revista/edicoes/1999/7/1), 1 (/revista/edicoes/1999/7/1) jul. (/revista/edicoes/1999/7)1999(/revista/edicoes/1999).Disponívelem:<<http://jus.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 9 set. 2012.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. São Paulo: Editora Método, 2011. P. 56.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338

KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. faculdade de filosofia, letras e ciências humanas da USP, trad. Edson Bini, 1.ED. p. 83, 2003

TEPEDINO, Gustavo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p.170

BETTI, Emílio. Teoria Geral das Obrigações (Ed. Bookseller) citado por STOLZE, Plabo. A Crise de Cooperação na Relação Obrigacional. Fonte:<http://professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/15449/material/Editorial25.pdf>, acesso em: 10/03/2014, às 01:16.

NALIN, Paulo Roberto. Ética e boa-fé no adimplemento contratual, in *repensado os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Coord. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Editora renovar, 1998, p. 198 APUDSTOLZE, Pablo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo.Novo Curso de Direito Civil – Contratos. São Paulo: Editora Forense, 2010, p. 109.

TARTUCE, Flávio.Manuel de Direito Civil: Volume Único, Editora Método. São Paulo, 2011, p.55.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único, editora método: São Paulo, 2011, p.57

AS DEFINIÇÕES E OS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS REAIS

Wendel Alves Sales Macêdo²²⁰
Romero Sá Sarmiento Dantas de Abrantes²²¹
Rossana Tavares de Almeida²²²

Resumo: O trabalho apresenta os conceitos, os fundamentos e os argumentos ligados aos Direitos Reais. Estes consistem no conjunto de regras e de fundamentos em que estão relacionados um sujeito ativo, uma coisa e a sociedade. Os Direitos Reais é objeto de estudo do Direito Civil e do Direito Constitucional. O objetivo do trabalho é informar, explicar, fundamentar e argumentar sobre os assuntos essenciais dos apresentados Direitos. A propriedade é o básico bem jurídico dos Direitos Reais e ela deve ter uma Função Social em que resguarde a vida humana e o meio ambiente. A metodologia é baseada no método dedutivo, informativo, explicativo e qualitativo nos quais foram estudados Doutrinas, a Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil de 2002. A justificativa do Trabalho está interligada ao fato dos aludidos Direitos estarem sendo muito utilizados pelos homens na atualidade, essa utilização deve vir acompanhada ao respeito à Função Social da Propriedade. A problemática do trabalho consiste na junção didática e sistemática dos temas ligados ao respectivo ramo do Direito. A Constituição Federal de 1988 trata da propriedade no artigo 5º, caput. O Código Civil menciona sobre o rol dos Direitos Reais no artigo 1.225. A Função Social da Propriedade está disciplinada no artigo 186 da Constituição Federal de 1988. Dado o exposto, os Direitos Reais regula a relação jurídica do homem com a coisa em que deve haver os entendimentos relativos às definições, aos fundamentos e aos argumentos dos mencionados Direitos para que a harmonia social e o bem comum prevaleçam.

Palavras-chave: Código Civil; Constituição Federal; Direitos Reais; Função Social da Propriedade; Propriedade.

²²⁰ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG.
E-mail: wendel_direito@hotmail.com

²²¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.
E-mail: romeroabrantest@gmail.com

²²² Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB.
Email: rossana_tava@hotmail.com

Abstract: The paper presents the concepts, pleas and arguments related to the Property Law. Those consist of the set of rules and fundamentals that are related to an active subject, one thing and the society. The Property Law is the object of study of civil law and constitutional law. The aim is to inform, explain, justify and argue about the key issues of the rights presented here. The property is the legal right of the Basic Property Law and she should have a social function to safeguard human life and the environment. The methodology is based on deductive, informative, explanatory and qualitative method in which doctrines were studied, the Constitution of the Federative Republic of Brazil from 1988 and the Civil Code from 2002. The justification for studying the rights alluded is that they have been so much used by man today and such use must be accompanied by respect to the Social Function of Property. The problematic of this work constitutes a systematic didactic junction and issues related to their respective branch of law. The Federal Constitution of 1988 deals with the property in Article 5, caput. The Civil Code mentions about the role of Real Rights in Article 1.225. The Social Function of Property are governed by Article 186 of the Constitution of 1988. Given the above, the Property Law regulates the legal relationship between man and the thing that must be understood with respect to definitions, the pleas and arguments of the aforementioned rights to social harmony and the common good prevail.

Keywords: Civil Code; Federal Constitution, Property Law, Social Function of Property, Property.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho apresenta os principais conceitos, fundamentos e argumentos relacionados aos Direitos Reais. Estes consistem no conjunto de regras e de fundamentos em que estão relacionados um sujeito ativo, uma coisa e a coletividade, sendo estudado no Direito Civil e também no Direito Constitucional.

Os Direitos Reais estão elencados no artigo 1.225, do Código Civil, de 2002. Porém a doutrina que defendem a ideia de um rol exemplificado embasando no princípio da autonomia da vontade e há outros doutrinadores que entendem que o rol é taxativo com vista no princípio da taxatividade.

O objetivo do trabalho consiste em expor informações, explicações, fundamentos, argumentos e elementos que estão ligados aos Direitos Reais. A propriedade é o principal bem jurídico dos Direitos reais e ela deve ter uma Função Social na qual preserve a vida humana e o meio ambiente.

A metodologia é embasada nos métodos dedutivos, informativos, explicativos e qualitativo em que foram analisados doutrinas, a Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil de 2002.

A justificativa do Trabalho é devido ao fato de os Direitos Reais estarem diretamente relacionado com a sociedade atual, onde a busca pela propriedade deve ser acompanhada por uma conscientização de que as regras, os princípios e a própria Função Social devem ser respeitados. A problemática do trabalho consiste na junção didática e sistemática dos temas ligados aos Direitos Reais.

2 DIREITOS REAIS

2.1 Vocábulo

Inicialmente, é interessante para o entendimento do assunto conhecer o respectivo vocábulo, “reais”.

Venosa (2007, p. 19) menciona que:

O vocábulo reais decorre de res, rei, que significa coisa. Desse modo, nada obsta que se denomine indiferentemente este compartimento do Direito Civil sob uma ou outra denominação. No entanto, como vimos, coisa possui conotação mais propriamente subjetiva. Os direitos reais cuidam de um ramo objetivo da ciência jurídica. Sob tal prisma, nada impede que se utilize das duas expressões, consagrada pela doutrina nacional e estrangeira.

A palavra “reais” significa etimologicamente “coisa”. Nessa forma, os Direitos Reais consiste em um direito objetivo que tem uma relação com uma coisa. Esta pode ser material ou imaterial.

Para o referido autor os termos “Direito das Coisas” e “Direitos Reais” podem ser usados como sinônimos, porém há outros autores que não aceitam tal

lógica jurídica. Para estes os Direitos das Coisas é um gênero em que os Direitos Reais são uma espécie.

2.2 Conceito

Diniz (2007, p. 3) embasada em Clóvis Beviláqua descreve que: “direito das coisas vem a ser um conjunto de normas que regem as relações jurídicas concernentes aos bens materiais ou imateriais suscetíveis de apropriação pelo homem”.

Os Direitos Reais é o conjunto de normas e princípios que regula uma relação jurídica entre a pessoa e um bem (material ou imaterial).

Para Tartuce (2013, p. 806) os Direitos Reais são:

[...] conjunto de categorias jurídicas relacionadas à propriedade, descritas inicialmente no art. 1.225, do CC. Os Direitos Reais formam o conteúdo principal do Direito das Coisas, mas não exclusivamente, eis que existem institutos que compõem a matéria e que não são Direitos Reais.

Em outras palavras, os Direitos Reais são os direitos, as garantias e os deveres relacionados a propriedade. Já os Direitos das Coisas é o gênero, em que aquele (Direitos Reais) é a espécie.

Observa-se, a priori, que o artigo que trata sobre os Direitos Reais é o artigo 1.225, do Código Civil, de 2002.

2.3 Partes

As partes nos Direitos Reais são: um sujeito ativo, proprietário, e um sujeito passivo, não proprietário, mais precisamente a coletividade. Esta é mencionada, porque os Direitos reais é *erga omnes*, sendo para todos, contra todos, com todos.

2.4 Objetivo

O objetivo dos Direitos Reais consiste em estabelecer regras de conduta para que a propriedade, por exemplo, seja protegida. É interessante ressaltar que a pessoa só adquire a propriedade com o efetivo registro.

2.5 Objeto

Em relação ao objeto dos Direito Reais, Diniz (2007, p. 23) fundamentada em Serpa Lopes, descreve que:

Para que os bens possam ser considerados como objeto do direito precisam ter os seguintes pressupostos:

- a) Devem ser representados por um objeto capaz de satisfazer um interesse econômico;
- b) Deve ser suscetíveis de gestão econômica autônoma; e
- c) Deve ter capacidade para ser objeto de uma subordinação jurídica.

Em aspectos gerais, uma coisa (bem) é objeto do Direito se ele tiver um titular, se puder ser suscetível, se for possível uma subordinação jurídica, ou seja, as coisas precisam desses requisitos/pressupostos para ser objeto de direito.

2.6 Natureza

A natureza jurídica dos Direitos Reais consiste em uma relação de natureza privada em que uma pessoa detém direitos, deveres e garantias sobre uma coisa. Dessa forma, a natureza jurídica está ligada com a relação de uma pessoa com uma coisa.

2.7 Características

Em aspectos sucintos, Diniz (2007, p. 20) expõe que:

Sinteticamente os caracteres jurídicos do direito real são:

- a) oponibilidade erga omnes;
- b) seu titular possui direito de seqüela e de preferência;
- c) adere imediatamente ao bem corpóreo ou incorpóreo, sujeitando-o de modo direto, ao titular;
- d) obedece ao numerus clausus, pois é estabelecido pelo Código Civil e leis posteriores, não podendo ser criado por livre pactuação;
- e) é passível de abandono;
- f) é suscetível de posse;
- g) a usucapião é um de seus meio aquisitivos.

Os Direitos Reais detém como características: ser para todos; o titular dos Direitos Reais pode reaver o bem ou detém certa a preferência; adquire o bem imóvel com o registro no Cartório de bem imóvel e o bem móvel com a tradição; obedece a regras gerais e específicas; pode ser abandonado; é suscetível de posse; pode ser objeto da usucapião, entre outras características.

2.8 A Relação das Pessoas com as Coisas

Os Direitos das Coisas detém uma boa dedicação a propriedade, esta tem e teve previsão legal no atual Código Civil como também no Código Civil de 1916.

Venosa (2007, p. 2):

Na parte especial, o Código, tanto o antigo como o atual, trata do que denomina Direito das Coisas, dedicando-se exclusivamente à propriedade, direito real mais amplo, e respectivos direitos derivados, todos eles de extensão menos ampla do que a propriedade.

Atualmente, vivi-se no sistema político-econômico denominado de Capitalismo. Este detém por principal finalidade o lucro. A propriedade é um dos mais importantes exemplos de riqueza, ou seja, quem tem muitas propriedades é considerado “rico” pela sociedade.

2.9 Relação dos Direitos Reais com os Direitos Pessoais

Os Direitos Reais envolve uma pessoa e uma coisa. Já os Direitos Pessoais se relaciona com um sujeito ativo, credor, e um sujeito passivo, devedor, ligados por uma prestação que está interligada a um vínculo jurídico obrigacional.

Gonçalves (2012, p. 26) descreve que:

As expressões *jus in re* e *jus ad rem* são empregadas, desde o direito canônico, para distinguir os direitos reais dos pessoais. O vocábulo reais deriva de res, rei, que significa coisa. Segundo a concepção clássica, o direito real consiste no poder jurídico, direto e imediato, do titular sobre a coisa, com exclusividade e contra todos. No polo passivo incluem-se os membros da coletividade, pois todos devem abster-se de qualquer atitude que possa turbar o direito do titular. No instante em que alguém

viola esse dever, o sujeito passivo, que era indeterminado, torna-se determinado.

A distinção dos Direitos reais com os Direitos Pessoais teve início com o Direito Canônico. Os Direitos Reais é um poder jurídico que o titular da coisa detém no qual é exclusivo, direto, imediato e contra todos.

O polo passivo dos Direitos Reais é indeterminado em que pode ser qualquer pessoa da sociedade. A coletividade deve respeitar os Direitos Reais que uma pessoa tem, caso isso não aconteça o ordenamento jurídico oferece instrumentos para o sujeito ativo buscar os seus Direitos Reais que foram violados em face do sujeito passivo determinado.

Em síntese, o objeto dos Direitos Reais é a relação do sujeito ativo com a coisa. Já o objeto dos Direitos Pessoais é a relação entre as pessoas, entre o sujeito ativo, credor, com o sujeito passivo, devedor.

2.10 Classificação dos Direitos Reais

Em relação a classificação dos Direitos Reais a doutrinadora Diniz (2007, p. 20) alude que:

A classificação dos direitos reais deve ser elaborada segundo o critério da extensão de seus poderes. De forma que a propriedade seria o núcleo do sistema dos direitos reais devido estar caracterizada pelo direito de posse, uso, gozo e disposição. A posse aparece como exteriorização do domínio. Os demais direitos reais formam categorias distintas conforme atinjam o *jus disponendi*, *ustendi* ou *oufruenti*.

Em linhas gerais, os Direitos reais são classificados em direito externo que é a propriedade, direito interno que é a posse e em outros direitos que estão relacionados com o *jus disponendi*.

2.11 Previsão Constitucional dos Direito Reais

Os Direitos Reais estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, por exemplo, o Direito a Propriedade é um Direito Fundamental previsto no *caput*, do artigo 5º.

Observa-se que a propriedade só é legítima no ordenamento jurídico brasileiro se cumprir a sua função na sociedade.

2.12 Previsão Legal dos Direitos Reais

Os Direitos Reais estão previstos no Código Civil, de 2002, a partir do artigo 1.225 no qual descreve que:

Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade;

II - a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese.

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;

XII - a concessão de direito real de uso.

Os Direitos Reais são: a propriedade; a superfície; as servidões; o usufruto; o uso; a habitação; o direito do promitente comprador do imóvel; o penhor; a hipoteca; a anticrese; a concessão de uso especial para fins de moradia; a concessão de direito real de uso.

O artigo 1.225 descreve um rol de Direitos Reais, porém esse rol é exemplificativo ou é taxativo?

Para Gonçalves (2012, p. 32):

Os direitos reais são criados pelo direito positivo por meio da técnica denominada *numerus clausu*. A lei os enumera de forma taxativa, não ensejando, assim, aplicação analógica da lei. O número dos direitos reais é, pois, limitado, taxativo, sendo assim considerados somente os elencados na lei (*numerus cclausus*).

Para Gonçalves os Direitos Reais são os previstos no artigo 1.225 do Código Civil, de 2002. Ele está embasado no princípio da taxatividade *ou numerus clausus*.

Já segundo Tartuce embasando em Gondinho (2013, p. 811) descreve que:

Pois bem, sabe-se que autonomia privada, conceituada como o direito que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses, é tida como um dos principais regramentos do Direito Civil Contemporâneo. A influência da autonomia privada para o Direito das Coisas, do mesmo modo, pode trazer a conclusão de que o rol constante do art. 1.225 do CC não é taxativo, mas exemplificativo, eis que a vontade humana pode criar novos direitos reais. Isso está de acordo com o próprio espírito da atual condição privada, que adota um sistema aberto, baseado em cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, o que fundamenta o princípio da operabilidade, na busca de um Direito Civil mais concreto e efetivo.

Conforme Tartuce com fundamento no princípio da autonomia da vontade e da operabilidade estabelece que o rol do artigo 1.225, do Código Civil, de 2002, é exemplificativo em que pode haver outros Direitos Reais.

Observa-se que a coisa móvel é adquirida com a tradição. Já a coisa imóvel é adquirida por meio do Registro no Cartório de Registro de Imóvel.

2.13 Princípios dos Direitos Reais

É importante destacar que os princípios são a chave para todo o estudo, tudo o que é realizado e estudado no Direito atualmente adveio de uma base jurídica construída e formada anteriormente para ser aplicada ao caso concreto. No Direito, para que haja existência e aplicabilidade da norma jurídica é necessário que se tenha um fundamento lógico que advenha de princípios.

Dado o devido valor aos princípios é interessante mencionar cada um e retirar características fundamentais que norteiam os Direitos Reais.

Quanto ao Princípio da Aderência conforme ocorre a relação jurídica, é possível fazer uma distinção entre os Direitos Reais e Pessoais. É notório que na relação jurídica dos Direitos Reais o vínculo criado é entre o sujeito e a coisa, não dependendo de sujeito passivo para a sua existência, diferentemente dos Direitos

Pessoais, onde existem a possibilidade e o direito do sujeito ativo de cobrar do sujeito passivo a prestação que foi antecipadamente convencionada. O princípio traz essa compreensão para quem faz a leitura detalhada, estando relacionado até com a própria nomenclatura. Aderência, a coisa está ligada ao seu legítimo possuidor.

Para tratar do Princípio do Absolutismo é importante fazer menção ao artigo 1.228, do Código Civil, de 2002: "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". O detentor da coisa tem para si todas as suas características tendo o direito de protegê-la juridicamente de terceiros que injustamente a possua ou detenha.

Explicar o Princípio da Exclusividade fica interessante quando se leva para um caso prático. Em um condomínio, cada consorte tem direito a porções distintas e exclusivas. Esse é um exemplo clássico, onde pode-se tirar como conclusão de que o condomínio é o bem maior, mas cada fração, dá a cada possuidor um direito específico e exclusivo.

O Princípio do Desmembramento é possível percebê-lo nas relações de usufruto no qual é o direito de usar uma coisa pertencente a outrem e de perceber-lhe os frutos. O desmembramento no usufruto é com relação aos poderes inerentes ao domínio, o nu-proprietário fica com o direito substancial da coisa e de dispor dela. Para o usufrutuário é passado os direitos de uso e gozo, dos quais se torna temporariamente titular.

Com relação ao Princípio da Perpetuidade a propriedade é como assim diz a nomenclatura, um direito perpétuo, perdendo-a apenas pelas formas legais, das quais citarei algumas: a renúncia, a usucapião, a desapropriação, o abandono.

O Princípio da Tipificação mostra que os Direitos Reais são apenas os citados no artigo 1.225 do Código Civil de 2002, o legislador foi bem claro e utilizou da tipicidade para exemplificar os Direitos considerados Reais.

Relacionado ao Princípio da Tipificação, cita-se o Princípio da Taxatividade que traz a noção de que nos Direitos Reais não há acréscimos, sendo limitado quanto ao seu conteúdo e matéria.

O Princípio da Publicidade é tratado com mais clareza na forma de tradição de um bem imóvel, onde os Direitos Reais só serão adquiridos mediante transcrição no Registro de Imóveis, fazendo com que essa tradição seja pública, de conhecimento de toda a sociedade. Essa publicidade é importante e necessária, pois mostra quem são os legítimos titulares do bem.

2.14 Direito a Propriedade

Conforme o artigo 1.228, do Código Civil, de 2002: “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”.

Em linhas simples, o proprietário tem direito público subjetivo de usar (utilizar), gozar (usufruir), dispor (desfazer) e reaver (direito de seqüela).

Em regra, a aquisição da propriedade para o bem imóvel se dá com o registro público no Cartório de Registro de Imóveis. Já a aquisição da propriedade para o bem móvel se dá com a tradição, com a entrega da coisa.

Conforme o artigo 1.275, do Código Civil, de 2002, perde-se a propriedade da seguinte forma: na alienação, na renúncia, no abandono, no perecimento da coisa e na desapropriação.

2.15 Função Social da Propriedade

Para tratar sobre esse importante tópico, é necessário citar os artigos 186 e 182, § 2º, da Constituição Federal de 1988 que fazem destaque para a “Função Social da Propriedade tanto Rural como Urbana”:

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.

Art. 182 [...]

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

É notório que para que uma propriedade, seja ela Rural ou Urbana, assuma sua Função Social, deve-se dar prioridade para a coletividade, os benefícios que aquela propriedade irá trazer para toda a sociedade. No artigo que destaca a Função Social da Propriedade Rural é perceptível que a proteção ao meio ambiente, a proteção e o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores são observações importante que o proprietário deve ter com sua propriedade, na busca de que sempre o bem comum se sobressaia ao individualismo.

É bastante comum observar, atualmente, o quanto as empresas deixam a Função Social que é considerada basilar para a propriedade de lado e acabam por desconsiderarem fatores importantes, como a saúde da sociedade e a proteção ao meio ambiente principalmente. A humanidade atravessa uma fase onde a produção e o enriquecimento individual vale mais do que qualquer tipo de benefício coletivo e é aí onde a Função Social da Propriedade é desrespeitada.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo dos Direitos Reais é importante, visto que atualmente a sociedade busca cada vez mais a aquisição de bens imóveis e não sabem que esta para ser válida é necessário que o proprietário dirija-se ao Cartório de Registros de Imóveis, além do mais foi apresentado os fatores jurídicos da relação dos Direitos Reais e até mesmo comparando com os Direitos Pessoais.

A parte principiológica, que muitas vezes é esquecida, foi bem tratada, atualmente os princípios têm adquiridos uma grande força no ordenamento jurídico, criando até mesmo uma base muito forte para as fundamentações. Através de um estudo detalhado dos princípios dos Direitos Reais, é bem mais fácil e compreensível o entendimento do assunto.

É notório que a Constituição Federal de 1988 trata do assunto, citando a propriedade em seu tão famoso artigo 5º. Além disso, trata das Funções Sociais Urbanas e Rurais da Propriedade, tema super importante, pois como foi dito

anteriormente, a Função Social está cada vez mais ficando de lado, o Capitalismo vem crescendo cada vez mais e o lucro e a produção vem ganhando mais força que as preocupações com o meio ambiente e a saúde humana, por exemplo.

Então, a partir do momento em que todas as relações jurídicas dos Direitos Reais, assim como os Direitos a Propriedade e a sua Função Social forem respeitados, haverá sim um país onde a coletividade irá ser respeitada e a individualidade ficará para trás.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de março de 2014.
- _____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 de março de 2014
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 4º- volume: direito das coisas. 22. ed. rev. e atual. De acordo com a Reforma do CPC – São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 14. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 3. Ed. ver., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito reais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. (Coleção direito civil; v.5)

PRINCIPIOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL: A DISCRICIONARIEDADE COMO SOMBRA DO RETROCESSO HERMENÊUTICO CONCEITUAL

Igor Diniz da Mota Silveira*

Resumo: Este artigo tem como objetivo demonstrar a confusão conceitual que se instalou no Brasil em torno dos princípios jurídicos, e que ganha contornos dramáticos no âmbito do Direito Civil, fomentando a discricionariedade judicial. A correta interpretação hermenêutica do Código Civil à luz da Constituição é inviabilizada pela herança positivista ainda não superada pelo neoconstitucionalismo. A aplicação dos princípios no âmbito da decisão judicial é problemática, pois tanto a doutrina quanto a jurisprudência insistem em tratá-los como valores: ora como princípios gerais do direito, ora como cláusulas gerais.

Palavras-chave: Direito Civil-Constitucional; Neoconstitucionalismo; Constitucionalização; Princípios; Discricionariedade.

Abstract: This article aims to demonstrate the conceptual confusion that has settled in Brazil around legal principles, which gains dramatic contours under the Civil Law, fostering judicial discretion. The correct hermeneutic interpretation of the Civil Code under the light of the Constitution is frustrated by the positivist legacy, still not overcome by neoconstitutionalism. The context of judicial decision is problematic because both doctrine and jurisprudence insist on treating them as values: sometimes as general principles of law, sometimes as general clauses.

Keywords: Civil-Constitutional Law; Neoconstitutionalism; Constitutionalization; Principles; Discretion.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Entender a função dos princípios no ordenamento jurídico é essencial para a manutenção de sua autonomia e para uma interpretação que vise coerência e integridade. Portanto, estabelecer um conceito que permita trazer ao mundo jurídico

*Graduando de Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Email: igordiniz94@yahoo.com.br.

a realidade fática vivida pela comunidade política é fundamental, afastando a possibilidade de juízos solipsistas no âmbito da decisão judicial.

A primeira parte do artigo dedica-se a uma análise do fenômeno neoconstitucionalista que se instalou no Brasil, perquirindo se, de fato, o positivismo jurídico foi superado pelo novo modelo que o caracteriza, o pós-positivismo.

A segunda, por sua vez, questiona a possibilidade da efetiva constitucionalização do Direito Civil tendo em vista a função que os princípios exercem nessa seara, tendo por referência o art. 4º da LINDB.

Adiante, se estabelece um conceito de princípios que o distingue, definitivamente, dos “princípios epistemológicos” e dos “princípios gerais do direito”, viabilizando uma interpretação hermenêutica que se coadune com a Constituição Federal.

O último ponto trata de um novo fenômeno que vem crescendo de forma assustadora no cenário brasileiro, e, inclusive, no âmbito civil, em virtude do senso comum teórico em classificar os princípios como meros valores, possibilitando a criação de qualquer coisa sob sua bandeira: o panprincipiologismo.

2. O paradoxo neoconstitucionalista

A despeito da dificuldade doutrinária em caracterizar o fenômeno neoconstitucionalista, deve-se encará-lo sob a ótica de um novo paradigma, capaz de superar o positivismo jurídico e o modelo de Estado liberal-individualista-formal-burguês, em direção a um constitucionalismo dirigente, que possibilita a penetração do mundo prático na Constituição²²³. O que se questiona é: seria o neoconstitucionalismo, da forma como se apresenta em *terrae brasiliis*, capaz de proporcionar tal revolução? Barroso²²⁴, ao tratar como marco filosófico do novo constitucionalismo o pós-positivismo, afirma que esse modelo introduzido supera o

²²³STRECK, Lênio. Contra o Neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 4, n. 1, p.9-27, jan./jun. 2011. Semestral. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/revista_final4.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2014.

²²⁴BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, p.5. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2014.

positivismo jurídico, que, segundo ele, foi o modelo dominante entre os séculos XIX a XX, e buscava, além da objetividade científica, a cisão entre Direito e Moral e uma interpretação exegética.

Ao caracterizar o positivismo jurídico, Barroso peca por uma imprecisão histórica, pois, inicialmente, só o encara sob a ótica de um positivismo exegético, que buscava uma interpretação analítica, na qual “a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a ‘obra sagrada’ (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito.”²²⁵ Esquece-se, portanto, que esse modelo já havia sido superado pelo positivismo normativista do século XX, notadamente pela figura de Hans Kelsen. Seu objetivo não era a destruição da tradição positivista construída pela jurisprudência dos conceitos, já que reforçava o método analítico proposto pelos conceitualistas a fim de responder ao desfalecimento do rigor jurídico propagado pela Jurisprudência dos Interesses e pela Escola de Direito livre, que favoreciam o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação. Assim, Kelsen constatou que o problema da interpretação do direito é semântico, não sintático.²²⁶

O filósofo austríaco, todavia, apesar de superar o positivismo exegético, nos deixou a herança da discricionariedade dos juízes, no tocante à interpretação concreta do direito, por afirmar que as normas jurídicas são aplicadas no âmbito de sua “moldura semântica”, que, surgindo como ato de vontade do intérprete, possibilitam um espaço de mobilidade.

Posteriormente, ao caracterizar as mudanças incorporadas através do pós-positivismo, Barroso afirma: “A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais”²²⁷. O que se observa no Brasil, entretanto, é que ainda não houve a superação da discricionariedade judicial, fruto da incorporação de posturas como a “moldura semântica” das normas de

²²⁵STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 120.

²²⁶Ibid., p. 120-121.

²²⁷BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), p.56. Disponível em: <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2014.

Kelsen, ou da “textura aberta” das normas de Hart. Assim, o positivismo que, frise-se, ainda não foi superado, é o normativista, caracterizado em suas diversas vertentes por posturas solipsistas e teses voluntaristas-axiológicas.

Nesse ponto é que reside a crítica de Streck à forma que o neoconstitucionalismo vem sendo descrito e utilizado no contexto brasileiro, rompendo a Constituição por não se desprender do paradigma da filosofia da consciência:

Observa-se que, escandalosamente, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombra do por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, tais quais: neoprocessualismo (sic) e neopositivismo (sic).²²⁸

Portanto, não se pode falar em um “novo constitucionalismo” cuja principal característica é o pós positivismo sem enfrentar o solipsismo da razão prática relegada pelo positivismo, que se preocupava em questões epistemológicas. Da mesma forma, se o neoconstitucionalismo defendido por autores de renome, como pontifica Ávila²²⁹, traz a mudança de foco com relação ao fundamento normativo, da regra ao princípio, não se pode mais tratar estes como princípios gerais do direito, tendo por fim o preenchimento de lacunas, nem como cláusulas abertas.

3. Constitucionalização do Direito Civil e art. 4º da LINDB: uma incompatibilidade hermenêutica

Barroso entende por constitucionalização do Direito a expansão dos efeitos das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia por todo o ordenamento jurídico, com força normativa, distinguindo-o do processo de

²²⁸STRECK, Lênio. Contra o Neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n.4, p.12, jan./jun. 2011. Semestral. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/revista_final4.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2014.

²²⁹ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, p.3, jan./fev./mar. 2009. Trimestral. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

ascensão de normas de direito infraconstitucional na Constituição, embora reconhecendo uma relação natural entre os temas²³⁰.

Na mesma linha de pensamento, Tepedino²³¹ cita como exemplos de temas tratados de forma analítica na Constituição Federal a propriedade, família, sucessões, empresa, relações e política de consumo, fixando, assim, normas jurídicas hierarquicamente superiores, impondo uma releitura de todos esses setores do Direito Civil.

No que concerne à relação entre direito constitucional e direito civil, Barroso²³² identifica três fases distintas: enquanto mundos apartados; o processo de publicização do direito privado; por fim, a constitucionalização do direito civil. Na primeira destas fases, a Constituição não detinha força normativa, era meramente uma Carta Política, enquanto o Código Civil era um documento jurídico que regia as relações entre os particulares. A publicização do direito privado tinha como característica principal o dirigismo contratual, ou seja, a interferência do Estado nas relações particulares através de normas de ordem pública, protegendo, assim, o lado mais fraco da relação. No mesmo sentido, Lobo²³³: “A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos”. A última fase, a constitucionalização do direito civil, é marcada pela filtragem constitucional que se deve proceder para uma leitura hermenêutica do Código Civil.

A constitucionalização do direito civil, portanto, exige uma postura do intérprete voltada para a promoção dos valores constitucionais a fim de promover a correta interpretação do direito privado. O intérprete não deve se deixar levar pela eventual sedução de nele encontrar um microclima de conceitos e liberdades

²³⁰BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, p.16. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2014.

²³¹TEPEDINO, Gustavo. *As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual*, p.4. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 06jan. 2014.

²³²BARROSO, op. cit., p.31-32.

²³³LOBO, Paulo. *Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, p.100, jan./fev./mar. 1999. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/453>>. Acesso em: 08 jan. 2014.

patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional. Portanto, o Novo Código Civil de 2002 deve ser interpretado à luz da Carta Maior, seja em obediência a escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento jurídico.²³⁴

À luz desse princípio têm-se uma profunda transformação na dogmática da responsabilidade civil, pois ele informa, diretamente, no tocante à técnica das relações jurídicas existenciais, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão.²³⁵ Dentre os princípios que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, Barroso²³⁶ também destaca o respeito à dignidade humana, que promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil.

Todavia, não obstante seja fundamento da República Federativa do Brasil, tal princípio, muitas vezes, acaba tornando-se elemento simplificador da interpretação constitucional²³⁷, inclusive no âmbito do direito civil, tendendo a um moralismo incompatível com o funcionamento do direito em uma sociedade complexa.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas é o segundo aspecto a ser destacado por Barroso²³⁸, e implica uma divergência na doutrina em duas correntes principais: a primeira é a da eficácia indireta e mediata, sendo necessária a atuação do legislador infraconstitucional; a segunda, a qual ele adere, é da eficácia direta e imediata, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da autonomia da vontade e livre iniciativa, de um lado, e o direito fundamental, do outro.

²³⁴TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, v. 4, p.174, 2003. Anual. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

²³⁵TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, v. 4, p.170, 2003. Anual. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

²³⁶BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, p.32-33. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2014.

²³⁷NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p.193.

²³⁸BARROSO, op.cit., p.34.

Esse critério da ponderação está umbilicalmente ligado ao “novo constitucionalismo”, pois, dada a superação do “modelo de regras”, e a incorporação brasileira da doutrina de Alexy, atribuiu-se aos princípios a qualidade de possibilitar a abertura hermenêutica, funcionando como mandados de otimização, sendo possível uma hierarquização axiológica, ponderando-os caso entre em conflito. Aqui, mais uma vez, vemos o paradoxo do neoconstitucionalismo, que busca a superação do modelo positivista discricionário através de um método da argumentação jurídica que acaba delegando aos juízes o “poder” de escolher, de forma subjetiva, o princípio aplicável ao caso. O próprio Alexy²³⁹ reconhece que a teoria da argumentação não é capaz de desprender-se do velho problema do decisionismo:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário.

Neves²⁴⁰, embora acredite que há situações em que a necessidade de ponderação de princípios seja inafastável, critica o que ele chama de ‘compulsão ponderadora’ ou “ponderação ad hoc” presente no lugar comum da paisagem constitucional brasileira, que, do ponto de vista da jurisdição constitucional, tem efeitos devastadores para a relação de autonomia e condicionamento recíproco entre política e direito no Estado constitucional.

A reminiscência positivista da discricionariedade judicial impede a efetiva constitucionalização do direito civil. Nessa linha de pensamento, Streck²⁴¹:

Com efeito, ao se manter, nesta quadra da história, uma ‘lei de introdução ao direito’ pautada na interpretação do Código Civil e nos parâmetros para uma aplicação ‘geral’ do direito, está-se contribuindo para uma resistência de um

²³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.611.

²⁴⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p.172-220.

²⁴¹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 141.

modelo (positivista) em relação ao novo constitucionalismo, que ingressa na história justamente para superar o antigo modelo. Desse modo, jamais se terá a constitucionalização do direito civil; no máximo ter-se-a uma ‘codificação’ da Constituição. É por isso que uma (nova) LICC apenas confirma a resistência positivista aqui denunciada.

A crítica incide sobre o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil (nome alterado pela Lei 12.376), que expressa: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Esse dispositivo, produzido na década de 1940, reproduz o dogma positivista, ao possibilitar a saída dos juízes do Código para solucionar os casos que não tinham correspondência com o mesmo, e é incompatível com a leitura hermenêutica do nosso ordenamento jurídico. Os princípios constitucionais deveriam ser justamente um limite a essa discricionariedade, possibilitando um fechamento hermenêutico.

Problema ainda maior quanto à interpretação desse dispositivo reside na prática dos operadores civilistas ao equiparar os princípios constitucionais fundamentais aos princípios gerais do direito. Ao adotar essa postura, a Constituição teria mera incidência residual nas relações privadas, pois os princípios constitucionais seriam levados em consideração na estrita hipótese de inexistir lei infraconstitucional prevista especificamente para o caso concreto, ausente a possibilidade de analogia e sendo impossível recorrer aos costumes. É essencial no nosso Estado Democrático Social de Direito que os princípios dispostos na Constituição sobreponham-se, na atividade hermenêutica do intérprete, a todo e qualquer dispositivo infraconstitucional, sendo, portanto, normas jurídicas com precedência sobre o Código Civil, legislação especial, analogia e costumes, não se confundindo, sob nenhuma hipótese, com princípios gerais do direito.²⁴²

4. Eticidade, socialidade e operabilidade: como os princípios não podem ser meros postulados

²⁴²TEPEDINO, Gustavo. As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual, p.4. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 06jan. 2014.

“Princípios” epistemológicos são aqueles elementos que estruturam o estudo científico de um ramo específico do direito, cuja função seria a de possibilitar o conhecimento dessa disciplina de forma unitária e coerente. É o chamado “modo matemático” de estruturação do Direito, representando aquilo que já se conhece de antemão, baseado em um sujeito epistemológico desligado da concretude do momento constitutivo do direito, ou seja, do âmbito da decisão judicial.²⁴³ Nesse conceito podem ser enquadrados os chamados “princípios” norteadores do Novo Código Civil de 2002, constantemente citados pelos civilistas: eticidade, socialidade e operabilidade.

Entretanto, princípios não são apenas objetos à disposição do conhecimento jurídico à espera de serem descobertos. Deve-se, portanto, reconhecer como princípios jurídicos aqueles cujo conteúdo seja problemático-pragmático, que dão primazia ao momento concreto de aplicação do direito, retirando o véu de sentido que encobre as regras ao introduzir a faticidade ao mundo jurídico.²⁴⁴ Portanto, a elevação de valores como eticidade, socialidade e operabilidade à categoria de princípios jurídicos fornecem ainda mais elementos para que o juiz decida de forma meramente subjetiva, visto que eles estão desligados da realidade vivida pela comunidade política. Prova disso é que eles são extraídos pelos doutrinadores das próprias cláusulas gerais do Código Civil, tais como a boa-fé ou a natureza social da posse, uma espécie de abstração da abstração. A consequência dessa confusão conceitual é um caos hermenêutico, que pode ser observado pela descrição do “princípio da eticidade” por Brito²⁴⁵:

O princípio da eticidade, sem embargo, autoriza que o legislador busque, na relação jurídica concreta, a aplicação do princípio da concretude, ou seja, pode o magistrato, em dada discussão contratual, perquirir sobre o que é justo e procurar o equilíbrio da contratação, que esteja, eventualmente, arrebataada por um desequilíbrio, beneficiando

²⁴³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Conceito de Princípio entre a Otimização e a Resposta Correta**: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 2007. p.35-39. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/conceito_de_principio.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2014.

²⁴⁴ Ibid., p.39-45.

²⁴⁵ BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos concretos: civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.7.

uma das partes e prejudicando a outra. Na mesma linha de raciocínio, o princípio da socialidade determina o limite máximo dessa busca. O legislador permite que o juiz, mediante as cláusulas abertas que existem a sua disposição, atue concretamente para obter a melhor solução para o caso, levando em consideração a função social do instituto em discussão.

Aqui, a eticidade é interpretada como um princípio que simplesmente conduz o intérprete à aplicação de outro princípio na relação jurídica concreta, consubstanciando uma eminente tautologia. Adiante, ao tecer comentários a respeito das cláusulas gerais à disposição do juiz, não as distingue dos princípios, o que acaba, de certa forma, equiparando-os, como se o conceito de princípio fosse determinado pelo grau de abstração.

Miguel Reale, supervisor da comissão elaboradora do Novo Código Civil, e filósofo conhecido por adotar modelos axiológicos contrários ao chamado “formalismo”, indo mais além, afirma que a eticidade é uma ferramenta para que o juiz preencha as lacunas deixadas pela lei.²⁴⁶ Aqui, ele eleva a eticidade à condição de princípio jurídico, mas justifica sua aplicabilidade no plano da decisão como sendo um princípio geral do direito, ou seja, um axioma de justiça necessário a partir do qual se realizam deduções a fim de preservar a completude lógica do sistema construída racionalmente.²⁴⁷ Assim como ocorre com os “princípios epistemológicos”, os “princípios gerais do direito” também levam a um afastamento do mundo prático, visto que só podem ser “descobertos” dentro do contexto do Código porque o intérprete já os conhece por antecipação, a partir da sistematicidade do direito.

Ora, mais uma vez, a constitucionalização do direito civil implica que as normas constitucionais sejam o fio condutor da interpretação hermenêutica de todo o ordenamento jurídico. Entretanto, como compatibilizar essa filtragem

²⁴⁶REALE, Miguel et al. Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro. In: ENCONTRO SOBRE O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, 20., 2000, Brasília. **Anais eletrônicos...** Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

²⁴⁷OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Conceito de Princípio entre a Otimização e a Resposta Correta:** aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 2007. p.32-34. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: <[http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/conceito de principio.pdf](http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/conceito%20de%20principio.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2014.

constitucional se tanto o Código, com suas cláusulas gerais, como os civilistas, que elevam à condição de princípios meros valores ou postulados, delegam ao juiz a plenipotenciariade para decidir? Como resultado desse caos hermenêutico, no qual “qualquer coisa pode ser um princípio”, surge o fenômeno do panprincipiologismo, no qual: “(...) os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa normativo-vinculante’, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados ad hoc (e com funções ad hoc), que, vestidos de princípios, constituem uma espécie de ‘supraconstitucionalidade’”.

5. Panprincipiologismo como novo desvio hermenêutico no Direito Civil

A banalização do uso de princípios no Brasil é latente, uma vez que eles são usados como verdadeiros álibis teóricos para que se ultrapassem os limites semânticos do texto constitucional. Isso pode acarretar no enfraquecimento da força normativa da Constituição, na medida em que uma parcela desses “princípios” é transformada em discursos com pretensões de correção (mandados de otimização). Esse fenômeno pode ser chamado de “panprincipiologismo”, caracterizando um retorno ao velho positivismo novecentista que exigia que o intérprete lançasse mão dessa vasta principiologia na “ausência” de leis apropriadas, e, na falta de algum princípio cabível, cabia a ele criá-lo. Na quadra atual da história, entretanto, não são apenas os limites semânticos da Carta Maior que são esquecidos, mas também os da legislação infraconstitucional.²⁴⁸

Tendo isso em vista, é necessária uma crítica conceitual, mormente a ideia da cisão estrutural entre princípios e regras, que traz à tona a função de “abertura hermenêutica” daqueles. Nesse ponto, deve-se contrapor o conceito de princípios de Ronald Dworkin, jusfilósofo norte-americano marcado pelo combate à discricionariedade, e Robert Alexy, que aceita a tese da “textura aberta”, através do qual, para ele, permeiam os argumentos morais de correção.

Para Dworkin, os juízes são obrigados (*have a duty to*) a aplicar os princípios nos casos concretos, de tal modo que eles “incorrem em erro ao não

²⁴⁸STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 475-496.

aplicá-los quando pertinente.”²⁴⁹. Assim, percebe-se que os juízes não vão “além do direito” ao proceder dessa forma, não recorrem a “princípios gerais do direito”, aplicáveis apenas na hipótese de “lacuna” do ordenamento jurídico. Essa normatividade que lhes é atribuída não decorre de uma operação semântica ficcional como se dá com a teoria dos princípios de Alexy, da qual a norma é o gênero e as espécies são o princípio e a regra, pois esse conteúdo é extraído de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Dessa forma, os princípios são vivenciados pelos membros da comunidade política, trazendo o mundo prático ao direito, retirando o véu de sentido que encobre as regras.²⁵⁰ É a partir dessa perspectiva deontológica que os princípios devem ser encarados, como um limite à discricionariedade judicial, propiciando um fechamento do círculo hermenêutico.

Marcelo Neves, ao comentar sobre o abuso de princípios no Brasil, afirma:

No caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras. A essa compreensão subjaz a ideia de que as regras constitucionais (completas, quando já superadas as questões de exceções e eventual ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas. Mas um modelo desse tipo implica uma negação fundamental de um dos aspectos do sistema jurídico que possibilita o processamento de decisões “justas”: a consistência. Um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição.

Neves parte do pressuposto de que as regras tem primazia sobre os princípios que se encontram formalmente no mesmo grau hierárquico.²⁵¹ É essa cisão estrutural, corroborada por Alexy, que deve ser superada, pois não existem

²⁴⁹DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.49.

²⁵⁰STRECK, *op.cit.*, p. 496-505.

²⁵¹NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p.191-192.

princípios sem regras, nem existem regras sem princípios, pois a diferença entre ambos é meramente ontológica (ontologische Differentz).

Fixado os entendimentos a respeito do conceito de princípio, parte-se para a análise concreta da incidência do panprincipiologismo no âmbito do direito civil. No Tribunal de Justiça da Paraíba, não é incomum encontrar acórdãos em que a fundamentação é baseada na aplicação do “princípio do ativismo judicial”, como na Apelação Cível nº 2 200.2010.036650-5/001:

APELAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. ONEROSIDADE EXCESSIVA E ANATOCISMO. NECESSIDADE DE PERÍCIA CONTÁBIL. PROVA INDISPENSÁVEL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO À DEFESA RECONHECIDO. NULIDADE DA SENTENÇA. RECURSO PREJUDICADO.

— Mediante a aplicação do princípio do ativismo judicial, o Magistrado, de ofício, pode determinar a produção de provas que o levam à verdade real no caso em julgamento.

— A perícia é prova indispensável para apontar a existência ou não da abusividade questionada quanto ao valor das parcelas contratuais e, conseqüentemente, permitir uma decisão equilibrada.

Trata-se de apelação interposta contra sentença prolatada pelo juiz de primeiro grau, que havia julgado improcedente o pedido de Ação de Revisão de Contrato interposta pela parte em desfavor de um determinado Banco. O recorrente sustentava inexistência de pactuação quanto à capitalização de juros, no contrato de adesão firmado, afirmando haver abusividade de cláusulas e violação aos princípios da boa fé e do direito da informação. O apelado, por sua vez, nas contrarrazões, mencionou o pacta sunt servanta, ao afirmar que o contrato faz lei entre as partes, negando a existência de cláusulas abusivas.

O relator da ação entende que não havia elementos probatórios suficientes para que fosse possível o julgamento antecipado da lide. Portanto, recorre ao art. 130 do CPC para fundamentar o argumento de que caberia ao juiz de primeiro grau, de ofício, determinar a realização de provas necessárias para a instrução do feito. E complementa: “A olho nu, ou seja, pela simples leitura do contrato não é possível identificar se há ou não a ilegalidade questionada”. Foram observados os princípios

aos quais os contratos se submetem no âmbito do direito civil, e fundamentou-se a decisão com base no dispositivo do CPC. Até então, tudo está de acordo com a correta prática judicial.

Mais adiante, entretanto, ele menciona os “princípios” que tornam possível a aplicação da referida regra:

É uma questão de dar-se primazia ao denominado princípio da verdade real, que deve ser levado em conta no julgamento dos processos cíveis. Como sabemos, o princípio do livre convencimento do Juiz, adotado por nosso ordenamento jurídico, proporciona ao Magistrado a liberdade de valorar as provas, como também de ordenar a produção de outras. É a chamada postura participativa do Juiz perante os atos probatórios, ou mesmo o que se intitula de ativismo judicial, que, sem dúvida, é alcançado pela regra do art. 130 do CPC.

Não obstante o livre convencimento do juiz conste na redação do art. 131 do CPC, não se pode atribuí-lo a condição de princípio, ideia arraigada no senso comum teórico dos juízes, muito menos defender tamanha carga de delegação de poderes. O que importa para o direito é o ajuste e a justificação da interpretação que os juízes oferecem das práticas jurídicas em relação ao Direito da comunidade política, não o que eles pensam sobre o direito, como bem salienta Dworkin.²⁵²

E como conciliá-lo com o suposto “princípio da verdade real”? Haveria uma verdade a ser buscada na essência das coisas, sendo, portanto, irrefutável (paradigma ontológico-clássico), ou haveria um livre convencimento, decidindo-se de maneira autônoma e racional o que é verdadeiro ou não, na qual o sentido não está nas coisas, mas sim, na consciência (paradigma da filosofia da consciência)? A mixagem de paradigmas promove, paradoxalmente, uma tentativa de limitar o assenhoreamento dos sentidos feito pelo sujeito solipsista através da estatuição de um “princípio” fundamentado no paradigma anterior (metafísica clássica). Entretanto, ao fim e ao cabo, o “princípio da verdade real” nada tem de essencialista, pois está ligado à filosofia da consciência. Portanto, a busca pela

²⁵²DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.127-205.

“verdade real” e o “livre convencimento” dos juízes reflete nada mais que a base positivista ainda não superada: a discricionariedade.²⁵³

Por fim, não cabe neste ensaio uma discussão a respeito do conceito de “ativismo judicial”. Entre os doutrinadores, é firme sua distinção com relação à chamada “judicialização da política”, que seria um fenômeno contingencial, enquanto aquele seria um comportamento pró-ativo, ou behaviorista dos juízes. Também não cabe aqui uma análise mais profunda de suas consequências, ou se existem, de fato, “bons ativismos” e “maus ativismos”. O que causa estranheza é o fato de se extrair um “princípio do ativismo judicial” do artigo 130 do CPC. Se assim fosse possível, seria despicienda toda a discussão no Brasil do ativismo judicial, seja no âmbito dos Tribunais Superiores, seja no âmbito dos juízos de primeiro grau. Afinal, teríamos institucionalizado o ativismo de forma implícita no nosso Código de Processo Civil, e mais, esse seria um princípio jurídico do nosso ordenamento. Assim, não é improvável que o Tribunal de Justiça da Paraíba venha posteriormente clamar pela “ponderação” do “princípio do ativismo judicial” com o princípio da função social dos contratos.

Se os tribunais estão decidindo de maneira “ativista” ou não, isso não implica reconhecer que haja um “princípio do ativismo judicial” que possa ser extraído do art. 130 do CPC, como se nos “casos difíceis” houvesse de fato uma discricionariedade dos juízes, nos quais não haveria vinculação a padrões jurídicos e apenas se poderia falar nos “padrões que eles tipicamente empregam”, tal como lembra Dworkin na sua crítica à Hart.²⁵⁴ Os princípios não podem ser extraídos da realidade fática de forma oportunista, momentânea, uma vez que possuem historicidade cultural.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pós-positivismo, de fato, ainda não se instalou no cenário jurídico brasileiro, ao menos no pensamento de grande parte da doutrina e da jurisprudência,

²⁵³STRECK, Lênio. A Ficção da Verdade Real e os Sintomas da Falta de Compreensão Filosófica da Ciência Processual. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n.70, p.207-240, set./out./nov./dez. 2011. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

²⁵⁴DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.55.

que não superam o problema da discricionariedade. Os princípios jurídicos, ao invés de fornecerem limites ao subjetivismo judicial, acabam sendo uma válvula de escape do Código Civil, e de forma mais geral, de todo o ordenamento jurídico.

A constitucionalização do Direito Civil é obstada pelo próprio conceito atribuído aos princípios jurídicos. Não cabe mais falar em “princípios gerais do direito” (art. 4º da LINDB, antiga LICC) a serem descobertos na falta de regras específicas, analogia ou costumes, como se a incidência de princípios pudesse se dar apenas de forma residual, tampouco em “princípios epistemológicos” cuja função é simplesmente compreender a disciplina de determinado ramo do Direito (eticidade, socialidade e operabilidade no Direito Civil). O sujeito moderno está ligado à realidade fática, e a função dos princípios é justamente trazê-la para dentro do mundo jurídico. Ademais, não há que se buscar um princípio a ser aplicado a cada caso através de uma “ponderação” à moda brasileira. Em qualquer caso concreto haverá uma totalidade de princípios que incidem conjuntamente para a formação da sua regulamentação. Daí se falar que não há uma cisão estrutural entre princípios e regras, mas que a diferença entre ambos é ontológica.

Por fim, o Novo Código Civil contém, de fato, cláusulas abertas, que abrem espaço para uma discricionariedade/arbitrariedade do intérprete. Entretanto, se os princípios jurídicos forem corretamente conceituados e aplicados no momento da decisão judicial, respeitando-se, também, a coerência e integridade do ordenamento jurídico, o Estado Democrático de Direito estaria mais seguro, assim como os cidadãos teriam respeitados, ao acionar o Judiciário, seus direitos a uma decisão constitucionalmente adequada.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Trimestral. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2014.

- BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos concretos: civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LOBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, jan./fev./mar. 1999. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/453>>. Acesso em: 08 jan. 2014.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Conceito de Princípio entre a Otimização e a Resposta Correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica**. 2007. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/conceito_de_principio.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2014.
- REALE, Miguel et al. Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro. In: ENCONTRO SOBRE O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, v. 20, 2000, Brasília. **Anais eletrônicos...** Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2014.
- STRECK, Lênio. A Ficção da Verdade Real e os Sintomas da Falta de Compreensão Filosófica da Ciência Processual. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n.70, set./out./nov./dez. 2011. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166560.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.
- STRECK, Lênio. Contra o Neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 4, n. 1, jan./jun. 2011. Semestral. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/revista_final4.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2014.
- STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. **As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual**. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 06jan. 2014.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, v. 4,2003. Anual. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

EVOLUÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES DA FAMÍLIA BRASILEIRA FRENTE À CONSTITUIÇÃO E AO DIREITO CIVIL

Juliana Silva Dunder²⁵⁵

Francisco Andrade Pires Neto²⁵⁶

André Luiz Ferreira da Silva²⁵⁷

Anne Katharine Nóbrega²⁵⁸

Resumo: O presente artigo visa discutir a evolução da família com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, as quais deram novo tratamento ao direito de família em decorrência das mudanças sociais que necessitam de adequação com a evolução dos paradigmas na sociedade, analisando as mudanças ocasionadas, frente às leis acima citadas, bem como nas formações familiares, evolução e conceito acerca do tema, resultando em mudanças significativas, aperfeiçoando as relações familiares, não subordinando a família, abrangendo mais além do que a sociedade classificou como tradicional.

Palavras-chave: Direito de família; Relações Familiares; Conceito de família.

Abstract: This paper discusses the evolution of the family with the promulgation of the Federal Constitution of 1988 and the Civil Code of 2002, which gave new treatment to family law as a result of social changes that need to adapt to the evolution of paradigms in society, analyzing caused the changes ahead to the laws cited above, as well as in family, evolution and concept about the subject formations, resulting in significant changes, improving family relationships, not subordinating the family, covering more than what society labeled as traditional.

Keywords: Family Law, Family Relations, Family concept.

²⁵⁵ Bacharelada em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos – FIP. E-mail: julianadunder@hotmail.com

²⁵⁶ Bacharelado em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos – FIP. E-mail: franciscoandra@gmail.com

²⁵⁷ Bacharelado em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos – FIP. E-mail: andredireitofip@hotmail.com

²⁵⁸ Bacharelada em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos – FIP. E-mail: nane_nobrega@hotmail.com

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

No decorrer da evolução foi a partir do amadurecimento intelectual e social que se percebeu a necessidade de formação familiar, ainda que muito diferente do que temos hoje. Com isso, surgiram as primeiras células familiares, adquirindo, assim, o indivíduo após o nascimento, o status de integrante de um organismo familiar, vinculando-se durante toda sua vida, mesmo após sua própria formação familiar (Helder Martinez Dal Col, 2002).

A família em todo contexto histórico, classificada em diversas modalidades, possui fundamental importância para a formação das sociedades, principalmente para que haja um legado para as futuras gerações.

A partir disso, cada sociedade é composta por costumes próprios, oriundos de práticas usuais que são comuns no convívio social e assim, propõem de acordo com as necessidades o que deve ser definido como lei, para que seja feita a produção de normas jurídicas que resguardem e assegurem o efetivo cumprimento da lei.

Acontece que, apesar das legislações possuírem mecanismos de proteção, não há como o legislador abarcar todos os pontos positivos e negativos que necessitam de regulamentação para a produção de normas, levando-se em conta que deve existir harmonia em relação aos preceitos morais estabelecidos na sociedade, que se transformam constantemente em decorrência da rápida evolução social.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 CONCEITOS DE DIREITO DE FAMÍLIA

Com o advento da constitucionalização do direito privado e a publicação do Código Civil em 2002, o Direito de família passou por diversas mudanças no cenário das leis brasileiras. Mudanças que foram reflexos de uma sociedade que vive em constante evolução e necessita da adequação das normas para o efetivo cumprimento do direito.

Paulo Lôbo (2011, p. 43) traça de maneira bastante simples a evolução dessas mudanças que aconteceram em nosso país:

O Brasil participou das grandes mudanças que ocorreram no direito de família a partir da década de 70 do século passado, no mundo ocidental,

havendo notáveis convergências nas soluções adotadas, principalmente na realização do princípio da igualdade entre os cônjuges e entre os filhos de qualquer origem. O direito de família que surgiu desse processo transformador, de acordo com a intensa evolução das relações familiares, pouco tem de comum com o que se conheceu nas décadas e séculos anteriores. Nenhum ramo do direito privado renovou-se tanto quanto o direito de família, que antes se caracterizava como o mais estável e conservador de todos. Mas, apesar dos avanços da legislação, especialmente da Lei do Divórcio, restaram normas que favoreciam o tratamento desigual entre marido e mulher e entre os filhos, além de permanecer a vedação às entidades familiares não matrimoniais.

Nesse sentido, muitas foram essas mudanças que tiraram o pensamento de que apenas o casamento é a forma de entidade familiar, sendo este, apenas uma das mais variadas modalidades existentes, até mesmo aquelas que não foram agraciadas com norma expressa em lei.

Rodrigo da Cunha Pereira (2001, p.6) estabelece que:

A ideia tradicional de família, para o Direito brasileiro, é de que ela se constitui de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado pelo Estado. Mas a partir de 1988, a Constituição Federal (art. 226) ampliou esse conceito, reconhecendo “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, bem como a união estável entre o homem e mulher. Isso significa uma grande evolução na ordem jurídica brasileira em relação ao conceito de família. Até então, a expressão da Lei Jurídica só reconhecia como família aquela entidade constituída pelo casamento. Em outras palavras, a ideia de família se abriu, ampliando em direção a um conceito mais verdadeiro e real, impulsionando pela própria realidade.

Caio Mário da Silva Pereira (2001, p.13-14) estabelece que “a família em sentido genérico e biológico é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Em sentido mais estrito, a família é considerada o conjunto de pessoas consideradas unidas pelos laços do casamento e da filiação. A segunda conceituação atribuída pelo referido autor estabelece uma ideia que não vigora

mais, haja vista não ser considerada família apenas a proveniente do matrimônio civil”.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 17) afirma que o direito de família “é de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculados durante a sua existência”. Deveras elogiável, o autor além de expressar a importância do Direito de Família, não condiciona a família em si a qualquer ligação formal ou informal, o que não é requisito necessário para o surgimento de uma família.

Flávio Tartuce (2011, p. 984-985) diz que o direito das famílias pode ser conceituado como sendo o direito existencial de família, centrado na pessoa humana (normas de ordem pública) e direito patrimonial, centrado no patrimônio (normas de ordem privada). O referido autor completa o pensamento dizendo: “Tal organização ainda remete a tendência de personalização do Direito Civil, ao lado da sua despatrimonialização, uma vez que a pessoa é tratada antes do patrimônio. Perde o patrimônio o papel de ator principal e se torna mero coadjuvante”.

Num modelo atual, a família é conceituada também como um modelo socioafetivo como diz Paulo Lôbo (2011, p. 29), ultrapassando o conceito de que família é aquela proveniente dos mesmos laços sanguíneos:

A família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva. A afetividade, como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos. Todavia, no sentido estrito, a socioafetividade tem sido empregada no Brasil para significar as relações de parentesco não biológico, de parentalidade e filiação, notadamente quando em colisão com as relações de origem biológica.

2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

É recente a consolidação do direito de família, em sua pluralidade principalmente, no Direito Brasileiro como instituto jurídico com disciplina em norma concreta, ainda que com numerosas omissões.

Foi na Constituição Republicana em 1891 que foi concedido o status jurídico de família, porém, apenas aquela proveniente do casamento civil, trazendo o seguinte enunciado: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (art. 72, § 4º, Constituição Federal de 1891), diferentemente da antes vigente, a Constituição Política do Império Brasil de 1824 que tratava apenas dos interesses da família imperial e sua sucessão no poder (Dilvanir José da Costa, 2006).

Já na Carta Política de 1934, com influências diretas do direito canônico, deu especial conotação religiosa ao casamento, julgando apenas merecer tratamento legal aquelas que se casassem civilmente, bem como, religiosamente (Ana Lobato, 2009).

Augusto Cesar (2008) em seu artigo, as mudanças ocorridas na promulgação de 1937 e 1946: “Foi a Constituição de 1937 que trouxe de volta o casamento religioso atribuindo efeitos civil ao mesmo. A de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e à adolescência”.

Em 1967 houve a promulgação de uma nova Constituição, preconizada a legislar e institucionalizar o regime ditatorial militar, persistindo a omissão em relação às novas formações familiares que não decorressem do casamento. Segundo Maria Helena Diniz (2008, p. 53): “manteve apenas o casamento religioso com efeitos civis, pela Emenda Constitucional n. 9/77 quebrou a indissolubilidade do matrimônio (art. 175 § 1º)”.

A partir da evolução das sociedades, especificamente em relação ao aparecimento da mulher como componente ativo na relação familiar, o pátrio poder desmoronou, perdendo assim, sua efetividade jurídica, dando origem a outros modelos familiares introduzidas na Constituição de 1988, reconhecidos como entidades familiares, como prevê o artigo 226, §§ 3 e 4 da norma acima citada, a tutela jurídica para a família em união estável e formada por qualquer um dos pais com seus descendentes, conhecida como família monoparental.

Acompanhados com a família, em qualquer de suas entidades, surgem os deveres, previstos como direitos fundamentais para a proteção da família. O artigo 227 da Constituição Federal elenca os deveres da família:

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.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, especificamente no que concerne ao Direito de Família, Higgo Henrique Pereira Braga (2011, p. 19) explana sobre as mudanças:

Em seu art. 226, a CF/88 constitucionaliza especificamente o Direito de Família ao reconhecer a união estável, a família monoparental como entidade familiar, a igualdade entre os cônjuges, a facilitação do divórcio, a isonomia dos filhos. Ademais, embora o texto constitucional não cite diretamente o tema, há o trato jurisprudencial da união homoafetiva, para completar a diversidade de entidades familiares legitimadas.

Persistindo ainda nessa mudança sobre as novas fixações no que se refere à família, Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho (2003, p. 59-60), traçam de forma detalhada essas mudanças:

São as seguintes as regras fundamentais introduzidas pelo texto constitucional: a) a conceituação de família como base da sociedade e sob proteção do estado (art. 226, caput); b) a instituição da família pelo casamento (§ 1.º); c) a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (§ 5.º); d) a dissolubilidade do vínculo matrimonial pelo divórcio (§ 6.º); e) a paridade de direito entre filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção (art.227, § 6.º). Além disso tudo, a Constituição reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus ascendentes (art. 226, § 4.º), bem como a união estável entre homem e mulher, esta para proteção do Estado (§ 3.º), a par de outras regras sobre deveres da família, sobre planejamento familiar, sobre adoções e sobre mecanismos de defesa do menor e do idoso (arts. 226 e 227 e seus parágrafos).

Então, a partir desse momento, não se trata apenas da evolução da família de maneira geral, extrapolando assim a ordem legal e superiorizando os laços afetivos em relação ao que diz a lei. Helder Martinez Dal Col (2002, p. 39) cita em sua obra:

A conotação de família vai muito mais além da regulação da mútua convivência pela lei.

[...]

A base afetiva da família, constituída sob os seguros laços da simpatia recíproca, tem merecido dos autores modernos ricas páginas que encerram perlas jurídico-filosóficas, demonstrando uma nova concepção de família, baseada nos laços afetivos, na compreensão, no amor, afetando profundamente os pilares mestres do Direito, que tende a modificar-se para dar lugar a um novo estado de comportamento e um novo tratamento à família.

Maria das Graças Moura de Sousa Soromenho Pires (1998, p. 10) menciona que: “o que importa, na realidade, são as circunstâncias fáticas que alimentam a vida a dois, não puramente a fórmula do assento do matrimônio”, sendo que independentemente do que estabelece a lei, os critérios como o amor, afeto, compreensão, companheirismo entre muitos outros, se tornam superiores às relações amparadas por lei.

Complementa esse pensamento, Barbosa Riezo apud Edgard de Moura Bittencourt (1988, p.53) quando descreve em seu livro uma lição:

Um civilista brasileiro, credenciado por seu amor à verdade e pela coragem de dizê-la, ensinava um dia a seus alunos: “A família é um fato natural; não a cria o homem, mas a natureza (...). Que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá um Juiz com a sua lei, ou o padre com o seu sacramento? O que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural”.

Com isso, testemunha-se que a formação de uma entidade familiar independe do que a lei estabelece, ultrapassa a fronteira do que seria uma família

perante os critérios estabelecidos anteriormente, ou seja, apenas o regulado em lei ou religioso. O autor faz referência àqueles que vivem fora do que estabelece as leis, estendendo-se também, os fatos narrados, a outros modos de formação familiar, no qual não necessitam do amparo legal ou religioso para que assim componham uma família.

A remodelagem atribuída ao Direito de Família, direcionando a pessoa como o centro das preocupações no ordenamento jurídico, muda os rumos e difunde a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, §3 da Constituição Federal de 1988), como princípio basilar e norteador da criação de normas constitucionais, direcionados para sua proteção.

E assim, com a família devidamente apresentada na Constituição Federal de 1988, veremos a seguir as mudanças provocadas pela edição do Código Civil de 2002.

2.3 AS MUDANÇAS QUE IMPULSIONAM UM NOVO MODELO DE FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Impulsionados pelas mudanças sociais, o legislador teve que adequar a lei à nova realidade, conferindo-lhe o saneamento das lacunas existentes no ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988 trouxe significativas mudanças, mas outras normas também foram editadas e contribuíram para o desenvolvimento.

Higgo Henrique Pereira Braga (2011, p.16) elenca e algumas dessas evoluções:

O Código Civil de 1916 estabeleceu novas abordagens, transferindo o foco do patrimônio para a pessoa, em um processo conhecido como despatrimonialização das relações familiares. Com a evolução da entidade familiar no Brasil, desenvolveram-se também os dispositivos normativos sobre o tema. Cabe citar, como grande exemplo, a Lei n.º 4.121, de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, que redefiniu a figura da mulher, afastando-se das visões discriminatórias do passado. Nessa modificação constante, segue na esteira o advento da Emenda Constitucional n.º 9, de 1977, que excluía a indissolubilidade do

casamento ao instituir o instituto do divórcio, regulamentado pela Lei n.º 6.515/77.

O mesmo autor, a título exemplificativo menciona outras mudanças ocorridas: “Cita-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.609/90), bem como a Lei n.º 8.560/92 - que versa sobre o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento - e as Leis n.º 8.791/94 e n.º 9.278/96 sobre a união estável”.

Então com a necessidade do aperfeiçoamento das leis em acordo com evolução social, surge o Novo Código Civil de 2002, que nas palavras de Maria Berenice dias “o novo código, embora bem vindo, chegou velho”. Paulo Lôbo (2011, p. 44) tece comentários ao Novo Código Civil, relacionando-o ao anteriormente vigente, bem como as mudanças que ocorreram:

O Código Civil de 2002, cujo Projeto tramitou no Congresso Nacional durante três décadas, deu tratamento confuso ao direito de família, pois o texto resultou de difícil conciliação entre dois paradigmas opostos. O paradigma do Projeto de 1969-1975 era a versão melhorada do que prevaleceu no Código Civil de 1916, fundado na família hierarquizada e matrimonial, no critério da legitimidade da família e dos filhos, na desigualdade entre cônjuges e filhos, no exercício dos poderes marital e paternal. Já o paradigma da Constituição de 1988 aboliu as desigualdades, os poderes atribuídos ao chefe da família, o critério da legitimidade e a exclusividade do matrimônio. A adaptação do texto originário do Projeto ao paradigma constitucional implicou mudanças radicais, mas que deixaram resíduos do anterior, impondo-se a constante hermenêutica de conformidade com a Constituição. Em razão disso, logo após sua entrada em vigor, vários projetos de lei procuraram corrigi-lo, modificando, acrescentando ou suprimindo matérias, total ou parcialmente. A mais significativa alteração decorreu da nova redação dada ao § 6º do art. 226 da Constituição pela EC/66, de 2010, que extinguiu a separação judicial e os requisitos subjetivos ou objetivos para a realização do divórcio, importando revogação da legislação ordinária que tratava dessas matérias.

Concluído o Projeto de Lei nº 634/75, logo após passar por inúmeras alterações, foi em 1983 que aconteceu a aprovação na Câmara dos Deputados,

passando um bom tempo paralisado, foi retomado apenas em 2001, quando aprovado no Senado com várias emendas, que teve como objetivo adequá-las a Nova Constituição Federal de 1988. Foi sancionado em 2002 e finalmente entrou em vigor no dia 11 de Janeiro de 2003, depois de vencido um ano do cumprimento obrigatório da *Vacatio Legis*, período em que a lei é promulgada e entra em vigor.

Atualmente, no Código Civil de 2002, o direito de família se encontra disciplinado no Livro IV do Código Civil de 2002, do art. 1.511 ao 1.783, dividido em: Do Direito Pessoal, Do Direito Patrimonial, Da União Estável, Da Tutela e Da Curatela. Foi adaptado segundo as novas tendências geradas pela evolução das famílias, cessando assim, a visão ultrapassada da família patriarcal tida como referência no Código Civil de 1916.

Maria Berenice Dias (2011, p 32) diz que: “o Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família”, mas não o considera como um código novo. É o que a autora deixa evidente nesse parágrafo:

Desse modo, não se pode dizer que é um novo código – é um código antigo com um novo texto. Tenta, sem muito sucesso, afeiçãoar-se às profundas alterações por que passou a família no século XX. Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação social. Foram sepultados todos os dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos discriminatórios. Assim as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal etc.

3.4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Para iniciarmos o estudo acerca da constitucionalização do Direito privado, é necessária a distinção do que seria o Direito Público e o Direito Privado. Esse último, antes tido como um sistema fechado foi recepcionado pelo texto constitucional, protegendo, principalmente, o instituto em estudo, que é o da família.

Pietro Perlingieri (1999, p.1) esclarece essa problemática em que o Direito Público está a frente do Direito Privado, sendo assim este subordinado ao primeiro,

ao determinar que as regras do Direito público predominem sobre o Direito Privado:

O estudo do Direito – e, portanto do direito tradicionalmente dito como privado – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social.

No instituto jurídico em discussão, o direito de família, é cercado por grandes discussões sobre sua natureza jurídica, qual pende ao Direito Público, por este buscar a tutela das entidades familiares mais do que seus integrantes, não lhe retirando assim, o seu caráter privado.

Maria Berenice Dias comenta em sua obra que (2011, p.35):

Imperioso, portanto reconhecer que o direito das famílias, ainda que tenha características peculiares e alguma proximidade com o direito público tal não lhe retira o caráter privado, não se podendo dizer que se trata de direito público. Aliás, a tendência é reduzir o intervencionismo do Estado nas relações interpessoais. A esfera privada das relações conjugais inclina-se cada vez mais a repudiar a interferência do público.

Comenta também Paulo Lôbo (2011, p.45-46) sobre essa abordagem acerca da natureza jurídica do direito das famílias:

Portanto, o direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância das normas cogentes ou de ordem pública. Não há qualquer relação de direito público entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, dos filhos entre si e dos parentes entre si. Não lhe retira essa natureza o fato de ser o ramo do direito civil em que é menor a autonomia privada e em que é marcante a intervenção legislativa. Diz-se que “as situações sociais típicas ou os supostos institucionais do direito civil são, precisamente, a pessoa, a família e o patrimônio”.

[...]

O direito de família todavia não pertence ao direito público, mas ao direito privado: assim, pelo tipo de relações que compreende,

relativamente aos aspectos e setores mais reservados e íntimos, ‘mais privado’, se assim se pode dizer, da pessoa na comunidade familiar”. Em outras palavras, é uma ilha que o mar do direito pode somente lamber”

Em linhas gerais, Direito Público consiste no poder Estatal em que há a predominância do interesse público sobre o privado, onde o Estado faz uso desse poder para priorizar a coletividade; já o Direito Privado trata das relações jurídicas entre privados, onde ambos possuem status de igualdade perante a relação.

A partir disso, temos a constitucionalização do Direito Privado como a elevação das normas ao plano constitucional, para que assim, sejam adequadas em consonância com a Carta Magna e assim possam ser condicionadas a observância da aplicação da norma.

Principalmente no direito de família, a constitucionalização do direito privado foi preponderante a utilização de uma hermenêutica constitucional na aplicação das normas às relações familiares, no caso pode citar a título exemplificativo a proteção aplicada às entidades não fundadas a partir do casamento (art. 226, §3 da CF/88); igualdade nos direitos entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (art. 226, §5 da CF/88); a intervenção do Estado, visando à proteção do núcleo familiar e coibir a violência doméstica (art. 226, §8 da CF/88).

Notadamente percebemos que muitas mudanças sentidas na passagem do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002 foram provocadas por esse fenômeno de publicização do direito privado, tendo como garantia, a superioridade da Constituição em relação às demais normas, que devem estar em consonância. Augusto Cesar Teixeira Barbosa (2008) revela algumas dessas mudanças:

A família passou a ser composta de várias configurações que se possa imaginar: monoparental (pai ou mãe criando o filho sozinho), homoparental (casal de homossexuais, gays ou lésbicas, criando filhos de um dos dois, adotados ou frutos de inseminação artificial com óvulo ou espermatozoide de um dos membros do casal), recomposta (filhos de vários casamentos convivendo com pais recasados). Além disso, na família de hoje, conta-se ainda o de três mães para uma mesma criança. A primeira, dona do óvulo, a segunda, que hospeda o embrião e o feto

por nove meses, e a terceira, a mãe social, casada com o homem que doou seu espermatozoide para a fecundação do óvulo.

3 CONCLUSÃO

A partir dos conceitos já apresentados, é de bom alvitre entender e deixar claro que a família vai muito mais além do que a lei ou a sociedade impõe. O propósito de todo esse levantamento acerca da base histórica e legal do Direito de Família é deixar claro que a família evoluiu e com isso ocasionou diversas mudanças sobre as formações familiares que se modificaram ao longo dos tempos, demonstrando que a família avançou o modelo patriarcal e configura uma formação livre, sem preconceitos e estigmas sociais.

Após esses novos olhares sobre a família em acordo com os aspectos capsulados na Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, houve o que chamam de fenômeno da Constitucionalização do Direito de Família, justificando que tal direito está para além do Direito Civil, elevando ao plano constitucional os princípios e normas do Direito de Família.

Portanto, conclui-se que o estudo da evolução social e legal das famílias é fundamental pela evidente importância que constitui o tema, no qual todo ser humano está laceado, sob uma realidade social que transcende o que leis estabelecem.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Augusto Cesar Teixeira. **Evolução da família nos vinte anos de constituição federal brasileira**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=942. Acesso em: 20 Dez, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto: **Direito civil constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- BRAGA, Higo Henrique Pereira. Direito de Família. In: BAPTISTA, Silvio Neves (Coord.) **Manual de direito de família**. 2 ed. Recife: Bagaço, 2010. p. 253-262.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.
- COSTA, Dilvanir José da. **A família nas constituições**. Revista de informação legislativa, v 43, n 169, p. 13-19, jan/mar. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92305/Costa%20Dilvanir.pdf?sequence=6>. Acesso em 20 Dez 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. 5.
- DAL COL, Helder Martinez. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol.6.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOBATO, Ana Terra Feitosa. **Direito Canônico: Uma análise histórica da institucionalização matrimonial**. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3594&idAreaSel=5&seeArt=yes.>> Acesso em 20 Dez, 2013
- MELO, Midian Moura Maymone de. Poder Familiar. In: BAPTISTA, Silvio Neves (Coord.) **Manual de direito de família**. 2 ed. Recife: Bagaço, 2010. p. 13-22.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009. Vol. V.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PIRES, Maria das Graças Moura de Sousa Soromenho. **O Concubinato no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- RIEZO, Barbosa. **Do Concubinato: teoria, legislação, jurisprudência e prática**. São Paulo: Lexbook, 1998.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

O CASAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL

Wendel Alves Sales Macêdo²⁵⁹

Resumo: O casamento consiste na comunhão plena de duas pessoas naturais em que detém igualdade de direitos e deveres conjugais. Ele já foi, na sociedade brasileira, indissolúvel, depois a dissolução só poderia acontecer uma vez, agora, ele pode ser dissociado a qualquer tempo. A capacidade núbil para se casar é aos 16 anos, porém há duas hipóteses em que a idade pode ser menor. Os conjugues tem certos deveres conjugais, sendo: a vida em comum, no domicílio conjugal; a mútua assistência; o sustento, a guarda e a educação dos filhos; o respeito e a consideração mútuos. A dissolução do casamento acontece nos seguintes casos: pela morte de um dos cônjuges; pela nulidade ou anulabilidade do casamento; pela separação; ou pelo divórcio. Atualmente, à luz da Constituição Cidadã, de 1988, do Código Civil, de 2002, da Jurisprudência e de certa Doutrina é possível a conversão da união estável em casamento. O objetivo do trabalho é apresentar informações, explicações, fundamentação e argumentos a respeito do casamento, em que são analisadas as fontes do Direito vigente. A metodologia é com base nos respectivos métodos: dedutivo, informativo, explicativo, qualitativo e sistemático. A justificativa é que é um tema muito debatido atualmente em que se deve ser estudado de acordo com todas as possíveis fontes do Direito. A problemática versa em investigar e sistematização dos fundamentos jurídicos em conformidade com as mencionadas fontes do Direito. Então, com embasamento nos seguintes princípios fundamentais: dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e autonomia da vontade, há no texto constitucional e nas leis infraconstitucionais a faculdade do casamento entre pessoas naturais de sexo diferentes como também entre pessoas naturais de mesmo sexo.

Palavras-chave: Casamento; Código Civil; Constituição Cidadã; Direito de Família; Fontes do Direito.

Abstract: Marriage is the full communion of two natural people holding equal marital rights and duties. It has been once indissoluble in the society, after that the

²⁵⁹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.
E-mail: wendel_direito@hotmail.com

dissolution could only happen once, now it can be operated at any time. The nubile capacity takes place at 16, but there are two situations in which age may be done in a lower age. The spouses have certain marital duties, such as: living together in the marital domicile; mutual assistance and support, care and education of children, mutual respect and consideration. The dissolution of marriage happens in the following cases: the death of a spouse, the nullity or annulment of marriage, the separation, or by divorce. Currently, in the light of the Citizen Constitution of 1988, the Civil Code of 2002, the jurisprudence and doctrine is somewhat possible conversion of a stable union in marriage. The objective of this paper is to provide information, explanations, reasons and arguments regarding marriage, analyzing the sources of the current law. The methodology used is based on the following methods: deductive, informative, explanatory, qualitative and systematic. The rationale is that it is currently a hotly debated topic that should be studied according to all possible sources of law. The problematic verses on to investigate systematically the legal foundations in accordance to the aforementioned sources of law. Then, with basis on the following fundamental principles: human dignity, equality, freedom and autonomy of the will, there is in the Constitution and the laws the choice of marriage between individuals of different sex but also between individuals of the same sex.

Keywords: Marriage; Civil Code; Citizen Constitution; Family Law; Sources of Law.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho analisa o casamento segundo o Direito e sociedade brasileira da atualidade em que se vive no Estado Democrático de Direito, onde se respeita os direitos da maioria e dos direitos das minorias.

O trabalho apresenta informações, explicações e argumentos de acordo com os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da efetividade constitucional e da interpretação conforme a Constituição Federal.

O objetivo do trabalho é descrever com ponderação, com fundamentação e com argumentação a respeito do casamento, em que são analisados as fontes do Direito vigente na atualidade.

A metodologia é com base nos respectivos métodos: dedutivo, informativo, explicativo, qualitativo e sistemático. Por meio desses métodos foram analisados os principais dispositivos constitucionais, legais, doutrinários e jurisprudenciais relacionados ao casamento.

A justificativa é que é um tema muito discutido na atualidade na qual se deve ser estudado de acordo com todas as possíveis fontes do Direito. A problemática consiste em pesquisar os fundamentos jurídicos de acordo com as expostas fontes em que se devem respeitar os princípios já mencionados.

2 CASAMENTO

2.1 Breve História sobre a Constitucionalidade do Casamento

Inicialmente, no Brasil, o casamento era indissolúvel. Em seguida, o casamento só poderia ser dissolvido uma única vez. Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, estabeleceu progressivamente a união estável (artigo 226, parágrafo terceiro), a família mono parental (artigo 226, parágrafo quarto), o divórcio e retirou do texto constitucional a separação (artigo 226, parágrafo sexto).

2.2 Conceito de Casamento

O conceito legal de casamento está disciplinado no artigo 1.511, do Código Civil, de 2002, no qual determina que: “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Analisando-se o mencionado dispositivo, percebe-se que o casamento consiste no Contrato Especial, natureza jurídica, que une plenamente duas pessoas naturais “para toda a vida” em que essas detêm direitos e deveres recíprocos.

O casamento visa constituir uma família. O argumento “para toda a vida” é um idealizador, visto que quando uma pessoa física se casa com outra pessoa, esse casamento deve ser para a convivência matrimonial até a morte real, argumento ideal.

Observa-se que a legislação brasileira admite a possibilidade de, por exemplo, uma pessoa se casar hoje e a dissolução dele acontecer no outro dia, pois não há legalmente um prazo para que uma pessoa permaneça casada.

2.3 Espécies de Casamento

2.3.1 Casamento Civil

Conforme o artigo 1.512 é gratuito a celebração do casamento civil. Porém as formalidades com a habilitação, com o registro e com a primeira certidão não são grátis, pois são cobradas taxas nos cartórios. Ressalva-se que essas taxas são gratuitas para os pobres na forma da lei.

2.3.2 Casamento Religioso com Efeito Civil

O artigo 1.515, do Código Civil, de 2002, estabelece o casamento religioso com efeito civil. É interessante observar que só a celebração que é religiosa, pois todo o procedimento com o casamento é conforme o que disciplina a lei. No casamento religioso deve haver a habilitação, o registro e a certidão. O casamento religioso pode ser celebrando em qualquer religião, porque a Constituição Federal, de 1988, disciplina a pluralidade religiosa.

2.3.3 Formas Especiais de Casamento

2.3.3.1 Casamento por Procuração Especial Pública

O Casamento por Procuração Especial Pública pode acontecer, segundo o artigo 1.542, do Código Civil, de 2002, desde que respeite os seguintes requisitos: uma procuração pública, com poderes especiais e com prazo de validade de 90 dias.

A revogação da vontade de se casar pode acontecer até alguns instantes antes da realização do casamento, nesse caso, o mandante responderá por perdas e danos, segundo o artigo 1.542, parágrafo 1º, do Código Civil.

Complementa-se que tanto a outorga de poderes especiais como a revogação desses devem ser feitas por instrumento público.

2.3.3.2 Casamento de Alguma Pessoa em Eminente Risco de vida

O artigo 1.540, do Código Civil, de 2002, descreve que quando alguém se encontrar em iminente risco de vida e não estiver presente a autoridade competente, pode o casamento ser celebrado (realização) na presença de 6 testemunhas. Estas não podem ter parentesco em linha reta nem em linha colateral até o 2º grau.

Observa-se que esse casamento não é feito por um juiz, autoridade competente. Quando o casamento é feito por este só precisa da testemunha de 2 pessoas.

2.3.3.3 Casamento no Caso de Moléstia Grave

O artigo 1.539, do Código Civil, de 2002, estabelece o casamento no Caso de Moléstia Grave, no qual deve respeitar estes requisitos: ter um presidente do ato; ser feito na presença de 2 testemunhas que saibam ler e escrever; é um ato de urgência; um conjugue deve pegar o documento (termo avulso) e registra no prazo de 5 dias.

2.4 Pressupostos de Existência do Casamento

O casamento é um Contrato Especial. Nesse caso, ele é um negócio jurídico especial que tem por pressupostos doutrinários de existência, sendo eles: agente (conjugues), vontade, objeto (comunhão plena) e forma (registro em instrumento público).

A diversidade de sexo não é mais pressuposto da existência, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF e do Supremo Tribunal de Justiça – STJ.

Segundo o artigo 226, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, de 1988, a união homoafetiva pode ter aplicação de modo análogo aos dispositivos relativos à união estável. Complementa-se que a união estável deve ser facilmente convertida em casamento. Dessa forma, pode acontecer o casamento entre casal homoafetivo. Esse entendimento é a luz da Constituição Cidadã e da Jurisprudência atual.

2.4.1 Consentimento dos Nubentes

A vontade de se casar deve existir aos dois nubentes, em que todos são livres para se casar. Caso uma pessoa esteja com dúvidas da celebração do

casamento, essa (celebração) será suspensa. A suspensão também acontece quando alguém não puder exprimir a sua vontade.

2.4.2 Celebração por Autoridade Materialmente Competente

O casamento deve ser celebrado por autoridade materialmente competente, pois caso isso não aconteça, doutrinariamente prevalece o entendimento que o casamento será inexistente.

Analisando-se o artigo 1.554 com o artigo 1.550, inciso VI, do Código Civil, de 2002, constata-se que caso a autoridade seja territorialmente incompetente o casamento será anulável.

2.5 Pressuposto de Validade do Casamento

3.5.1 Capacidade Núbil

Segundo o artigo 1.517, do Código Civil, de 2002, a capacidade núbil inicia com os 16 anos de idade para os nubentes. Entre 16 a 18 anos é necessário autorização dos pais ou do representante legal.

Se houver conflito entre os genitores o juiz irá analisar o que é melhor para quem irá se casar, estando a autoridade competente embasada na proteção integral. Caso o casamento aconteça deve ser adotado, nesse caso, o regime de separação obrigatória, conforme o artigo 1.631, o artigo 1.519 e o artigo 1.641, do Código Civil, de 2002.

Em regra, o menor de 16 anos não pode se casar, salvo nos casos estabelecido no artigo 1.520, do Código Civil, de 2002, no qual menciona duas hipóteses excepcionais, sendo: “para evitar imposição ou cumprimento de penal criminal, ou em caso de gravidez”.

2.6 Impedimentos Matrimoniais

O impedimento matrimonial consiste em vedação ao casamento, estando previsto no artigo 1.521, do Código Civil, de 2002. O mencionado artigo estabelece que são proibidos de se casarem: os ascendentes com os descendentes; os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem foi do adotante; os irmãos, e diversos colaterais até o 3º grau; o adotado com o filho do

adotante; as pessoas casadas; o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu esposo/esposa.

Em aspectos gerais, a proibição é por motivo legal, ético, moral e/ou eugênico.

Observa-se que os parentes colaterais do 3º grau podem se casar, conforme o Decreto-Lei 320041, desde que apresente 2 laudos de 2 médicos que ateste a não possibilidade de problema a prole.

Os impedimentos podem ser opostos até o momento da celebração do casamento por qualquer pessoa capaz. Caso o juiz tenha conhecimento do impedimento deverá declarar de ofício, porque é questão de ordem pública.

A consequência jurídica para a verificação do impedimento é a nulidade absoluta do casamento, segundo o artigo 1.548, do Código Civil, de 2002.

2.7 Causas Suspensivas do Casamento

O artigo 1.523, do Código Civil, de 2002, refere-se que:

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Quando se expressa “não deve casar” significa dizer que não é para casar, caso isto aconteça deve ser no regime de separação obrigatória de bens, segundo o artigo 1.641, inciso I, do Código Civil, de 2002.

As hipóteses das causas suspensivas são: o viúvo que tiver filho e não realiza o inventário dos bens; a viúva cujo casamento se acabou por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 meses depois do início da viuvez ou dissolução da sociedade conjugal; o divorciado que ainda não fez a partilha dos bens; tutor ou curador e os descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com a pessoa titulada ou curatelada enquanto não cessar a tutela ou a curatela.

É admissível que os noivos não casem em separação obrigatória de bens, desde que eles comprovem que não há prejuízo no regime de bens, nesse caso, o juiz pode não aplicar a separação obrigatória de bens, afastando a sanção civil, conforme o artigo 1.523, parágrafo único, do Código Civil, de 2002.

O artigo 1.524, do Código Civil, de 2002, alude que pode argüir a causa suspensiva: parentes em linha reta de um dos nubentes que pode ser consanguíneos ou afins; colaterais em segundo grau que pode ser consanguíneo ou afins.

2.8 Anulabilidade do Casamento

As hipóteses de anulabilidade estão prevista no artigo 1.550, do Código Civil, de 2002, no qual descreve que:

Art. 1.550. É anulável o casamento:

- I - de quem não completou a idade mínima para casar;
- II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;
- III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;
- IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;
- V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;
- VI - por incompetência da autoridade celebrante.

Parágrafo único. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

O referido dispositivo disciplina que é anulável o casamento: de quem não completou a idade núbil (16 anos), salvo as duas hipóteses do artigo 1.551 do referido código; do menor com a idade núbil, mas que não tenha autorização do representante legal; por vício de vontade; do incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco o seu consentimento; realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; por incompetência territorial da autoridade.

O artigo 1.552, do Código Civil, de 2002, relata os legitimados para interpor a anulação do casamento, sendo: o próprio cônjuge; o representante legal; seus ascendentes.

Ressalta-se que caso alguém case com um transexual sem saber, pode acontecer à anulação por erro essencial quanto à pessoa. Complementa-se que a Certidão de nascimento de um transexual não há qualquer informação a esse respeito, logo, não há como uma pessoa descobrir documentalmente se ela é ou não transexual.

2.9 Prazo para Anular o Casamento

Em linhas gerais, o artigo 1.560, do Código Civil, de 2002, determina que:

Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de:

I - cento e oitenta dias, no caso do inciso IV do art. 1.550;

II - dois anos, se incompetente a autoridade celebrante;

III - três anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557;

IV - quatro anos, se houver coação.

§ 1º Extingue-se, em cento e oitenta dias, o direito de anular o casamento dos menores de dezesseis anos, contado o prazo para o menor do dia em que fez essa idade; e da data do casamento, para seus representantes legais ou ascendentes.

§ 2º Na hipótese do inciso V do art. 1.550, o prazo para anulação do casamento é de cento e oitenta dias, a partir da data em que o mandante tiver conhecimento da celebração.

O citado artigo estabelece os seguintes prazos para a anulação do casamento: 180 dias no caso da pessoa incapaz de expressar o consentimento; 2 anos para a incompetência territorial da autoridade que celebra; 3 anos aos erros essenciais sobre a pessoa do cônjuge, conforme o artigo 1557, do Código Civil, de 2002; 4 anos se houver coação.

Observa-se que o artigo 1.561, do Código Civil, de 2002, descreve que o casamento putativo de boa-fé é inválido, todavia ele produz todos os seus efeitos até a sentença judicial anulatória.

2.10 Deveres dos Casados

O artigo 1.566, do Código Civil, de 2002, determina os deveres dos cônjuges que são: a fidelidade recíproca; a vida em comum, no domicílio conjugal; a mútua assistência; o sustento, a guarda e a educação dos filhos; o respeito e a consideração mútuos.

A quebra da fidelidade não necessariamente precisa ser por meio da conjunção carnal, pois é admitida, atualmente, a infidelidade virtual.

A coabitação era morar no mesmo teto e ter relação sexual; na atualidade, o cônjuge não basicamente precisa morar na mesma casa com o outro. A relação sexual deve acontecer com o consentimento dos dois.

A mútua assistência é basicamente assistência patrimonial, ajuda econômica, e moral, ajuda psicológica, entres os casados.

O respeito e a consideração mútuos é o comportamento de acordo com a moral, com a ética, com a dignidade humana entre os cônjuges.

2.11 Regime de Bens

2.11.1 Conceito de Regime de Bens

Para Tartuce (2013, p. 1105):

O regime matrimonial de bens pode ser conceituado como sendo o conjunto de regras de ordem privada relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar. O CC/2002 traz, entre os seus arts. 1.639 a 1.688, as regras relacionadas

ao casamento, mas que também podem ser aplicadas a outras entidades familiares, caso da união estável.

Em outras palavras, o regime de bens consiste em regras relativas ao patrimônio dos cônjuges na circunstância do casamento. A previsão legal sobre esse assunto está disciplinada nos artigos 1.639 a 1.688, do Código Civil, de 2002. Essas regras são aplicadas ao casamento e também a união estável.

2.11.2 Princípios dos Regimes de Bens

2.11.2.1 Liberdade de Escolha

Em regra, todos são livres para escolher o regime de bens. Essa escolha é realizada através de um instrumento especial denominado de Pacto Antenupcial.

O artigo 1.653 descreve sobre a nulidade e sobre a ineficácia do Pacto Antenupcial. É absolutamente nulo o Pacto que não for realizado por escritura pública. O Pacto é ineficaz se não houver casamento.

Em aspectos gerais, não havendo o Pacto Antenupcial ou caso este tenha algum defeito, o regime que será adotado no regime de bens é o de comunhão parcial de bens. Excepcionalmente, há uma mitigação a liberdade de escolha na qual a lei estabelece a obrigatoriedade da separação de bens, conforme o artigo 1.641, do Código Civil, de 2002.

2.11.2.2 Variabilidade

Há vários regimes de bens, nesse caso, os noivos são quem escolher, conforme a legislação vigente. Complementa-se que é possível a escolha de um regime híbrido.

2.11.2.3 Mutabilidade

Pode haver a mudança no regime bens, conforme o artigo 1.639, parágrafo segundo, do Código Civil, de 2002. Os requisitos são: autorização judicial, motivação do pedido por ambos os conjugues e não violação a direitos de terceiros.

O Supremo Tribunal de Justiça – STJ, analisando o artigo 2.035 e o 2.039, entendeu que é possível uma pessoa que se casou na vigência do Código Civil, de 1916, mudar de regime de bens que está disciplinado no Código Civil, de 2002,

visto que nada impede que ocorra essa mudança. Ressalva-se que para os casados que desejarem continuar com o regime anterior é assegurado a esse com base na lei da época (Código Civil, de 1916).

2.11.3 Espécies de Regimes de Bens

São espécies de regime de bens: a Comunhão Parcial, a Comunhão Universal, a Separação Convencional, a Separação Obrigatória e a Participação nos Aquestos.

2.12 Dissolução do Casamento

O casamento é um contrato passageiro, temporário, pois ele se origina, desenvolve-se e termina. A dissolução do casamento se dá: pela morte de um dos cônjuges; pela nulidade ou anulabilidade do casamento; pela separação; ou pelo divórcio (conforme o artigo 1.571, do Código Civil, de 2002).

A Emenda Constitucional 66 de 2010 retirou todos os prazos mínimos para a dissolução do casamento e também retirou a palavras “separação” deixando apenas: a palavra “divórcio”.

O posicionamento majoritário é que a separação foi extinta do ordenamento jurídico. Porém minoritariamente é defendido que a separação continua no Direito brasileiro.

2.13 Separação

2.13.1 Conceito de Separação

Conforme o artigo 1.571, do Código Civil, de 2002, a separação põe fim à sociedade conjugal, todavia o vínculo matrimonial continua. Este (vínculo matrimonial) só é dissociado através do divórcio. Nesse caso, percebe-se que uma pessoa separada não poderá casar com outra, pois o vínculo conjugal persiste.

Ressalta-se que a pessoa separada pode ter uma união estável com outra pessoa, mas não pode se casar novamente.

Observa-se que o separado pode voltar o casamento. Dessa forma, as partes devem informa ao juiz que o casamento foi retomado. Nesse caso, os efeitos da volta do casamento são *Ex Nunc*, ou seja, não retroagem.

Conforme o artigo 1.576, do Código Civil, de 2002, a dissolução da sociedade conjugal significa basicamente: a não coabitação, a não fidelidade recíproca, ao não regime de bens.

2.13.2 Espécies de Separação

2.13.2.1 Judicial

A separação judicial pode ser consensual e litigiosa. Esta é a que tem conflito, lide, litúgio, em que ela acontece, conforme o artigo 1.572, do Código Civil, de 2002: quando um dos cônjuges viole algum dos deveres conjugal e essa violação deixe a vida em comum insuportável; quando provar a ruptura da vida familiar e que ela não tenha mais possibilidade de reconstituição; quando um dos cônjuges estiver doença mental grave, em que seja manifestada após o casamento e que torne impossível a continuidade da vida em comum.

A separação judicial consensual está disciplinada no artigo 1.574, do Código Civil, de 2002, na qual determina que deve haver o mútuo consentimento manifestado perante o juiz natural. Essa petição deve ter regras sobre a guarda de filho e o regime de visita, conforme a Lei 11.112, de 2005.

2.13.2.2 Extrajudicial

A Separação Extrajudicial nasceu com a Lei 11.441, de 2007. Ela (Separação Extrajudicial) é composta por requisitos, sendo eles: que todos os envolvidos sejam maiores e capazes; que haja consenso por parte de todos; que esteja presente um ou dois advogados; que seja realizada em Cartório, não sendo obrigatória a presença do Ministério público; que na Escritura Pública haja discriminado a divisão dos bens, a pensão alimentícia e a alteração do nome. Complementa-se que é possível o pedido da gratuidade.

2.14 Divórcio

É o meio de dissolução do casamento que põe fim ao vínculo matrimonial. Este (fim do vínculo matrimonial) só acontece em caso de morte ou do divórcio.

Conforme o artigo 1.581, do Código Civil, de 2002, interpretado a luz da Constituição Federal, de 1988, pode se casar num dia e se divorciar no outro, por exemplo. Observa-se que não é mais necessário respeitar o prazo de um ano.

O artigo 1.582, do Código Civil, de 2002, determina os legitimados para requerer o divórcio, sendo, em regra: o cônjuge. Excepcionalmente, em caso de incapacidade do cônjuge, são legitimados: o curador, o ascendente ou o irmão.

2.15 União Estável

Analisando-se o artigo 1.723, do Código Civil, de 2002, a luz do artigo 226, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, de 1988, entende-se que a união estável consiste na entidade familiar entre pessoas naturais que visa constituir família. Ela (união estável) é configurada pela convivência pública, contínua e duradoura. Dessa forma, são requisitos para a configuração da união estável: a entidade familiar; a convivência pública, contínua e duradoura; e a objetivação da constituição de uma família.

Observa-se que antes de 1988 para formar família, entidade familiar, só era possível através do casamento. Atualmente, vigora a pluralidade das entidades familiares, conforme o artigo 266, da Constituição Federal, de 1988.

Ressalta-se que a família expressa no artigo 266, da Constituição Cidadã, de 1988, são: casamento; união estável; e a monoparental. Já doutrina estabelece além das citadas as: família homoafetiva, anaparental, singulares, entre outras.

No ano de 2008, o Supremo Tribunal de Justiça - STJ entendeu que as regras aplicadas a união estável pode ser aplicada a união homoafetiva. Essa aplicação é de forma análoga (analogia jurídica). Atualmente, a união homoafetiva é entidade familiar.

Vale ressaltar que na união estável não há prazo mínimo para comprová-la, não necessariamente o companheiro precisa morar juntos e ainda não precisa ter filhos.

Os deveres pessoais da união estável, conforme o artigo 1.724, do Código Civil, de 2002, são: a lealdade, o respeito, a assistência, a guarda, o sustento e a educação dos filhos. Já os deveres do casamento estão previstos, conforme já mencionado, no artigo 1.566, do Código Civil, de 2002.

Completa-se que o artigo 1.725, do Código Civil, de 2002, determina que é possível a aplicação, no que couber, as regras relativas a união estável ao regime da comunhão parcial de bens.

2.16 Concubinato

Conforme o artigo 1.727, do Código Civil, de 2002, o concubinato consiste em uma relação de não eventualidade entre duas pessoas impedidas de casar. É importante saber que a união estável pode ser convertida em casamento, porém no concubinato não aceita essa conversão.

2.17 Casamento de Homoafetiva

Em 2008, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de pessoas homoafetiva vir a viver em união estável. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, determina no artigo 226, parágrafo terceiro, que: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Segundo Tartuce (2013, p. 1181), embasado em Maria Berenice Dias, alude que a:

2.^a Corrente – Afirma expressamente que a união homoafetiva é entidade familiar que deve ser equiparada à união estável. Desse modo, há direito a alimentos, direitos sucessórios e direito à meação, aplicando-se, por analogia as mesmas regras da união estável. Essa corrente é encabeçada pela jurista Maria Berenice Dias, que utiliza os seguintes argumentos fundamentais para sua tese: a) o rol constitucional de família constante do art. 226 da CF/1988 não é exaustivo ou taxativo, mas meramente exemplificativo, b) A CF/1988, pelo seu caráter pluralista, consagra uma cláusula geral de inclusão e não de exclusão; c) o princípio norteador da Constituição é a dignidade humana, primado na igualdade e na liberdade, o que leva ao reconhecimento de direitos ao cidadão sem qualquer discriminação ou preconceito; d) desrespeitar o ser humano em função de sua orientação sexual significa dar um tratamento indigno à pessoa; e) o direito à sexualidade constitui um direito fundamental do ser humano. Essa corrente é claramente a

tendência entre os estudiosos do Direito de Família, prevalecendo de forma esmagadora entre os juristas que compõem o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

A união homoafetiva é entidade familiar em que se equipara analogicamente a união estável. Nesse caso, deve haver aos homoafetivos direitos relativos a alimentos, a sucessão, a meação, entre outros. O rol previsto no artigo 226, da Constituição Federal, de 1988, é exemplificativo no qual é admitido outras hipóteses. O princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade são dispositivos fundamentais em que devem ser sempre observado. Não pode haver qualquer tipo de desrespeito ou de discriminação, visto que vivemos em um Estado Democrático de Direito. Cada um é livre para escolher a sua opção sexual. Completa-se que Maria Berenice Dias é a principal defensora dessas informações, explicações e argumentos.

Analisando-se o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça e o que disciplina a Constituição Federal de 1988, constata-se que é possível a relação entre o casal homoafetivo ser reconhecida como união estável e conseqüentemente se casarem (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF).

No mesmo raciocínio a V Jornada de Direito Civil, no Enunciado n. 526, de 2011, determina: “é possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação”.

A expressão “entre o homem e a mulher” do parágrafo terceiro, do artigo 226, da Constituição Federal, de 1988, sofreu mutação constitucional no qual o novo sentido é “entre pessoas naturais”. A mutação constitucional é a mudança informal do sentido de determinada expressão do texto constitucional.

A jurisprudência atual concede habilitação para um casal homoafetivo se casar. Já existe em Estado da Federação Provimentos que concede habilitação ou conversão do casal homoafetiva em casamento.

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ determinou no ano de 2013 que nenhum Cartório pode recusar o registro do casamento de casal homoafetivo (Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013).

Há outros direitos reconhecidos ao casal homoafetivo, por exemplo, direitos previdenciários (REsp 1.026.981-RJ), adoção por casal homoafetivo (REsp 889.852-RS), entre outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O casamento é um contrato especial em que duas pessoas naturais constituem uma família para viver “para toda a vida”. O casamento é conforme um argumento ideal “para sempre”. Todavia, segundo a legislação vigente, ele pode ser dissolvido a qualquer tempo.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, disciplina sobre o casamento no artigo 226. Já o Código Civil, de 2002, descreve sobre o casamento basicamente entre os artigos 1.511 até 1.582.

Ao analisar a Constituição Cidadã, de 1988, e o Código Civil, de 2002, é fundamental estudar as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal de Justiça.

Sendo assim, com base em princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a autonomia da vontade, há constitucionalmente e infraconstitucionalmente a possibilidade do casamento entre pessoas naturais de sexo diferentes como também entre pessoas naturais de mesmo sexo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de março de 2014.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 de março de 2014.

_____. **Lei 11.112**, de 13 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11112.htm>. Acesso em: 08 de março de 2014.

_____. **Lei 11.441**, de 4 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm>. Acesso em: 08 de março de 2014.

Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/849523/recurso-especial-resp-820475-rj-2006-0034525-4>. Acesso em: 08 de março de 2014.

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24686-resolucao-que-disciplina-a-atuacao-dos-cartorios-no-casamento-gay-entra-em-vigor-amanha>. Acesso em: 08 de março de 2014.

Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>. Acesso em: 08 de março de 2014.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>. Acesso em: 08 de março de 2014.

Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165773/recurso-especial-resp-1026981-rj-2008-0025171-7>. Acesso em: 08 de março de 2014.

Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/voto-16839766>. Acesso em: 08 de março de 2014.

Disponível em: <http://www.altosestudios.com.br/?p=49033>. Acesso em: 08 de março de 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 3. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL: O PLANEJAMENTO FAMILIAR SOB A ÓPTICA DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Francisco de Assis Toscano de Brito Junior
Eliphaz Neto Palitot Toscano
Francisco de Assis Toscano de Brito
Annais Moraes de Moraes

Resumo: O estudo em questão tem como objetivo ampliar discussão teórica com intuito de delinear e instaurar reflexões sobre o Planejamento Familiar que abordem a Ética, a Bioética e o Biodireito, concebendo aproximações axiológicas no campo das Ciências Jurídicas. Neste intuito é importante destacar aspectos teóricos e conceituais que possibilitem interrelação entre estas três esferas (Ética, Bioética e Biodireito) e sua tangência e manifestação no que concerne à assistência familiar, no tocante ao planejamento familiar. A metodologia utilizada no presente artigo foi o da revisão da literatura tendo como fontes de pesquisa as leituras de textos jurídicos, livros referentes à Bioética e o Biodireito e relatórios oficiais que tratem sobre planejamento familiar como um direito reprodutivo, assegurado constitucionalmente. Nas consultas em bases de dados eletrônicos indexos e lista de referência dos artigos identificados utilizou-se como descritores: bioética, biodireito, planejamento familiar. Observou-se ao longo deste trabalho que o Planejamento Familiar fortalece-se a cada dia relacionado às questões norteadoras da Bioética e do Biodireito, contudo não se tem a intenção de esgotar a discussão acerca do tema, mas sim o propósito claro de trazer ao meio acadêmico e jurídico o problema, para uma melhor reflexão e compreensão do mesmo.

Palavras-chaves: Planejamento familiar; Bioética; Biodireito

Abstract: This study aims to extend theoretical discussion to delineate and establish Reflections on Family Planning addressing Ethics, Bioethics and Biolaw conceiving axiological approaches in the field of Legal Sciences. To this end it is important to highlight theoretical and conceptual aspects that enable interrelationship between these three spheres (Ethics , Bioethics and Biolaw) and tangent and their manifestation in regard to family assistance , in relation to family planning. The methodology used in this article was to review the literature having

as source the readings of legal texts, books relating to bioethics and Biolaw and official reports addressing family planning as a reproductive right, constitutionally guaranteed. In consultations indexes electronic data bases and reference lists of identified articles was used as descriptors: bioethics, biolaw, family planning. It was observed throughout this work that Family Planning is strengthened every day related to the guiding questions of bioethics and Biolaw , yet does not intend to exhaust the discussion on the subject , but the clear purpose of bringing in half academic and legal problem , for better reflection and understanding of it.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca realizar uma reflexão a respeito da importância do Planejamento Familiar sob a luz do Direito Civil, Direito Constitucional, Bioética e Biodireito. Ressaltando-se que os aspectos envolvidas na temática em tela são bastante complexas, pois carrega em si aspectos que vão desde a Genética até o Direito, passando pela Psicologia, pela Demografia e até pela História, sem esquecer, sobretudo, a relação com a Bioética, entendida, em última análise, como a Ética da Vida.

Historicamente é perceptível que a família sofreu alterações, adaptando-se às exigências da vida moderna. A principal mudança vem acontecendo desde o século XX, sobretudo, graças ao avanço dos direitos das mulheres e sua recolocação quanto à família e à sociedade em geral, pois passam a exercer atividades que agregam poder, como: participação política efetiva (votante e representante, por exemplo), inserção no mercado de trabalho, e, portanto, em suma, passaram a ocupar com mais frequência posições importantes.

assis_junior_@hotm.com. Bacharel em Direito, pós-graduando em Direito Civil, processo civil e direito do consumidor
netotoscano@hotmail.com, Graduando em Direito - UFPB, Bolsista PIBIC/UFPB; membro do Grupo de Pesquisa Justiça e Política.
fatoscano@yahoo.com.br , Bacharel em Direito, Mestre em Serviço Social/UFPB.
annaismmm@gmail.com Graduanda em Direito – UFPB.

A realidade familiar sofreu grande alteração, visto que à mulher não cabe mais o papel a ela concebido anteriormente, o qual era de ser a “rainha do lar”, cuidando integralmente dos filhos e do marido e não possuindo liberdade para se desenvolver afetiva, intelectual e laboralmente. Constata-se, pois, que há a valorização das mulheres e, em consentâneo com as mudanças de paradigmas ocorridas no século XX, mais precisamente no pós-Segunda Guerra, há a valorização do ser humano e, sobretudo, de sua dignidade, a qual vincula, entre outros valores relevantes, o da autodeterminação, ou seja, a liberdade de cada indivíduo determinar-se em todos os sentidos da vida, apenas, resumidamente, com a limitação de não poder utilizar da sua liberdade para dispor da sua dignidade humana, pois feriria dois caracteres básicos dos Direitos Humanos: a indisponibilidade e a indissociabilidade dos referidos direitos.

Os divórcios e as famílias monoparentais (formadas por apenas um dos pais e seus filhos) passam a ser então realidades frequentes, e, mais além, passa-se a compreender a família não mais de forma estática, com um tipo de modelo pronto, acabado e correto, mas a ser entendida na sua complexidade, na sua diversidade.¹ Assim sendo, considera-se, hodiernamente, como entidade familiar as mais diversas formações, como: as constituídas por avós e netos, tios e sobrinhos e, como grande marco recente, a família formada por pessoas homoafetivas, como decidiu em 2011 o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4277 em conjunto com a ADPF 132.

Reconhecendo esta nova realidade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) protege as famílias em geral (tanto o estilo tradicional como os novos modelos). Assim sendo, ao tratar da família e suas formas de constituí-la, o artigo 226, § 7º da CF/88 determina:

Fundado no princípio 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, formada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.²

¹ PALITOT, M.D., MENDONÇA, O.L. **Reflexão sobre a influência da separação dos pais na aprendizagem e no comportamento escolar dos filhos**. P. 125-153.

O trabalho que ora apresentamos tem, portanto, como objetivo ampliar discussão teórica com intuito de delinear e instaurar reflexões sobre o Planejamento Familiar que abordem a Ética, a Bioética e o Biodireito, concebendo aproximações axiológicas no campo das Ciências Jurídicas. Neste intuito é importante destacar aspectos teóricos e conceituais que possibilitem interrelação entre estas três esferas (Ética, Bioética e Biodireito) e sua tangência e manifestação no que concerne à assistência familiar, no tocante ao planejamento familiar.

A metodologia utilizada no presente artigo foi o da revisão da literatura tendo como fontes de pesquisa as leituras de textos jurídicos, livros referentes à Bioética e o Biodireito e relatórios oficiais que tratem sobre planejamento familiar como um direito reprodutivo, assegurado constitucionalmente. Nas consultas em bases de dados eletrônicos indexos e lista de referência dos artigos identificados utilizaram-se como descritores, na língua portuguesa os descritores: “bioética”, “biodireito”, “planejamento familiar”.

2.1 PLANEJAMENTO FAMILIAR NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL

A constitucionalização do Direito Civil representa uma nova sistematização deste ramo do direito, com uma nova interpretação dos Códigos à luz da axiologia da Constituição, de modo a restaurar a unidade do sistema jurídico. A Constituição Federal ascendeu e se transformou em diploma consagrador dos direitos fundamentais e instrumentos de dirigismo Estatal, representa a parte predominante dessa transformação, ou seja, um Direito Civil que se percebe por meio das lentes do Direito Constitucional. Logo, a Carta Magna tem função de filtro axiológico por onde dar-se a leitura do Direito Civil, esse imantando, nessa axiologia, a realizar os valores da pessoa humana, insuflado por interesses existenciais.³

²BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Desse modo, princípios importantes como o princípio da solidariedade social, da isonomia e da dignidade da pessoa humana passam a constar no rol de preceitos inerentes ao Direito Civil, causando-lhe, uma nova significação, a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais.

Os princípios do Planejamento Familiar advêm, precipuamente, do Direito Constitucional, através da nossa Carta Magna (art. 226, § 7º). O Código Civil brasileiro, seguindo a moderna tendência de constitucionalização, abarcou a garantia prevista no dispositivo acima citado em seu art. 1565, §2º, exposto abaixo:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.⁴

O planejamento familiar é tido como um assunto de tamanha grandeza que se faz imprescindível para o casal a utilização da ética, da moral, maturidade e religião. Por esse motivo, a legislação submete o Planejamento familiar à livre decisão do casal, porém deve ser orientado pelo princípio da paternidade responsável, por força da norma constitucional já mencionada, que obriga o Estado a ter o ônus de estabelecer programas educacionais e assistenciais nesse campo, propiciando os recursos financeiros necessários.⁵

Então, sendo o planejamento familiar garantia dada ao cidadão, estando incluso dentre os direitos fundamentais, não se podendo negar-lhe aplicação do regime da eficácia jurídica reforçada de que são dotados tais direitos, elementos que devem ser associados aos princípios da integridade física e da dignidade da pessoa humana, isso sem levar em conta os princípios da liberdade e da igualdade.

⁴BRASIL, 1997. **Lei Ordinária nº 9263** de 12 de janeiro de 1996. Regula o parágrafo 7 do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Partes vetadas correspondentes aos artigos 10, 11, 14 e 15. DOU. Brasília, 1997 ago. 20:17989; col. 1.

⁵ BARBOZA H.H **Bioética x Biodireito**: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA. H.H.: BARRETO. V.P. (Org.) **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Logo, o planejamento familiar, não pode ser reduzido, pois é um direito fundamental, sendo assim, é conferido uma eficácia reforçada em sua aplicabilidade, dado que os direitos fundamentais, considerados em seu sentido amplo, ainda que não tenham sua intangibilidade expressamente assegurada, afiguram-se como pontos indissociáveis da própria condição de subsistência da Carta Magna.

2.2 O PLANEJAMENTO FAMILIAR: Lei 9.263/96.

A Política do Planejamento Familiar baseia-se num controle de fecundidade que respeita a vontade dos pais. Inovando, a Constituição Federal de 1988 cuidou deste planejamento no art. 226, caput, o qual dispõe que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, reconhecendo a primordial relevância do instituto família para a sociedade. O texto da Carta Magna brasileira consagra a ela a proteção Estatal.

A Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, veio normatizar esse planejamento. O art. 2º define o planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole, pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Vale ressaltar que a letra da lei não acompanha com rigor o desenvolvimento hermenêutico constitucional tanto da doutrina quanto da jurisprudência corrente, por isso, reitere-se que o conceito de família ora adotado possui semântica extensa, não se resumindo, pois, ao modelo tradicional de família, o qual seria um casal formado por um homem e uma mulher.

Condizente com o exposto no art. 226, § 5º da Norma Fundamental Brasileira, que relata: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, a supracitada lei não considera o planejamento como um privilégio do consenso do casal, mas sim uma decisão individual de cada ser. Isso se faz certo porque, ainda nesta mesma lei se encontra um dispositivo – o art. 9º – em que o legislador teve o cuidado de inserir, para garantir o exercício deste planejamento, que seja oferecido todos os métodos contraceptivos cientificamente aceitos, desde que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantindo a liberdade de opção.⁶

Dentro de uma visão de atendimento global à saúde, o Estado deve se preocupar com as ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, cabendo ao SUS (Sistema Único de Saúde), em todos os níveis, instituir e manter os programas essenciais que cumpram esta finalidade: pré-natal, parto, controle das doenças sexualmente transmissíveis, controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, de acordo com a Lei 9.263.

Além disso, com a colaboração de toda a sociedade, devem promover ações preventivas e educativas que possibilitem o acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. Para fins de planejamento familiar são válidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção legais e cientificamente aceitas desde que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas e lhes garanta a liberdade de opção.

Para regulamentar estes métodos e técnicas foram concebidas normas legais que pretendem garantir a dignidade do ser humano, a sua plena liberdade, o exercício sadio e regular do direito ao planejamento familiar. A previsão de penas e sanções não é o fim da norma, mas o meio de que se vale o legislador para obrigar o seu cumprimento.

Neste prisma, cabe ao consciente profissional da saúde, na linha de atuação ética e legal, precaver-se em relação às responsabilidades que podem pesar sobre os seus ombros pelo não cumprimento dos comandos legais. Pois, não são raros os casos de pessoas que se arrependem de ter se submetido a cirurgias de esterilização ou que, por outros motivos, até mesmo financeiros, acabem levando ao conhecimento das autoridades públicas a prática de atos que comprometem o médico ou as instituições que lhes atenderam.

Conhecer os direitos e deveres de cada um é o primeiro passo para um procedimento correto onde todos ganham: pacientes, prole, médicos, instituições de saúde, e mesmo a justiça.

⁶GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

Faz-se mister ressaltar, que a assistência em Planejamento Familiar está fundamentada nos direitos à privacidade e à liberdade para a decisão sobre a prática do planejamento familiar e escolha do método que se deseja adotar, mediante acesso à informação correta e completa. Assim, todo usuário inscrito no Programa de Planejamento Familiar terá acesso ao método escolhido, por meio de distribuição regular dos mesmos na Unidade de Saúde onde recebe a assistência e acompanhamento.

Diante desta responsabilidade com a sociedade, a Lei Ordinária 9.263 precisa, sobretudo, conscientizar os indivíduos da importância de adequar o número de descendentes à sua realidade (social, econômica, familiar etc.), pois se entende que mais importante do que procriar é poder proporcionar um adequado desenvolvimento aos integrantes da família. Para tanto, cabe ao Estado e as instituições responsáveis proporcionarem o conhecimento às famílias dos saberes que englobam o Planejamento Familiar.

Ainda segundo a referida Lei, as instâncias gestoras do SUS, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas, obrigam-se a garantir, em sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, na totalidade dos seus ciclos vitais.

O Planejamento Familiar, assim, faz parte de um contexto em que o ser humano assume, voluntária e conscientemente, o comando de seu destino e a responsabilidade por ele. Portanto, mostra-se fundamenta tal planejamento, pois possibilita às pessoas o conhecimento das formas que existem para que se constitua uma família, sendo assim, dá mais liberdade e opções aos indivíduos, podendo eles formar seus núcleos familiares de forma mais adequada às suas próprias realidades, conveniência e vontade.

2.2 A BIOÉTICA - O BIODIREITO E O PLANEJAMENTO FAMILIAR

As mudanças sociais decorrentes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas e da preservação da dignidade da pessoa humana, apontadas na Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948), fizeram surgir um novo foco de preocupação: o limite ético para a pesquisa e a aplicação tecnológica de tais descobertas, isto é, que dimensões morais e sociais são aceitas pela sociedade.

Além disso, essas mudanças obrigaram o Direito a criar regras de conduta que reflitam o anseio social de modo a coibir possíveis abusos que possam vir a serem praticados.

Assim, cabe ao Direito criar regras de conduta que conciliem a liberdade individual com a convivência do grupo, de modo a possibilitar o acesso de todos aos recursos disponíveis àquela sociedade, sendo necessário na busca deste equilíbrio respeitar as aspirações de cada um, bem como possibilitar o desenvolvimento de suas aptidões a fim de que seja preservada a personalidade da pessoa humana, que é o substrato da sociedade.

As inúmeras descobertas científicas, tais como: clonagem, inseminação artificial e alimentos transgênicos, causaram profundas alterações na vida em sociedade, surgindo daí uma série de questionamentos individuais e coletivos, que fizeram o Direito vislumbrar a necessidade de um disciplinamento destas experiências em face do princípio à vida, regulados não só pelo Direito, como também pela Ética, originando, assim, as disciplinas denominadas Bioética e Biodireito.

Da fusão da ética com a ciência da vida, que objetiva estudar de forma multidisciplinar os reflexos do comportamento humano ante ao progresso das ciências da saúde, surgiu um novo ramo da Ética - a Bioética, voltada para moralidade incidente na ciência da vida, procurando definir o que é lícito, científico ou tecnicamente possível, de maneira prática, não se preocupando apenas com o que é bom ou mau, mas no agir bem, de forma correta. Segundo Sá (1999) o termo "Bioética" foi criado na década de 1970 pelo oncólogo Van Renssealer Potter, que o empregou em seu artigo *The science of survival* e no ano seguinte, no seu livro *Bioethics brigde to the future*.

Posteriormente, foram formulados os seguintes princípios gerais norteadores da Bioética e do Biodireito: o princípio da autonomia do consentimento informado, da beneficência-não-maleficência, da justiça e da sacralidade da vida humana-dignidade da pessoa humana.

O princípio da autonomia é entendido como:

[...]a capacidade de autogoverno do homem, de tomar suas próprias decisões, de o cientista saber ponderar, avaliar e decidir sobre qual

método ou qual rumo deve dar a suas pesquisas para atingir os fins desejados, sobre o delineamento dos valores morais aceitos e de o paciente se sujeitar àquelas experiências, ser objeto de estudo, utilizar uma nova droga em fase de testes, por exemplo. O centro das decisões deve deixar de ser apenas o médico, e passar a ser o médico em conjunto com o paciente, relativizando as relações existentes entre os sujeitos participantes [...].⁷

O princípio supracitado está diretamente relacionado ao livre consentimento do paciente, tendo em vista que este deve ser sempre informado; ou seja, o sujeito tem a liberdade de fazer o que quiser, mas, para que esta liberdade seja plena, é necessário oferecer a completa informação para que o consentimento, de fato, seja consciente e livre. Este princípio é considerado o principal da Bioética, pois os outros estão, de alguma forma, vinculados a ele.⁸

Para os juristas Varella et all, o princípio da beneficência está intimamente ligado ao juramento de Hipócrates, o qual afirma: "aplicarei os regimes para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, e nunca para prejudicar ou fazer o mal a quem quer que seja", significando "a ponderação entre riscos e benefícios, tanto atuais como potenciais, individuais ou coletivos, comprometendo-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos [...]" (⁶, op. cit., pág. 7).

Este princípio também é identificado por princípio da não-maleficência, uma vez que ordena aos médicos e cientistas que se isentem de qualquer atividade que venha, ou possa vir, a causar um mal despropositado ao paciente. Buscando, assim, proibir condutas que, apesar de poderem gerar algum conhecimento novo ou alguma descoberta revolucionária sejam igualmente capazes de gerar algum malefício ao paciente.

⁷VARELLA, M.D. FONTES, E. ROCHA, F.G. **Biosegurança e Biodiversidade:** contexto científico regulamentar. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

⁸ALMEIDA, A.M. **Bioética e Biodireito.** Rio de Janeiro: Ed. Lumens Júris, 2000.

Segundo o princípio da sacralidade da vida e dignidade da pessoa humana, a vida humana deve ser sempre respeitada e protegida contra agressões indevidas. Trata-se de se respeitara vida, decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual considera o ser humano como valor em si mesmo.

O princípio da sacralidade da vida humana e da dignidade da pessoa humana são:

[...] os principais norteadores da bioética, na medida em que consideram a vida como sagrada e inviolável. Não se justificando a causa do sofrimento e da dor desnecessária, a imputação de um ônus superior ao que a pessoa possa suportar, ainda que, por decisão sua mesmo para a realização de pesquisas ou qualquer atividade científica. Busca então combater a visão do homem como objeto, como uma 'coisa', a favor da compreensão da vida humana como algo sagrado, intangível. [...] ⁹

Assim sendo, qualquer conduta que termine por transformar, ou equiparar, o ser humano em um simples objeto estará atentando contra a dignidade intrínseca de todos os seres humanos, devendo ser coibida, mesmo que conte com a concordância da vontade autônoma da pessoa.

O princípio da justiça divide-se em três questões básicas: 1) o ônus do encargo da pesquisa científica; 2) a aplicação dos recursos destinados à pesquisa; e 3) a destinação dos resultados práticos obtidos destas pesquisas. ¹⁰

A respeito do primeiro ponto, todos os membros da sociedade devem, de forma igualitária, e na medida de suas forças, arcar com o ônus da manutenção das pesquisas e da aplicação dos resultados. Já o segundo afirma que este princípio implica em uma "[...] distribuição justa e equitativa dos recursos financeiros e técnicos da atividade científica e dos serviços de saúde" ⁶ não só para a solução dos problemas do primeiro mundo, mas também para a busca de soluções para problemas típicos dos países subdesenvolvidos.

E por fim, a terceira questão preconiza o fato da ciência dever ser aplicada de forma igual para todos os membros da espécie humana, não devendo existir distinção em função de classe social, ou capacidade econômica daquele que necessita de tratamento médico.

Para inúmeros autores a Bioética seria um estágio inicial, anterior ao

Biodireito, ao mesmo tempo em que estaria ao lado deste, na busca da adequação da legislação relacionada à matéria às realidades e necessidades práticas.

O papel do Biodireito seria, portanto, a positivação jurídica de permissões de ser entendido, também, no sentido de abranger todo o conjunto de regras jurídicas já positivadas e voltadas a impor -ou proibir- uma conduta médico-científica e que sujeitem seus infratores às sanções por elas previstas.

Desta maneira, pode-se dizer de forma mais concisa que Biodireito é o conjunto de leis positivas que visam estabelecer a obrigatoriedade de observância dos mandamentos bioéticos, e, ao mesmo tempo, é a discussão sobre a adequação - sobre a necessidade de ampliação ou restrição- desta legislação.

A transdisciplinaridade do Biodireito denota a necessidade de se considerar o fato como um todo, não particularizando cada etapa, visto que os princípios fundamentais devem constituir toda a estrutura baseados na filosofia de vida. Até que o Biodireito surgisse, a Bioética procurava solucionar as questões existentes entre os seres humanos e o ecossistema, num primeiro momento e, posteriormente, analisar os problemas éticos dos pacientes, de médicos e de todos os envolvidos na assistência médica e pesquisas científicas relacionadas com o início, a continuação e o fim da vida, como a engenharia genética, os transplantes de órgãos, a reprodução humana assistida, os direitos dos pacientes terminais, morte encefálica, eutanásia, dentre outros fenômenos.

As situações criadas por estas novas formas de comportamento e tecnologias obrigam o Direito a se mais do que criar normas regulamentadoras da vida privada, aprofundar os estudos e viabilizar uma legislação útil aos anseios de uma sociedade em constante desenvolvimento e transformação. É certo que a esfera da vida privada dos cidadãos não está a cargo do Estado, mas é necessário impor determinados limites para não haver exacerbação de direitos, violando o espaço de terceiros.

⁹ VARELLA, M.D. FONTES, E. ROCHA, F.G. **Biosegurança e Biodiversidade:** contexto científico regulamentar. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

¹⁰ ALMEIDA, A.M. **Bioética e Biodireito.** Rio de Janeiro: Ed. Lumens Júris, 2000.

O princípio norteador da discussão sobre os avanços da ciência biomédica é o da dignidade do ser humano, uma vez que este é o verdadeiro destinatário da ordem social e jurídica do país. Portanto, o Estado, através da sua constituição deverá delinear os princípios e regras básicas para a solução das eventuais questões emergentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o desenvolvimento de novos comportamentos sociais e os avanços na área de engenharia genética, observa-se que os paradigmas vigentes já não conseguem resolver os problemas gerados na sociedade, sendo preciso repensar o próprio modo de entender a sociedade.

Nos dias atuais é fundamental programar o crescimento da família, não apenas por questões financeiras, mas também por questões profissionais tanto do homem quanto da mulher. Assim o planejamento familiar não beneficia somente os pais, mas também as crianças, na medida em que aumenta o intervalo entre as gestações.

Contudo o Planejamento Familiar não se dá de forma aleatória, mas pautada em leis que nortearão a sua prática no intuito de proteger os pais, os filhos e a sociedade de forma geral.

O Planejamento Familiar fortalece-se então relacionado às questões norteadoras da Bioética e do Biodireito. A Bioética como uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida dos seres humanos. Hodiernamente esse conceito foi ampliado para um estudo sistemático da atitude humana dentro das ciências da vida e da saúde, quando analisada frente aos valores e princípios morais.⁷

E o Biodireito que visa “estabelecer um liame entre Direito e Bioética na observação dos princípios orientadores para preservação da vida e o respeito do homem como pessoa”⁸. Posto que, embora os avanços científicos sejam de suma importância para o desenvolvimento humano é preciso levar-se em conta *à priori* o respeito à dignidade humana e aos princípios e valores fundamentais previstos em nossa Carta Magna, sem acomodações e com coragem, para que haja efetividade

dos direitos humanos, aproveitando-se da Bioética e do Biodireito, pois estes são instrumentos valiosos para a recuperação e garantia desses direitos.

Observa-se então que a Bioética será ineficaz se não se municiar de institutos jurídicos eficientes. Nesse ponto a importância do Biodireito, que tem por finalidade a abordagem jurídica acerca dos efeitos das pesquisas biológicas. Como podemos observar, a Bioética está intimamente ligada ao Biodireito, pois enquanto aquela analisa o agir humano, este considera os resultados externos de uma ação perante o ordenamento jurídico.

O presente trabalho não tem a intenção de esgotar a discussão acerca do tema, mas sim o propósito claro de trazer ao meio acadêmico e jurídico o problema, para uma melhor reflexão e compreensão do mesmo.

⁹ SILVA, R. C. V. da. **Direito à Vida à luz da Bioética, Biodireito e Biotecnologia**. Revista do Consultor Jurídico, 2005.

¹⁰ ALMEIDA, A.M. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Júris, 2000, p. 20.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, A.M. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Júris, 2000.
- BARBOZA H.H **Bioética x Biodireito**: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA. H.H.: BARRETO. V.P. (Org.) **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRASIL, 1997. Lei Ordinária nº 9263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o parágrafo 7 do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Partes vetadas correspondentes aos artigos 10, 11, 14 e 15. DOU. Brasília, 1997 ago. 20:17989; col. 1.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- PALITOT, M.D., MENDONÇA, O.L. **Reflexão sobre a influência da separação dos pais na**

aprendizagem e no comportamento escolar dos filhos. In: MINERVINO, C.A.S.M., NÓBREGA, J.N.(Org.). Aprendizagem e emoção: estudos na infância e na adolescência. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2013, p.125-153.

PESSINI L **Os Princípios da bioética.** Breve nota histórica. In: PESSINI. L: BARCHIFONTAINE, C. P. (Org.) Fundamentos da bioética. São Paulo: Paulus, 1996, p. 53

SÁ. E. **Biodireito.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2. ed. 1999

SILVA, R. C. V. da. **Direito à Vida à luz da Bioética, Biodireito e Biotecnologia.** Revista do Consultor Jurídico, 2005.

VARELLA, M.D. FONTES, E. ROCHA, F.G. **Biosegurança e Biodiversidade:** contexto científico regulamentar. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

A NOVA FILIAÇÃO FACE AOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E CONFLITOS
JURÍDICOS DECORRENTES

Andressa Pessoa de Araújo Machado²⁶⁰
Sofia Wanderley Gayoso de Lima²⁶¹
Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa²⁶²
Robson Antão de Medeiros²⁶³

RESUMO: Este artigo analisa, em primeiro lugar, as diferentes fases de intervencionismo Estatal e religioso nas quais a entidade familiar esteve submetida até chegar aos dias de hoje, demonstrando as evoluções sofridas no conceito e função dessa entidade considerada núcleo do Estado e fazendo um estudo a cerca da nova noção de família presentes nos dias atuais. Desse modo, discute os novos meios de filiação fazendo menção direta aos meios de reprodução medicamente assistida e traz os conceitos e diferenciações entre suas duas vertentes principais, reprodução assistida homóloga e heteróloga, explicitando seus aspectos mais relevantes sociologicamente como, principalmente, discussões jurídicas geradas em cima do tema.

Palavras-chave: Família. Filiação. Reprodução Assistida. Aspectos jurídicos.

RÉSUMÉ: Cet article examine, tout d'abord, les différentes phases de l'interventionnisme de l'État et de la religion auxquelles l'entité de la famille était soumise jusqu'à nos jours, en démontrant l'évolution subi par le concept et la fonction de cette entité considérée base de l'État et en faisant une étude sur la nouvelle notion de la famille d'aujourd'hui. Ainsi, l'article examine les nouveaux moyens de filiation, en faisant référence aux moyens de reproduction médicalement

²⁶⁰ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, integrantes do INSTITUTO DE PESQUISA E EXTENSÃO PERSPECTIVAS E DESAFIOS DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL, participantes do grupo de pesquisa direcionado às investigações referentes aos métodos de reprodução medicamente assistida sob orientação da professora mestre Ana Paula Albuquerque.

²⁶¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, integrantes do INSTITUTO DE PESQUISA E EXTENSÃO PERSPECTIVAS E DESAFIOS DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL, participantes do grupo de pesquisa direcionado às investigações referentes aos métodos de reprodução medicamente assistida sob orientação da professora mestre Ana Paula Albuquerque.

²⁶² Professora do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Mestra em Ciências Jurídicas pela UFPB. Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento no PPGCJ/UFPB. Orientadora da pesquisa.

²⁶³ Professor do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Doutor em Ciências da Saúde pela UFRN. Pós-doutoramento em Direito, na Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra- Portugal. Jurídicas pela UFPB. Orientador da pesquisa.

assistée, et apporte les concepts et les différences entre ses deux axes principaux, la procréation assistée homologue et hétérologue, en soulignant ses aspects les plus pertinents sociologiquement, comme, principalement, les discussions juridiques générés sur le sujet.

Mots-clés: Famille. Filiation. Reproduction assistée. Aspects juridiques.

1.INTRODUÇÃO

A sociedade como um todo sofre constantes evoluções percebidas de maneira sutil ou não. Acontece que costumes, hábitos e qualquer outra pratica que era realizada em determinada época acreditando ser a correta acabam por sofrer modificações no decorrer de anos e aquilo que antes era visto como uma única via que deveria ser seguida, demonstrasse retrograda e até mesmo injusta e que assim o sendo é papel do direito, servindo como controlador social, se moldar a essas alterações sofridas e, então, legislar a favor de um direito, condenar abusos que possivelmente poderão ocorrer e garantir a tão sonhada ordem social.

O problema é que essas evoluções muitas vezes, e na maioria delas, acontecem de forma consideravelmente rápida e o nosso legislativo não consegue acompanhar as mudanças da maneira que se esperava. Seja por questões puramente políticas, religiosas... Podemos observar isso se analisarmos, mesmo que por cima, a questão do casamento no Brasil.

Com tamanhas transformações no núcleo interno da família, muitas outras questões foram levantadas como, por exemplo, o modelo de filiação e principalmente o modelo de filiação advindo das Reproduções Humanas Medicamente Assistidas e mesmo a falta de uma legislação que regule todos os pontos sobre elas.

2. A NOVA NOÇÃO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

A função que é atribuída a família sofreu variações ao longo das evoluções que sofreu. Sua estrutura patriarcal, onde se era legitimo o poder do homem sobre a mulher e seus descendentes, se encontra extinta à medida em que as funções religiosa e política não mais deixam traços na família atual. O que se defende nos dias de hoje é a busca de solidariedade e os laços de afetividade entre os indivíduos

que compõe esse laço familiar. Sendo assim, a estrutura que se encontrava no passado como tendo valores religiosos, políticos, econômicos e procracionais, hoje, foi substituída por valores mais de carinho, afetividade e comunhão de interesses e de vida.

A família no Direito Romano estava sob um aspecto autoritário. O pater famílias tinha legitimado consigo, direito total sobre seus filhos e de sua própria companheira. Carlos Roberto Gonçalves²⁶⁴ leciona em sua obra: “podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido”. Foi no período pós-romano que a noção de família recebeu valores mais de afetividade e por que não dizer democráticos, graças a contribuição que os valores cristãos atribuíram a noção dessa entidade. Foi neste período que o caráter de sacramento foi atribuído ao casamento.²⁶⁵

Na idade média, as relações de família eram regidas exclusivamente pelo direito canônico. O casamento religioso era o único aceito e as influencias vindas do direito romano no que se referia ao pátrio poder continuavam a exercer grande influência.²⁶⁶

Com a Revolução Francesa, o principal documento que podemos nos referir é o Código de Napoleão. Seguindo a linha de ensinamento da doutrinadora Adriane Donadel²⁶⁷, a visão da família neste intervalo de tempo é ditada por Napoleão e da mesma maneira que a família está subordinada ao Estado, aquela também se encontra totalmente subordinada ao “chefe da entidade”, o que reafirmava o papel de desigualdade da mulher juridicamente uma vez que o papel “chefe” era exercido pelo homem.

Família não é mais uma indústria ou empresa que, em uma visão econômica, o número de descendentes significaria mais mão-de-obra nessa unidade produtiva que seria a família para o passado. Nem tão pouco significa mais um

²⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Alberto, Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005. (Direito de Família, v. 6). p. 31.

²⁶⁵ CORRÊA, Marise Soares. A história e o discurso da lei: o discurso antecede à história. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado em História), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009

²⁶⁶ GONÇALVES, 2005, p. 32

²⁶⁷ DONADEL, Adriane, Efeitos da Constitucionalização de Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). Tendências constitucionais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.p. 10

seguro contra a velhice, tarefa essa que nos dias atuais foi transferida para o serviço de previdência social. Isso porque a evolução sofrida na sociedade, a emancipação econômica, social e jurídica da mulher, que modificou substancialmente o papel feminino no âmbito familiar e são esses os principais motivos que remodelaram a família contemporânea, trouxeram como consequência a diminuição do número médio de descendentes na unidade familiar²⁶⁸. A título de demonstração, o Censo Demográfico acusou uma taxa de natalidade de 6,3 filhos por mãe enquanto nos dias atuais não passa de dois.

Como dito anteriormente, outro valor que, também, caiu por terra foi o valor procracional fortemente embasada por valores religiosos que se atribuía a essa entidade. Acontece que com o atual estágio de evolução da sociedade, seja por fatores como infertilidade, primazia da vida profissional ou até mesmo por livre escolha, os casais que estão se formando, ou vem se formando a pouco tempo atrás, optam por não procriar. Assim formando entidades familiares de número cada vez menor de integrantes. Além do que o favorecimento do instituto da adoção pelo texto constitucional fortaleceu essa ideia socioafetiva da família e, também, encaminhou para o reconhecimento das uniões homoafetivas.

Mais especificamente no ordenamento brasileiro, podemos analisar algumas mudanças primordiais. Em 1861, no chamado Brasil Império, o Decreto de número 1.144 possibilitou o casamento de pessoas de religiões e credos distintos e mais ainda, possibilitou que pessoas sem credo se casassem, pois até então somente pessoas católicas tinham esse direito garantido. O que hoje nos parece meio que um absurdo imaginar o Estado interferindo nas relações de família desta maneira. O que nos remete ao questionamento que está muito em voga na atualidade sobre a união de casais homoafetivos, mas essa é uma discussão para uma oportunidade posterior.

Mais à frente, em 1889 com a Proclamação da República, o Decreto de número 119-A estabeleceu a separação entre igreja e Estado. Agora o Brasil seria um país, pelo menos teoricamente, laico e assim quem regulamentaria as relações conjugais seria o próprio Estado. Assim, com o Decreto nº521, Rui Barbosa estabeleceu que somente o casamento civil teria validade e que o mesmo deveria

²⁶⁸LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias/Paulo Lôbo. – 4.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito Civil) p. 19

preceder qualquer cerimônia religiosa. Após terem sido rejeitados dois projetos divorcistas para o Estado brasileiro, em 1916 foi aprovado o Código Civil onde permitia o mero “desquite”. Desquite, lembrando, não autoriza e nem permite uma nova união, mas tão somente permite a separação dos cônjuges e o encerramento do regime de bens²⁶⁹.

Em 1934, com a promulgação da Constituição, houve a apresentação de um dispositivo em que se falava da indissolubilidade do casamento, encontrado no artigo 144, onde dizia:

Art 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.

A Constituição de 1937, 1946 e 1967 mantiveram a mesma linha de raciocínio. A de 1969 apresentou a possibilidade de legislar sobre divórcio através de emenda constitucional e só em 1977 o divórcio é instituído no Brasil por meio da emenda de número 9, regulada pela Lei do Divórcio (nº6.515/77). Essa emenda tornava o casamento solúvel e permitia a possibilidade de apenas mais uma nova união.

A Constituição Federal de 88 retirou a limitação numérica do número de divórcios, mas mantendo o requisito essencial da separação judicial ou de fato para o pedido de divórcio. O Código Civil de 2002 manteve o mesmo sentido.

Só então em 2007 com a Lei de nº11.441 surge a possibilidade do divórcio em cartório, sendo assim de forma extrajudicial, preenchidos alguns requisitos e se for consensual.²⁷⁰

Dessa forma, o interesse da pessoa humana é primazia em detrimento de suas relações patrimoniais para o ordenamento atual e a socioafetividade que tem sido utilizada pelo nosso sistema jurídico, vem como significado para com as relações de parentesco não biológico, de parentalidade e filiação quando em colisão

²⁶⁹**IBDFAM.** A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito. Disponível em <http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso: 25 jan. 2014.

²⁷⁰Todas as Constituições podem ser encontradas na íntegra no site da Presidência da República Federativa do Brasil www.presidencia.gov.br

com aqueles, demonstrando assim a preocupação do jurista em defender a unidade da pessoa humana como indivíduo e não mais a unidade família como nos tempos passados. Tendo assim a liberdade de cada um em formar sua entidade familiar, levando em conta seus objetivos de vida, comunhão, coordenação de objetivos comuns, carinhos e afetos, sido garantida pela própria Carta.

Importante salientar que a socioafetividade se tornou uma categoria própria do direito de família recentemente, mais especificamente na segunda metade da década de 1990. O termo socioafetividade apareceu interessante para os juristas porque possibilita o enlaçar do fenômeno social com o fenômeno normativo.

E nisso, nessa visão socioafetiva para que interessa ao presente trabalho, a paternidade e a filiação são distintas e independentes da origem biológica. Nos dizeres de Paulo Lôbo: “[...] a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.”²⁷¹.

A constitucionalização contemporânea, prioriza aspectos como solidariedade, o respeito e à dignidade, trazendo em seu texto normativo essas ideias de forma clara e expressa no Capítulo VII da Carta Magna onde trata “Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso” e em seu artigo 227, parágrafo sexto enfatiza a equiparação dos modelos de filiação, afirmando, também, a intenção do legislador em destacar a importância da evolução de um modelo patriarcal e autoritário para um modelo que respeita as decisões e escolhas do indivíduo como pessoa no que diz respeito às intenções na formação de sua entidade familiar levando em conta aspectos como respeito, carinho e afetividade dizendo:

Art.227, § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação.

No âmbito do Código Civil brasileiro, as mudanças podem ser vistas em diversos dispositivos, todos, voltados à mesma direção, que seja a concepção plural de família e filiação, com o foco na comunhão de afeto. No Artigo 1.593 do Código em destaque, o legislador traz a ideia de *parentesco* natural ou civil conforme

²⁷¹ LÔBO. 2011, pag. 30

consanguinidade ou não, uma vez que a ideia de paternidade, independente de origem, tem a mesma conotação. O artigo 1.596 do Código Civil reafirma a regra trazida pela Carta Maior em seu artigo 227, parágrafo sexto. Afirmando os mesmos direitos e qualificações independentemente do modelo de filiação e proibindo quaisquer discriminação relativas aos descendentes. Por fim, o artigo 1.597 reconhece a legalidade dos modos de reprodução alheios a conjunção carnal. Trata, ele, da legitimidade das reproduções assistidas, tanto heteróloga como homóloga. Sobre esses meios falaremos melhor mais a frente, no próximo tópico.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Existem outros dispositivos e o próprio Supremo Tribunal de Justiça, já consagrou diversas decisões a favor da paternidade socioafetiva, o que não nos deixa dúvidas sobre a aceitação e o modelo regulamentado pelo ordenamento.

3. REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O tema da reprodução humana assistida é alvo de diversos questionamentos e não poderia deixar de ser já que as inovações tecnológicas no campo das ciências médicas e biológicas possibilitaram ao homem a intervenção em um processo natural da vida. Trazendo à tona dúvidas sobre esses procedimentos na questão médica mesmo, como questões religiosas também, mas principalmente dúvidas acerca da legitimação e regulamentação dessas técnicas no campo jurídico. Essas novas formas de filiação fazem parte de uma evolução da qual a sociedade está constantemente sujeita e como de conhecimento geral, muitas vezes, o legislativo não acompanha tão rapidamente as mudanças que ocorrem e o tema da reprodução assistida, apesar de ter alguns artigos que tratam sobre ele (a exemplo do 1.597 do

Código Civil brasileiro), ainda não possui uma regulamentação detalhada sobre todos os pontos que precisam ser expressamente regulamentados sobre o tema. O que minimizaria dúvidas e possíveis abusos feitos nesse ramo da medicina.

Esse novo meio de filiação consiste na manipulação de gametas humanos. Na manipulação de espermatozoides e óvulos fora do organismo natural. Havendo, então, a fecundação fora do ambiente biológico manipulados por instrumentos e profissionais da medicina devidamente especializados em laboratórios. Os motivos para buscar essa alternativa são vários, mas teve sua origem como meio de possibilitar as mulheres estéreis o sonho de procriação e até mesmo a aceitação na sociedade. Aponta Nogueira da Gama:

A civilização humana desde o início dos tempos de sua existência sempre buscou encontrar mecanismos de controle da procriação, ressaltando-se que na Antiguidade houve época em que a esposa estéril poderia ser repudiada pelo marido em razão de sua impossibilidade de procriar, o que a tornava menos digna sobre o prisma local e gregário.²⁷²

Em continuação, Gama retrata oposições e a resistência que a técnica encontrou para se desenvolver, principalmente as de cunho religioso, e ainda assim prosseguiu com as atividades. Aponta-se que a primeira inseminação artificial humana ocorreu na Idade Média.²⁷³

Esta técnica se encontra dividida em dois grandes ramos principais. São eles: a Reprodução Assistida Homóloga e a Reprodução Assistida Heteróloga.

3.1. Reprodução assistida homóloga e heteróloga

Esses dois ramos da fertilização *in vitro* apesar de originárias de uma mesma noção diferem muito entre si, inclusive e principalmente no que tange aos aspectos jurídicos de ambas.

Primeiramente diferenciando e conceituando ambas, A Reprodução Assistida Homóloga, consiste na utilização de gametas do próprio casal. Dessa

²⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A NOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003. Pag.670.

²⁷³ *Ibidem*

forma se aproximando do modelo que estamos mais vivenciados de parentalidade e filiação, o que exclui da fecundação o ato carnal em si, mas que o óvulo e o espermatozoide utilizado para o procedimentos são dos próprios indivíduos interessados em realizar o sonho da paternidade e/ou maternidade.

Já a Reprodução Assistida Heteróloga se utiliza de gameta ou até mesmo de gametas de pessoas alheias a esse desejo que se espera atingir com a realização do procedimento. Desse modo, o óvulo da mulher da entidade familiar e utilizado para fecundação com espermatozoide de um terceiro por via de doação ou vice versa. O que importa neste ramo é que há a equiparação com o instituto da adoção, se posicionando aos moldes da parentalidade-filiação civil. Isso porque haverá laços consanguíneos com um dos membros da entidade familiar mas para o outro ascendente essa relação vai se equiparar a adoção civil. E neste caso, o terceiro que doou o espermatozoide ou mesmo o óvulo para a fecundação não estabeleceria laços de filiação, abrindo mão dos direitos sobre aquela criança que eventualmente surgirá com o sucesso do procedimento.

Nogueira da Gama demonstra o conceito de verdade biológica e os pilares da filiação nos dias atuais, como já dito anteriormente, fundados principalmente no caráter de afeto e desejo.

Enquanto a maternidade normalmente se definiu pela consanguinidade (verdade biológica), a paternidade se estabeleceu em outras bases: a vontade, a efetividade, o projeto parental, o consenso. Sob tal prisma deve ser analisado o tema envolvendo a reprodução assistida heteróloga que, ao menos relativamente a um dos pais jurídicos, não produz parentesco com fundamento na verdade biológica.²⁷⁴

Para Heloisa Helena Barboza, “é hora de se reconhecer que houve, pelo menos em parte, uma desbiologilização da paternidade”²⁷⁵. Dessa forma, o principal prisma para uma relação de filiação é justamente o desejo da filiação, o

²⁷⁴ **GAMA**, Guilherme Calmon Nogueira da. A NOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003. Pag. 628

²⁷⁵ **BARBOZA**, Heloisa Helena. A Filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'. Rio de Janeiro: RENOVAR, 1993. Pag. 107

carinho e afeto, além da idealização de um projeto de vida. De acordo com os ensinamentos de Paulo Lôbo:

No Brasil, os pais são livres para planejar sua filiação, quando, como e na quantidade que desejarem, não podendo o Estado ou a sociedade estabelecer limites ou condições. Os filhos podem provir de origem genética conhecida ou desconhecida (dadores anônimos de gametas masculinos ou femininos – art.1.597 do Código Civil), de escolha afetiva, do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada.²⁷⁶

Há ainda a possibilidade de ambos os ascendentes do futuro embrião não serem os pais biológicos, no caso de doação de ambos os gametas necessários. Para os procedimentos, seja para Reprodução Medicamente Assistida Homóloga, como para a Heteróloga, a Resolução nº1.358/92 do Conselho Federal de Medicina limitou para 14 dias o tempo máximo para desenvolvimentos dos pré-embriões assim como limitou, também, o número máximo de pré-embriões a serem transferidos para o útero da mãe em 4(quatro), uma vez que a realização do procedimento não é certeza de êxito e quanto maior o número de pré-embriões utilizados, maior a chance de sucesso, mas em contrapartida, há também a questão dos embriões excedentários. Questão que gera muita polemica por vários motivos, mas especialmente por serem expectativas de vida, se questiona qual a melhor finalidade que se teria com esses embriões e qual seria a personalidade jurídica deles.²⁷⁷

Atualmente está em tramitação Projeto de Lei de nº2.855/97 que pretende regulamentar a utilização dessas técnicas de reprodução humana. Prevê, entre tantas outras coisas, a possibilidade de descarte dos embriões que não foram utilizados num período de cinco anos e também procura introduzir novos tipos penais como a própria comercialização de pré-embriões ou células germinativas, utilização para fins cosméticos entre outros.

²⁷⁶ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias/Paulo Lôbo. – 4.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito Civil) p. 218

²⁷⁷ REVISTA DA ESMSC. V.13, Nº19. 2006

3.2 Reprodução assistida heteróloga e presunção de filiação

Enquanto na inseminação artificial homóloga a questão da filiação não vai ocasionar muitas divergências, porquanto o material genético empregado no método é fornido pelas pessoas que formam o casal em questão, aquele que se submeterá ao procedimento e tomará a criança, logo há união de filiação afetiva e biológica, a inseminação artificial heteróloga é causadora de muitas dúvidas e incertezas, já que passarão a existir dois pais para as crianças que sejam fruto desse método de reprodução na situação fática, o que irá lhe acolher, e o biológico que é o doador.

De acordo com Silvio Rodrigues, “filiação é a relação de parentesco, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivesse gerado”.²⁷⁸ Contudo, no ambiente do Direito, o conceito de filiação vem evoluindo constantemente, mudando-se a visão que se tinha a respeito de seu real significado, seus limites e extensões. Frequentemente, a filiação socioafetiva vem preponderando sobre a filiação genética, ganhando, assim, grande relevância a discussão a respeito daquela.

A mudança na ideia de filiação veio acompanhada da mudança na ideia de família em nossa sociedade, que, ao deixar de ser predominantemente patriarcal, vem dando papel de destaque ao afeto ao cuidado ao carinho quando se vão determinar as relações familiares muito mais que os meros laços genéticos. Com a Constituição de 1988, que abre o leque dos tipos familiares e veda discriminações entre filhos, a família atual passa a embasar-se muito mais na estima e nos laços sentimentais. O pai socioafetivo, portanto, é aquele que toma a criança por filho de fato, o que inclui dar atenção, cuidados, sustento, educação e amor.

Grande parte da doutrina vem se posicionando a favor da desconsideração do pai biológico na questão de filiação nos casos de inseminação heteróloga, para serem levados em conta somente os pais socioafetivos, analogamente ao que acontece na adoção.

²⁷⁸RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Atualizado por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). 27.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 321.

Enquanto para Guilherme Calmon Nogueira Gama²⁷⁹, existe o fenômeno da “desbiologização”, que nada mais é que uma troca na importância do elemento carnal na filiação, pelo elemento psicológico, sendo a troca advinda do desenvolvimento na tecnologia de reprodução que influenciou no direito de família, para José Roberto Moreira Filho²⁸⁰, pela atual orientação doutrinária, pai e mãe não se definem somente pela herança biológica que os ligam ao menor e sim pela vontade caracterizada de serem pais, de tomar para si as responsabilidades e deveres em face da criança, com doação de amor e de querer bem ao filho, apesar de terem diferentes laços biológicos.

Se partirmos dessa ideia, na visão do autor, a filiação do bebê fruto de técnicas reprodutivas artificiais pode ser definida tanto pelo caráter biológico quanto pelo caráter socioafetivo, devendo-se levar em conta, na sua perspectiva, o princípio do melhor interesse da criança. Contudo na maior parte dos entendimentos, a concessão anônima de espermatozóide não origina ao doador um vínculo de parentesco.

A inseminação artificial homóloga, quanto à filiação, não gera maiores problemas, pois o material genético utilizado no procedimento é fornecido pelo próprio casal que se submete à reprodução assistida e que ficará com a criança. Portanto, haverá uma conciliação entre a filiação biológica e a afetiva.

No caso da inseminação artificial após a morte, em que a parceira será inseminada com os gametas de seu parceiro já falecido, o Novo Código Civil, em seu artigo 1.597, inciso III, mostra que os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo se falecido o marido, presumem-se concebidos na constância do casamento, o que assegura à criança a filiação, qualquer que seja o tempo do nascimento. É importante ressaltar que a presunção do art. 1.597 do Novo Código Civil não se relaciona com uma união estável, visto que fala apenas de casamento.

²⁷⁹ **GAMA**, Guilherme Calmon Nogueira. "Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado." Revista Brasileira de Direito de Família nº 5, abril/maio/junho/2000.

²⁸⁰ **MOREIRA FILHO**, José Roberto. Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2588>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

Em relação às mulheres casadas ou que vivem em União Estável, o consentimento informado é de fundamental importância para inseminação no que tange a filiação.

Para que surja a filiação, é capital que haja o consentimento dos cônjuges, sendo que qualquer filho que surja dentro do relacionamento será dos dois cônjuges, ainda que fruto de reprodução assistida homóloga ou heteróloga.

Segundo a Resolução nº 2.013/13 do CFM: “Se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.” Já em relação à forma do consentimento, de acordo com a Resolução do CFM, de 2013, temos que:

O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida.

Percebemos ainda a importância da inclusão do inciso V no art. 1.597 do Novo Código Civil, pois reforçou a crença na impossibilidade de uma futura impugnação da filiação pelo marido que outra consentiu com o fato, assumindo, assim, a paternidade.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Todavia, uma hipótese que deve ser levada em conta, é a de mulheres casadas fazerem a inseminação sem o consentimento do marido. A CFM é composta por normas de caráter ético apenas, não ensejam medidas coercitivas. Resta a dúvida de se há a obrigação do homem de assumir o filho como seu. Temos que, nessa situação, não é possível que seja imputada a paternidade ao marido e poderá constituir inclusive, segundo José Roberto Moreira Filho²⁸¹, causa para ação negatória de paternidade com anulação do registro de nascimento, se feito erroneamente, além de dissolução do vínculo matrimonial.

4 COLISÃO DE DIREITOS NA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA

Com o avanço das ciências e as novas técnicas de reprodução advindas dele, surgem em pauta novos conflitos, novos embates entre valores morais religiosos, e até mesmo colisões entre direitos ocasionadas pelas situações, antes inimagináveis, que passam a ser tornar realidade.

Um dos embates de maior importância é aquele que surge mediante o procedimento de reprodução assistida heteróloga, em que vão de encontro o direito ao reconhecimento da identidade genética por parte do indivíduo e o direito ao anonimato do doador, seu direito à privacidade.

É uma questão relevante, pois está relacionada a diversos direitos fundamentais. Por um lado temos o direito à privacidade à intimidade do doador (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal), protegidos inclusive na resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/13:

Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em

²⁸¹MOREIRA FILHO, José Roberto. Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002p.5 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2588>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

E que se não respeitado pode chegar a ocasionar um receio e afastamento de futuros doadores; por outro, temos o direito fundamental à personalidade, que vem seguido do direito à vida, já que é de fundamental importância um conhecimento a respeito do seus antecedentes e origens genéticas, a fim de mapear características essenciais da personalidade, prevenir doenças, e até evitá-las.

A própria resolução do Conselho Federal de Medicina que trata sobre o assunto, hoje não permite mais um anonimato absoluto, já que permite sua existência por motivações médicas, apesar das informações serem liberadas somente para os médicos. Na prática não é difícil imaginar que se seguidas tais indicações a informação facilmente chegaria à pessoa gerada pela fertilização artificial heteróloga, logo, estaríamos pondo em risco, ou até comprometendo a integridade, do direito à privacidade que muitas vezes é inclusive estímulo aos doadores de gametas.

A Constituição Federal não tem uma cláusula geral de proteção aos direitos da personalidade. No entanto, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa humana, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo.²⁸²

De acordo com alguns doutrinadores já não se aceita em nosso Direito a o impedimento ao conhecimento das origens de uma pessoa, pois, se assim fosse, estariam sendo transgredidos os direitos à personalidade como da dignidade e da integridade, moral e física. Ao contrário, dever-se-ia tratar a situação à semelhança do que acontece na adoção em que existe a possibilidade de o filho adotado ter a suas origens genéticas reconhecidas.

É importante lembrar que o reconhecimento de sua origem genética não implica filiação, pois, como já discutido neste trabalho, filiação envolve muito mais

²⁸²SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.137.

uma questão afetiva, de quem realmente está cumprindo o papel de pai e responsável, daquele que assumiu o filho e o registrou. Segundo Fernanda de Fraga Balan, mesmo diante do conhecimento da origem genética, não será estabelecido nenhum vínculo de parentesco entre doador e pessoa gerada. Serão três os efeitos causados: o efeito psicológico do conhecimento da origem genética, a preservação da saúde das pessoas geradas pela técnica de reprodução assistida frente doenças genéticas e, os impedimentos matrimoniais²⁸³.

Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que “o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano”²⁸⁴.

O autor supracitado ainda declara que:

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido²⁸⁵.

Deve-se levar em conta que o direito à personalidade nada mais é que uma vertente do princípio da dignidade da pessoa humana, e que pode ser alcançado com a revelação da identidade biológica. Essa revelação, por sua vez, não será fruto de uma investigação de paternidade, pois não acarretará ao doador de material genético qualquer tipo de responsabilidade afetiva ou de sustento em relação ao filho.

Contudo, há de se atentar que a doação de material genético é feita sem fins lucrativos, de forma beneficente, ou seja, o doador renunciou a qualquer pretensão de filiação e paternidade no momento da doação, ele não tem interesse em cuidar ou conhecer a criança, pois isso poderia inclusive atrapalhar sua própria vida

²⁸³DE FRAGA BALAN, Fernanda. A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética. *Direito Net*, 30 mar. 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2544/A-reproducao-assistida-heterologa-e-o-direito-da-pessoa-gerada-ao-conhecimento-de-sua-origem-genetica>. Acesso em: 14/01/2014.

²⁸⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.

Revista brasileira de Direito de Família. 19:133-56.

²⁸⁵ibidem

pessoal no futuro. Não seria justo que ele tivesse uma interferência na sua vida, ou qualquer tipo de constrangimento, por causa do filho fruto da inseminação, até porque no momento da doação acreditava que tudo seria mantido em sigilo, o que, de fato, é um grande estímulo às doações.

Perante essa colisão de direitos, deve-se buscar ponderá-los a fim de que se evite diminuí-los além do exigível como também o sacrifício de algum deles, observando sempre a situação real do caso concreto e levando em conta os pontos de vista tanto do doador quanto daquele que busca a identidade biológica. Aplica-se o princípio da proporcionalidade e a ponderação no caso concreto, que para Karl Larenz é um método de desenvolvimento do Direito que se presta a solucionar colisões de normas, bem como para delimitar as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar direitos cujo âmbito ficou aberto²⁸⁶.

É essencial que essa ponderação seja norteadada pelo princípio da dignidade humana a fim de se encontrar a resposta mais satisfatória para o conflito em questão, além de se observar o princípio do melhor interesse da criança que pode ser extraído da asseveração da dignidade da criança e do adolescente e a positivação da doutrina da proteção integral (Constituição Federal, art. 227), do art. 3.1, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, e do art. 100, parágrafo único, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nota-se, também, que, pelo fato de a reprodução assistida heteróloga ser um tema que acarreta várias questões em diferentes aspectos como o moral, o ético, o religioso e o jurídico, envolvendo ainda uma pessoa estranha aqueles que serão responsáveis do filho, é urgentemente necessária uma regulamentação própria sobre o assunto, para que se findem algumas dessas inúmeras controvérsias.

5 CONCLUSÕES

Como demonstrado, através das mudanças no conceito de família, da constitucionalização do Código Civil e do avanço da ciência, surgiram novos meios de reprodução que são reconhecidos em diversos diplomas, mas a que faltam

²⁸⁶ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução José Lamago. 3. ed. [Portugal]: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. (p.587)

legislação específica e por isso suscitam diversas dúvidas relacionadas aos limites e extensões das referidas práticas. Um desses conflitos existentes, é a colisão entre o direito ao anonimato do doador, à sua intimidade constitucionalmente assegurada, e o direito à identidade biológica do filho com princípio no direito à vida e à personalidade.

O direito ao anonimato, no caso da reprodução assistida heteróloga, acaba entrando em conflito com o direito à identidade genética, e muitas vezes com o próprio direito a vida, e por isso devem ser usadas medidas de extrema cautela quando se forem ponderar tais prerrogativas, buscando preservá-las ao máximo e evitar a completa exclusão de qualquer uma delas. Este balanceamento, que deverá ser feito partindo do caso concreto, não poderá deixar de levar em conta o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse da criança.

É importante notar que, como discutido, o direito à identidade biológica não é o mesmo que investigação de paternidade, pois o objetivo não seria um reconhecimento de paternidade, mas sim assegurar o direito à personalidade e o direito à vida através da revelação das origens genéticas. Dessa forma, não existirá nenhuma relação de parentesco entre o doador e o filho, já que a filiação se estabelecerá, como já é majoritariamente aceito, pelos laços afetivos, não se falando, portanto, em direito ao nome, direitos sucessórios ou alimentícios.

Perante tal cenário, resta clara a insuficiência da regulamentação existente acerca do tema, que acaba causando mais problemáticas do que certezas. A legislação da matéria em lei mais específica é, por fim, imprescindível e cogente, a fim de que sejam supridas as lacunas existentes no Código Civil, bem como sejam evitados e amenizados os numerosos imbróglis e conflitos de direitos e valores presentes na temática discutida.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. *A Filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 1993.

CORRÊA, Marise Soares. *A história e o discurso da lei: o discurso antecede à história*. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado em História), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009.

DE FRAGA BALAN, Fernanda. *A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética*. Direito Net, 30 mar. 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2544/A-reproducao-assistida-heterologa-e-o-direito-da-pessoa-gerada-ao-conhecimento-de-sua-origem-genetica>. Acesso em: 14/01/2014.

DONADEL, Adriane. Efeitos da Constitucionalização de Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). *Tendências constitucionais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. Revista Brasileira de Direito de Família nº 5, abril/maio/junho/2000.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

IBDFAM. *A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito*. Disponível em <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso: 25 jan. 2014

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamego. 3.

ed. [Portugal]: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista brasileira de Direito de Família. 19:133-56

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2588>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

REVISTA DA ESMSC. V.13, Nº19. 2006

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Atualizado por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002)*. 27.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REFLEXÕES PRELIMINARES NA PERSPECTIVA DE UM DIÁLOGO JUDICIAL TRANSNACIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE

Erica Simone Barbosa Dantas²⁸⁷

Resumo: Este trabalho objetiva realizar uma reflexão preliminar sobre a incorporação do debate acerca do diálogo judicial transnacional no âmbito do direito à saúde com a construção de apontamentos para futuros estudos. O transconstitucionalismo representa a compreensão da possibilidade de diálogo constitucional que atravessa as fronteiras e os sistemas, considerando o caráter multicêntrico da sociedade nos dias atuais. Diferente da proposta de composição original, a Constituição moderna assume o caráter de uma racionalidade transversal entre política e direito. Neste contexto, o transconstitucionalismo abrange a visão de uma constituição transversal que dialoga com outras ordens jurídicas na perspectiva de tratamento e resolução de problemas constitucionais em casos concretos em nível de conflito ou cooperação. Considerando as diversas ordens jurídicas existentes, o transconstitucionalismo é caracterizado por hierarquias entrelaçadas em um sistema jurídico mundial multinível, tendo entre as suas perspectivas a pretensão normativa para integração da sociedade e diminuição das desigualdades entre os povos. Para isto, torna-se necessário enfrentar os desafios referentes às diferenças assimétricas das formas de direito e os limites impostos pelas diferenças existentes numa sociedade globalizada e complexa. Há a visão de solução de problemas constitucionais a partir da compreensão do outro, implicando, portanto, numa relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Transconstitucionalismo; Direitos Humanos.

Abstract: This paper aims to conduct a preliminary reflection on the incorporation of the debate on transnational judicial dialogue under the right to health by building notes for future studies. The transconstitucionalismo is the possibility of understanding of constitutional dialogue that crosses borders and systems,

²⁸⁷Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba PPGCJ/UFPB. Membro dos Grupos de Pesquisa Justiça & Política (UFPB), Filosofia do Direito (UFPB) e do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional - IDCC. E-mail: ericasimone@hotmail.com.

considering the multicenter character of society today. Unlike the original proposal for a composition, the modern Constitution assumes the character of a cross between rationality and political direito. Neste context, transconstitucionalismo embraces the vision of a cross constitution that dialogue with other jurisdictions with a view to treatment and resolution of constitutional issues concrete level of conflict or cooperation cases. Considering the various existing legal systems, the transconstitucionalismo is characterized by hierarchies intertwined in a multilevel global legal system, having among its prospects normative claim for integration of society and reducing inequalities between peoples. For this, it is necessary to address the challenges related to differences of asymmetric forms of law and the limits imposed by differences in a globalized and complex society. There is the view of resolving constitutional issues from the understanding of the other, thus implying a permanent cross-relationship between legal systems around common constitutional problems.

Key words: Right to Health; Transnacional Constitucionalism; Human Rights

1. ALGUNS CONCEITOS E REFLEXÕES

Uma das principais características da saúde é a sua complexidade. O processo saúde-doença caracteriza-se por ser amplo, complexo e resultante de interações sociais, econômicas, políticas e culturais.

Cada Estado, região, localidade ou agrupamento de pessoas tem peculiaridades inerentes ao contexto social a que estão inseridos. Cada ser humano é único em sua carga genética e de sua interação com o meio surgem alterações em seu organismo que podem direcionar para uma vida mais saudável ou não.

Nos dias atuais, vários motivos convergem para a necessidade de um diálogo transnacional sobre temas relevantes para a humanidade.

O Direito à vida e por consequência o direito à saúde inclui obrigações, negativas e positivas, que não cabem mais dentro das fronteiras das nações. Casos de violações dos direitos humanos, a cada dia, ganham mais repercussão em nível mundial com velocidade proporcional ao desenvolvimento tecnológico. As discussões no campo da bioética e biodireito, bem como os avanços da medicina, em segundos tornam-se conhecidos em todos os cantos do planeta.

A dignidade da pessoa humana tem como pressupostos direitos e também obrigações como não praticar qualquer ato que possa por em perigo a saúde de alguém, logo se unindo ao pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU (artigo 7º), Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (Artigo 3º) e Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 4º e 5º) que abordam o direito à integridade física e mental e a proibição de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante (TRINDADE, 2003).

A perspectiva de um diálogo judicial transnacional sobre os direitos à vida e à saúde tem o desafio de considerar pontos de encontro dentro da diversidade e considerar os princípios da bioética como ponto de convergência no momento de decisão numa arena de pluralidade de razões, estas resultantes de construções históricas, sociais, políticas, religiosas, econômicas.

Na necessidade de aceitar a pluralidade de razões que podem caber sensatamente num exercício de avaliação, às vezes, as razões podem rivalizar entre si para nos persuadir sobre um ou outro lado em determinada avaliação e, quando resultam em julgamentos conflitantes, um problema importante é determinar que conclusões críveis pudessem derivar, depois de considerados todos os argumentos (SEN, 2011).

A jurisprudência comparada pode ser uma boa ferramenta de integração entre países com problemas semelhantes ou mesmo um referencial para aprimoramento.

Há exemplos recentes dos tribunais constitucionais da Colômbia, Alemanha e Estados Unidos que podem servir de inspiração para um novo modelo de efetividade compartilhada na questão da saúde (AMARAL, 2011).

A construção histórica, política e social do campo do Direito e Saúde acompanha as consequências da globalização, sua dinâmica e velocidade.

De acordo com Cecília Macdowell Santos (2007), a globalização tem promovido a expansão das redes para defesa de causas transnacionais. Os ativistas têm aumentado a participação nestas redes através da mobilização jurídica transnacional, compreendida como estratégias de ONGs engajadas em disputas de direitos humanos trazidas à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, as estratégias do ativismo jurídico transnacional enfrentam dois tipos de limitações.

Primeiro, a mobilização jurídica não é suficiente para promover mudanças sociais. Em segundo lugar, as normas internacionais de direitos humanos dependem dos Estados Nação para o seu reconhecimento e cumprimento. Por depender das condições políticas locais, nacionais e internacionais, o Estado pode estar mais ou menos aberto a reconhecer tais normas. No entanto, mesmo dentro de um mesmo contexto político, o desenvolvimento da política de direitos humanos pode ser diferente em cada um destes níveis de atuação estatal. O cumprimento das normas de direitos humanos pelos sistemas judiciais internos é também um dos maiores desafios enfrentados pelo ativismo jurídico transnacional. O conceito de “Estado heterogêneo” ajuda a entender as diferenças referentes às políticas de direitos humanos nos diversos níveis de atuação estatal (SANTOS, 2007).

Ou seja, o grande desafio após a abertura do diálogo transnacional em termos de garantia de direitos como a saúde é a efetivação das medidas dentro da realidade interna de cada Estado.

2. O DIREITO HUMANO À SAÚDE NUMA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL

O direito humano à saúde para ser efetivado de forma plena precisa vencer os obstáculos internos impostos por determinadas nações.

Todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes do mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais (COMPARATO, 2004).

Importante destacar que quanto à internacionalização da temática dos direitos humanos, há a crescente adesão dos Estados a mecanismos internacionais judiciais ou quase judiciais, que analisam petições de vítimas de violação de direitos humanos, interpretam o direito envolvido e determinam reparações adequadas, que devem ser cumpridas pelo Estado, sendo o Brasil um dos Estados que aderiu a tais mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos, mesmo que de forma tardia (RAMOS, 2012).

O cenário internacional traz também complicações para a construção da cidadania, onde, principalmente, a globalização da economia em ritmo acelerado vem provocando mudanças importantes nas relações entre Estado, Sociedade e Nação. O foco das mudanças está localizado em dois pontos: a redução do papel central do Estado como fonte de direitos e como arena de participação e o deslocamento da nação como principal fonte de identidade coletiva (CARVALHO, 2011).

A observação deste cenário é importante, muitas vezes iremos verificar que o constituinte brasileiro baseou-se em experiências internacionais, para incorporar no texto constitucional brasileiro, alguns direitos, dentre eles o direito fundamental à saúde, também é necessário analisar a questão referente aos tratados internacionais, bem como os meios de integração com o ordenamento jurídico brasileiro para termos uma visão mais específica acerca do mecanismo de integração (SIQUEIRA, 2011).

Considerando que os direitos humanos deixaram de ser um meio referencial ético para se constituírem em norma jurídica, com todas as suas características de abstração, generalidade e coercibilidade (JAYME, 2005) e que, seja em face da sistemática de monitoramento internacional que proporciona, seja em face do extenso universo de direitos que assegura, o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem a instaurar o processo de redefinição do próprio conceito de cidadania no âmbito brasileiro. O conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciados (PIOVESAN, 2006).

Logo, o direito à saúde se amplia num exercício de cidadania global, onde um direito oriundo de outro continente pode impactar a conformação do atendimento à saúde de outros povos distantes.

3. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Seguindo o caminho rumo a um diálogo judicial transnacional, vamos analisar a saúde no Brasil e suas características.

As principais características do sistema de saúde brasileiro de hoje tem suas raízes no início do século passado e são fruto de uma política de Estado oriunda de

um poder central exercido pelas oligarquias regionais (COHN, 2009). Até meados do século XIX, os problemas de saúde e higiene eram responsabilidade das localidades e a assistência à população pobre e indigente ficava sob os cuidados das iniciativas filantrópicas ligadas à Igreja Católica como as Santas Casas de Misericórdia (ANDRADE, 2007). No início do século XX, fase do começo da Era Republicana, a sociedade brasileira é palco de uma dinâmica traçada pela constituição do Estado burguês no Brasil e pela consolidação do processo social de predomínio dos grupos sociais vinculados à agroexportação cafeeira. Neste período, organizaram-se Leis, Códigos e Decretos que davam vida à política de saúde com a organização de institutos de pesquisas, laboratórios e serviços sanitários, que eram os braços auxiliares das campanhas e das polícias sanitárias. A organização administrativa seguia o padrão da época onde as tarefas centrais e principais situavam-se no âmbito estadual, com algumas no nível municipal. O país viveu uma dinâmica regionalizada baseada nas dominações exercidas pelas oligarquias estaduais. A Relação Estado/classes passou por diferenciações significativas no que tange às políticas sociais, conforme a região do país (MERHY, 2007).

A partir da afirmação histórica dos Direitos Humanos que trouxe importantes avanços para a ciência jurídica – notadamente o fortalecimento de ideias como Estado de Direito, democracia, República e dignidade da pessoa humana – a saúde foi reconhecida como um direito fundamental, um bem jurídico de primeira grandeza que merece do Direito uma atenção especial. A Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente a saúde como um direito fundamental, classificando-o entre os direitos sociais e o Art. 196 não só repete que a saúde é um direito de todos, como determina ser um dever do Estado. A partir daí, o Estado brasileiro começou a mobilizar seus esforços para que a saúde se torne efetivamente um direito de todos. No campo do Direito, essa mobilização se traduz através de normas jurídicas que foram sendo criadas para a regulação das ações e serviços de interesse à saúde no Brasil, regulação esta que tem como objetivo a redução do risco de doença e de outros agravos à saúde e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde (AITH, 2007).

Por ser um bem jurídico especial que possui uma ligação direta com o maior bem jurídico que existe, a vida, a Constituição determina que as ações e serviços de

saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da Lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (C.F, 1988).

Para ter direito à vida é imprescindível o direito à saúde, e, para isto, é fundamental a garantia de acesso à porta de entrada do sistema de saúde para a garantia deste direito quando ocorre alguma doença, bem como aos medicamentos prescritos e tratamentos necessários para esta finalidade. Ações de promoção, prevenção e informação, também, são fundamentais para o exercício pleno do direito à vida.

A Saúde Pública como campo de organização assistencial e tecnológica das ações de saúde tem suas atividades qualificadas, não como quaisquer atividades, mas sim como as que tomam o processo coletivo da saúde e da doença como seu objeto de trabalho (MERHY, 2006). Cabe ao Sistema Único de Saúde - SUS atender à saúde da população brasileira, garantindo que seus princípios (integralidade, universalidade e equidade) sejam acessíveis a todos. Os estudos de natureza política tratam, necessariamente, de duas dimensões fundamentais que envolvem o processo de formulação e implementação das políticas de saúde: a dimensão do exercício do poder e a dimensão da racionalidade que está envolvida nas propostas de organização, reorganização e de escolha de prioridades ao se eleger uma dentre várias possibilidades para a área de saúde fazer frente às necessidades da população de cidadãos que está sob a autoridade e responsabilidade do Estado (COHN, 2009).

Desta forma, observamos que o Sistema Único de Saúde – SUS é uma complexa engrenagem construída a partir de referenciais teóricos e sustentada por princípios que não são concretizados na prática. Nos dias atuais, o sistema de saúde brasileiro vive um grande paradoxo: de um lado, o preventivo com suas vacinas, os programas voltados para grupos de risco, o sistema para a abordagem de problemas complexos, caros e com demandas de alta tecnologia como transplantes, cirurgias cardiovasculares, terapias renais e abordagem do câncer são altamente satisfatórios. Ao mesmo tempo, convive-se com prosaicas dificuldades de internar pacientes para

problemas corriqueiros, conseguir uma consulta com especialista ou mesmo fazer algum exame de menor complexidade (COELHO, 2010).

A discussão sobre o papel do Estado na efetivação do direito à saúde seja, pela crítica ao Sistema Único de Saúde, seja pelo debate em torno das ações judiciais pleiteando o fornecimento de remédios e tratamentos pelo Poder Público, a eficácia jurídica e a efetividade social dos direitos fundamentais sociais a partir do enfoque na análise do direito à saúde são temas comuns hoje (FIGUEIREDO, 2007).

Nos últimos anos, no Brasil, em torno do processo de reformas do aparato estatal e das políticas sociais em saúde, a discussão de como mudar os modelos de atendimento, visando uma maior extensão de cobertura e uma maior efetividade no conjunto das ações em saúde, tem tornado o tema da rede básica de serviços como um ponto estratégico (MERHY, 2007), porém, ainda insuficiente para a população, principalmente em regiões mais afastadas dos centros urbanos.

Neste contexto, a garantia do Direito à Saúde encontra-se constantemente sob ameaça, a cidadania fica exposta a incertezas do que poderia ou não ser atendido pelo Estado e a dignidade da pessoa humana torna-se vulnerável no momento em que deveria estar mais fortalecida.

Termos como judicialização da saúde, controle judicial de políticas públicas, interferência do judiciário na gestão em saúde são o reflexo da ida das pessoas ao Judiciário para garantia de seus direitos. No âmbito interno, a saúde do Brasil passa por um momento que precisa buscar alternativas para garantir o acesso da população às ações e serviços de saúde.

A possibilidade de um diálogo judicial transnacional no âmbito do direito à saúde teria como desafios as complexidades internas e externas de cada Estado e, no caso do Brasil, a efetivação do direito à saúde através da formulação de políticas públicas.

Importante observar que hoje a regulação sanitária segue a tendência de adquirir abrangência global, absorvendo todos os matizes desta nova realidade da regulamentação, da inclusão ou exclusão do mercado internacional. (LUCCHESI, 2008).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para além de Convenções, pactos sanitários internacionais e acordos bilaterais, a garantia do direito à saúde na perspectiva de um diálogo judicial transnacional numa sociedade plural e globalizada passa pela efetiva necessidade de aprofundado conhecimento dos Sistemas de Saúde dos diversos Estados em busca de pontes de contato que permitam tecer uma teia multicêntrica de saberes e cooperação mútua com a dinâmica capaz de construir soluções para os problemas que afligem a população.

No Brasil, a complexa dinâmica de funcionamento do Sistema Único de Saúde passa por um momento crítico, onde muitos cidadãos somente têm o seu direito constitucional garantido devido à intervenção do poder judiciário.

O diálogo judicial transnacional no âmbito do direito à saúde em uma sociedade globalizada pode proporcionar alternativas positivas a partir de outras realidades e experiências.

REFERÊNCIAS

- AITH, F. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- AMARAL, G. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de cada Um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, M.A.B; SILVA, R.A.D. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 1. ed. 2.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- ANDRADE, L.O.M. Evolução das políticas de saúde no Brasil. In: ANDRADE, L.O.M; BARRETO, I.C.H.C. **SUS passo a passo: história, regulamentação, financiamento, políticas nacionais**. 2 ed. rev.ampl. São Paulo: Hucitec, 2007.
- BARBOSA, S.N. (Org.). **Bioética em debate – aqui e lá fora**. Brasília: Ipea, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: 1988** – texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de n. 1, de 1992, a 55, de 2007, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de n. 1 a 6, de 1994. 28 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão estratégica e Participativa. **A Construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e processo participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

- CANOTILHO, J.J.G. Estado de Direito e Internormatividade. In: SILVEIRA, A. **Direito da União Europeia e Transnacionalidade**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2010.
- CARVALHO, J.M. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- COELHO, I.B. Democracia sem equidade: um balanço da reforma sanitária e dos dezenove anos de implantação do Sistema Único de Saúde no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.15, n.1, p.171-183, 2010.
- COHN, A. O estudo das políticas de saúde: implicações e fatos. In: **Tratado de Saúde Coletiva**. CAMPOS, G.W.S. et al. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2009.
- COMPARATO, F.K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ESCOREL, S; NASCIMENTO, D.R.; EDLER, F.C. As Origens da Reforma Sanitária e do SUS. In: LIMA, N.T. (Org.) **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.
- FIGUEIREDO, M.F. **Direito Fundamental à Saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- GERSCHMAN, S. **A Democracia Inconclusa: um estudo da Reforma Sanitária brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004.
- JAYME, M. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LINDI, L.O desafio das minorias, que cidadania? In: SANTORO, E. et al. (Org.) **Direitos Humanos em uma época de insegurança**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010.
- LUCCHESI, G. **Globalização e regulação sanitária: os rumos da vigilância sanitária no Brasil**. Brasília: ANVISA, 2008.
- MACHADO, C.V.; BAPTISTA, T.W.F.; LIMA, L.D. O planejamento nacional da política de saúde no Brasil: estratégias e instrumentos nos anos 2000. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p.2367-2382, 2010.
- MENDES, E. V. As redes de atenção à saúde. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2297-2305, 2010.
- MENDES, E.V. **Os grandes dilemas do SUS**: tomo II. Salvador: Casa da Qualidade Editora, 2001.
- MENDES, G. A justiça constitucional nos textos supranacionais. In: NEVES, M. (Coord.) **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MERHY, E.E. A rede básica como uma construção da saúde pública e seus dilemas. In: MERHY, E.E.; ONOCKO, R.(Org.). **Agir em Saúde: um desafio para o público**. 2 ed. São Paulo: Hucitec, 2007.
- MERHY, E. E. **A saúde pública como política: um estudo de formuladores de políticas**. 2.ed. São Paulo: Hucitec, 2006.
- NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

- PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RAMOS, A.C. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SANTOS, C.M. Ativismo Jurídico Transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **SUR Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, n.7, ano 4, p.26-57, 2007.
- SEN, A. **A ideia da Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SILVEIRA, A. União Europeia: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope polifemo). In: SILVEIRA, A. (Coord.). **Direito da União Europeia e Transnacionalidade**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2010.
- SIQUEIRA, D.P. **Tutela coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2011.
- TRINDADE, A.A.C. Os Direitos Humanos e meio ambiente. In: SYMONIDES, J. (Org.). **Direitos Humanos novas dimensões e desafios**. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.
- ZUMBANSEN, P. Comparative, global and transnacional constitutionalism: the emergence of a transnacional legal-pluralist order. **Global Constitutionalism**, v.1, march, p.16-52, 2012.

DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: O DIREITO DE TER DIREITOS E UM LONGO CAMINHO A PERCORRER

Andressa Carneiro Campos²⁸⁸

Bruna Renata Cabral de Andrade²⁸⁹

Diogo Francisco Souza de Moraes²⁹⁰

Erica Simone Barbosa Dantas²⁹¹

Robson Antão de Medeiros²⁹²

Resumo: O presente trabalho se propõe a expor um breve histórico sobre a luta das pessoas com deficiência na busca por seus direitos, além de mostrar parcela das grandes dificuldades enfrentadas cotidianamente pelas pessoas com deficiência. Ressalvando que muitas dessas dificuldades resultam de fatores estranhos à deficiência. Além disso, procura-se aqui mostrar que muitos direitos já foram conquistados e que eles constituem uma resposta à condição de seres humanos de seus receptores. Além disso, são um retorno correspondente à contribuição tributária destes contribuintes e, por fim, uma espécie de compensação pelo descaso histórico para com essa parcela da população. Busca-se, ainda, mostrar que apesar da positivação desses direitos, ainda há muito por fazer, pois, a inserção das pessoas com deficiência depende de diversos outros fatores, sendo necessário um empenho não só de um grupo, mas um comprometimento conjunto entre as pessoas com deficiência, o Estado e a sociedade.

Palavras Chave: Pessoas com Deficiência; Acessibilidade; Direitos Humanos

²⁸⁸Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba; membro do Projeto de Extensão Assessoria Jurídica a Pessoas com Deficiência: espaço de cidadania.

²⁸⁹Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba; membro do Projeto de Extensão Assessoria Jurídica a Pessoas com Deficiência: um espaço de cidadania.

²⁹⁰Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba; membro do Projeto de Extensão Assessoria Jurídica a Pessoas com Deficiência: um espaço de cidadania.

²⁹¹Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba PPGCJ/UEPB. Integrante do Projeto de Extensão Assessoria Jurídica a Pessoas com Deficiência: um espaço de cidadania; membro dos Grupos de Pesquisa Justiça & Política (UEPB), Filosofia do Direito (UEPB) e do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional - IDCC. E-mail: ericasimone@hotmail.com.

²⁹²Professor Adjunto da faculdade de Direito da UFPB. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas - UFPB. Mestre em Ciências Jurídicas (UEPB). Doutor em Ciências da Saúde (UFRN). Pós-Doutor em Direito (Faculdade Direito de Coimbra - Portugal). Fundador Sênior do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional - IDCC. Orientador da Pesquisa.

Abstract: This paper intends to discuss a brief history of the struggle of people with disabilities in the pursuit of their rights, besides showing large portion of the difficulties faced daily by people with disabilities. Except that many of these difficulties stem from factors unrelated to disability. Also, if you want here show that many rights have been won and that they are a response to the condition of human beings from their receivers. Moreover, they are a return corresponding to the tax contribution of these taxpayers and, ultimately, a kind of compensation for the historical neglect of this population. Search is also show that despite the positivization these rights, there is still much to be done, therefore, the inclusion of people with disabilities depends on many other factors, not only an effort of a group being required, but a joint commitment between people with disabilities, the state and society.

Key words: People with Disabilities; accessibility; Human Rights

1. INTRODUÇÃO

Em consonância com Antonio José Ferreira – Secretário Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, as pessoas com deficiência representam um segmento que durante a história esteve predominantemente concentrado nas camadas menos abastadas da sociedade. Esse fato acarretou uma invisibilidade inegável dessa classe. Não havia uma preocupação com a inclusão dessas pessoas.

Há uma necessidade de afirmação da humanidade das pessoas com deficiência perante a sociedade. A busca por esse reconhecimento é tão séria que nesse sentido afirma a Secretário Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, “*a afirmação na sociedade é a mais atual e antiga bandeira de luta das pessoas com deficiência ao longo da história da humanidade*”.

Atualmente, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, esse público representa mais de 45 milhões de brasileiros e brasileiras, isso representa quase ¼ (um quarto) da população nacional. Esse número juntamente com a atuação dos movimentos sociais vem angariando expressivo espaço para as pessoas com deficiência no cenário jurídico nacional. Daí, a assinatura pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com

Deficiência em 30 de março de 2007, a qual traz diversos direitos, além de uma visão diferenciada acerca das questões que envolvem a deficiência. Dispondo, inclusive, que os obstáculos que muitas vezes barram o desenvolvimento das pessoas com deficiência, emanam muito mais das condições de vida, da falta de acessibilidade e do contexto das relações sociais que dos fatores decorrentes da própria deficiência.

2. HISTÓRICO DA LUTA DOS DEFICIENTES POR SEUS DIREITOS

Inicialmente, faremos neste trabalho um breve histórico sobre as conquistas sociais das pessoas com deficiência, não apenas no Brasil, mas que de alguma forma tiveram influência no País

Devido ao alto número de pessoas com deficiência no país, há vários movimentos militantes que lutam em prol de igualdade de direitos, desde a acessibilidade a uma total emancipação dos deficientes. Esses movimentos fazem com que o Brasil seja conhecido como um dos países mais inclusivos da América, como já dito, entretanto, apesar do grande número de leis que oferecem uma igualdade formal, há ainda uma grande batalha a ser travada para a busca de igualdade material. Além disso, algo que tem de ser deixado para trás em todo mundo é o vício do “coitadismo” e do assistencialismo, pois as pessoas com deficiência não devem mais ser vistas com essa ênfase, são cidadãos iguais perante a Lei, e devem ser por isso equalizados, pagam seus impostos e o Estado tem como dever dar-lhes o que precisam para exercer a cidadania de uma forma ampla, tendo uma vida normal e igual às pessoas que não tem deficiência na medida do possível.

Com essa militância em busca de direitos, o Brasil, por volta, principalmente, dos anos 80, começou a modificar a forma como que trata com que trata as pessoas com deficiência. A Constituição Federal de 1988 no artigo 7º, inciso XXXI, disciplina que há “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência”.

Em seu artigo Art. 3º, inciso IV: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O artigo 5º fala que todos são iguais perante a Lei.

As lutas em patamares internacionais também promoveram diversos Tratados que buscam uma igualdade material das pessoas com deficiência para não serem mais pessoas esquecidas e para que não vivam mais em um submundo e, sim, para que exerçam a cidadania efetivamente. Em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos declarou a igualdade de todos, sem qualquer distinção a igual proteção da Lei: “Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos começaram a haver muitos instrumentos buscando a cidadania das pessoas com deficiência, como a recomendação 99 da Organização Internacional do Trabalho, de 1955, que versa sobre a reabilitação profissional e o emprego das pessoas com deficiência. Além disso, a Recomendação nº 168, da OIT, determina que: “As pessoas com deficiência devem desfrutar, com equidade, das oportunidades de acesso, conquista e desenvolvimento do seu trabalho, o qual sempre que possível, deve corresponder à sua própria escolha e trazer qualidade de vida sustentável”.

Por fim, a Declaração de Salamanca, durante a Conferência Mundial de Educação Especial, com a presença de 88 governos e 25 organizações internacionais em assembleia na cidade de Salamanca na Espanha, entre os dias 7 e 10 de junho de 1994, versa sobre princípios, política e práticas da educação das pessoas com deficiência reafirmando a importância da inclusão de jovens e adultos com deficiência no ensino regular.

Em termos generalistas a partir destes arcabouços jurídicos, os direitos das pessoas com deficiência começaram a ser proclamados e com isso diversos outros Tratados e Leis foram feitos para proporcionar ao grupo um maior acesso a sua própria cidadania, muito deixada de lado por tanto tempo. Sendo assim, é de um cunho extremamente importante para os profissionais do Direito, e não apenas para estes, o olhar para a pessoa com deficiência como sujeito de direitos que o é para que assim, na prática, consiga-se chegar a um Estado de Direito que realmente realiza suas funções sociais de bem comum a todos. A partir daí, nenhuma lei deve ser desrespeitada e nem poderá causar dano às pessoas com deficiência e nem

poderá nenhuma lei ser feita de tal forma que regrida do estado constante de emancipação que tal grupo vem travando com a sociedade.

3. REFLEXÕES ACERCA DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA

Todas as pessoas são detentoras de alguma forma de deficiência. Para perceber isto, basta que sejam analisadas as limitações da espécie humana nas mais simples atividades cotidianas. As lâmpadas, por exemplo, foram criadas para clarear a escuridão, pois o ser humano tem uma limitação na visão que não lhe permite enxergar no escuro; os meios de transporte foram criados para que as pessoas pudessem se deslocar de forma rápida entre longas distâncias, posto que por meio apenas da capacidade física humana é impossível se movimentar em tempo compatível com o movimento atual do mundo. Muitos outros exemplos como estes aqui citados, são recorrentes e de fácil percepção. Diante disso, então, é possível afirmar que se tem nos dias atuais um mundo adaptado. Entretanto, adaptado apenas a algumas espécies de limitações.

Mais que isso, pode-se claramente apreender que sempre houve a busca por um avanço que moldasse o mundo às limitações das pessoas. Além de promover uma maior viabilização das atividades do dia a dia, essas adaptações que visam diminuir as barreiras das atividades diárias geram grandes lucros. Portanto, vê-se que em muitos casos o comprometimento é muito mais com este último, o lucro, do que com qualquer outra questão relacionada à promoção da dignidade humana.

Outra evidência deste descaso com a promoção de condições para uma vida digna é o fato de que essas melhorias são voltadas para as necessidades mais comuns, por serem mais consumidas e, conseqüentemente, mais interessantes para o mercado.

Com toda essa preocupação com bens materiais que pode ser constatada durante a história da humanidade, as deficiências que não são comuns a toda a população, como as deficiências visual, física e mental, tornaram as pessoas que as têm verdadeiras prisioneiras destas limitações, pois havia coisa mais interessante para o mercado explorar. Além disso, o pior é que esse mundo construído sem a preocupação com essas deficiências as maximizam mais ainda.

A facilitação da vida da maioria foi construída em detrimento da existência das pessoas com deficiência. Essa afirmação encontra respaldo no fato de que foi construído um mundo sem rampas e tão somente com degraus, onde apenas pessoas sem deficiência auditiva ou mental, por exemplo, aquelas tidas como “normais” vão à escola para que haja uma maior rapidez na aprendizagem, onde não há espaço para a profissionalização de pessoas que não têm um mesmo tempo de aprendizagem e de deslocamento que as outras, isso para que haja um maior lucro já que existem pessoas mais produtivas. As barreiras surgidas juntamente com este mundo fizeram com que as pessoas com deficiência tivessem suas dificuldades transformadas em limitações intransponíveis.

Essas pessoas com deficiência foram, ao longo do tempo, trancadas dentro de si mesmas. Dentro de suas próprias dificuldades primeiramente; nas dificuldades criadas pelo mundo em segundo lugar; e, por fim, trancafiadas nas celas do grande presídio chamado discriminação.

4. AS BARREIRAS CRIADAS PELO MUNDO

Cada vez mais tem se consolidado e sedimentado a ideia da necessidade da rapidez em todas as realizações do dia a dia. Há cada vez menos paciência para com aquilo que não seja tão rápido quanto o esperado. Isso até certo ponto é interessante, posto que há um estímulo ao crescimento. Todavia, o preocupante é quando essa impaciência e intolerância adentram a seara das relações humanas. As pessoas têm tempos e momentos diferentes umas das outras. Os idosos, por exemplo, não têm a mesma rapidez da juventude, no entanto, na medida em que vão perdendo sua flexibilidade e velocidade físicas, vão ganhando a sabedoria da experiência. Mas o mercado e o mundo, na maioria das vezes, não querem as pessoas que não têm mais a presteza da juventude e ignoram, recorrentemente, o valor da sabedoria adquirida com a vida.

O mesmo ocorre com as pessoas com deficiência. Não há paciência para com esta parcela da população. As pessoas com deficiência têm um tempo diferenciado e esse tempo precisa ser respeitado. Normalmente um cadeirante demora muito mais tempo que uma pessoa que consegue andar para se deslocar entre dois pontos. Todavia, é necessário notar que a demora do deslocamento do

cadeirante é produto não só da deficiência, mas, também, das calçadas esburacadas e desniveladas, da ausência de rampas, da ausência de ônibus adaptados para transportar pessoas com esse tipo de deficiência, além de muitos outros obstáculos que são encontrados durante os percursos.

Em muitos casos as barreiras que o mundo apresenta são tão graves que chegam a influenciar até mesmo os próprios familiares, fazendo, por exemplo, com que eles não tirem as pessoas com deficiência de dentro de suas casas ou não deixem que elas saiam sozinhas devido à insegurança que se tem frente às condições das ruas, dos transportes, enfim, do mundo. Desta forma, há a consciência plena de que se vive em um mundo deficiente, incapaz de acolher, adequadamente, todas as pessoas atendendo às suas peculiaridades.

Outro grande problema que se pode citar é o das pessoas com deficiência auditiva. Para elas é muito difícil a vida visto que nas outras deficiências, por maior que sejam as dificuldades, essas pessoas se fazem compreender. É possível pedir, conversar, se expressar de maneira que todos entendam. As pessoas que não são surdas se fazem ouvir. Uma pessoa que escuta e que consegue falar o idioma corrente, facilmente sai de sua residência, circula por diversos estabelecimentos e resolve suas demandas. Contudo, uma pessoa que se comunica através da Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS, muitas vezes, tem seus direitos negados em decorrência da falta de intérpretes que possam estabelecer uma comunicação.

Não é tão comum que as próprias pessoas que têm essa deficiência saibam se comunicar por meio da língua de sinais, pois não há uma preocupação efetiva, convertida em ações para promover a disseminação dessa maneira de se comunicar e, muitas vezes, não se nota esse fato porque as pessoas com esse tipo de deficiência chegam, com frequência, a nem sequer sair de suas casas. Aquelas que conseguem sair, encorajadas pelo fato de conseguirem se fazer entender através da LIBRAS, muitas vezes encontram a ausência de intérpretes, o que inviabiliza a comunicação. Infelizmente, esse fato não é raro, sendo visível a falta nos mais diversos ambientes, de pessoas não surdas que entendam e consigam se comunicar através da LIBRAS. Com isso, os direitos das pessoas que têm deficiência auditiva são negligenciados de maneira grosseira nos diversos espaços que elas possam ir, pois, não lhes é garantido o direito de se comunicar.

5. O DIREITO DE TER DIREITOS: AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É necessário notar, todavia, que as pessoas com deficiência são, como qualquer outro ser humano, detentoras de dignidade:

Pessoas com deficiência são, antes de mais nada, PESSOAS. Pessoas como quaisquer outras, com protagonismos, peculiaridades, contradições e singularidades. Pessoas que lutam por seus direitos, que valorizam o respeito pela dignidade, pela autonomia individual, pela plena e efetiva participação e inclusão na sociedade e pela igualdade de oportunidades, evidenciando, portanto, que a deficiência é apenas mais uma característica da condição humana.

É, portanto, um direito legítimo dessas pessoas que tenham seus direitos garantidos e assegurados. Pois, como já foi dito, elas são antes de qualquer coisa pessoas, condição que lhes atribui o valor fundamental da dignidade humana. Mais do que isso, são pessoas guerreiras que buscam a todo instante desenvolver e aprimorar formas inéditas de desempenhar as atividades do dia a dia e vencer as barreiras que o mundo deficiente lhes impõe.

Ao longo do tempo, muitos dispositivos que visam promover a inclusão das pessoas com deficiência foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Em março de 2007 o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) que veio a ser promulgada, juntamente com seu Protocolo Facultativo, em agosto de 2009.

A princípio, é interessante notar que a Convenção preocupou-se significativamente com a aplicação dos direitos assegurados em seu texto. Para tanto, ficou acertado que, como forma de monitoramento, os países vinculados devem enviar regularmente relatórios para fins de apreciação da efetivação do disposto no documento.

Os principais instrumentos do monitoramento são os indicadores, os quais servirão tanto para descrever os direitos das pessoas com deficiência, como para medir até que ponto esses direitos estão sendo efetivados. Eles serão formulados a partir de uma estrutura flexível na

qual poderão ser incluídos novos indicadores, conforme isso se faça necessário. Durante o processo de construção dos indicadores, haverá oportunidade para contribuições das instituições que defendem os direitos das pessoas com deficiência no Brasil.

Esse monitoramento deve ser desempenhado conjuntamente pelo governo, pela sociedade civil e, prioritariamente, pelas pessoas com deficiência e pelas organizações que as representam.

Outro ponto respeitável foi o reconhecimento de que a deficiência não decorre necessariamente de uma doença. Isso implica no fato de que o tratamento não se resume a procedimentos médicos. A resolução das problemáticas que envolvem essa questão está intimamente relacionada à efetivação de políticas públicas que busquem uma equiparação de oportunidades, garantindo o direito de acesso a bens e serviços para todos e todas, cidadãos e cidadãs, indistintamente.

A CDPD, como já foi dito, trouxe vários avanços no que cerne ao um novo olhar sobre as pessoas com deficiência. Diante disso, escolhemos três pontos importantes que devem ser destacados: participação na vida política, igualdade e não discriminação e, por último, a autonomia e apoio.

O artigo 29 desse diploma normativo garante de forma clara a esses sujeitos uma plena e efetiva participação política e pública, baseando-se na ideia de que as pessoas com deficiência não podem ser apenas representadas, mas, também, devem ser protagonistas na luta pelos seus direitos e no cumprimento de seus deveres. A CDPD também versa que deve ser criado um ambiente propício para que os deficientes possam exercer sua cidadania em igualdade de oportunidades, ou seja, que não gere intimidação ou constrangimento, para que os mesmos possam votar e se candidatar com tranquilidade. Isto consiste, portanto, em instalações e equipamentos acessíveis para a votação, como, também, a permissão para que elas sejam auxiliadas por uma pessoa de sua escolha. Juntamente com essa garantia, há o reconhecimento da liberdade de manifestação e expressão, para que dessa forma a vida das pessoas com deficiência não seja organizada por terceiros, pelos que não têm deficiência e, sim, que as leis e políticas sejam elaboradas através da plena participação desse grupo.

Essa Convenção combate em várias partes de seu texto a discriminação em relação às pessoas com deficiência, tendo o seu artigo 5º reservado para tratar mais detalhadamente sobre essa questão:

“Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.”²⁹³

A igualdade pretendida pelos deficientes é a material, não se trata de mais direitos e, sim, iguais oportunidades. A luta é em prol da criação de políticas públicas que possibilitem de fato acessibilidade na educação, na saúde, no mercado de trabalho e nas demais áreas essenciais para uma vida digna. Além da igualdade entre deficientes e não deficientes, há uma busca por uma paridade entre as deficiências, pois, infelizmente, no Brasil a conquista de direitos desse grupo é alcançada de forma separada, ou seja, tem alguns direitos que foram apenas conquistados pelos deficientes físicos e para as demais deficiências não foram. Isso é resultado do pouco reconhecimento das demandas desses sujeitos pelas autoridades, sendo necessária uma forte organização dos movimentos sociais que pressionam diariamente por mudanças.

Por fim, a CDPD veio afirmar que as pessoas com deficiência têm capacidade de gerir suas vidas, apesar da legislação de muitos países, como é o caso da legislação brasileira, que não concede esta capacidade para as deficiências intelectuais e psicossociais nas questões de tratamento, residência e casamento. A Convenção traz a ideia não de independência, mas de interdependência que determina que capacidade e apoio podem ser contíguos. Ou seja, não é necessário que o deficiente se declare incapaz para receber apoio, eles são sujeitos de direitos e, portanto, precisam apenas de apoio para exercer sua capacidade. Esse avanço que permite a coexistência de autonomia é o apoio que contribui para que esse grupo seja de fato integrante da sociedade.

Esses direitos são, na realidade, uma resposta à dignidade das pessoas com deficiência. Elas têm a prerrogativa de sujeitos de direitos. O fato de serem seres

²⁹³ Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: decreto legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008: decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. – 4 ed. Ver. E atual. - Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2011.

humanos já garante direitos, pois todas as pessoas tem como valor inerente a dignidade e esta implica, necessariamente, em condições mínimas que viabilizem a vida e não apenas a sobrevivência. Não basta a sobrevivência, é necessária a garantia do sonho, da expectativa, do futuro.

Além disso, esses direitos são uma dívida do Estado para com esta significativa parcela da população. As pessoas com deficiência contribuem com tributos, sendo assim é uma obrigação do Estado promover a acessibilidade e considerando que muitos desses direitos são conquistas recentes e que por muito tempo eles foram negados, significa que há não apenas uma dívida, mas uma alarmante dívida do Estado para com as pessoas com deficiência.

Consiste, ainda, em um débito histórico da sociedade, uma vez que muitos dos danos causados às pessoas com deficiência são frutos da forma como elas são tratadas e da posição que lhes é atribuída perante o mundo. A posição de incapazes, de impotentes, de seres que não têm utilidade alguma e, o pior, que atrapalham a vida das pessoas “normais”. Por isso, é possível dizer que uma mudança nas condições de vida das pessoas com deficiência depende sim de ações estatais que promovam a inserção dessas pessoas, entretanto, está sujeita, significativamente, a uma alteração no pensamento das pessoas ditas normais, mais especificamente, uma desconstrução de paradigmas arraigados no pensamento da sociedade.

Enfim, esses direitos estão além de uma consequência da condição de pessoas, de seres humanos, de uma correspondência à dignidade humana e do fato de serem contribuintes de tributos, representam uma compensação pelo descaso histórico com estes cidadãos e cidadãs. Trata-se de um débito histórico de exclusão, de direitos negligenciados, negados todos os dias. Esse débito precisa ser ressarcido. É necessário que os direitos dessas pessoas sejam assegurados a partir da sua positivação e que, igualmente, sejam efetivados por meio de políticas públicas e uma preparação da sociedade para que esta consiga notar as potencialidades das pessoas com deficiência, enxergando-as como seres humanos como todos os outros.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso notar que as pessoas com deficiência são diferentes, entretanto não são inválidas. É preciso que a sociedade não veja mais essas pessoas como impotentes, incapazes. Elas têm sim potencialidades, as quais podem ser aprimoradas e desenvolvidas, desde que não sejam sufocadas por preconceitos e discriminações.

Elas têm um tempo diferente e muitas vezes suas condições físicas requerem adaptações diferenciadas que promovam a acessibilidade. Todavia, vale ressaltar que as pessoas com deficiência contribuem com tributos e que, portanto, rampas, cotas e demais mecanismos de acessibilidade não são favores e sim direitos. Direitos estes que necessitam de efetivação. Essa efetivação só pode ser pensada a partir do conhecimento e compreensão por elas próprias do que está na letra da Lei.

Outro ponto importante, diz respeito à atuação do Estado enquanto ente responsável pela elaboração de políticas públicas. Estas são de fundamental importância para a materialização de quaisquer direitos.

É importante perceber ainda que para a efetivação desses direitos, além de uma melhoria nas condições das pessoas com deficiência, constitui passo fundamental, juntamente com as ações governamentais, repensar algumas práticas que acabam gerando barreiras, as quais maximizam o alcance da deficiência e que, portanto, precisam ser desconstruídas. Há, portanto, a necessidade de desconstruir alguns paradigmas arraigados na sociedade. Ou seja, a efetivação desses direitos está sujeita, também, ao próprio comportamento da sociedade e a sua maneira de enxergar essas pessoas e, acima de tudo, no dever de respeitá-las e notar suas qualidades. Daí, a necessidade de uma preparação também da população e não apenas das pessoas com deficiência.

Por fim, é preciso observar que ainda há muito por fazer. Muitos direitos importantes já foram positivados, porém, a efetivação desses direitos passa, ainda, por um longo caminho a percorrer da formulação de políticas públicas e sua aplicação de fato até a aceitação pela sociedade e reconhecimento pela própria pessoa com deficiência. Entenda-se aqui aceitação como sendo das políticas públicas e das normas, bem como da visão de que as pessoas com deficiência são pessoas com dignidade, são sujeitos de direito e, principalmente, tem o direito de ter seus direitos respeitados.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: decreto legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008; decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. – 4 ed. Ver. E atual. - Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2011.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da presidência da República (SDH)/PR/ Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD)/ Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Conade). **3ª Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Relatório Final)**. Brasília: SDH/PR-SNPD-Conade, 2013.
- FERREIRA, Antonio José. **Uma história de lutas e conquistas ‘Para Todos’**. Pauta Inclusiva. Nº 02, março de 2012.
- MEDEIROS, Robson Antão de; DANTAS, Erica Simone Barbosa. **Cadeirantes em tempos de acessibilidade**. Trabalho apresentado no IV Encontro PROCAD – UFAL/UFPB/UFPE realizado na Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2013.
- Monitoramento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Pauta Inclusiva. Nº 02, março de 2012.

CUIDADOS PALIATIVOS: ODIREITO À MORTE DIGNA E A IMPREScindIBILIDADE DE PAUTÁ-LOS NAS INSTÂNCIAS DO CONTROLE SOCIAL DO SUS

Afrânio Neves de Melo Neto²⁹⁴

Guilherme Pinto do Nascimento²⁹⁵

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa²⁹⁶

Erica Simone Barbosa Dantas²⁹⁷

Resumo: Por meio de método de procedimento histórico-político-social, bem como mediante as técnicas de levantamento bibliográfico de legislação, jurisprudência e doutrina tendo como foco o direito à saúde e os princípios estruturantes do Sistema Único de Saúde - SUS, o presente trabalho buscou analisar, a partir de uma abordagem qualitativa e de cuidadosa reflexão, a necessidade de acesso aos cuidados paliativos nos quadros clínicos onde não há mais possibilidade terapêutica de cura até a finitude da vida através da morte digna, também denominada boa morte. Buscou-se refletir sobre o tema defronte à adequação com os Princípios Constitucionais, ao novo Código de Ética Médica e a participação do controle social no âmbito do SUS.

Palavras-chave: Cuidados Paliativos; Controle Social; Direito à Saúde; SUS; Direito à Morte Digna.

Abstract: Through the method of historical-social-political procedure, as well as through the techniques of bibliographic research on Legislation, jurisprudence and doctrine focusing on the right to health and the structuring principles of the Sistema

²⁹⁴Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: afraniomneto@gmail.com

²⁹⁵Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: guylherme_guylherme@hotmail.com

²⁹⁶Professora do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Mestra em Ciências Jurídicas pela UFPB. Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento no PPGCJ/UFPB. Orientadora da pesquisa.

²⁹⁷Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba PPGCJ/UFPB. Membro dos Grupos de Pesquisa Justiça & Política (UFPB), Filosofia do Direito (UFPB) e do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional - IDCC. Co-orientadora da pesquisa. E-mail: ericasimone@hotmail.com

Único de Saúde (SUS), the aim of this paper was to examine, from a qualitative approach and thoughtful reflection, the need for access to palliative care in clinical situations where there are no more therapeutic possibilities of healing until the finitude of life through dignified death, also called good death. Was sought to reflect on the topic in front of the adequacy on Constitutional Principles, the new Code of Medical Ethics and the participation of social control within the SUS.

Key words: Palliative Care; Social Control; Right to Health; SUS; Dignified Death.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Nos tempos em que o Princípio da dignidade da pessoa humana se descortina para a sociedade, o novo Código de Ética Médica traz à tona a proteção aos pacientes sem perspectiva de cura. Conhecidos como cuidados paliativos, estes tem o objetivo de diminuir o sofrimento físico, psicológico e espiritual dos enfermos, proporcionando, assim, a melhor qualidade de vida possível até a sua finitude no percurso de uma morte digna. Entre os 118 artigos cristalizados como deveres dos médicos, pela primeira vez os cuidados paliativos aparecem do novo Código editado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). A nova acepção enxergada pelo CFM constitui uma resposta indispensável aos problemas do final da vida, tutelando através do valor moral da dignidade humana a vida e o seu fim.

Sabe-se que no Brasil o Sistema Único de Saúde (SUS) é o realizador e responsável pelos atendimentos em termos de saúde pública. O SUS nasceu do Movimento de Reforma Sanitária em resistência à ditadura e ao modelo de assistência à saúde em vigor.

No ano de 1986 foi realizada a 8ª Conferência Nacional de Saúde que contou com cerca de 3.000 (três mil) participantes, sendo um marco na história, pois o seu relatório serviu de base e modelo para a elaboração do texto constitucional referente a esse tema. Assim, temos na Constituição de 1988 a declaração da saúde como direito de todos e dever do Estado, visando a redução de doenças e, sobretudo, a prevenção, através de medidas políticas, sociais e econômicas, que proporcionem o acesso universal e igualitário a ações e serviços

de saúde. Para isso, a participação social se mostra de extrema importância para o funcionamento e efetividade do SUS.

O controle social possui suas instâncias, os Conselhos e Conferências de Saúde, com a presença paritária de representantes de todos os agentes do sistema: usuários, trabalhadores, gestores e prestadores de serviço. As Conferências de Saúde são realizadas com os objetivos principais de refletir, discutir e deliberar sobre questões relacionadas à saúde da população de uma maneira geral. Essas questões citadas vão sendo afuniladas à medida que se debate em um ente federativo “maior”, ou seja, as propostas são discutidas e deliberadas em nível municipal, estadual e nacional. Visto isso, são de extrema importância as propostas que embasarão a formulação de políticas públicas que possam contemplar todas as fases da vida, relevante, portanto, garantir o acesso aos cuidados paliativos aos usuários do SUS na perspectiva do direito à morte digna, do direito à saúde e do direito da dignidade da pessoa humana.

Por fim, vale frisar que na 14ª Conferência Nacional de Saúde, intitulada “Todos usam o SUS! SUS na Seguridade Social, Política Pública e Patrimônio do Povo Brasileiro”, realizada no fim de 2011, aprovou-se em seu relatório final²⁹⁸ várias propostas de fortalecimento e efetivação do direito à saúde em diversas áreas, mas, infelizmente, sem nenhuma referência ao acesso aos cuidados paliativos.²⁹⁹

DESENVOLVIMENTO/DISCUSSÃO

1 – CUIDADOS PALIATIVOS

Infelizmente, a finitude da vida é inevitável para o ser humano, seja essa em decorrência de um acidente, de uma enfermidade ou naturalmente. Acontece que nem sempre a pessoa morre de maneira imediata e/ou rápida. Existem situações que requerem cuidados paliativos, para prevenir o sofrimento e melhorar a qualidade de vida do paciente que está fora da possibilidade terapêutica de cura, ou seja, boas

²⁹⁸Brasil. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Relatório Final da 14ª Conferência Nacional de Saúde - todos usam o SUS: SUS na seguridade social.

²⁹⁹DANTAS, Erica Simone Barbosa. O direito aos cuidados paliativos na perspectiva de efetivação do Direito à saúde.

práticas na avaliação, alívio e controle da dor. Assim versa Julio César Batista *et al*, relacionando cuidados paliativos com as Unidades de Tratamento Intensivo (UTI):

A interseção entre cuidados paliativos e a UTI deve ser entendida no contexto de mudanças no padrão das doenças e na longevidade dos portadores de doenças crônicas. As práticas na terapia intensiva têm como premissa o restabelecimento da fisiologia e para atingir seu objetivo implicam recursos terapêuticos, farmacológicos e dispositivos artificiais. Neste contexto, percebe-se a necessidade de se utilizar medidas paliativas nessas unidades, visto que, identifica-se uma elevada prevalência de dor e de outros sintomas de sofrimento e angústia, seja para o paciente, para os familiares ou para a equipe dos profissionais de saúde.

Entende-se que os cuidados paliativos não devem competir com a UTI, mas devem auxiliar a assistência com a finalidade de oferecer um plano de cuidados mais humano. É fundamental a conscientização dos profissionais da saúde a respeito da existência dos cuidados paliativos para uma assistência eficaz nesta unidade.

Apesar de o cuidado paliativo estar se desenvolvendo em todo o mundo, esta forma de cuidar está progressivamente integrando-se aos cuidados curativos, inclusive nos ambientes das UTIs. Destaca-se a importância da medicina paliativa com propostas alternativas e planos de promoção de cuidados paliativistas em tempo apropriado, no sentido de tornar a medicina geral mais próxima dos valores e dignidade humana.³⁰⁰

A Organização Mundial de Saúde (OMS) atualizou a definição referente aos cuidados paliativos, afirmando-os como “uma abordagem que visa melhorar a qualidade de vida dos doentes que enfrentam problemas decorrentes de uma doença incurável com prognóstico limitado e/ou doença grave (que ameaça a vida), e suas famílias, através da prevenção e alívio do sofrimento, com recurso à identificação precoce, avaliação adequada e tratamento rigoroso dos problemas não só físicos, como a dor, mas também dos psicossociais e espirituais”.³⁰¹

³⁰⁰ BATISTA, Julio César et al. **Cuidados paliativos nas unidades de terapia intensiva: implicações na assistência de enfermagem.**

³⁰¹ OMS, 2002.

Há de se salientar, portanto, que de acordo com a significação trazida pela OMS existem princípios que norteiam e orientam a prática paliativista, sempre visando um progresso na qualidade de vida do paciente que já não responde às medicações e tratamentos introduzidos. Entre os principais princípios podemos destacar: fornecer alívio para a dor e outros sintomas; reafirmar a vida e a morte como processos naturais; não apressar ou adiar a morte; oferecer apoio à família e ao paciente para aumentar a qualidade de vida até o seu falecimento; integrar os aspectos psicológicos, espirituais e sociais ao aspecto clínico de cuidado do paciente; oferecer um sistema de suporte para ajudar o paciente a viver o mais ativamente até sua morte; usar uma abordagem interdisciplinar para acessar as necessidades clínicas e psicossociais dos pacientes e de suas famílias, incluindo o aconselhamento e suporte ao luto.

Consoante à enumeração principiológica supracitada, podemos tirar conclusões múltiplas. O empenho maior é assegurar a suficiência e disposição do paciente sem possibilidade terapêutica de cura, entretanto, alcançamos o entendimento de que as famílias também fazem parte do processo, pois elas sofrem com o ente em fase de finitude da vida. Essencial, nesse sentido, torna-se a posição de apoio às famílias. Outra dedução que podemos fazer é a existência de um suporte clínico ambulatorial e necessidade de uma equipe multidisciplinar envolvida nos cuidados paliativos, sendo a referida equipe composta por médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais e, também, por responsáveis pastores, padres, bispos e religiosos, em geral, responsáveis pelo cuidado o espiritual tanto da família quanto do paciente.

Temos que sublinhar, sobretudo, a afirmação da vida e da morte como processos naturais. Pois, culturalmente, a humanidade costuma encarar a morte como tabu, interdita ou algo vergonhoso, inadmissível.³⁰²

1.1 Contexto histórico

Da etimologia da palavra o termo paliativo refere-se ao vocábulo ‘*pallium*’, que significa manta ou coberta. De outra banda, o conceito do termo cuidados paliativos é oriundo de um movimento chamado *hospice*, que denota o sentido de

³⁰²SANTOS, Santana Franklin. **Cuidados Paliativos: discutindo a vida, a morte e o morrer.**

hospitalidade. O referido movimento enfatizava a importância dos cuidados paliativos na medicina.

Cecily Saunders, enfermeira, médica, assistente social e escritora inglesa, é o grande nome que dá origem ao termo Cuidados Paliativos. O conceito surgiu em meio a um famoso hospital londrino, na década de 1960, que pretendia melhorar a vida de pacientes acometidos de câncer. A enfermeira londrina disseminava a filosofia do cuidar em dimensões psicológicas, sociais e espirituais.

O avanço da medicina proporcionou a melhoria das condições de vida das populações em geral, a média de vida cresceu. Por outro lado, houve não só o aumento de doenças crônicas como a quantidade de pacientes diagnosticados sem possibilidades terapêuticas de cura. Nesse sentido, o movimento paliativista foi se expandindo ao redor do mundo, chegando ao Canadá e Estados Unidos, e, posteriormente, nos últimos vinte e cinco anos do século passado, chega à Europa. Nesse diapasão, a pretensão de cuidar unicamente de pacientes acometidos de câncer ampliou-se para todos os enfermos que estão fora de possibilidade terapêutica, ou seja, agora o tratamento mediante cuidados paliativos serviria para todos aqueles que não respondem às medicações e tratamentos existentes, sendo considerados, portanto, em estado terminal.

No Brasil, a medicina paliativista chega com bastante atraso. A partir dos anos de 1990 começaram a aparecer os primeiros serviços organizados, voltados para o tema, ainda que de forma experimental. Vale ressaltar o pioneirismo do Professor Marco Túlio de Assis Figueiredo, que abriu os primeiros cursos e atendimentos com filosofia paliativista na Escola Paulista de Medicina – UNIFESP/EPM. Algumas unidades ambulatoriais foram inauguradas a partir do ano de 1998, entre elas o hospital Unidade IV, do Instituto Nacional do Câncer - INCA e o Hospital do Servidor Público Estadual de São Paulo – HSPE/SP que contemplou uma enfermaria exclusiva de cuidados paliativos.

No ano de 2005 os Cuidados Paliativos no Brasil avançaram com intensidade, uma vez que naquele ano foi criada a Academia Nacional de Cuidados Paliativos (ANCP). Com a fundação da ANCP tivemos um progresso na regularização do profissional paliativista, assim como o estabelecimento de critérios de qualidade do serviço.

Contudo, foi em 2009 que na história da medicina no Brasil, o Conselho Federal de Medicina – CFM incluiu em seu Código de Ética Médica, os Cuidados Paliativos como um princípio fundamental.

1.2 Novo Código de Ética Médica

A medicina brasileira ganhou um novo Código de Ética Médica, através da Resolução 1931/2009 do CFM, passando a entrar em vigor em abril de 2010. Após mais de vinte anos em vigor, o antigo documento tornou-se ultrapassado já que de 1988 até a primeira década do século XXI a sociedade transformou, em passo acelerado, suas concepções de valores morais, de direitos e de autonomia.

Só após o dia 13 de abril de 2010, quando foi enfim chancelada a validade do novo diploma de Ética Médica, os cuidados paliativos vieram a ser realmente prestigiados. O prestígio trouxe consigo um princípio, dois artigos e uma mudança de paradigma.

O princípio mencionado está cristalizado quando lemos: “Nas situações clínicas irreversíveis terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”. Tal princípio é facilmente assimilado quando nos referimos ao §2º do artigo 37 do novo código, que aduz: “É vedado ao médico abandonar paciente sob seus cuidados: §2º. Salvo por motivo justo comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos”.

Ainda segue no artigo 41: “É vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único: Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

Podemos observar que o novo código diz não à prática da eutanásia e também não à prática da distanásia e introduz na área dos cuidados médicos,

quando estamos frente a uma situação de não possibilidade de cura, a oferta de cuidados paliativos³⁰³.

A mudança de paradigma é clara evidenciando a preocupação sobre o tema finitude da vida pelos profissionais de medicina, passando com o novo código a atender para uma maior autonomia do paciente além da proteção ao Princípio da dignidade da pessoa humana. Enfim, temos um novo Código de Ética Médica mais humanista e que reconhece a finitude da vida como algo natural. Sobre isso, Carlos Henrique Debenedito diz:

Mais recentemente, a moralidade dos Cuidados Paliativos veio resgatar os princípios da qualidade de vida, controle da dor e diminuição do sofrimento imposto ao doente, que, pelo avanço da patologia que o acomete, sai da área de tratamento curativo. Como atualmente se entende por saúde o bem-estar global, abrem-se à discussão outras questões no tratamento do doente terminal. Nessa fase, a interpretação de saúde como bem-estar físico, psicológico, social e espiritual, permite ajustes na valoração que se atribui à vida humana, trazendo a perspectiva da morte não como doença a curar, mas sim, parte integrada da vida.³⁰⁴

Devemos abrir um parêntese para falarmos do princípio supratranscrito. O princípio da dignidade da pessoa humana é tido como um dos alicerces da Constituição Federal de 1988, presente no art. 1º, III, e 5º *caput*. Alguns dizem que definir esse princípio é tarefa impossível, contudo, podemos entendê-lo como um valor moral inato e inerente à pessoa humana. É o mandamento nuclear, o princípio máximo do Estado Democrático de Direito.

O referido mandamento objetiva a proteção dos cidadãos perante o Estado e também diante dos outros indivíduos. Ele é a garantia normativa da integralidade do processo vital do ser humano, em outras palavras, assegura o direito de termos uma vida digna, mas garante, também, a morte digna.

Nesta senda, percebemos que os pacientes que buscam os cuidados paliativos pretendem ter o direito a um melhoramento da qualidade de vida até o

³⁰³PESSINE, Leo. **Terminalidade da vida e o novo código de ética médica.**

³⁰⁴SILVA, Carlos Henrique Debenedito. **A Moralidade dos Cuidados Paliativos.**

falecimento, ou seja, traduzindo, ter uma morte digna, com o mínimo de dor e sofrimento possível.

Apesar dos nítidos avanços que obtivemos relacionados aos cuidados paliativos, vemos que ainda existe uma grande lacuna no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), ou seja, ainda não temos políticas públicas sobre o tema, algo inaceitável diante dos benefícios que tais cuidados trazem e do tempo em que o Código de Ética Médica versa sobre tal.

2 - SUS E O CONTROLE SOCIAL

O SUS, apesar das suas falhas, é reconhecido, mundialmente, como um dos maiores sistemas públicos de saúde existentes, e veio como forma de efetivar o Capítulo II – Da Seguridade Social (Seção II. Da Saúde – arts. 196 a 200) da Constituição Federal de 1988, sendo regulado pela Lei nº 8.080/1990, aquela que operacionaliza o atendimento público de saúde.

A partir dos artigos supracitados, pode-se auferir que o SUS possui 5 (cinco) princípios basilares: universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação social.

O SUS é um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido de maneira plena ou integral, de acordo com as necessidades de cada região, estando presente em todos os níveis federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com a participação da comunidade na sua elaboração, regulamentação e fiscalização (participação social). É justamente sobre essa última questão pretende se focar, a participação social no SUS, que é regulada pela Lei 8.142/1990.

O controle social vem democratizar e atender às demandas sociais através da participação dos agentes que vivem em determinada localidade e, conseqüentemente, sabem a realidade de onde vivem. Nesse sentido, destaca-se que o controle social se dá através dos Conselhos e Conferências de Saúde.

Os Conselhos de Saúde são órgãos de caráter permanente, ou seja, se reúnem de forma periódica, e deliberativo, sendo compostos por representantes do governo (gestores), prestadores de serviço, profissionais da saúde e usuários, sendo esses últimos com 50% (cinquenta por cento) na composição. Já as Conferências de Saúde são realizadas a cada quatro anos, tendo, da mesma forma dos Conselhos,

representação dos variados segmentos da sociedade, objetivando analisar a situação geral da saúde, os avanços e retrocessos e, sobretudo, propor as diretrizes para a formulação da política. A próxima Conferência Nacional de Saúde será realizada no ano de 2015, na cidade de Brasília.

3 - INSERÇÃO DOS CUIDADOS PALIATIVOS NA PAUTA DAS INSTÂNCIAS DE CONTROLE SOCIAL

Com relação a essa questão da inserção dos cuidados paliativos na pauta das instâncias de controle social:

Considerando os princípios que estruturam o SUS, torna-se fundamental que os representantes dos segmentos que participam como delegados das conferências de saúde bem como aqueles que compõem os conselhos de saúde tenham conhecimento em termos conceituais sobre o tema cuidados paliativos e o seu acesso na perspectiva do direito à saúde. No âmbito do controle social a compreensão sobre o que são cuidados paliativos ainda é insuficiente e, por consequência, o entendimento sobre o direito ao acesso aos cuidados paliativos também não é satisfatório. A terminalidade da vida e os delicados dilemas envolvidos representam conflitos que dificultam o ingresso deste tema na pauta de prioridades no âmbito dos debates do controle social em termos de formulação de políticas públicas de saúde. Portanto, o tema cuidados paliativos, na perspectiva do direito à saúde, precisa ser mais bem trabalhado junto às instâncias do controle social do SUS.³⁰⁵

Por se tratar de tema que relaciona os cuidados na vida para uma morte digna, pode-se concluir que envolve diversas áreas do saber e exsurge a lícita conclusão de que o princípio da dignidade da pessoa humana, presente em nosso ordenamento jurídico, vem transformando o pensamento da sociedade e do Direito de não apenas garantir o direito à vida, mas, necessariamente, reconhecer e tutelar o direito a uma vida digna, e em consequência, nada mais natural que o direito de

³⁰⁵ Dantas, Erica Simone Barbosa. **O acesso aos cuidados paliativos na perspectiva da efetivação do direito à saúde.** Trabalho apresentado para fins de conclusão da Disciplina Biotecnologia, Desenvolvimento e Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2013.

morrer dignamente. Pondera-se, nessa trilha, que é justo o reconhecimento do princípio da dignidade humana projetado também na morte.

CONCLUSÕES

Em arremate, conclui-se que o tema exposto é de importância plena para os debates sobre o direito de morrer de maneira digna, e por utilizar princípios constitucionais deve sempre permanecer em discussão. Dessa forma, vê-se necessário o estudo e aprofundamento do tema supracitado, além da minuciosa pesquisa referente aos casos concretos tendo em vista as melhores medidas a serem tomadas.

No âmbito do controle social a compreensão sobre o que são cuidados paliativos ainda é insuficiente e, por consequência, o entendimento sobre o direito ao acesso aos cuidados paliativos também não é satisfatório. A terminalidade da vida e os delicados dilemas envolvidos representam conflitos que dificultam o ingresso deste tema na pauta de prioridades no âmbito dos debates do controle social em termos de formulação de políticas públicas de saúde. Portanto, o tema cuidados paliativos, na perspectiva do direito à saúde, precisa ser mais bem trabalhado junto às instâncias do controle social do SUS.³⁰⁶

³⁰⁶ Dantas, Erica Simone Barbosa. **O acesso aos cuidados paliativos na perspectiva da efetivação do direito à saúde**. Trabalho apresentado para fins de conclusão da Disciplina Biotecnologia, Desenvolvimento e Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2013.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Julio César et al. **Cuidados paliativos nas unidades de terapia intensiva: implicações na assistência de enfermagem.** Disponível em <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usor/Meus%20documentos/Downloads/5217-20295-1-PB.pdf> Acesso em 01 de março de 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988.
- Brasil. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Relatório Final da 14ª Conferência Nacional de Saúde - todos usam o SUS: SUS na seguridade social: Política pública, patrimônio do povo brasileiro** / Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.
- Dantas, Erica Simone Barbosa. **O acesso aos cuidados paliativos na perspectiva da efetivação do direito à saúde.** Trabalho apresentado para fins de conclusão da Disciplina Biotecnologia, Desenvolvimento e Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2013.
- DANTAS, Erica Simone Barbosa. **O acesso aos cuidados paliativos na perspectiva do direito à saúde do idoso: reflexões sobre o tema como pauta do controle social.** In: Anais III CIEH - Congresso Internacional de Envelhecimento Humano. Campina Grande: Realize Editora e Eventos, v.1, 2013.
- SANTOS, Santana Franklin. **Cuidados Paliativos: discutindo a vida, a morte e o morrer.** São Paulo: Atheneu, 2009.
- SILVA, Carlos Henrique Debenedito. **A Moralidade dos Cuidados Paliativos.** Disponível em http://www.inca.gov.br/rbc/n_50/v04/pdf/secao3.pdf. Acesso em 02 de março de 2014.
- PESSINE, Leo. **Terminalidade da vida e o novo código de ética médica.** Disponível em <http://www.saocamilo-sp.br/novo/publicacoes/publicacaoEditorial.php?ID=76&rev=b>. Acesso em 02 de março de 2014.

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM: UMA
ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DAS
CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE**

Felipe Viana de Mello³⁰⁷

Juliana Cavalcante Lira de Oliveira³⁰⁸

Resumo: Pretende-se com o presente trabalho desenvolver uma análise comparada acerca do conteúdo atribuído ao direito à imagem nos diversos ordenamentos mundiais. Ciente de que a evolução da tecnologia e dos meios de divulgação fez emergir no mundo jurídico a necessidade de criação e efetivação de normas que possibilitassem a defesa da privacidade do indivíduo, notadamente no que concerne aos direitos subjetivos e patrimoniais sobre a própria imagem, objetiva-se verificar como o direito cumpriu o encargo de delimitar as peculiaridades e características típicas de cada garantia. Utilizando uma abordagem teórica e comparativa acerca dos institutos jurídicos relacionados ao direito civil, tais como: o consentimento de divulgação e a comercialização do próprio retrato, buscando-se demonstrar a relativização de algumas características tipicamente inerentes aos direitos da personalidade, a saber: a indisponibilidade e a extrapatrimonialidade. Partiu-se, desta forma, de uma análise doutrinária a partir de teóricos do direito europeu e brasileiro, a fim de delimitar a referida flexibilização, assim como evidenciar a tendência primordialmente apresentada pelo direito norte-americano, que passou a estabelecer a coexistência entre os conteúdos pessoal e patrimonial do direito à imagem.

Palavras-chave: Direito à Imagem; Disponibilidade; Patrimonialidade; Comercialização.

Abstract: The aim of this work is to develop a comparative analysis on the content assigned to the image rights in many legal systems worldwide. Aware that the

³⁰⁷Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPE. Assessor de Gabinete do Juízo de Primeiro Grau do Tribunal de Justiça da Paraíba. Email: felipevianajp@hotmail.com.

³⁰⁸Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Integrante do Grupo de Pesquisa em Marxismo, Realismo jurídico e Direito Humanos. Email: Juulianalira@gmail.com.

evolution of technology and of the media did emerge in the legal world the need for creating and enforcing standards that would enable the defense of individual's privacy, especially with regard to subjective and economic rights in their own image, the objective is to verify how the right fulfill the task of defining the peculiarities and characteristics typical of each warranty. Using a theoretical and comparative approach about the legal institutions related to civil law, such as: the consent of dissemination and marketing of the own image, seeking to demonstrate the relativity of some characteristics typically inherent to personality rights, namely the unavailability and non-patrimoniality. The work started with a doctrinal analysis from theoretical European and Brazilian law, in order to delimit such flexibility, as well as to show the primarily trend presented by north american law, which established coexistence between personal and property rights to the image content.

Keywords: Right to image; Availability; Patrimoniality; Marketing.

1. INTRODUÇÃO

Considerada como expressão da individualidade do ser humano, a imagem pessoal tem recebido grande relevância em diversos países, já que o direito que a resguarda passou ao patamar mais elevado dos sistemas jurídicos, dado ao procedimento de constitucionalização dos direitos de personalidade.

O retrato do ser humano consiste, indubitavelmente, um elemento distintivo, identificador perante a coletividade. Assim, a imagem individual integra o rol não taxativo dos direitos da personalidade e tem-se mostrado tema corrente de debate e estudos sociais, culturais, jurídicos e históricos, uma vez que a evolução da própria humanidade encontra-se retratada nas mais diversas formas de expressão de imagem, partindo das pinturas rupestres às fotografias registradas em aparelhos celulares dos tempos atuais.

Ocorre que o desenvolvimento social e tecnológico, bem como a ampla divulgação da mídia e o surgimento de um grupo significativo de programas e modelos televisivos que exploram sobretudo a imagem dos indivíduos, buscando expor seus traços mais íntimos e característicos, fez surgir no Direito a necessidade da efetivação da tutela acerca dos bens inerentes à personalidade.

Neste contexto, nos tempos mais remotos, o debate acerca do direito sobre a própria imagem era disperso e sem significativa expressão, tanto em razão da dificuldade de obtenção de retratos e pinturas, como em decorrência do complexo processo de sua fabricação, que acabava por inviabilizar tanto a exploração lícita do direito, quanto os abusos por parte de terceiros. Assim, a discussão jurídica acerca do direito em questão somente tomou efetivo relevo com o surgimento da fotografia, em meados do século XIX.

O reconhecimento jurídico do valor da própria imagem, que é exteriorização da pessoa, bem como sua concepção como direito da personalidade, implicaria, como tal, caracterizá-la com os atributos da ser irrenunciável, intransmissível, extrapatrimonial, além de indisponível, uma vez que consistiria em direito subjetivo e inerente ao ser humano.

Todavia, o que se observa no contexto atual é que a imagem do indivíduo integra seu patrimônio imaterial, por ser parte de sua individualidade; e ao mesmo tempo seu patrimônio material, notadamente no que concerne às possibilidades de exploração da publicidade e da autopromoção pessoal.

Ocorre que é frequente a veiculação de símbolos e figuras intimamente relacionados à imagem de alguém, de suas características e vivências com fins de despertar a curiosidade do público ou como forma de criticar e pontuar a vida alheia.

Assim, a imagem pode ser explorada tanto em veículos de comunicação social, como em programas de público, filmes ou em revistas, sobretudo a das pessoas públicas, que a exploram por liberalidade e, na maioria das vezes, para fins comerciais.

Vê-se, assim, que o referido direito foge a certas características gerais das garantias da personalidade, uma vez que sua disposição é possível e, via de regra, rentável. O problema do debate proposto neste artigo reside exatamente em expor as condicionantes de exploração abusiva da imagem alheia, como forma de auferir lucro ou mesmo negativar a boa moral de alguém.

É deste contexto que emerge a necessidade de normas e preceitos legais que assegurem, de forma efetiva, o direito de cada indivíduo de ter protegida sua exposição pública, restando ao Direito, enquanto complexo normativo, delimitar os

contornos e impor as fronteiras de proteção do bem jurídico que, cada vez mais, atinge imensuráveis valores de comercialização.

Buscar-se-á, portanto, numa análise comparada dos sistemas jurídicos encontrar os institutos do direito civil comuns da garantia e preservação da imagem, atentando para a evolução histórica de sua proteção.

Assim, será possível demonstrar que da mesma forma que no direito brasileiro, também há a possibilidade de utilização comercial da imagem dos seres humanos em diversos outros ordenamentos jurídicos, sendo que essa garantia teve como precursora a doutrina jurídica norte-americana.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Apontamentos Iniciais

Considerando que o presente trabalho propõe uma análise comparada de determinados institutos do Direito Civil, notadamente no que concerne a possibilidade do sujeito dispor de sua própria imagem, limitando-a voluntariamente, é de bom alvitre iniciar o debate tratando acerca do que seriam, em tese, os direitos de personalidade, de onde se poderia extrair tal faculdade.

Tem-se que a personalidade, nas palavras de PAIS DE VASCONCELOS³⁰⁹, seria uma qualidade inerente ao próprio ser humano. Consistiria, portanto, num direito inato e natural ao indivíduo que deve ser resguardado por todos os ordenamentos jurídicos do mundo. Assim, liga-se à personalidade jurídica a ideia genérica de aptidão de adquirir direitos e deveres pelo homem, conferindo-lhe a qualidade de pessoa perante o Direito.

A doutrina brasileira, da qual podemos citar os estudos de FRANCISCO AMARAL, conceitua os direitos a personalidade como “*direitos subjetivos que tem por objeto os bens e valores essências da pessoa, no aspecto físico, moral e intelectual.*”³¹⁰

Como se pode notar dos conceitos acima expostos, o homem é, ao mesmo tempo, sujeito e objeto dos direitos da personalidade, tendo em vista que os

³⁰⁹VASCONCELOS, Pedro Pais de, **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 5.

³¹⁰AMARAL, Francisco, **Direito Civil: introdução**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 247.

bens jurídicos protegidos por esses direitos são os seus próprios titulares. Trata-se, de fato, de direitos subjetivos.

Ocorre que os atuais códigos civis luso-brasileiro não conceituam o que seria os direitos subjetivos, ficando a cargo da doutrina tal definição, apesar de o diploma português anterior, qual seja o Código de 1867, conhecido como o diploma de SEABRA tê-lo feito em seu artigo 2º, definindo os direitos subjetivos como “*a faculdade moral de praticar ou deixar de praticar certos factos.*”

O doutrinador lusitano MOTA PINTO, cumprindo o papel de explanar o que seriam os direitos subjetivos, diz que esses consistem no “*poder jurídico de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo ou negativo ou poder jurídico de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado dos efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem à outra parte.*”³¹¹.

Neste palmilhar, os direitos da personalidade, assegurados no texto da legislação vigente em Portugal e no Brasil, consistem patrimônio do indivíduo. São traços e características intrínsecas à própria personalidade humana. Via de regra, serão direitos personalíssimos e irrenunciáveis.

Para PRADO PEREIRA³¹², o principal marco histórico apontado pela doutrina mundial para o fortalecimento dos Direitos da Personalidade foi a Segunda Guerra Mundial, em que pese já existirem outras previsões legais acerca de tais direitos em diplomas anteriores.

Todavia, ocorre que com a crescente onda de positivação civilista dos direitos da personalidade, viu-se necessário emprestar a tais garantias maior força normativa, o que pôde ser alcançado pela sua constitucionalização, que se deu, precisamente, com a introdução desses direitos de cunho civilista no campo dos direitos fundamentais. O fato ocorreu em inúmeros ordenamentos, a exemplo no Brasil e de Portugal.

Feitas tais considerações introdutórias, passaremos a comentar as características inerentes dos direitos da personalidade, cuja exposição é salutar

³¹¹PINTO, Paulo Mota. **O direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**, in BFDUC, *Stvdia Ivridica* 40 – Portugal – Brasil Ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 172.

³¹²PEREIRA, Heloisa Prado. **Utilização não Autorizada da Imagem do Menor e o Dano Moral**. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para a obtenção do título de Mestre. Coimbra, 2004. p. 38.

neste momento, pois, como será dito mais a frente, o direito à imagem guarda certas peculiaridades frente a essas.

O diferencial mais marcante das referidas garantias é seu caráter inato ou permanente, ou seja, surgem com o nascimento do ser humano, sendo resguardados os direitos do nascituro no caso brasileiro, de acordo com o a parte final do art. 2º do Código Civil, e se findam com a morte.

É de destacar-se, entretanto, que a morte do sujeito de direitos, não implica no desaparecimento de sua órbita jurídica subjetiva. Os direitos pessoais continuam a ser tutelados pelo ordenamento, sendo determinado pelo próprio legislador quais os legitimados a exercê-los em lugar do *de cuius*. Assim, pode-se entender que a personalidade jurídica é empurrada para depois da morte, como observa LEITE CAMPOS³¹³.

Ainda, os direitos da personalidade são tidos como absolutos por possuírem eficácia *erga omnes*, exigindo da coletividade que se abstenha, em regra, da prática de atos que possam, por ventura, maculá-los. Tais direitos são igualmente considerados intransmissíveis, dada a impossibilidade de serem repassados a terceiros, como por exemplo a honra, além de irrenunciáveis³¹⁴ e imprescritíveis, não sendo possível perdê-los ou adquiri-los pelo uso ou não uso.

Por fim, são ainda caracterizados como extrapatrimoniais e indisponíveis. É que, via de regra, tais direitos não possuem valor de mercado, não podendo assim ser quantificados pecuniariamente. Além disso, os seus titulares não podem limitá-los, quando de tal ato decorra uma violação aos costumes e à ordem pública.

Tratam-se, estas últimas, de condições não absolutas que, como tal, comportam exceções.

³¹³ CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direitos da Personalidade**, *in sep* do vol LXVIII do **BFUDUC**, Coimbra, 2 ed, 1992. p. 45.

³¹⁴ ALBUQUERQUE MATOS, in **Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome**. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2007, à p. 79 assegura que embora os direitos de personalidade sejam tidos como irrenunciáveis, dada a sua natureza pessoal, esses podem ser limitados, como será demonstrado mais a frente no presente texto.

É que há certos direitos, a exemplo do direito à imagem, que é o objeto central deste estudo, que foge as noções de indisponibilidade e extrapatrimonialidade, como será demonstrado em seguida.

2.2 Das notas sobre o direito à imagem

Sabe-se que o ato de capturar imagens está ligado aos seres humanos desde o primórdio dos tempos. Prova disso são as figuras rupestres estampadas nas paredes das cavernas em diversos lugares no globo terrestre, que demonstravam a vida cotidiana dos homens primitivos, em suas atividades e celebrações.

Ocorreu que com o passar dos séculos e após o afloramento cultural, o modo de obtenção de imagens tornou-se mais artístico, sendo feito por meio de pinturas e esculturas de arte. Porém, com o avanço tecnológico e o surgimento das máquinas fotográficas, no final do século XIX, passou-se a se expandir a obtenção de imagens e retratos, tendo em vista a facilidade de manuseio desses equipamentos, além da diminuição drástica dos custos para tanto.

Segundo Cláudia TRABUCO: “A imagem é a projecção externa da pessoa, representando por isso um rasgo da personalidade humana”³¹⁵. Essa projeção englobaria inclusive os gestos e a voz, segundo o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Domingos FRANCIULLI NETTO³¹⁶. Trata-se mesmo de uma forma de individualização do ser humano.

Nesse sentido, partindo dos conceitos acima expostos, é de fácil percepção que o citado rasgo da personalidade, ou seja, esse elemento diferenciador da imagem, só é inerente às pessoas singulares, sendo excluída da tutela jurisdicional a imagem das pessoas coletivas, como assegura David FESTAS³¹⁷.

Historicamente, a tutela da imagem tem uma intrínseca ligação com a intimidade e a vida privada. E essa ligação com esses direitos tem natureza lógica, tendo em vista que a imagem de um pessoa dificilmente será explorada em abstrato,

³¹⁵ TRABUCO, Cláudia. **Dos contratos relativos ao direito à imagem**. *in sep* da Revista O Direito, ano 133º, n. II, 2001. p. 400.

³¹⁶ FRANCIULLI NETTO, Domingos. **A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal**. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, DF, v. 16, n. 1, jan./jul. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/139>>

³¹⁷ FESTAS, David de Oliveira. **Do conteúdo patrimonial do direito à imagem**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 53.

sendo normalmente associada a alguma notícia ou produto, como bem anota MENEZES CORDEIRO³¹⁸.

A doutrina brasileira, nos estudos de FRANCIULLI NETTO³¹⁹, traça detalhadamente todas as teorias existentes no ordenamento jurídico mundial que versam sobre a ligação do direito à imagem com outras garantias. Fala-se do não reconhecimento da existência do direito em comento, da sua ligação à honra, à manifestação do corpo, à reserva da vida privada ou à intimidade pessoal e, por fim, a teoria que trata o direito à imagem como direito autônomo.

Atualmente, esta última corrente doutrinária, que assegura a autonomia do direito à imagem, é adotada nos ordenamentos luso e brasileiro, em que pese ser a garantia em questão tratada em comunhão com o direito à intimidade e à vida privada. No caso brasileiro, ambos se encontram sob a roupagem do direito à privacidade.

Verifica-se que, mesmo sendo tratados num mesmo contexto jurídico, o direito à imagem tem autonomia e, por visar proteger a notoriedade e aparência exterior, não se confunde com a honra ou a violação à vida privada, que encontram seu bem jurídico tutelado no interior do indivíduo. Há casos, portanto, em que será observada violação a um desses direitos, ou a todos eles em conjunto.

Assim, demonstrada a autonomia da imagem e de sua tutela no ordenamento jurídico, passaremos no próximo nas linhas que seguem a trazer argumentos que visam demonstrar os valores defendidos por esse direito, especialmente o que tange ao conteúdo patrimonial.

Neste ponto, de se destacar que o aproveitamento econômico da imagem é algo bastante comum nos dias atuais. Por óbvio, esse aferimento pecuniário ocorre, principalmente, com pessoas públicas, tais como artistas, músicos, desportistas e políticos.

Todavia, há em paralelo à comercialização voluntária da imagem, o lucro decorrência de indenizações fixadas pelo abuso praticado contra a inviolabilidade da imagem individual, quando essa for publicada sem o

³¹⁸CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral**. Tomo III, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 235.

³¹⁹FRANCIULLI NETTO, Domingos. *op. cit.*

consentimento do retratado. O Código Civil brasileiro prevê essa responsabilização, inclusive, de forma expressa no texto do art. 20³²⁰.

Nos tempos mais hodiernos, em razão da facilidade trazida pela fotografia, iniciou-se um grande número de conflitos inerentes à exposição da imagem individual. Neste contexto, a primeira luz de reconhecimento de tal direito ocorreu na jurisprudência francesa. O julgado emblemático do direito gaulês ocorreu no *Tribunal Civil de La Seine*, onde foi julgado *caso Rachel*, no qual a Corte reconheceu a violação na exposição da imagem de um artista em seu leito de morte, como aponta FESTAS³²¹.

Tal decisão teve como fundamento o fato de que a titular do direito ser proprietária de suas feições, ou seja, a jurisprudência francesa tutelou a imagem com um bem patrimonial, passando somente a admiti-la como um direito de personalidade na metade do século XX.

Na Alemanha, por sua vez, a doutrina começou a discutir a existência do direito à imagem na metade do século XIX. Havia, entretanto, uma tendência ao tratamento do direito à imagem com uma forma de direito autoral³²².

O ordenamento espanhol, por sua vez, até meados do séc. XX, não contava com qualquer previsão legal acerca do direito à imagem, só passando a ser regulamentado após a promulgação da Constituição de 1978, que previu tal proteção no texto do artigo 18º, 1º³²³, e posteriormente com a Lei Orgânica de 05 de maio de 1982, que em nove artigos passou a regular o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar, além da imagem individual.

Ainda, o sistema jurídico italiano tendeu primeiramente para consagrar o direito à imagem como personalista, estando a primeira referência a esse presente nos artigos 96º e 97º da lei autoral de 1941, que serviram de base, juntamente com o

³²⁰Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

³²¹ FESTAS, David de Oliveira. *op. cit.* p. 30.

³²² FESTAS, David de Oliveira. *op. cit.* p. 34, nota 54

³²³Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

artigo 10º do Código Civil de 1942, para a redação do artigo 79º³²⁴ do diploma civil lusitano. Entretanto, o tratamento dado pela jurisprudência e doutrina italiana para o direito à imagem passou a sufocar sua autonomia³²⁵, fenômeno esse que os autores denominaram *riservatezza*, como anuncia TRABUCO³²⁶.

Assim, a Itália só passou a considerar a possibilidade de utilização econômica da imagem em meados da década de oitenta do século passado, já sob forte influência da doutrina norte-americana, como será dito *a posteriori*.

Foi exatamente o ocasionado pelo amplo desenvolvimento tecnológico em detrimento da violação cada vez mais constante dos direitos da personalidade que ocasionaram a inclusão da proteção à imagem no âmbito do ordenamento português.

A primeira codificação civilista lusa, SEABRA, não consagrou entre seus direitos originários o da imagem, sendo tal ausência normativa plausível, já que quando da sua edição, em 1867, as primeiras decisões acerca do tema vinham sendo prolatadas nas cortes europeias mais tradicionais.

A inexistência de previsão normativa somente foi solucionada em 1966, com a consagração da garantia de inviolabilidade da imagem no diploma civil, especificamente em seu artigo 79º, que teve, por sua vez, como já dito, forte influência italiana. Em seguida, como forma de conferir ainda mais notoriedade aos direitos da personalidade, foram esses constitucionalizados no artigo 26º/1³²⁷ da Constituição da República Portuguesa.

³²⁴ ARTIGO 79º - Direito à imagem

1 – O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no nº 2 do artigo 71º, segundo a ordem nele indicada.

2 – Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim a justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou que hajam decorrido publicamente.

3 – O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se o facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.

³²⁵ MATOS. Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *op. cit.*, p. 162, nota 306. No ordenamento jurídico positivo italiano, a imagem está intimamente dependente da proteção dada aos valores do decoro e da reputação social.

³²⁶ TRABUCO, Cláudia. *op. cit.* p. 423.

³²⁷ 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.

No caso brasileiro, defende GONÇALVES³²⁸ “a proteção do direito à imagem resultou de um longo e paulatino trabalho pretoriano, visto não decorrer de texto expresso”. Inicialmente previsto no Código Civil de 1916 como uma limitação imposta pelo proprietário dos retratos ou esculturas encomendadas, posteriormente foi tratado pela legislação que resguardava os direitos autorais.

Somente com a edição da Constituição de 1988 restou findada qualquer discussão acerca do posicionamento jurídico no Brasil. A imagem, tida como um direito da personalidade, mereceu igual tratamento à honra, à vida privada, ao sigilo de correspondência, e à intimidade.

Comenta GONÇALVES³²⁹ que “a nova carta erigiu, assim, expressamente, o direito à própria imagem à condição de direito individual, conexo ao da vida, integrando o conjunto dos “direitos à privacidade”.

Feitas estas considerações, verifica-se que, sob a influência do direito português, a tutela jurisdicional oferecida pelo direito brasileiro aos direitos da personalidade e, em especial, ao direito à própria imagem, encontra equivalência com a previsão dos ordenamentos jurídicos mais clássicos e, como tais, possibilita a limitação por ato volitivo de um direito da personalidade, além de sua utilização comercial.

2.3 Da singularidade da imagem em relação às características dos direitos de personalidade

Viu-se que é conferido ao direito à própria imagem autonomia e amplo resguardo. O texto constitucional, ao estabelecer a tutela da imagem individual como expressão da privacidade, busca assegurar tudo aquilo que diz respeito ao íntimo, ao interior das relações sociais e afetivas, os sentimentos e as lembranças.

Diz-se, portanto, que o direito à privacidade, é, via de regra, irrenunciável. Trata-se, como visto acima, de uma característica típica dos direitos da personalidade.

³²⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – volume I: Parte Geral**. 6ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 171

³²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 171

Ocorre, todavia, que se tem admitido a possibilidade de, voluntariamente, a pessoa abrir mão de sua tutela jurídica a fim de que possa explorar economicamente, ou a título gratuito, seu nome, imagem, ou intimidade.

Assim, partindo-se da afirmação acima posta, é de se notar uma peculiaridade inerente ao direito à imagem, que o difere das características gerais dos direitos de personalidade. É que, como bem apontado no final do tópico 2.1 do presente texto, são elementos essenciais a esse seu caráter indisponível e sua extrapatrimonialidade.

Todavia, resta cristalino nos tempos atuais a exploração da imagem como item comercializável, na medida em que este bem inerente ao ser humano é objeto de vultuosos contratos publicitários, que se utilizam da exploração da personalidade para atrelá-las a toda espécie de produtos, no intuito de aumentar a vendagem desses.

Neste norte, passaremos neste momento a tecer comentários inerentes a esta peculiaridade do direito à imagem, de modo a expor considerações a respeito de como é possível, juridicamente, explorar economicamente este direito da personalidade.

No que se refere à possibilidade de disposição da imagem, ou seja, de sua utilização por terceiros estranhos, faz-se necessário que o retratado preste seu consentimento, sob pena de restar configurado abuso do direito por parte do terceiro que desautorizado comercializa a imagem alheia, de modo a surgir o direito a reparação pela exposição indevida, o que está positivado no direito brasileiro, no art. 20 do CC, como já dito outrora, bem como no 79º/1³³⁰ do CC lusitano.

A doutrina lusitana³³¹ define o consentimento como o instituto jurídico previsto pelo Direito Civil clássico para dispor de direitos intransmissíveis e irrenunciáveis, salvaguardando, entretanto, seus valores patrimoniais e pessoais em jogo.

Pergunta-se, então, qual seria a natureza jurídica do referido instituto?

Nesse ponto há um grande embate doutrinário na Alemanha. Alguns autores entendem que seria o consentimento um ato jurídico não negocial, ou seja,

³³⁰ O referido dispositivo no Código Civil português encontra-se transcrito na nota 18 deste trabalho.

³³¹ FESTAS, David de Oliveira. *op. cit.* p. 291

um ato semelhante a negócios (*geschäftsähnliche Handlungen*), sendo que tais atos produziriam efeitos negociais, embora não tivessem em sua base a vontade para tal direcionada, como menciona FESTAS³³².

Por outro lado, há autores germânicos que entendem ser o consentimento um legítimo negócio jurídico, sendo essa corrente defendida majoritariamente em Portugal, com por exemplo David FESTAS, CAPELO DE SOUZA, e MOTA PINTO.

Utilizar-se-á neste estudo, tal qual o fez a maior parte da doutrina lusa e germânica, a concepção de consentimento enquanto negócio jurídico, devendo-se a ele aplicar as regras gerais das declarações negociais. Neste ponto, especificamente, as que fazem menção a eficácia e à perfeição das declarações de vontade, com aduz MOTA PINTO³³³.

Feita a consideração, pode-se dizer que o consentimento poderá ser prestado de forma tácita ou expressa³³⁴. Em sentido contrário, MOTA PINTO³³⁵ menciona que o consentimento tácito deverá ser analisado caso a caso, com vistas a evitar uma interpretação indevida dos limites da renúncia do direito e, por consequência, implicar numa utilização indevida da imagem de outrem.

Neste ponto, o ordenamento jurídico espanhol, sendo ainda mais protetivo, exige que o consentimento acerca da renúncia de qualquer direito da personalidade, notadamente o direito à imagem individual, seja prestado de forma expressa, com fulcro no art. 2º/2³³⁶ da LO nº 01/82. O posicionamento observado na legislação espanhola, assim, assegura que a faculdade de consentir ou dispor do direito à imagem compete unicamente ao seu titular, que o fará de forma expressa.

Vê-se, assim, que o direito de disposição das garantias individuais, ainda que constitucionalizadas, se houver prévio consentimento, são plenamente possíveis no âmbito dos mesmos ordenamentos que protegem o direito à imagem,

³³²FESTAS, David de Oliveira. *op. cit.* p. 296.

³³³PINTO, Paulo Mota. *op. cit.* p.539 e *et. seq.*

³³⁴*Ibid.* e FESTAS, David de Oliveira. *op. cit.* p. 297.

³³⁵PINTO, Paulo Mota. *op. cit.* p. 539.

³³⁶ Dos. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones.

desde que se respeite os bons costumes e a boa-fé, como bem aponta o Enunciado 139³³⁷ da III Jornada de Direito Civil brasileira, realizada entre os dias 1 e 3 de maio de 2004.

Ocorre que o direito à imagem, em que pese figurar no rol dos direitos da personalidade que, via de regra, são inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e intransmissíveis por serem inatos ao ser humano, diferencia deste conjunto de garantias por se tratar de um direito disponível. O próprio ordenamento legal, e moral, possibilita há muito que o indivíduo explore a própria imagem com os mais diversos fins.

Corroborando com tema, TRABUCO³³⁸, assevera que o direito à imagem:

(...) por um lado, confere as pessoas a faculdade exclusiva de reprodução, difusão ou publicação da sua própria imagem, com carácter comercial ou não e, por outro, se caracteriza como o direito que tem a pessoa de impedir que um terceiro se possa praticar esses mesmos atos sem a sua autorização.

O direito à própria imagem consiste, assim, numa via de dois sentidos. Compõe-se da segurança e garantia de inviolabilidade por parte de terceiros de utilizá-lo sem o consentimento do titular; e, em paralelo, da faculdade de dispor dos atributos físicos e morais exteriorizados na própria imagem.

Sobre a discussão Regina SAHM³³⁹ conclui que:

Os atos de disposição relativamente à imagem, bem essencial, são válidos desde que não impliquem a privação dela, por isso, obviamente inalienável, intransferível,

³³⁷ 139. Art. 11: os direitos de 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 os bons costumes.

³³⁸ TRABUCO, Cláudia. *op. cit.* p. 405-406.

³³⁹ SAHM, Regina. **Direito à imagem no Direito Civil Contemporâneo: de acordo com o Novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10.01.2002.** São Paulo: Atlas, 2002. p. 168.

inexplorável, irrenunciável e imprescritível. Seu exercício é ato constante que não permite a dissociação da esfera do titular

Asseverada a possibilidade de exploração da imagem por terceiro, desde que haja o consentimento do retratado, é de bom alvitre destacar ainda que este direito é perfeitamente quantificado por pecúnia, seguindo a tangente das características dos direitos de personalidade também no que tange à extrapatrimonialidade.

Ora, a exploração econômica da própria imagem é inerente aos tempos presentes, sem, contudo, descaracterizá-lo de seus atributos próprios enquanto direito da personalidade. Trata-se, portanto, de mais uma exceção a regra.

De se destacar que o primeiro ordenamento jurídico a apontar para o aproveitamento pecuniário do direito à imagem foi o norte-americano, em consequência do grande mercado publicitário intimamente ligado ao seu apontamento como potência industrial.

Em 1890 foi publicado um artigo jurídico na *Havard Law Review* intitulado “*The right to privacy*”, no qual se referia ao direito à imagem como a forma mais simples do direito à privacidade. Assim, após a consolidação do *right of privacy* nos tribunais americanos, já com o avanço publicitário nos EUA, passou-se a sedimentar esse entendimento da corrente que considerava o valor econômico da imagem, sendo essa denominada *right of publicity*. O conceito foi expresso pela primeira vez na sentença do caso *Haelan Laboratories v. Topp Chewing Gum*, em 1953.

Com isso, a doutrina americana começou a admitir um sistema dualista da imagem, no qual o *right of privacy* cuidaria dos valores pessoais, enquanto ao *right of publicity* restaria resguardar a parte patrimonial desse direito, como bem anotou ALBUQUERQUE MATOS³⁴⁰.

Assim, a teoria do *right of publicity* possibilitou que o titular do direito à imagem pudesse tirar proveito econômico dela, evidenciando, desta forma, a

³⁴⁰MATOS. Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *op. cit.* p. 150, nota 277.

jurisprudência norteamericana como o passo decisivo para o reconhecimento do conteúdo patrimonial dessa garantia, como bem aponta TRABUCO³⁴¹.

Entretanto, no caso de ser a imagem objeto de uma negociação, poder-se-ia indagar: O sujeito do direito transmite sua titularidade para o adquirente?

Tal pergunta é totalmente plausível, já que o objeto do suposto contrato seria um direito da personalidade. Porém, tem-se que em tais pactos não há uma sucessão no que tange à titularidade da imagem, mas sim uma autorização de uso desta por terceiros por determinado período. É nesse sentido que aponta o Enunciado 4³⁴² da I Jornada de Direito Civil, ocorrida entre os dias 12 e 13 de setembro de 2002.

Posto em destaque o posicionamento inovador da doutrina norteamericana e com o fortalecimento da comercialização da imagem, a jurisprudência de outros países também passaram a adotar a corrente do *right of publicity*, notadamente a italiana, francesa e espanhola, essa já sob a vigência da Lei Orgânica de 1982, como anota FESTAS³⁴³.

Na Alemanha, país onde a doutrina em meados do século XIX pregava pela ausência do caráter patrimonialista do direito à imagem, passou a admiti-lo, sob o fundamento de que o utilizador desse bem estaria enriquecendo sem causa, às custas do retratado.

Já em Portugal, o conteúdo patrimonial do direito à imagem permaneceu obscuro no ordenamento jurídico, visto que a legislação não previu explicitamente tal visão desse bem.

Assim, após a edição do CC 1966, a maior parte dos julgados tratou o direito à imagem como um direito pessoal, sem tê-lo como um direito de conteúdo patrimonial.

Entretanto, apesar da lacuna normativa no que tange à comercialização da imagem em neste país lusitano, tal prática já é plenamente aceita pela doutrina e jurisprudência, cabendo ao retratado definir se, e em que termos, deverá ser economicamente aproveitada sua imagem, já que se assim não fosse poderia haver

³⁴¹ TRABUCO, Cláudia. *op. cit.* p. 416.

³⁴² Enunciado 4. Art. 11: O exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente em geral.

³⁴³ FESTAS, David de Oliveira. *op. cit.* p. 110, notas 349, 350 e 351.

um enriquecimento injustificado de outrem, o que é proibido no ordenamento luso pelo artigo 473º/1 do Código Civil.

Ademais, resta ainda claro que o direito ora discutido traz em sua baía conteúdo duplo, sendo esse valores os pessoais, inerentes a ligação imagem-pessoa, e os patrimoniais, esses que estão ligados ao seu conteúdo pecuniário.

Todavia, o fato desse direito regular ambos valores não retira seu caráter unitário, visto que o aproveitamento econômico da imagem tem sempre uma dimensão personalista, sendo assim um veículo de projeção da pessoa retratada, com diz FESTAS³⁴⁴.

Prova de tal indissolubilidade do direito à imagem é que seria impossível o aproveitamento econômico da imagem sem que o seu titular autodeterminasse tal benefício pecuniário.

Como dito mais acima, verifica-se, assim, que a tutela da própria imagem deve tomar um duplo caminho: proteger a faculdade de dispor e explorar dos atributos que lhe são inerentes e, em conjunto, limitar a interferência de terceiros no âmbito subjetivo do indivíduo sem a sua expressa autorização.

CONCLUSÃO

A utilização da imagem, enquanto atributo inerente ao próprio desenvolvimento e evolução do ser humano, passou por um processo de aperfeiçoamento, que foi diretamente proporcional a sua valorização comercial e trouxe ao direito o papel de, em consonância com as demais normas jurídicas vigentes, apresentar um modelo de tutela que não tolhesse do indivíduo a liberdade de dispor de seus atributos físicos e morais e, ao mesmo tempo, impusesse barreiras à exploração abusiva da imagem alheia.

Pôde-se extrair do presente estudo que as limitações voluntárias do direito à imagem, como expressão de disponibilidade, visam, via de regra, extrair o melhor proveito do conteúdo patrimonial que tal bem jurídico possui.

Iniciamos o trabalho propondo uma descrição e caracterização dos direitos da personalidade, apontando entre esses o direito à imagem, por ser

³⁴⁴FESTAS, David de Oliveira. *op. cit.* p. 62.

igualmente inerente à pessoa humana, bem como uma análise da efetiva tutela legal conferida a esta garantia.

Partindo da análise comparada dos mais diversos ordenamentos jurídicos, observou-se que existe certa equivalência e harmonia nos limites impostos, assim como nas garantias, principalmente no que tange à exigência de consentimento. O direito brasileiro, que bebeu na fonte portuguesa, encontra-se entre o rol dos ordenamentos que melhor tutelam a imagem. Trata-se, por assim dizer, de uma expressão clara da proteção dos direitos fundamentais, uma vez que a inviolabilidade da imagem encontra-se prevista no texto constitucional de 1988, no art. 5º.

Neste norte, foi exposto no último tópico que, apesar de a imagem estar presente no rol não taxativo dos direitos de personalidade, encontra certas peculiaridades, no sentido de que pode sofrer limitação voluntária de seu titular, desde que respeite a boa-fé objetiva e os costumes da sociedade, além de ter, necessariamente, de ser transitória, fazendo-se exigência da manifestação de vontade do retratado.

Ademais, o direito à imagem também é singularizado, dentre os de personalidade, por possuir valor econômico, sendo exceção a característica da extrapatrimonialidade. Assim, fora demonstrado que a corrente que passou a admitir este conteúdo duplo do referido direito fora a norte-americana, com a instauração no ordenamento jurídico do *right of publicity*.

Desta feita, asseveramos que o presente texto não tem a intenção de esgotar a matéria inerente ao tema em apreciação, até mesmo por conta de sua amplitude e dado ao número acentuado de questões a serem discutidas, mas serve de contributo para os que se interessem sobre a matéria.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco, **Direito Civil: introdução**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

ARGENTINA. **Código Civil**. Disponível em:
<http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/codciv.htm>

- BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral.** Tomo III, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direitos da Personalidade, in sep do vol LXVIII do BFDUC,** Coimbra, 2 ed, 1992.
- FESTAS, David de Oliveira. **Do conteúdo patrimonial do direito à imagem.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- FRANCIULLI NETTO, Domingos. **A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal.** Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, DF, v. 16, n. 1, jan./jul. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/139>>.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – volume I: Parte Geral.** 6ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. **Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome.** Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2007.
- PEREIRA, Heloisa Prado. **Utilização não Autorizada da Imagem do Menor e o Dano Moral.** Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para a obtenção do título de Mestre. Coimbra, 2004.
- PINTO, Paulo Mota. **O direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade,** in BFDUC, Stvdvia Ivridica 40 – Portugal – Brasil Ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- PORTUGAL. **Código Civil de 1966.** Coimbra: Almedina, 2011.
- TRABUCO, Cláudia. **Dos contratos relativos ao direito à imagem.** in sep da Revista O Direito, ano 133º, n. II, 2001.
- SAHM, Regina. **Direito à imagem no Direito Civil Contemporâneo: de acordo com o Novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10.01.2002.** São Paulo: Atlas, 2002.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, **Direito de Personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm.
- _____. **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em:
<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>
- _____. **Ley Organica 1/1982, de 5 de mayo, de proteccion civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.** Disponível em:
http://legislacion.derecho.com/ley-organica-1-1982-de-proteccion-civil-del-derecho-al-honor-a-la-intimidad-personal-y-familiar-y-a-la-propia-imagen_

PROBLEMATIZAÇÕES SOBRE A INTERDIÇÃO JUDICIAL DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA MENTAL*

Roger Moura dos Santos**

Letícia Holanda de Albuquerque***

Resumo

Os portadores de deficiência mental enfrentaram/enfrentam situações emblemáticas que se divergem ao longo dos tempos, mas que apresentam em sua essencialidade a exclusão social desses indivíduos e as limitações (e, não raras vezes, a exclusão) de direitos. Michel Foucault (1926-1984), filósofo francês, com sua obra História da Loucura (1961), se tornou uma referência para a análise social sobre o tratamento dado aos deficientes mentais. As leis brasileiras, especialmente a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, trazem normas que pretendem proteger os direitos desses indivíduos, propondo direitos fundamentais a todos independente de suas limitações mentais e por estabelecerem o instituto da interdição. Acontece que a atual dinâmica jurídica brasileira, em determinadas situações, desvirtua a verdadeira função do instituto, ocasionando a limitação deliberada de direitos, ao invés de proporcionar a proteção dos mesmos e inserir esses indivíduos na sociedade.

Palavras-chave: sujeitos de direito; capacidade jurídica; deficiência mental; interdição judicial; Foucault.

Abstract

Individuals with mental deficiencies confronted/confront emblematic situations that diverge over time but present its essentiality social exclusion of these individuals and limitations (and not infrequently, the exclusion) of rights. Michel Foucault (1926 – 1984), French philosopher, with his History of Madness (1961), became a reference for the social analyses about the treatment of the mental deficiencies. Brazilian law, especially the Federal Constitution of 1988 and the Civil Code of 2002, bring norms intended to protect the rights of these individuals, proposing fundamental rights to all whatever their mental limitations and to establish the institute of interdiction. Happens that the current Brazilian juridical dynamics, in certain situations, distorts the true function of the institute,

*Sobre o termo deficiência mental, concordamos com a opinião do Mark Nápole, representante da Rede Nacional de Internúcleos da Luta Antimanicomial: “(...) quando se introduzem, na lei, termos como deficiente ou incapaz para os atos da vida independente, estes expressam o preconceito da sociedade em relação aos portadores de sofrimento mental. (...) Dizer que alguém é deficiente é complicado. Qual de nós não tem algum grau de deficiência?”. (NÁPOLE, 2007: 49). Entretanto, para não gerar dúvidas conceituais, optamos por usar o termo deficiência/deficiente mental por esse ser o mais usual na lei e na doutrina.

** Graduado em História pela Universidade Federal de Pernambuco. rogermoura31@gmail.com

*** Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. leticia_17holanda@hotmail.com

causing the deliberate limitation of rights, rather than providing the its protection and introducing these individuals in society.

Keywords: subjects of law; juridical capacity; mental deficiency; judicial interdiction; Foucault.

Notas introdutórias

A interdição judicial, na concepção atual do direito, foi criada para ser utilizada de forma excepcional por aqueles que possuem incapacidade para certos atos da vida civil (é dessa maneira que a lei define). Em outras palavras: a interdição judicial é concedida para aquelas pessoas que apresentam dificuldades em agir na sociedade devido às limitações ocasionadas por debilidades mentais que acabam por condicionar o exercício de suas próprias ações, a defesa de seus direitos e interesses, a administração de seus bens, entre outros.

Este artigo pretende fazer uma análise sobre a prática da interdição judicial. Inicialmente tecendo breves explicações acerca dos dispositivos legais do Código Civil de 2002 sobre personalidade jurídica e capacidade jurídica, objetivando principalmente apontar no texto legal as incapacidades – absoluta e relativa – que podem acometer os portadores de deficiência mental. Posteriormente, faz-se uma abordagem interdisciplinar com os estudos históricos e filosóficos de Foucault sobre o tema.

O ponto principal do artigo é analisar o instituto da interdição não apenas por seus aparatos e dizeres legais presentes tanto no Código Civil de 2002 como no Código de Processo Civil, mas, sobretudo, ao problematizar as principais falhas do instituto: A) Abordar as fragilidades dos interrogatórios e dos laudos médicos (neste quesito utilizando-se novamente da crítica de Foucault); B) Exemplificar casos em que a função da interdição judicial é desvirtuada ou não observada. Por último, apontar, brevemente, ocasiões em que a insanidade mental é alegada de maneira dissimulada para fins de imputabilidade penal.

Conceitos e categorizações que envolvem os sujeitos de direito no Código Civil de 2002

Primeiramente há de se analisar o instituto da personalidade jurídica. Segundo o Código Civil de 2002, artigo 2.º, *a personalidade jurídica civil da pessoa começa do nascimento com vida*, significando, portanto, que todos tem aptidão para adquirir direitos e deveres, obedecendo o princípio constitucional da igualdade entre as pessoas.

Ao lado do instituto de personalidade jurídica, está o da capacidade jurídica. Por mais que o artigo 1.º do código supracitado preceitue que *toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*, a capacidade jurídica é dividida entre capacidade plena e a

capacidade limitada, o que consiste na quantificação da capacidade ou não das pessoas naturais poderem gozar de certas prerrogativas legais.

Por um lado existe a capacidade de direito ou de gozo, trata-se da capacidade de aquisição de direitos, dada a todos que possuem personalidade jurídica. Por quanto, a capacidade de fato, de exercício ou de ação é a autonomia em exercer tais direitos, em ter vida independente, em gerir seus próprios bens, em estabelecer relações jurídicas, em serem sujeitos de direitos e obrigações sem que, para tanto, precise ser amparado por curadores/tutores.

A capacidade plena, portanto, é aquela em que a pessoa natural (ou física) adquire quando apresenta a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de fato, de exercício ou de ação. Por quanto, a capacidade limitada da pessoa natural resume-se apenas na capacidade de direito ou de gozo, neste caso considera-se que a pessoa natural é incapaz, posto que o legislador civil brasileiro entendeu que, em certas ocasiões, uma determinada pessoa (mesmo apresentando personalidade jurídica e capacidade de direito ou de gozo) não possui idoneidade para gerir seus próprios atos da vida civil.

O atual Código Civil brasileiro expõe de maneira taxativa dois tipos de incapacidades: a absoluta e a relativa, respectivamente nos artigos 3.º e 4.º, deliberando as previsões para cada espécie de incapacidade. Os absolutamente incapazes são: *os menores de dezesseis anos; os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiveram o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade*. Já os relativamente incapazes são: os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, *e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido*; os excepcionais sem desenvolvimento mental completo; os pródigos. (grifo nosso).

Um dos objetos que nos interessam neste trabalho é o que está previsto no inciso II do artigo 3.º e em parte do inciso II do artigo 4.º, ou seja, aqueles dispositivos que ressaltam as incapacidades das pessoas que possuem enfermidade e/ou deficiência mental. Primeiramente, a partir das análises do filósofo Michel Foucault, que desenvolveu o tratamento dado historicamente aos deficientes mentais (bem como a outras esferas marginalizadas das sociedades), posteriormente fazendo um estudo crítico sobre o instituto da interdição judicial, suas implicações para as pessoas interditadas, apontando as principais falhas e desvios resultantes da dinâmica jurídica em torno deste instituto.

Breve análise das percepções de Foucault sobre a questão mental: marginalização e exclusão

O filósofo francês Michel Foucault foi um escritor que trouxe algumas análises sobre a “loucura”, seja na relação dos ditos “loucos” com a sociedade e sua condição de exclusão e marginalização, bem como das adversidades sobre os que viviam em um universo peculiar, bem distinto dos padrões de normalidades impostos pelas sociedades em diferentes épocas.

Foucault foi um pensador que ficou marcado por erigir uma obra a partir de uma concepção espacial/cartográfica, na qual a própria predefinição das delimitações, fronteiras e tensões (entre as zonas socialmente interditas e permitidas juridicamente) se apresentam de modo determinantemente sintomático para o autor, emitindo sinais fulcrais para análise do objeto pelo modo como estão aprioristicamente estruturadas.

O filósofo parte do pressuposto que a partir da análise do que a sociedade define e estabelece como marginal, das zonas interditas – seja o hospício, o presídio, locais destinados a concentrar sujeitos de comportamentos considerados desviantes - pode-se obter uma rica fonte de perspectiva e de elementos para uma leitura e entendimento sobre tudo aquilo que é juridicamente permitido, considerado aceitável, convencional, reto e lícito – aquém dos descaminhos legislativos.

Para o pensador francês o estudo do contexto histórico é indispensável para uma análise acurada sobre a temática da relação arbitrária entre as pessoas e os exercícios de normatividade social do saber-poder de seu tempo.³⁴⁵

Em 1961, para seu doutoramento, desacreditado previamente por muitos, Foucault escreve o que seria *A História da Loucura*. Alguns pensadores franceses disseram que se tal obra pudesse ser escrita já o teriam feito. A despeito destas descrenças, Michel Foucault tece seu trabalho. Partindo da análise do discurso vigente sobre a loucura, o autor faz um retrocesso histórico sobre o conceito de loucura, onde vai localizando e apontando os distintos enunciados, tratamentos e concepções em relação ao termo durante a história no século XX.

O autor demonstra que o termo “loucura” foi passando por diferentes mutações até localizar que na Idade Clássica o termo se esfumaça, o que existia era uma concepção de deficiente mental. Deste modo, Foucault conclui que as deliberações sociais – jurídicas – fazem parte de um desdobramento e espelhamento do discurso conceitual vigente. Assim

³⁴⁵ (...) o louco não é reconhecido como tal pelo fato de a doença tê-lo afastado para as margens do normal, mas sim porque nossa cultura situou-o no ponto de encontro entre o decreto social do internamento e o conhecimento jurídico que discerne a capacidade dos sujeitos de direito. A ciência "positiva" das doenças mentais e esses sentimentos humanitários que promoveram o louco à categoria de ser humano só foram possíveis uma vez solidamente estabelecida essa síntese. De algum modo ela constitui o a priori concreto de toda a nossa psicopatologia com pretensões científicas.” (FOUCAULT, 1978: 148)

sendo, o autor vai colocar que a legitimidade do discurso médico para categorização das patologias - tema abordado em *O Nascimento da Clínica* (2012) - vai ser determinante para o exercício do direito, para caracterização das zonas de aceitabilidade comportamental e das marginalizadas.

Deste modo Foucault fornece uma leitura de como a aliança entre uma certa disposição conceptual sobre o trato com a doença mental já existente durante a Idade Média e Renascimento, a acentuação na elasticidade do saber médico sobre o tema, e toda administração social de um modo geral funciona na fundamentação de uma “teoria jurídica da loucura”³⁴⁶.

Interdição judicial: conceito, pressupostos e principais consequências

A interdição trata-se de uma medida judicial dada em favor de pessoas absolutamente ou relativamente incapazes, ou seja, que não possuem idoneidade para ter vida independente, gerir/ administrar seus bens, participar de relações jurídicas sem que para tanto necessite do auxílio de outra pessoa, curador (curatela - para maiores de 21 anos) ou tutor (tutela - para menores de 21 anos).

O pressuposto legal para se obter a curatela (a interdição judicial para maiores de 21 anos) está descrito no artigo 1.767 do atual Código Civil, são praticamente as mesmas previsões legais das incapacidades supracitadas neste artigo. Vejamos: *aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiveram o necessário discernimento para os atos da vida civil; aqueles que, por outra causa duradora, não puderem exprimir a sua*

³⁴⁶ “Considerando-se as coisas ao nível de seus resultados, parece existir uma defasagem apenas entre uma teoria jurídica da loucura, bastante elaborada para discernir a respeito, com a ajuda da medicina, seus limites e suas formas, e uma prática social, quase policial, que a apreende de um modo global, utiliza formas de internamento já preparadas pela repressão e deixa de proceder, em suas sutilezas, a distinções preparadas pela e para a arbitragem judiciária. Defasagem que à primeira vista poderia parecer perfeitamente normal ou, pelo menos, bastante comum: a consciência jurídica estava habituada a ser mais elaborada e mais apurada do que as estruturas que a devem servir ou as instituições nas quais ela parece realizar-se. Mas essa defasagem assume uma importância decisiva e um valor particular quando vemos que a consciência jurídica da loucura já estava elaborada há muito tempo, após ter sido constituída no decorrer da Idade Média e da Renascença, através do direito canônico e dos remanescentes do direito romano, antes de instaurar-se a prática do internamento. Tal consciência não antecipa esta prática. Uma e outra pertencem a dois mundos diferentes. Uma depende de certa experiência da pessoa como sujeito de direito, cujas formas e obrigações são analisadas; a outra pertence a certa experiência do indivíduo como ser social. Num caso, é preciso analisar a loucura nas modificações que ela não pode deixar de fazer no sistema das obrigações; no outro, é necessário considerá-la com todos os parentescos morais que justificam sua exclusão. Enquanto sujeito de direito, o homem se liberta de suas responsabilidades na própria medida em que é um alienado; como ser social, a loucura o compromete nas vizinhanças da culpabilidade. O direito, portanto, apurará cada vez mais sua análise da loucura; e, num sentido, é justo dizer que é sobre o fundo de uma experiência jurídica da alienação que se constituiu a ciência médica das doenças mentais.” (FOUCAULT, 1978: 144-145)

vontade; os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; os pródigos. (grifo nosso).

O processo de interdição (curatela) é regulado pelo atual Código de Processo Civil (CPC) brasileiro nos artigos 1.177 e seguintes. A interdição pode ser promovida pelos pais ou tutor, pelo cônjuge ou parente próximo, ou ainda pelo Ministério Público. É necessária ao processo de interdição a interrogação do juiz ao indivíduo que pretende ser interditado e a comprovação por meio de laudos médicos de sua suposta incapacidade para os atos da vida civil (tais fatos serão retomados posteriormente, posto que seja mais oportuno analisá-los sobre uma perspectiva crítica no que diz respeito aos critérios utilizados pelo judiciário para definir algo que mudará a vida de uma pessoa no tocante aos seus direitos, ao seu comportamento e julgamento dado pela sociedade).

A sentença proferida pelo juiz no processo de interdição é de natureza declaratória, embora alguns doutrinadores afirmem que ela também apresenta natureza constitutiva. No mais, na sentença, ficará a critério do juiz, a partir dos meios que ele possui para tanto, decidir sobre a interdição total ou parcial, descrevendo quais atos poderão ou não ser realizados pelo interditado, a partir do grau de discernimento que o juiz julga-lhe ser compatível.³⁴⁷ A sentença pode ser levantada, que nos termos jurídicos significa revisada, podendo-se, inclusive cessar a interdição, ou alterar os seus termos.

Diante do exposto, há de se perceber que a sentença de interdição pode ocasionar diversas consequências, positivas ou negativas. Primordialmente a função do instituto da interdição é proteger os direitos dos interditos, desde os mais básicos constitucionalmente proclamados, a partir da indicação de um curador (ou tutor) que irá acompanhar e salvaguardar as garantias legais, o bem estar, o patrimônio do interdito, entre outros.

Há também outras diversas consequências no liame jurídico: no ordenamento civilista brasileiro percebemos diversas vantagens atribuídas aos interditos,³⁴⁸ no direito previdenciário existem programas e benefícios assegurados aos indivíduos presentes neste

³⁴⁷ “Hoje, além dessa anomalia psíquica, que é a expressão utilizada pelo Código de Processo Civil quando trata da interdição, é necessário averiguar sobre a capacidade de discernimento, porque, até mesmo naqueles casos mais graves de transtorno mental, se não for grave o bastante, não há mais que se falar em interdição absoluta. Eventualmente ocorrerá a interdição apenas parcial e, assim mesmo, com a descrição dos atos pelos quais o indivíduo se apresenta interditado.” (DIAS, 2007: 43)

³⁴⁸ Como por exemplo, sobre medidas tutelares, retiradas do Código Civil de 2002, podemos citar: “1) não corre a prescrição contra os absolutamente capazes (art. 198, I); 2) o mútuo feito a menor não pode ser reavido (art. 588), salvo nos casos do art. 589; 3) pode o menor ou o interdito recobrar dívida de jogo, que voluntariamente pagou (art. 814, in fine); 4) ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga (art. 181); 5) partilha em que há incapazes não pode ser convencionalmente amigavelmente (art. 2015)”. (GONÇALVES, 2010: 131)

estado peculiar, no direito penal também as pessoas interdítadas podem ter a imputabilidade penal.

Em uma expectativa negativa, podemos conceber que o interdito tem seus direitos limitados. É esta a principal crítica dos profissionais do direito, da psicologia, da psiquiatria, da assistência social e dos demais ramos que se envolvem diretamente com o fenômeno da interdição, diante do número cada vez mais crescente de pessoas interdítadas no Brasil, que por ora, ocorrem por motivos muito mais além do que enfermidade/deficiência mental ou pouco discernimento.

Ora, se a Constituição Federal de 1988 propõe um Estado Democrático de Direito, ditando direitos, deveres e garantias para todos, sem distinção, prescrevendo uma sociedade direcionada pela concretização dos direitos humanos, então, não seria coerente limitar arbitrariamente³⁴⁹ os direitos dos interdítos. Pelo contrário, é de profunda sabedoria procurar inserir esses indivíduos na vida social, por mais elevada falta de discernimento que o interdito tenha. É inquestionável que uma pessoa interdítada sofra preconceito da sociedade, ocasionando assim o seu isolamento.

Os problemas advindos da dinâmica jurídica em torno da interdição judicial

De maneira geral, podemos compreender que a intenção do legislador brasileiro foi a de proteger os indivíduos dotados de fragilidades mentais, independente do grau de discernimento, atribuindo à outra pessoa (presumindo-se que seja uma pessoa de confiança) o papel de proteger e defender seus direitos (garantidos por lei) e interesses no âmbito pessoal e social.

Ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico impõe procedimento insuficiente e genérico para a concessão da interdição, o que acaba ocasionando em uma dinâmica jurídica deficiente, que concede a interdição sem uma análise sensata sobre o verdadeiro grau discernimento e capacidade mental das pessoas, limitando assim seus direitos e dificultando a inserção social das mesmas.

Neste contexto, analisaremos casos em que evidenciam as inconsistências acerca da concessão da interdição judicial:

A) As fragilidades dos interrogatórios e dos laudos médicos

Como informado anteriormente, em termos gerais, o Código de Processo Civil assinala como requisitos para a sentença de interdição (curatela): o interrogatório do juiz (art. 1.181 do CPC), feito após o recebimento da petição inicial que conterà as razões que

³⁴⁹Neste sentido, coloca-se em questão não apenas a quantidade de pessoas interdítadas no Brasil, mas, sobretudo a maneira arbitrária como é concedida a interdição, a partir de técnicas frágeis. Por ser relevante, esse tema será retomado nos próximos tópicos, inclusive, com críticas de Foucault.

revelam a anomalia psíquica do futuro interdito (art. 1.180), bem como o laudo do perito (art. 1.183) dispondo sobre o grau de debilidade mental do indivíduo em questão.³⁵⁰

Ressalta-se que o Código Civil anterior ao de 2002, ou seja, o Código de 1916 trazia como definição de juridicamente incapaz a expressão “loucos de todo o gênero”, que depois foi modificada pela expressão “psicopatas”. Acontece que essas definições errôneas e pedantes e a falta de interpretação do novo Código podem ter criado na dinâmica dos magistrados e demais profissionais que trabalham com o instituto da interdição judicial a concepção de que qualquer pessoa que apresente sinais de debilidade mental possam ser interditas.

Porém, a principal questão a ser discutida aqui é: os critérios técnicos/objetivos utilizados nos interrogatórios dos juízes e no laudo do perito são suficientes e eficientes para categorizar e quantificar um cidadão quanto ao seu grau de discernimento?

O que podemos verificar em ambas as linguagens (na historiografia/filosofia de Foucault e no direito, a partir do Código Civil e Código de Processo Civil) é que a loucura, deficiência mental, incapacidade de discernimento cognitivo, entre outros, são analisadas à luz de um aprofundamento racionalista que se depara com várias opacidades decorrentes das naturezas distintas envolvidas (racional e irracional), e caracteriza, assim, os julgamentos a uma certa tensão de predisposição a equívocos. E é esta certa impermeabilidade entre razão e a “alucinação” que acalora e polemiza, em muito, a perspectiva de sentenças da primeira sobre a segunda³⁵¹.

O direito civil, como visto acima, prescinde de taxações gradativas que assumem um parâmetro quantitativo para categorizar qualitativamente o estado de capacidade cognitiva de um indivíduo ao se comprometer a estabelecer a diferença entre relativo e absoluto em termos de faculdade mental. É evidente que um exame comportamental que necessita dessas determinações estará facilmente sujeito a questionamentos e indagações a respeito de generalizações ou padronizações sobre algo tão fluido quanto o intelecto humano.

³⁵⁰ Nos termos do Código de Processo Civil: Art. 1.880. Na petição inicial, o interessado provará a sua legitimidade, especificará os fatos que revelam a anomalia psíquica e assinalará a incapacidade do interdito para reger a sua pessoa e administrar os seus bens. Art. 1.181. (...) comparecer diante o juiz, que o examinará, interrogando-o minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens e do mais que lhe parecer necessário para ajuizar do seu estado mental (...). Art. 1.183. (...) o juiz nomeará perito para proceder ao exame do interdito. Apresentando o laudo (...).

³⁵¹ “O grande nó da questão técnica está na área da saúde mental, em que temos dificuldade muito grande de uniformizar critérios dentro de um país como o Brasil. Nem todos os médicos peritos têm a mesma formação no âmbito da saúde mental. Isso dificulta a avaliação médica pericial. De posse de algum conhecimento técnico, podemos fazer melhor avaliação ou, às vezes, avaliação equivocada.” (KELBERT, 2007: 199)

Michel Foucault, não se furta em afirmar que sua obra *História da Loucura* se refere a um projeto na perspectiva racional sobre a loucura, já que este “outro lado”, como chama o autor, deve ser constituído por uma forma de saber inacessível, uma dimensão que dentro do campo da razão não existe ciência que dê conta de seu entendimento pleno ou acesso a seu modo de sapiência³⁵².

Michel Foucault também levava a capacidade de múltiplas condutas às últimas consequências, não concordava com as atribuições e esquadrinhamentos de uma identidade que rotulasse uma pessoa, preferia utilizar os “processos de subjetivação de um sujeito”, concebendo assim a ideia de que não existem identidades cristalizadas, que o ser humano está em constantes modificações. Portanto, o pensador discordava de qualquer ideia que visasse categorizar e taxar o ser humano, ainda mais quando se tratava de suas nuances mentais, pois poderia implicar numa equivocada exclusão social e limitações (quicá exclusão) de direitos.

Obviamente que a não categorização do ser humano, segundo os ideais de Foucault, de acordo com as peculiaridades mentais dos indivíduos, para alguns, não seria pertinente, já que toda a fragilidade e maleabilidade da natureza humana seriam “transferidas” e espelhadas também na esfera jurídica, sobre os ditames da psicologia moderna.

B) Quando a função da interdição judicial é desvirtuada ou não é observada

No ano de 2005, o Conselho Federal de Psicologia procurou a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados com a finalidade de promover, junto a outros órgãos e entidades responsáveis, uma Audiência Pública acerca da atual situação dos interditados judicialmente no Brasil. Além do grande número de interditados no Brasil, levantou-se a questão de que muitos indivíduos que sofriam de algum tipo de debilidade mental e ainda consideravam-se pobres, estavam sendo interditados de maneira corriqueira, sem que fossem analisadas suas habilidades e grau de discernimento, com a finalidade de obter o Benefício da Prestação Continuada (BPC) oferecido pelo Sistema Único de Assistência Social.

Acontece que não existia, até então, previsão legal que dispusesse como requisito para o recebimento do BPC a interdição judicial, mas o fato ocorria na dinâmica jurídica do país. Ferindo os direitos mais básicos dos indivíduos interditados que trocavam, por assim

³⁵² “Enquanto o homem racional e sábio só percebe desse saber algumas figuras fragmentárias — e por isso mesmo mais inquietantes —, o Louco o carrega inteiro em uma esfera intacta: essa bola de cristal, que para todos está vazia, a seus olhos está cheia de um saber invisível.”(FOUCAULT, 1978: 26)

dizer, sua cidadania pelo dinheiro do benefício, sendo contrário também aos objetivos da reforma psiquiátrica que busca a inserção dos indivíduos na vida social, uma vez que os interditos sofriam discriminação (ferindo um direito constitucional), colocando em xeque o direito à dignidade humana³⁵³, resultando no isolamento do indivíduo e no seu retrocesso em termos clínicos.

A Audiência Pública intitulada *Banalização da Interdição Judicial no Brasil - Usos e Abusos da Psiquiatria: uma violência contra a democracia e os direitos humanos*, ocorrida no dia 16 de junho de 2005, também evidenciou o mau uso do benefício, já que não raras vezes era usado pelos curadores ou pelas instituições médicas em prol deles mesmos.³⁵⁴

Nos dias 20 e 21 de outubro do mesmo ano, ocorreu o Seminário Nacional *Há banalização nos atos de interdição judicial no Brasil?*. O evento contou com a participação de vários organismos estatais, dando continuidade e ampliando e aprofundando os debates e as questões levantadas na Audiência Pública.

Quando a insanidade mental é pretendida de forma dissimulada

O caso foi verídico e ganhou destaque nacional: a promotora de Justiça do Distrito Federal, Deborah Guerner, foi acusada de ter recebido propina, repassar informações sigilosas, ajudar no adiamento de processos judiciais, entre outras ações ilícitas, em prol do

³⁵³ “Então, queria chamar a atenção para um princípio constitucional fundamental do art. 1º da nossa Constituição, que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Trocar alguém que busca um benefício, que está incapacitado para o trabalho, que necessita ter seus direitos garantidos, por uma aposentadoria, por uma prestação continuada, não pode ser, de forma alguma, confundido com a redução ou com a incapacitação dessa pessoa para o exercício pessoal dos atos da vida civil. Isso é atentar contra o pilar da dignidade da pessoa humana. A pessoa humana tem que ser vista como sujeito de direitos e como alguém que merece todo respeito no que se refere a sua cidadania. Esse é um princípio fundamental. A meu ver, é muito claro. A Constituição, quando fala na dignidade da pessoa humana, fala em não discriminação; no seu art. 5º, diz claramente que todas as pessoas têm o direito de viver bem, com dignidade.” (MORAES, 2007: 40)

³⁵⁴ “Sabemos de pessoas para as quais o benefício produziu mais um encarceramento, como aquelas que viraram reféns da família, que se utiliza daquele benefício para uso próprio ou dos portadores de sofrimentos mentais crônicos, que estão em instituições psiquiátricas que fazem do benefício mais uma renda para a própria instituição. Há assistentes sociais de hospitais psiquiátricos que são curadoras dessas pessoas, e a instituição recebe o benefício, que é repassado parcialmente à cantina do próprio hospital ou fica com a própria instituição, e, com isso, o hospital trabalha ainda menos para que ela se recupere e ganhe liberdade.” (NÁPOLE, 2007: 49).

ex- governador do Distrito Federal José Roberto Arruda, envolvido no esquema do mensalão.

Na tentativa de amenizar sua situação, a promotora alegou perante os órgãos judiciários que era portadora de transtorno bipolar. Para parecer convincente de sua insanidade mental, Guerner contratou médicos psiquiatras que deram orientações sobre como se comportar diante das autoridades, das câmeras, ou de onde houvesse testemunhas. Deborah aparecia no local de trabalho com roupas extravagantes, comportava-se de forma histérica, fingiu desmaio na frente das câmeras, ameaçou funcionários de um banco com um garfo de churrasco, entre outras atitudes.

A farsa foi descoberta principalmente através das gravações das câmeras de sua própria casa. O incidente de insanidade mental proposto pela promotora Deborah Guerner foi rejeitado por unanimidade pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região.

Infelizmente, fingir insanidade mental, após praticar ato ilícito, com a finalidade gozar da imputabilidade prevista no Código Penal, artigo 26 (isenção ou redução da pena, dependendo do grau de discernimento) é prática usual para burlar o judiciário e adquirir prerrogativas que, no geral, não lhes são de direito.

Conclusão

Ao elaborar este artigo, partimos das concepções legais e das exposições doutrinárias, até adentrarmos, em maior ou menor grau, no campo de outras linguagens: História, Filosofia e Psicologia, para concluirmos que o Direito não é apenas a aplicação de normas, implicando em algo muito mais amplo.

Analisar um instituto jurídico em face das concepções legais e doutrinárias não é tarefa árdua, o mais difícil e complicado e que, talvez ensejem melhores resultados, é analisá-lo de forma crítica, contrapondo-o com o que ocorre na prática, pois só desta maneira teremos a verdadeira percepção se o instituto estará ou não cumprindo a função para qual ele foi legalmente criado.

Uma análise aprofundada (mais não exaustiva) sobre as interdições judiciais, abordando problemáticas que as circundam, ampliou a percepção acerca das necessidades de mudanças advindas de suas falhas. Percebemos a partir de pesquisas bibliográficas e análise de alguns relatórios oficiais da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados que existem no tocante as interdições judiciais não apenas falhas na dinâmica jurídica, mas também na própria legislação.

Algumas normas estão sendo aplicadas de maneira inadequada, ocasionando violação de direitos, outras precisam ser reformuladas por serem genéricas demais. As

interdições judiciais estão sendo concedidas arbitrariamente a partir de critérios de categorização das disfunções mentais quando, na verdade, cada uma deve ser analisada de forma independente, cautelosa e coerente, pois o instituto da interdição só deve ocorrer em casos excepcionais já que limita direitos, ferindo vários dispositivos constitucionais quando concedida sem necessidade.

É preciso, portanto, compreender a interdição judicial não apenas nos aspectos legislativos, mas também como ela está sendo executada, pois só assim poderemos perceber se os direitos estão sendo efetivados, caso contrário, tentar provocar mudanças em favor dos interditados.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de mar. 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 07 de mar. 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 mar. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 de mar. 2014.

BRASIL. [Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973](#). **Institui o Código de Processo Civil**. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 07 de mar. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. *A banalização da interdição judicial no Brasil: relatórios*. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007. 333 p. – (Série ação parlamentar; n. 349).

FOUCAULT, Michel. *História da Loucura*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.

_____. *O Nascimento da Clínica*. – 7. ed. -São Paulo: Editora Forense Universitária, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*, volume 1: parte geral – 8.ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO E A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

José Albuquerque Toscano Júnior³⁵⁵

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa³⁵⁶

Robson Antão de Medeiros³⁵⁷

RESUMO: A reprodução medicamente assistida é composta por um conjunto de práticas e técnicas que têm por objetivo realizar o sonho parental de determinados casais que não alcançam tal objetivo pela existência de problemas biológicos e naturais no sistema reprodutor tal como a esterilidade e a infertilidade. Vários debates foram travados pelo mundo afora, tendo por objetivo discutir o uso das práticas da reprodução medicamente assistida, dentre elas a maternidade de substituição. Muitos estudiosos, cientistas e a própria sociedade condenam a utilização exacerbada e descontrolada das técnicas de RMA. A reprodução medicamente assistida por meio da maternidade de substituição apresenta-se como uma grande polêmica que se refere a validade e eficácia dos contratos, gratuitos e onerosos, firmados pelos casais para que os procedimentos sejam efetuados e o principal deles, é a cessão do útero.

Palavras-chave: Reprodução. Práticas. Técnicas. Debates. Maternidade

ABSTRACT: The medically assisted reproduction is composed of a set of practices and techniques that aim to realize the dream of certain parental couples who do not reach this goal by the existence of the natural biological and reproductive system problems such as sterility and infertility. Several debates were waged around the world, aiming to discuss the use of the practice of assisted reproduction, among them the surrogacy. Many scholars, scientists and society itself condemn exacerbated and uncontrolled use of techniques RMA. The assisted reproduction through surrogacy comes as a big controversy as regards the validity and effectiveness of, free and onerous contracts, entered into by couples for procedures to be performed and the main one, is the assignment of the uterus.

³⁵⁵ Graduando do curso de direito da UFPB compondo grupos de pesquisa sobre reprodução medicamente assistida e direito civil-constitucional.

³⁵⁶ Professora do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Mestra em Ciências Jurídicas pela UFPB. Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento no PPGCJ/UFPB. Orientadora da pesquisa.

³⁵⁷ Professor do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Doutor em Ciências da Saúde pela UFRN. Pós-doutoramento em Direito, na Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra- Portugal. Jurídicas pela UFPB. Orientador da pesquisa.

Keywords: Reproduction. Practices. Techniques. Clashes. Maternity

INTRODUÇÃO

O patrimônio genético humano foi a os poucos sendo estudado e desvendado, em 1973 foi realizado o primeiro implante de DNA pelo geneticista Paul Berg tendo recebido posteriormente em 1980, o prêmio Nobel em 1980 pelo trabalho realizado, desde então vários estudos foram realizados tendo por objetivo mapear e estudar minuciosamente o genoma humano³⁵⁸.

Os avanços biotecnológicos permitiram o surgimento de técnicas que muito em breve, fariam determinados casais realizassem o sonho da maternidade, sem sequer estabelecerem contato sexual, alterando, portanto, a organização e visão geral social da família, que se baseava em laços consanguíneos ou simplesmente no instituto da adoção. As técnicas utilizadas para que o casal então pudesse realizar o sonho da maternidade sem prévio contato sexual, se referem a reprodução medicamente assistida (RMA).

A reprodução medicamente assistida é hoje em dia o meio pelo qual casais que possuem problemas biológicos e naturais, tais como a infertilidade e a esterilidade, procuram para realizar o sonho da parentalidade, portanto, a RMA supre uma função natural, que por ironia do destino, encontra-se ausente em um dado casal, possibilitando supostamente o fortalecimento dos laços amorosos entre o casal a partir da realização do sonho da maternidade.

A RMA se apresenta, para muitos, como um conjunto de métodos subsidiários, ou seja, como uma gama técnicas de assistência aos casais que porventura sofram com problemas naturais e biológicos que estejam impedindo a realização da maternidade. A RMA, portanto, não seria um meio alternativo, a utilização de suas técnicas, de forma geral, só é permitida quando constatada alguma anomalia que esteja afrontando o sistema reprodutor do casal.

O surgimento de técnicas que permitem a realização da maternidade sem o contato sexual, fez com que discussões polêmicas, no meio social, científico e profissional surgissem a respeito da autonomia dos seres humanos, que segundo algumas correntes, teriam a possibilidade de optar pelas técnicas de RMA, de forma livre e espontânea.

Pesquisadores estabeleceram ao longo dos anos que limites éticos e jurídicos devem ser estabelecidos para que se evite a simples coisificação da pessoa humana, portanto a RMA não deveria ser utilizado com o intuito de realizar simplesmente desejos e anseios pessoais,

³⁵⁸ DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A NOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS. São Paulo. 2003, pag. 70

pois a bioética, assim como a biotecnologia, deve promover e tutelar a vida não permitindo a manipulação exacerbada do genoma humano.

Existem várias técnicas artificiais de reprodução humana capazes de fazer surgir uma nova vida sem que para isso tenha que haver o contato sexual entre pessoas de sexos opostos, umas delas é a chamada maternidade de substituição que tem gerado grandes debates, por sinal muito calorosos pois, existem questionamentos quanto a validade e eficácia de contratos e acordos, para a realização de tal forma de reprodução. Portanto, questiona-se se os contratos firmados pelos casais que optam pela maternidade de substituição são legalmente válidos, tendo em vista que a própria constituição brasileira veda a comercialização de seres humanos assim como a instrumentalização e mera coisificação destes.

1. ASPECTOS GERAIS E BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA RHA

Os seres humanos, em função dos avanços científicos, podem interferir nos organismos e na vida, uns dos outros, com o intuito de suprir a falta da função reprodutora e de um vazio deixado pela impossibilidade natural da realização da maternidade. A partir da utilização de técnicas reprodutivas artificiais, por exemplo, os casais procuram suprir a falta de uma criança em seu meio sobretudo, realizar o desejo de chamar alguém de “filho”(a). A esterilidade, anomalia que atenta o sistema reprodutor de muitos casais, sempre foi cultuada como tom depreciativo, principalmente nas civilizações mais antigas, a exemplo de Grécia e Roma e até mesmo nos dias atuais, estimulando casais a recorrerem à técnicas de RMA, para realizar o sonho da maternidade³⁵⁹.

Pesquisadores e Cientistas defendem a utilização, de forma subsidiária, das técnicas de RMA, ou seja, para tais, as técnicas de reprodução de forma artificial, teriam a função de auxiliar ou simplesmente prestar assistência aos casais que por motivos naturais não podem realizar o sonho da maternidade a partir da reprodução natural. Os seres humanos não podem, portanto, optar pela utilização das técnicas de RMA, quando houver a possibilidade de uma nova vida ser gerada naturalmente, pela prática de atos sexuais.

A flagrante instrumentalização da vida humana é algo criticado pesadamente por pesquisadores e pela própria sociedade, mundo afora, a utilização das técnicas em tela, visam tão somente, a simples produção de uma criança, tendo em vista que a utilização livre e banalizada de tais técnicas fere o princípio da não instrumentalização da vida humana e o princípio da dignidade da pessoa humana sendo este último, um dos

³⁵⁹ DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A NOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS. São Paulo. 2003, pag. 89

fundamentos da República Federativa do Brasil.. Além do que já foi dito, a vida sexual do casal perde importância tendo em vista que, a simples utilização, das técnicas de reprodução medicamente assistida, supre a necessidade de execução de atos sexuais, por parte de um casal, para a realização do sonho da maternidade.

A igreja católica trata o filho como um dom decorrente do matrimônio e só admite a realização de procedimentos reprodutivos artificiais quando constatar-se a esterilidade e mesmo assim admitindo a utilização da inseminação artificial intraconjugal³⁶⁰.

O grande problema, como já dito na obra, gira em torno do princípio da autonomia, pois para alguns, a vontade humana transcende a simples banalização e instrumentalização da vida humana, fazendo alguns defenderem a utilização crescente, exacerbada e livre das técnicas de RMA em diversas situações proporcionando a multiplicação dos cenários envolvendo tais técnicas, de forma exponencial.

1.1A REALIZAÇÃO DA MATERNIDADE, A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS TÉCNICAS.

Os casais procuram por meio da utilização das técnicas de RMA realizar o sonho da maternidade, sendo isso já dito e ratificado por diversas vezes na presente obra. Várias técnicas foram desenvolvidas e foi justamente na década de 90, que tais técnicas, ganham ainda mais forma e espaço, possibilitando aos casais que sofrem com a esterilidade ou com problemas naturais atentatórios ao sistema reprodutor, de realizarem o sonho e o desejo de serem pais.

Na década supracitada somavam-se em cinco, as técnicas utilizadas, são elas: a) a inseminação artificial; b) a fertilização ou fecundação *in vitro*; c) a transferência intratubária de gametas; d) a transferência peritoneal de gametas; e) a transferência intratubária de embriões³⁶¹. A utilização das técnicas citadas anteriormente promove a substituição do ato natural que permite a procriação por um ato técnico.

As técnicas que acima foram citadas, não envolvem a procriação carnal³⁶² e sim, artificial, elas encontram-se subdivididas em outras duas modalidades diversas: a) as técnicas de reprodução homóloga; b) as técnicas de reprodução heteróloga. Nas técnicas de reprodução homóloga, o material genético utilizado é oriundo do próprio casal diferente do

³⁶⁰ DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A NOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS. São Paulo. 2003, pag. 97.

³⁶¹ DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A NOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS. São Paulo. 2003, pag. 96

³⁶² DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, A NOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS. São Paulo 2003, pag. 97

que acontece nas técnicas de reprodução heteróloga, onde são utilizados gametas de terceiros.

Na reprodução medicamente assistida homóloga, como já mencionada, os gametas são originários do casal que deseja realizar o sonho da maternidade. Na forma de reprodução assistida tratada, o fundamento jurídico mais importante, para estabelecimento dos vínculos paterno e materno funda-se na origem biológica, ou seja, leva-se em consideração a consanguinidade, atribuindo-se naturalmente ao marido da mulher que deseja ter um filho, a paternidade.

Grande polêmica consiste na dissolução da sociedade conjugal quando a mulher busca, antes da dissolução, se socorrer das técnicas de RMA homóloga. No caso em questão a presunção de paternidade do ex-marido será aplicada se a criança vier a nascer nos 300 dias que sucedem a dissolução da sociedade conjugal, podendo haver reconhecimento judicial em caso de recusa por parte do homem que de fato, é pai da criança.

Na reprodução medicamente assistida heteróloga, o material genético utilizado é de apenas um dos cônjuges e em determinados casos, a carga genética é completamente proveniente de terceiros que nada tem haver com a sociedade conjugal ou com a relação companheiril. A profunda alteração nesta forma de RMA, ocorre quando o marido, na relação conjugal, é impossibilitado de fornecer sua carga genética, não existindo portanto, qualquer conexão biológica ou genética entre a criança e o mesmo. O marido, no caso aqui retratado, tem que manifestar previamente seu consentimento para que o procedimento seja realizado, havendo assim, o reconhecimento legítimo da paternidade.

A criança gerada pela efetivação de técnicas de reprodução medicamente assistida, com doação de sêmen de uma terceira pessoa, terá a sua paternidade reconhecida automaticamente, caso venha a nascer no período em que se observa a concretude da relação conjugal ou companheiril, no entanto, o marido ou companheiro, poderá recorrer a justiça, provando não ser evidente qualquer assentimento ou anuência para utilização, tomada pela sua esposa ou companheira, das incorrentes à reprodução medicamente assistida.

Outra técnica, é a chamada transferência de embriões, que encontrando-se inserida no âmbito das tecnologias de fertilização in vitro e em outras, em que a fertilização ocorre fora do corpo da mulher. A mulher, na relação conjugal ou companheiril, um embrião gestando-o até a geração de uma nova vida por meio do nascimento da criança.

A última técnica que cabe aqui ser tratada, é a maternidade-de-substituição, que por sinal é foco desta façanha, nesta técnica a gravidez é atribuída a outra mulher que não

aquela que resolveu programar o projeto parental. São três as situações em que pode ser utilizada a técnica aqui relatada: a) o embrião resultante do óvulo e espermatozoide do casal com sua implantação no corpo de outra mulher; b) o embrião que resulta da fecundação do espermatozoide do marido e do óvulo da mulher hospedeira do embrião; c) a maternidade-de-substituição que resulta de embrião formado a partir de espermatozoide de doador e óvulo da mulher que engravida comprometendo-se a mulher a entregar a criança ao casal que não contribuiu com o material fecundante³⁶³.

Notável contenda torna-se evidente a partir da análise da terceira forma se maternidade de substituição, citada no parágrafo antecedente, pois doutrinariamente no Brasil, mãe é aquela que gera a criança, no entanto muitos entendem que mãe é aquela que manifesta a vontade de procriar propiciando a concepção. A mulher que deseja realizar o sonho da maternidade por meio da maternidade de substituição deve contar com a colaboração altruísta de uma, outra mulher, portanto, para alguns, a maternidade jurídica se define na pessoa da mulher que integra a família na sociedade conjugal ou companheira e não na mulher que suporta a gravidez. O corpo do legislativo brasileiro, ainda não se posicionou a respeito da permissividade para utilização das técnicas em RMA, portanto, com exceção da resolução da 2013/2013 da CFM, não existe qualquer outra regulamentação legal para execução da maternidade de substituição.

1.2 O EMBATE ENTRE O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA, A RHA E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS

O princípio da autonomia na bioética corresponde à perspectiva do paciente ou indivíduo como sujeito autônomo e independente, fazendo suas próprias escolhas sem a necessidade de influências externas³⁶⁴. O indivíduo é pelo princípio ora mencionado, um ser autônomo e independente assumindo este posicionamento, nas relações médico-paciente.

Na reprodução medicamente assistida, o princípio da autonomia é alvo de muitas críticas³⁶⁵, vez que muitos afirmam que as técnicas utilizadas pela RMA só poderiam ser utilizadas de forma subsidiária quando constatada alguma anomalia natural no sistema reprodutor do casal como, por exemplo, a infertilidade sendo ainda aceita a utilização de

³⁶³ PINHEIRO, Jorge Duarte. MÃE PORTADORA – A PROBLEMÁTICA DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. 2008, Pag. 327.

³⁶⁴ DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. ANOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS. 2003, Pag. 94

³⁶⁵ PATRÃO, Maria Neves. MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE. 2008, Pag. 135

tais técnicas quando constatadas doenças graves, a exemplo do HIV³⁶⁶, evitando o risco de transmissão delas por meio da carga genética.

O princípio da subsidiariedade seria dilacerado, quando as ações médicas relacionadas à RMA forem utilizadas em situações diversas, das relatadas no parágrafo anterior, não sofrendo tão somente tal princípio, como também, o princípio da beneficência³⁶⁷. Vários cientistas e a própria Carta Magna do Brasil, repudiam a instrumentalização da vida humana assim como o comércio de seres humanos. Os afirmam que o princípio da beneficência só pode ser invocado se as técnicas de RMA forem utilizadas de maneira subsidiária³⁶⁸.

A legitimação das práticas de RMA, levando-se em consideração para isso, tão somente o princípio da autonomia, promove a utilização descabida e crescente de tais práticas sendo estas utilizadas em uma gama de situações que passam a se multiplicar de forma exponencial³⁶⁹.

Uma situação que aqui pode ser relatada se refere a uma determinada mulher que opta pela homossexualidade, ou seja, lésbica, que mesmo não sendo infértil, se recusa a manter relações heterossexuais com um home, com intuito de realizar o sonho da maternidade, recorrendo, portanto, a bancos de esperma para realizar a prática da inseminação artificial ou fertilização in vitro para daí então ter o filho que tanto sonhou. Fato semelhante ocorre com mulheres que se encontram no período de pós-menopausa que recorrem a clínicas de reprodução artificial em busca de ovócitos de mulheres jovens, para que se possa então, realizar a fertilização in vitro pelo esperma do marido sendo o embrião posteriormente transferido para o seu útero.

A presença de limites éticos e morais, para a realização dos procedimentos envolvendo as técnicas da RMA, são fundamentais e imprescindíveis. A simples satisfação de desejos e anseios pessoais, com base no princípio da autonomia, não pode desconsiderar a existência de princípios bioéticos e constitucionais que têm por objetivo, promover e tutelar amplamente a vida humana³⁷⁰.

A ciência como ramo do conhecimento deve impor limites para o desenvolvimento de praticas relacionadas a RMA pois os avanços biotecnológicos trazem consigo uma nova forma de poder que de certa forma proporciona a coisificação e instrumentalização da vida humana.

³⁶⁶PATRÃO, Maria Neves. MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE. 2008, Pag. 140

³⁶⁷PATRÃO, Maria Neves. MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE. 2008, Pag. 137

³⁶⁸PATRÃO, Maria Neves. MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE. 2008, Pag. 134

³⁶⁹PATRÃO, Maria Neves. MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE. 2008, Pag. 135

³⁷⁰PATRÃO, Maria Neves. MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE. 2008, Pag. 137

Flagrante absurdidade seria permitir o acesso por parte de Casais dotados de função reprodutora, as técnicas de RMA, tendo por objetivo promover a procriação. A medicina jamais poderia representar a mera possibilidade de realização de anseios e desejos pessoais, quando o assunto é a vida humana que deve ser tutelada e amplamente protegida.

No Brasil, o uso de técnicas, de reprodução medicamente assistida, só são permitidas quando constatada anormalidade no sistema reprodutor do casal, como a infertilidade ou esterilidade estendendo-se o uso ainda para casos em se constate a existência de doenças graves que possam de fato ser transmitidas pela carga genética de um dos cônjuges ou de ambos. Vale salientar que a prática da maternidade de substituição, assim como em muitos países, é vedada no Brasil.

Torna-se fundamental o estabelecimento de limites éticos e científicos, para que se preserve a moralidade no momento em que se decida utilizar uma das técnicas de RMA. A utilização da reprodução medicamente assistida não pode ficar dependente tão somente de opções e escolhas individuais, privando até mesmo a criança de um elemento fundamental, ser gerada dentro de uma relação afetiva entre um homem e uma mulher.

1.3 FINALIDADE E OBJETIVOS DA RMA

As técnicas de RMA representam a última alternativa para muitos casais que querem realizar o desejo da maternidade, para muitos são meios subsidiários e não alternativos. A utilização das técnicas exaustivamente aqui, já citadas, se dá a partir do momento em que se constate anomalias no sistema reprodutor do casal ou em qualquer das outras situações já retratadas.

A RMA já é bastante utilizada, em alguns países, a exemplo de Portugal³⁷¹ por casais que mesmo sendo coroados com a fertilidade, exista razoável probabilidade de transmissão de doenças graves por meio de suas cargas genéticas. Quando o homem ou a mulher, membros de composição de um casal, apresentam doenças como o HIV, procedimentos devem e podem ser realizados com intuito de livrar a criança fruto da procriação, da probabilidade de adquirir tal doença³⁷².

Existem técnicas em que são utilizados apenas, os embriões considerados saudáveis, sendo excluídos do projeto parental originário, os embriões chamados de excedentários³⁷³. São transferidos para o útero da mãe, somente os embriões considerados saudáveis, havendo a destruição dos embriões portadores de anomalias genéticas excluídos do projeto de parentalidade original, os embriões excedentários. Uma outra técnica, baseia-

³⁷¹PATRÃO, Maria Neves. MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE. 2008, Pag. 139

³⁷²PATRÃO, Maria Neves. MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE. 2008, Pag. 134

³⁷³PATRÃO, Maria Neves. MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE. 2008, Pag. 140

se numa espécie de lavagem do esperma, diminuindo a probabilidade da criança vir a ser soropositiva ou simplesmente se portadora de doença grave.

A prática da RMA é legítima enquanto meio para superar e contornar uma anomalia natural, presente em um determinado casal que deseje incondicionalmente realizar o sonho parental. A RMA é colocada a serviço do casal visando substituir uma função natural ausente no casal concretizando uma expressão biológica de uma relação afetiva³⁷⁴. Preleciona Maria Patrão Neves:

A prática da procriação medicamente assistida (PMA) é hoje consensualmente legítima enquanto meio para “contornar” ou “superar” a infertilidade do casal que, consciente e responsabilmente, assumiu o valor incondicionado de um filho como expressão da realização pessoal de cada um e da relação que os une.

2. A MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E SUAS MODALIDADES

Na maternidade por substituição a gravidez se relaciona a outra mulher que não aquela que resolveu manifestar o desejo de implementar o projeto parental. Várias são as possibilidades e modalidades presentes nesta técnica (maternidade de substituição) de reprodução medicamente assistida. A mulher gestadora pode, por exemplo, nem sequer ter fornecido seu óvulo para que possa haver a formação do embrião, portanto, neste caso, uma terceira mulher ou simplesmente a mulher que programou o projeto parental, pode ter fornecido carga genética própria.

Como já dito, a mãe portadora suporta uma gravidez em prol do desejo de uma outra mulher, tendo que praticamente renunciar aos poderes e deveres que de fato lhe seriam legítimos, em relação à maternidade, ou seja, havendo comprometimento de entrega da criança a partir do nascimento desta. A mulher que suporta a gravidez, portanto, deverá após o parto, entregar a criança, a chamada mãe de recepção.

Na maternidade de substituição podem ser identificadas três fases: a negociação, a celebração do acordo e o cumprimento daquilo que ora foi acordado. Na segunda fase observa-se o acordo entre a mãe portadora, que deverá suportar a gravidez, e a mãe de recepção, que receberá a criança após o parto. Vale lembrar que na primeira fase, pode haver intervenções masculinas por parte dos companheiros ou maridos das respectivas mães de recepção. Na última fase o cumprimento desdobra-se em algumas subfases: implantação do embrião; gravidez; parto; e entrega da criança; reconhecimento jurídico dos direitos maternos da mãe receptora da criança recém-nascida.

³⁷⁴PATRÃO, Maria Neves. MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE. 2008, Pag. 132

Existem três modalidades de maternidade de substituição, no primeiro caso a ser relatado, a mãe de gestação passa pela inseminação artificial, sendo utilizados espermatozoides pertencentes ao membro masculino do casal de recepção. Vale lembrar que a inseminação artificial é feita com carga genética oriunda do marido ou companheiro da mãe que receberá a criança recém-nascida³⁷⁵.

Na segunda modalidade, que aqui deve ser tratada, os materiais genéticos utilizados são provenientes do casal que deseja dar prosseguimento ao projeto parental, havendo a fecundação externa do óvulo pelo espermatozoide, sendo posteriormente transferido o embrião para o corpo da mãe gestadora o embrião já. Na terceira e derradeira técnica, o óvulo utilizado pertence à mãe portadora e a carga genética masculina provém de um doador, estranho aos laços do casal, ou seja, o casal ao qual a criança deve ser entregue, não contribui com o material fecundante.

2.1 A PROBLEMÁTICA DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Vários conflitos podem surgir a partir do momento em que se trata da maternidade de substituição, uma delas se refere à existência de um direito à procriação que seria de índole constitucional, onde mulheres que sonham em realizar o sonho da maternidade recorrem as mais diversas técnicas de RMA inclusive a que aqui agora é citada, para então realizar tal sonho.

O direito a procriação, afirmam alguns estudiosos, inexistente, pois a reprodução humana não consiste em um direito e sim em uma faculdade que pode ou não ser exercitada. Outra corrente defende a existência do direito à procriação e segunda os defensores desta segunda corrente, a não garantia desse direito enseja violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana³⁷⁶. Sustentando a primeira corrente, expõe Eduardo de Oliveira Leite:

Este 'direito' invocado é apenas uma faculdade, ou melhor, uma liberdade. Catherine Labrusse-Rieu e J. L. Baudoin já se referiam sobre a matéria em termos bastante claros. Existe uma liberdade de engendrar filhos. Quando a natureza se opõe, o direito médico e social criou um verdadeiro direito à cura da esterilidade tentando vencer este handicap e permitindo o exercício da liberdade de procriar. Entretanto, procriar não é um direito.

³⁷⁵ DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A NOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS. 2003, Pag. 746.

³⁷⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE E A UTILIZAÇÃO DE ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO. Belo Horizonte. 2005, pag. 310

A constituição federal define família como base da sociedade e ainda por cima confere ao casal a livre decisão sobre o planejamento familiar proibindo qualquer intervenção abusiva do estado ou da iniciativa privada³⁷⁷. Por conta das garantias e direitos conferidos ao casal no seio familiar, muitos defendem que o direito a procriação já estaria sendo garantido, portanto, os casais poderiam de fato recorrer a métodos artificiais para pôr em prática o plano parental.

A maternidade de substituição é uma das técnicas de RMA e não pode ser utilizada, de fato é permitida pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), desde que a mãe gestadora seja pessoa da própria família ou parente até segundo grau, no entanto a jurisprudência vem negando a prática desta técnica³⁷⁸.

O ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não admitir a maternidade de substituição, ajudaria a evitar possíveis conflitos entre a mãe gestadora e a mãe de recepção, se estabelecesse que mãe, não é necessariamente aquela mulher que gera a criança, criando outras circunstâncias para o estabelecimento da maternidade como laços de afetividade e até mesmo o interesse da própria criança³⁷⁹. A parturiente, ao firmar o pacto ou acordo com a mãe que deverá recepcionar a criança, expõe sua intenção de não ficar com a criança quando esta vier a nascer. O critério biológico, segundo alguns estudiosos como Guilherme Calmon e Maria Cláudia Crespo Brauner, o critério biológico não seria suficiente para determinar laços maternos e paternos.

O jurista e escritor Paulo Luiz Neto Lôbo³⁸⁰ relata a existência do “princípio da afetividade na filiação”. O casal, segundo o princípio citado, decidiria de forma livre e espontânea por em prática o plano da maternidade prevalecendo fatores como amor e afetividade..

Os vínculos afetivos e amorosos são cada vez mais valorizados, pelo código civil brasileiro, para determinação do vínculo de filiação de uma determinada criança, exemplo disso é a existência do artigo 1.597 do CC que em seu inciso V traz a presunção de

³⁷⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE E A UTILIZAÇÃO DE ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO. Belo Horizonte. 2005, pag. 311

³⁷⁸ DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A NOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS. 2003, Pag. 855.

³⁷⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte. MÃE PORTADORA – A PROBLEMÁTICA DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. 2008, Pag. 338.

³⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In: Pereira, Rodrigo Cunha (coord.). II CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Belo Horizonte. 2000, pag. 245

paternidade para crianças geradas a partir da inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévio consentimento do marido³⁸¹.

Nos casos em que a situação é puramente gestacional, atribuir à mãe portadora, a qualidade legal de mãe, seria um risco, dada presunção de escassa motivação por parte desta, para a prestação de cuidados parentais e básicos para com a criança, podendo colocá-la em risco ou até mesmo para adoção e em último caso, simplesmente abandoná-la.

2.2 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO

Pelo mundo a maternidade por substituição tem gerado grandes polêmicas, considerável número de textos legais e jurisprudências, espalhadas pelo mundo, veda a prática deste tipo de RMA e, além disso, vários estudiosos no assunto dizem que a permissividade de tal prática seria atentatória ao princípio da dignidade da pessoa humana. O código civil Francês é categórico em relação a vedação da maternidade de substituição e declara nulo qualquer tipo de acordo que trate da gestação de uma mulher por outra³⁸².

Portugal admite a utilização de técnicas da maternidade de substituição, no entanto, veda o estabelecimento de contratos onerosos direcionando penas (Lei de Procriação Medicamente Assistida, art. 39) para aqueles que utilizarem irregularmente tal técnica por meio da feitura de contratos onerosos. Para a constituição Portuguesa o ser humano jamais poderia ser coisificado, comercializado ou instrumentalizado, sendo a utilização da técnica de maternidade de substituição limitada por princípios fundamentais tal como a dignidade da pessoa humana.

A legislação espanhola, assim como a francesa, mesmo sendo liberal quando o assunto é reprodução humana assistida, possui regra proibitiva em relação à maternidade de substituição revelando de pronto a tradição jurídica romano-germânica em relação ao assunto. No direito espanhol é inadmissível qualquer acordo que envolva a gestação de uma mulher por outra independentemente de sua onerosidade³⁸³.

Na Inglaterra existe a " Human Fertilization and Embryology act"³⁸⁴ que regula a maternidade de substituição resguardando os direito das pessoas envolvidas em tal

³⁸¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE E A UTILIZAÇÃO DE ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO. Belo Horizonte. 2005, pag. 318

³⁸² DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A NOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS. 2003, Pag. 852.

³⁸³ TEIXEIRA, Brochado Carolina Ana. BIOTECNOLOGIA E SUAS IMPLICAÇÕES ÉTICO - JURÍDICAS. 2005, Pag. 314

³⁸⁴ DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A NOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS. 2003, Pag. 861.

procedimento. A lei inglesa ao criar o ato que fora citado, pretendeu facilitar o estabelecimento dos laços paternos e maternos da criança resultante da maternidade de substituição. Vale lembrar, que a legislação inglesa veda o estabelecimento de qualquer acordo comercial ou lucrativo que envolva a gestação de uma mulher por outra.

Como já visto, o direito inglês já demonstra o perfil da legislação anglo-americana que de uma forma geral chega a admitir a maternidade de substituição a título oneroso, no entanto, nos Estados Unidos não existe um único posicionamento pois a legislação varia de estado para estado, alguns admitem o estabelecimento de contratos desde que não haja nenhum tipo de compensação outros admitem a feitura de contratos mas para que estes adquiram eficácia, precisam ser homologados judicialmente.

Nos Estados Unidos em dezembro de 2000 cerca de metade dos estados possuía legislação pertinente à maternidade de substituição e desses cerca de 50% admitia a prática da maternidade de substituição no entanto alguns estados vedavam o estabelecimento de compensações ou contratos onerosos para que tal prática fosse então executada. O Uniforme Parentage Act³⁸⁵, ato criado com o propósito de aproximar as legislações que versavam aquela época sobre maternidade de substituição, propôs a admissibilidade dos contratos firmados em maternidade de substituição, no entanto, expôs que para isso torna-se necessária a homologação do contrato põe meio de decisão judicial.

A Constituição Federal veda a dissociação entre maternidade e gestação proibindo expressamente a prática da maternidade de substituição mesmo com a existência de normas de caráter inferior, como uma resolução do conselho federal de medicina que permite a prática citada em determinadas situações.

3. FEITURA, FIRMAMENTO E VALIDADE DE ACORDOS E CONTRATOS ENVOLVENDO A MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO

Como já visto, alguns países admitem a feitura de contratos que envolvam a maternidade de substituição, no entanto a maioria exige que tais contratos não ensejem compensação por uma das partes. No Brasil a prática da maternidade de substituição não se encontra prevista em lei, porém, a jurisprudência não tem admitido esta prática.

A permissão a maternidade substitutiva gera flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois a mulher portadora estaria simplesmente emprestando

³⁸⁵ .PINHEIRO, Jorge Duarte. MÃE PORTADORA – A PROBLEMÁTICA DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. 2008, Pag. 331.

seu próprio corpo para gestar o nascimento de uma criança desejada por outra mulher. O corpo humano jamais poderia ser objeto de contrato ou mero acordo de vontades, pois em nenhuma hipótese o ser humano pode ser comercializado ou flagrantemente coisificado.

A obrigação assumida pela mãe portadora, segundo Maria Fernández³⁸⁶, representa atentado à sua integridade física e conseqüentemente a sua saúde sendo, portanto, nulos os contratos que se refiram à maternidade de substituição. A flagrante ilicitude do negócio é facilmente constatada, pois o próprio negócio se mostra contra a ordem pública, contra a lei, prevalecendo certa prostituição do corpo humano e quando oneroso insere-se no âmbito do direito penal e constitucional, ambos os textos vedam expressamente a mercantilização do corpo humano e obviamente do ser humano.

Os direitos fundamentais limitam o exercício da liberdade contratual, portanto, contratos que venham a perturbar a ordem pública, a lei ou os bons costumes devem ser declarados nulos de pleno direito. O contrato de gestação de substituição a título gratuito ou oneroso atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a gestação passa a ser vista como um serviço sendo a criança equiparada a um objeto resultado de uma atividade, resultado de um pacto.

Existe em tramitação no senado um projeto de lei³⁸⁷ que prevê em seu art. 7º, a permissividade da prática da maternidade de substituição, no entanto, existem algumas condições que devem ser preenchidas para que se autorize, caso o projeto seja aprovado, a prática de tal técnica, são elas: a) a gestação de substituição não pode ser remunerada; b) existência de evidente problema médico impeditivo à gestação natural; c) a mãe gestadora deve ter parentesco até segundo grau, com a mãe de recepção.

Alguns estudiosos de fato advogam pela admissibilidade da prática da maternidade de substituição, pois segundo eles, a onerosidade é que feriria os princípios constitucionais, coisa que não acontece quando o contrato é firmado de forma gratuita, devendo ser levado em consideração ainda em tais casos, o direito à procriação. Cite aqui algo dito por Ana Carolina Teixeira Brochado³⁸⁸:

³⁸⁶ FERNÁNDEZ, Maria Carcaba. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS. Espanha. 1995, pag. 169.

³⁸⁷ Projeto de Lei 90/99 que se encontra no Senado.

³⁸⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE E A UTILIZAÇÃO DE ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO. Belo Horizonte. 2005, pag. 315

Destarte, o objeto do Pacto de Gestação de Substituição não viola os princípios constitucionais. Por isso, o referido pacto é válido e lícito, desde que não tenha cunho econômico, devendo prevalecer o direito à procriação.

O desenvolvimento das ciências biológicas, em especial a biotecnologia, deve de fato, repugnar a coisificação da pessoa humana. Os interesses individuais devem ser ponderados evitando a chamada "bioescravização da mulher" que se submete a maternidade de substituição. O progresso biocientífico e a pessoa humana devem ser sopesados, havendo a prevalência óbvia da segunda que deve ser amplamente tutelada e protegida.

3.1 EMBATE ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A constituição em seu título I, dos princípios fundamentais, elenca suas principais pedras angulares e uma dessas pedras, é a dignidade da pessoa humana. Todo estado democrático deve prezar pela proteção e tutela dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana compõe o rol de tais direitos, portanto, o estado deve garantir a tutelar amplamente a dignidade do ser humano.

Os poderes constituídos em um estado de base constitucional e democrática jamais poderiam criar atos administrativos ou regulamentares que venham a se contrapor a os direitos fundamentais, pois se assim fizessem, tais atos seriam dotados de vícios insanáveis e automaticamente seriam considerados nulos de pleno direito sendo, portanto, inconstitucionais por natureza.

A grande dificuldade encontrada pela legislação e pelo constitucionalismo é acompanhar o desenvolvimento da ciência e dos consequentes avanços tecnológicos que devem dar ampla obediência aos direitos fundamentais assim como parâmetros estabelecidos pela Carta Magna. A preocupação com o patrimônio genético humano tem sido renovada a cada dia com base no arcabouço principiológico da Constituição e principalmente pautando-se a dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos concede ampla proteção ao genoma humano, que segundo tal diploma, teria direito a respeito e dignidade repudiando qualquer ato discriminatório baseado em suas características. O princípio da não lucratividade encontra-se também estabelecido no diploma supracitado no momento em que estabelece que o genoma humano, não pode ser explorado economicamente.

Os ordenamentos jurídicos constitucionais reconhecem o ser humano como centro e fim do direito e esta inclinação encontra-se amplamente conectada ao princípio da dignidade da pessoa humana. A Declaração Universal dos Direitos Humanos já proclamava em 1948 o amplo respeito à dignidade da pessoa humana consagrando-a como algo intangível.

Em função do que já foi dito, constata-se a impossibilidade de degradação e banalização do ser humano assim também como seu material genético, impedindo a redução de uma criança a um mero objeto, proibindo a coisificação e instrumentalização da vida humana. Os avanços biotecnológicos devem se limitar ao equilíbrio com o princípio da dignidade da pessoa humana.

As experiências clínico-genéticas que envolvam a RMA devem ser realizadas sem que haja a violação dos princípios constitucionais e principalmente do princípio basilar, repetido por exaustivas vezes, o princípio da dignidade da pessoa humana. Os procedimentos de RMA podem ser realizados sempre que houver estrita necessidade, por meio da expedição de mandados médicos que relatem a existência de uma determinada anomalia ou problema natural e não por mera vontade.

A constituição Federal de fato assegura o direito que todo ser humano possui, de poder fundar uma família, considerando esta organização parental como base da sociedade. Cabe ao casal elaborar e por em prática o planejamento familiar, no entanto, a vida humana é mais importante do que a vontade e o desejo de um ser humano.

De fato o melhor entendimento seria permitir o acesso às formas de reprodução medicamente assistida desde que se constate flagrante impossibilidade de reprodução por meio natural pela prática do ato sexual. A garantia de acesso aos meios artificiais de reprodução garantiria também a proteção do direito à procriação, que por sinal alguns defendem que é de índole constitucional.

Para que haja a legitimação do uso de técnicas em RMA é preciso que se estabeleça, que o ser humano jamais poderá ser objeto de contrato seja ele oneroso ou não, pois a constituição veda a coisificação e a mera instrumentalização do ser humano, ou seja, da vida humana, além disso proíbe expressamente a comercialização ou mercantilização do ser humano.

O princípio da autonomia desponta no momento em que surge o embate entre a vontade do casal, que deseja realizar o sonho da maternidade, por meio do livre acesso aos meios de RMA e as limitações legais, que vedam a utilização livre e espontânea de tais meios. A legitimação da prática da RMA, por livre e espontânea vontade do casal, geraria uma gama de situações conflituosas envolvendo o processo reprodutivo artificial. A livre

utilização das técnicas de reprodução humana assistida promove o desregramento para utilização de suas técnicas que ao final seriam banalizadas, sendo o embrião humano e o próprio ser humano, tratado como meros objetos resultantes de um contrato ou simplesmente pacto dual.

O direito à procriação e o princípio da autonomia encontram, ambos, limitações na constituição federal, o princípio da dignidade humana comprova a existência de tais limitações, vedando a redução da condição humana e proibindo expressamente a flagrante coisificação e instrumentalização da vida humana que deve ser amplamente protegida e tutelada pela carta magna e pelos demais textos legais.

CONCLUSÃO

Os avanços científicos e tecnológicos proporcionaram o surgimento de técnicas que oferecem as pessoas realização do projeto parental sem que para isso haja a necessidade de contatos sexuais, as técnicas de reprodução humana assistida são hoje utilizadas em larga escala, mas para que tais técnicas sejam postas em prática alguns pré-requisitos devem ser devidamente preenchidos.

As técnicas de RMA são entendidas como subsidiárias, ou seja, só podem ser utilizadas se algum problema biológico ou natural for detectado impedindo a reprodução pelo meio convencional que seria a prática dos atos sexuais. Muitos embates foram travados no meio social sobre o tema em questão e várias críticas são direcionadas a o fator subsidiariedade, pois para muitos o ser humano teria direito de optar pelas técnicas de reprodução medicamente assistida de forma livre e espontânea.

Os seres humanos só podem utilizar as técnicas de RMA de forma subsidiária de acordo com parâmetros legais não podendo utilizar-se de forma livre e espontânea de tais técnicas quando houver a possibilidade da gravidez por meio natural, pela prática de atos sexuais. A vontade do casal não pode transcender a simples instrumentalização da vida humanas sendo as técnicas de RMA, utilizadas em último caso, quando problemas naturais como a esterilidade ou infertilidade forem detectados.

A liberdade de dispor do próprio corpo ou simplesmente o princípio da autonomia não podem fazer com o ser humano banalize a vida a partir da utilização livre e exacerbada da própria vida humana por meio de procedimentos artificiais. A vida humana é amplamente protegida e tutelada pela legislação brasileira, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos e fins da República Federativa do Brasil.

Para que não haja a utilização descabida e exacerbada das técnicas de RMA torna-se necessário o estabelecimento de limites éticos e morais tais como o princípio da

dignidade da pessoa humana que veda a simples banalização e instrumentalização da vida humana.

A maternidade de substituição, técnica que tem gerado muitas polêmicas, as posições relatadas por esta obra apenas representam juízos de valor e, portanto, estão longe de serem estabelecidas definitivamente como posicionamentos prontos e acabados. A lei é feita pelos homens, o que gera a incerteza da sua completude, pois nada é perfeito, tudo pode ser reformado ou restaurado para que se chegue o mais próximo possível de um equilíbrio.

O direito a ter um filho ou simplesmente o direito à procriação encontra limites, seja no interesse da criança recém-nascida ou na própria carta magna. A utilização descabida de técnicas de RMA, tal como a maternidade de substituição, gera violação ao princípio da dignidade da pessoa humana devendo aqui se fazer vistos os limites éticos e morais.

REFERÊNCIAS:

- DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A NOVA FILIAÇÃO: O BIODIREITO E AS RELAÇÕES PARENTAIS. São Paulo. 2003.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE E A UTILIZAÇÃO DE ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO. Belo Horizonte. 2005.
- FERNÁNDEZ, Maria Carcaba. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS. Espanha. 1995
- PINHEIRO, Jorge Duarte. MÃE PORTADORA – A PROBLEMÁTICA DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. 2008
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In: Pereira, Rodrigo Cunha (coord.). II CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Belo Horizonte. 2000
- PATRÃO, Maria Neves. MUDAM-SE OS TEMPOS, MANDA A VONTADE. 2008

DIREITO À VIDA OU À PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS?

Thayssa Daniela da Silva Gomes³⁸⁹

Resumo: Na seara dos direitos fundamentais, o direito à vida apresenta-se como a mais preciosa garantia individual, servindo como pressuposto para a concretização dos demais direitos fundamentais. Para definir o âmbito de proteção desse direito primordial, é preciso que se estabeleça o marco inicial da vida, assunto que incide diretamente sobre a experimentação científica com células-tronco embrionárias. Nota-se que tanto a legislação interna quanto a internacional, ainda não entrou num acordo pacífico sobre o status jurídico que se pretende conferir ao embrião, isto é, se ele é ou não sujeito de direitos. Ressalta-se que o tema em questão suscitam divergências no campo jurídico, político, moral e filosófico, tornando o assunto mais complexo. Desse modo, observa-se o quão necessário é a criação de um Estatuto Jurídico do Embrião no Direito Brasileiro.

Palavras-chave: direito à vida; embrião; células-tronco; células-tronco embrionárias.

Abstract: Concerning the basic rights, the right of life is the most precious individual warranty serving as the basis for the concretion of other fundamental rights. To define the scope of protection of this primordial right it is necessary to establish the starting point of life, an issue that affects scientific experimentation on embryonic stem cells directly. Is remarkable that both domestic and international legislations did not come to pacific terms about the legal status to be attributed to the embryo, in other words, if the embryo is a subject of rights or not. It is worth to mention that this subject in question evokes differences in the legal, political, moral and philosophical field, making it even more complex. In this case, you can notice how important is to create a Legal Status of the Embryo for the Brazilian Law.

Keys: right of life; embryo; stem cells; embryonic stem cells.

1. INTRODUÇÃO

Na seara dos direitos fundamentais, o direito à vida apresenta-se como a mais preciosa garantia individual, servindo como pressuposto para a concretização dos demais direitos fundamentais. Para definir o âmbito de proteção desse direito primordial, é preciso

³⁸⁹ Aluna graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Estagiária bolsista no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB). E-mail: thayssa_daniela@hotmail.com.

que se estabeleça o marco inicial da vida, assunto que incide diretamente sobre a experimentação científica com células-tronco embrionárias.

Nota-se que tanto a legislação interna quanto a internacional, ainda não entrou num acordo pacífico sobre o status jurídico que se pretende conferir ao embrião, isto é, se ele é ou não sujeito de direitos.

Ressalta-se que o tema em questão suscitam divergências no campo jurídico, político, moral e filosófico, tornando o assunto mais complexo. Desse modo, observa-se o quanto necessário é a criação de um Estatuto Jurídico do Embrião no Direito Brasileiro.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO PRIMORDIAL À VIDA

Os direitos fundamentais foram sendo positivizados gradativamente no decorrer da história. Apesar de serem direitos inerentes à condição humana, seu reconhecimento constitucional se deu em momentos diferentes, devido a sua inegável modificação ao longo dos anos.

Primeiro foram formalmente consolidados os chamados direitos de primeira geração, isto é, os direitos civis e políticos, atraindo especial atenção o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, influenciados principalmente pelo liberalismo político e individualismo jurídico, marcando a passagem do Estado Absoluto para o Estado Liberal de Direito.

Em seguida os direitos de segunda geração, isto é, direitos sociais, econômicos e culturais, cuja herança provém dos excessos e falhas do capitalismo, marcando a passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito.

Logo após, foram firmados os direitos de terceira geração, isto é, os direitos difusos e coletivos, marcando a passagem para o Estado Democrático de Direito que vivenciamos hodiernamente.

Apesar de usarmos termo “geração” para nos referir a gradativa inserção constitucional das diversas nuances de direitos fundamentais insurgidas ao longo da história, essa locução tem sofrido ataques, visto que atrai a falsa impressão que um grupo de direitos fundamentais viria para substituir outro dado por ultrapassado.

Não obstante, a nomenclatura “dimensões” também recebe críticas, ao argumento de que tal expressão serve para indicar dois ou mais componentes do mesmo fenômeno, sendo que, no caso em foco, há grupos de direitos fundamentais cujas conformações se revelam extremamente discrepantes. Diante de tal polêmica, geralmente esses termos são usados na qualidade de sinônimos.

O direito à vida é um dos mais importantes direitos fundamentais, sendo pressuposto e fundamento de todos os demais direitos. Não há que se falar em igualdade, liberdade, solidariedade, segurança, propriedade, saúde, educação, dignidade da pessoa humana, entre outros direitos igualmente essenciais, se não houver respeito ao direito à vida.

2. TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA VIDA

Sabe-se que a definição de um status que se pretende conferir ao embrião não é tarefa fácil. A consideração do embrião como sujeito ou não de direitos está intimamente ligada ao marco inicial da vida, no entanto, diversas são as teorias que tentam delimitar seu início, e todas elas dispõem de embasamentos plausíveis tornando o assunto ainda mais complicado.

Nesse sentido, o Direito, como instrumento regulador de condutas, precisa da ajuda da Biomedicina para determinar o início da mais preciosa garantia individual, ressaltando que essas ideias acerca do início da vida são desenvolvidas em espaços não isentos de interesses, isto é, espaços políticos, consistindo numa escolha eminentemente política.

De acordo com ROCHA, são três as teorias que se formaram a fim de determinar o início do processo vital humano.

A primeira delas, a teoria concepcionista, prevê que a vida humana inicia-se com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozóide, desse modo, a partir da fusão de duas células germinativas provenientes de organismos diferentes resulta-se na existência de um novo ser, que possui uma identidade genética individual, dotado de um sistema único e distinto daqueles que lhe deram origem, e contendo todas as características de um ser humano adulto.

Decorrem da teoria concepcionista outras duas teorias: a teoria singamia e a teoria cariogamia. A teoria singamia diz que a vida inicia-se no momento em que ocorre a penetração do espermatozóide no óvulo, ou seja, no instante da fertilização, antes mesmo da concepção. Por sua vez, a teoria cariogamia relaciona o início da vida ao momento da concepção, isto é, no momento que ocorre a fusão dos gametas que acarretará a formação de um novo ser, dotado de identidade genética própria.

A segunda delas, a teoria genético-desenvolvimentista, relaciona o início da vida às fases de desenvolvimento embrionário, desse modo, o embrião humano adquire status jurídico e moral gradativamente, à medida que se desenvolve durante a gestação.

Decorrem dessa teoria genético-desenvolvimentista outras três: a teoria da nidação do ovo, a teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central e a teoria do pré-embrião. Os partidários da teoria da nidação defendem que o início da vida começa com a fixação do ovo no útero da mulher, pois, do contrário, o embrião não teria condições de se desenvolver. A teoria dos rudimentos do sistema nervoso central relaciona que a vida inicia-se com o aparecimento dos primeiros sinais de formação do córtex central, que ocorre entre o décimo quinto dia e o quadragésimo dia de evolução embrionária, ou seja, após a verificação da emissão de impulsos elétricos cerebrais é que se pode afirmar que se iniciou uma vida especificamente humana, pois seria quando o homem teria a possibilidade de possuir consciência. A teoria do pré-embrião foi a que mais exerceu influência na legislação mundial. Os partidários dessa teoria entendem que até o 14º dia após a concepção o que existe não é um ser humano, mas uma célula progenitora capaz de gerar um ou mais indivíduos da mesma espécie, abrindo espaço para a experimentação científica até essa data. No entanto, ROCHA citando PEREIRA “considera a terminologia pré-embrião (...) uma falácia a mascarar o real sentido ideológico, qual seja, o de garantir a experimentação científica com seres humanos vivos”.³⁹⁰

Por fim, a teoria da pessoa humana em potencial mostrar-se como uma alternativa as duas teorias supracitas. De acordo com essa teoria, não é possível identificar totalmente o embrião como uma pessoa humana, visto que ele não possui personalidade e não é capaz de exercer direitos e contrair obrigações, no entanto, embora ele não seja uma pessoa humana, não se pode dizer que ele constitui um mero amontoado celular, uma vez que seu desenvolvimento leva a formação, indubitavelmente, de um ente humano. Desse modo, o embrião desde o momento da concepção estaria num estado de potência e ao passar da potência para o ato é que se efetivaria sua proteção jurídica.³⁹¹

3. LEGISLAÇÃO INTERNA E INTERNACIONAL A RESPEITO DA VIDA

Como foi visto anteriormente, o direito à vida está intimamente ligado ao embrião e a pesquisa com células-tronco embrionárias, desse modo, vários são os diplomas nacionais e internacionais que buscam tutelar a vida, demonstrando um esforço jurídico e político no sentido de protegê-la.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º assevera: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e

³⁹⁰ROCHA, Renata da. **O Direito à Vida e a pesquisa com Células-Tonco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 83.

³⁹¹ROCHA, Renata da. **O Direito à Vida e a pesquisa com Células-Tonco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 67-100.

estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida (...)**” (grifos nossos). Bem como o artigo 2º do Código Civil Brasileiro, que afirma: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.**” (grifos nossos).

No tocante a legislação internacional, o Estado brasileiro é signatário de várias Convenções sobre direitos humanos que dispõem sobre o direito à vida, tais como o Pacto Internacional de Direito Cívico e Político de 1966, que diz em seu artigo 6º que “**O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.**” (grifos nossos), a Convenção Americana de Direitos Humanos que dispõe em seu artigo 4º: “Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção.** Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (grifos nossos) e a Declaração Universal de Direitos Humanos que diz no seu artigo 1º “Todas as pessoas nascem livres e **iguais em dignidade e direitos.** (...)” (grifos nossos).

Como bem aponta a Constituição, os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil ganha forma de norma constitucional, vejamos:

Artigo 5º, parágrafo segundo: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte. (grifos nossos)

Artigo 5º, parágrafo terceiro: 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.** (grifos nossos)

Diante do que foi exposto, observa-se que o Brasil respeitando a legislação nacional e internacional deve proteger a inviolabilidade da vida desde o momento da concepção, ou seja, não seria possível a pesquisa com células-troco embrionárias, visto que o embrião seria um sujeito de direitos.

No entanto, a Lei nº 11.105/2005, chamada Lei de Biossegurança, diz em seu artigo 5º que “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 (...)”, colocando em discussão a assertiva acima mencionada.

Sabe-se que a definição daquilo que de fato é protegido pelo direito fundamental à vida não é pacífica. Constatam-se três âmbitos de proteção de tal direito, havendo

atribuição de significado ao direito à vida como direito à própria vida, direito de uma vida digna e direito à proteção em face aos avanços da biologia.

Nesse diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0-DF debateu a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança, que envolve as pesquisas e terapias com células tronco embrionárias humanas, diante da proteção constitucional ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria dos votos, pela constitucionalidade do referido artigo e parágrafos, visto que apesar do embrião ser um bem jurídico a ser protegido e por esse motivo a lei salvaguarda seus eventuais direitos, ele é uma expectativa de vida humana, e para que ele adquira esses direitos é preciso que ocorra o nascimento com vida.

Nesse diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0-DF debateu a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança, que envolve as pesquisas e terapias com células tronco embrionárias humanas, diante da proteção constitucional ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria dos votos, pela constitucionalidade do referido artigo e parágrafos, visto que apesar do embrião ser um bem jurídico a ser protegido e por esse motivo a lei salvaguarda seus eventuais direitos, ele é uma expectativa de vida humana, e para que ele adquira esses direitos é preciso que ocorra o nascimento com vida.

Outra questão que merece destaque é o aborto no Brasil. O Código Penal em seu art. 128 permite a interrupção da gravidez em dois casos: no caso de gravidez resultante de estupro, chamado aborto sentimental; e no caso em que há risco de vida da gestante, chamado aborto necessário. Sendo que recentemente o STF também permitiu o aborto no caso de fetos anencéfalos. Nesses casos em que o aborto é permitido no Brasil não haveria uma ofensa a Convenção Americana de Direitos Humanos, visto que não há privação arbitrária da vida.

Em relação à descriminalização do aborto, pode-se dizer que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 assevera que os direitos humanos são “universais, indivisíveis e interdependentes, inerentes a toda humanidade”, as palavras indivisíveis e interdependentes demonstram não ser possível estabelecer uma hierarquia que considere um grupo de direito superior a outro, que no caso seria o direito à vida do feto e o direito à liberdade e dignidade da pessoa humana da mulher.

Igualmente, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contrás as Mulheres de 1979, estabelece que a expressão “discriminação contra a mulher” significa toda “distinção, exclusão, ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício pela mulher de seus direitos

humanos e liberdades fundamentais.” A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) estabelece que cabem a todos os Estados adotar leis e políticas públicas que visem eliminar toda e qualquer forma de violência contra a mulher, inclusive abolindo leis e regulamentos vigentes que respaldem a persistência e a tolerância desta violência. De acordo com esta Convenção, o direito de toda mulher de viver livre de violência abrange, entre outros, o direito a ser livre de todas as formas de discriminação. Desse modo, na medida em que se considera a criminalização do aborto como uma forma de discriminação contra as mulheres – pois restringe o exercício de seus direitos humanos e liberdades fundamentais, como o direito de decidir livremente a respeito de sua saúde sexual e reprodutiva –, esta consiste também em uma forma de violência tolerada e, até mesmo, realizada pelo Estado.

Nesse sentido, os direitos sexuais e reprodutivos femininos decorrem de quatro princípios éticos: a integridade corporal e mental (controle do seu próprio corpo); igualdade (igualdade de direito entre as mulheres nos campos da sexualidade e reprodução e igualdade de direitos entre homens e mulheres); individualidade (relacionada à sua autodeterminação, incluindo respeito a sua autonomia na tomada de decisões sexuais e reprodutivas); diversidade (respeito à diferença das mulheres).

Em março de 2013, o Conselho Federal de Medicina (CFM) e os 27 conselhos regionais de medicina (CRMs) brasileiros, deliberaram a favor do aborto até a 12ª semana de gestação. Ao discutir a questão do aborto no Brasil, a CFM se posicionou no sentido de ampliar as excludentes de ilicitudes penais em caso de interrupção da gestação, ou seja, o conselho defende a manutenção da criminalização da prática abortiva no Brasil, no entanto, assevera que deveria haver a inclusão de uma nova excludente de ilicitude ao lado das já existentes, ou seja, a gestante poderia praticar o aborto até a décima segunda semana de gestação sem ser punida.³⁹²

Destaca-se, ainda, que o artigo 3º da Lei nº 9.434, Lei dos Transplantes de Órgãos, assevera:

A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de **diagnóstico de morte encefálica**, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. (grifos nossos)

³⁹²NOTÍCIA: **Conselhos de Medicina se posicionam a favor da autonomia da mulher em caso de interrupção da gestação.** Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23661%3Aconselhos-de-medicina-se-posicionam-a-favor-da-autonomia-da-mulher-em-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3%3Aportal&Itemid=1.

Logo, se para efeitos de transplante considera-se falecida a pessoa diagnosticada de morte encefálica, pode-se dizer que por analogia a vida inicia-se quando o cérebro emite os primeiros sinais elétricos, registrados na décima segunda semana de gestação.

Portanto, observa-se o quanto essa questão acerca do início da vida e a pesquisa de células-tronco embrionárias suscitam divergências, fazendo-se necessário a criação de um Estatuto Jurídico do Embrião para maior segurança no assunto.

4. AFINAL, O QUE SÃO CÉLULAS- TRONCO?

As células-tronco são células primitivas, produzidas durante o desenvolvimento do organismo e que dão origem a outros tipos de células. Ela possui capacidade de auto-replicação, ou seja, a capacidade de gerar uma cópia idêntica a si mesma e com potencial de diferenciar-se em vários tecidos especializados do corpo humano.

Existem basicamente dois tipos de células-tronco, a saber: as células-tronco humanas embrionárias, provenientes dos embriões humanos, pluripotentes, capazes de se transformar em qualquer tipo celular somático do organismo; e as células-tronco humanas somáticas, multipotentes, que apresentam uma capacidade a princípio limitada, para derivar e diferenciar-se num repertório restrito de tipos celulares, os que habitualmente conformam um tecido ou órgão determinado.

Observa-se que as células-tronco embrionárias são mais “viáveis” que a células-tronco somáticas, visto que podem se diferenciar em qualquer tipo de tecido celular, sendo soluções alternativas possíveis na terapia celular de doenças degenerativas como a diabetes.

No entanto, os debates em torno das células-tronco embrionárias são de ordem ético-moral, na medida em que a obtenção da linha dessas células requer, com as técnicas e métodos atuais, a desagregação irreversível de um blastocisto, com o objetivo de se obter a massa interna celular (ICM) e a células pluripotentes que a constitui, o que acarreta a destruição do embrião.

Portanto, vem se desenvolvendo uma série de pesquisas a fim de descobrirem métodos alternativos de obtenção de células pluripotentes, quer seja a partir de células multipotentes através da transdiferenciação, quer seja por meio da partenogênese. Contudo, esses métodos alternativos possuem limitações e por vezes não são viáveis aos mamíferos.

Desse modo, a alternativa proposta para a superação desse obstáculo, seria o aproveitamento de determinados embriões anômalos, técnica e legalmente inviáveis, que são produzidos nas técnicas de reprodução assistida. De qualquer modo, o impacto dessas técnicas alternativas para aproveitar embriões inviáveis tem efeito limitado sobre o número

total de embriões humanos excedentários existentes nas clínicas de reprodução assistida, se for permitida sua utilização para pesquisas.

Portanto, é preciso continuar as linhas de pesquisa nos dois tipos de células-tronco, pois estamos longe de obter resultados seguros que sejam diretamente aplicáveis em uma terapia humana, apesar dos bons resultados conhecidos, tanto em animais como em humanos. Desse modo, é necessário prudência, além da ausência de dogmatismos e a presença constante de rigor e capacidade de autocrítica como guias fundamentais para o progresso científico na pesquisa sobre células-tronco.³⁹³

5. A PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS NA FRANÇA, REINO UNIDO E EUA

Confirmam-se as dificuldades na elaboração de uma legislação suficientemente rigorosa para controlar os abusos e que ao mesmo tempo deixar espaço para adaptação ao rápido ritmo da mudança científica na área de experimentação científica com células-tronco embrionárias.

Opiniões divergentes ocupam o mesmo espaço nos processos políticos que dirigem a legislação nesse campo, além das implicações éticas, morais, religiosas e culturais suscitadas pela pesquisa com células-tronco embrionárias.

Legalmente, há uma diferença fundamental entre o Reino Unido e os Estados Unidos no que diz respeito ao assunto, visto que o primeiro elaborou uma legislação para controlar a pesquisa embrionária, enquanto o segundo se permite a ausência de leis federais.

A experiência do Reino Unido está demonstrando dificuldades para criar uma legislação em um terreno no qual a tecnologia está sempre à frente da lei. Mais que isso, as tentativas do governo do Reino Unido para preencher as lacunas legais por meio dos caminhos legais mais rápidos salientaram também problemas políticos que surgem na hora de legislar nessas áreas.

Já nos Estados Unidos, por falta de lei federal que regulamente a pesquisa embrionária, alguns estados já têm a clonagem humana pendente de tramitação legislativa, assumindo posições divergentes.

A esse respeito, os dois países enfrentam desafios comuns, a saber, promulgar leis em sociedades democráticas em circunstâncias de desacordo moral, lembrando que a

³⁹³MARTINEZ, Julio Luis (org). **Células tronco humanas: aspectos científicos, éticos e jurídicos.**São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 21-59.

legitimidade das leis sobre a pesquisa com células-tronco tem de se fundamentar no respeito aos procedimentos que garantem debate público.

Outrossim, a legislação francesa não possui ainda um estatuto jurídico próprio para as células embrionárias, e na falta de texto específico, o estatuto do embrião parece aplicável a essas células.

Portanto, o embrião humano não é objeto de uma qualificação jurídica, a saber, se é pessoa ou coisa. Apesar das oportunidades que teve para fazê-lo, o legislador francês não se pronunciou sobre a questão, promovendo uma falta de coerência do sistema atual, visto que algumas medidas tendem a personificá-lo enquanto outras a coisificá-lo, deixando margem para escolhas sem limitações, o que torna o assunto ainda mais controverso.

O debate atual sobre a revisão das leis de “bioéticas” no Parlamento francês confirma uma tendência à aceitação da pesquisa com células embrionárias, embora a Assembléia Nacional seja mais favorável que o Senado.

O Senado admitiu uma situação transitória de cinco anos, na qual seria possível a pesquisa com embriões e células embrionárias, prevendo que seis meses antes do fim do prazo de cinco anos a obrigação de se pronunciar sobre a manutenção da regra no final do período fixado.

Em suma, está claro que a evolução segue no sentido da admissão das pesquisas, o que coloca em questão a chamada instrumentalização dessa “humanidade” potencial, destarte, deve-se agir com prudência. Contudo, a partir do momento em que se admite a própria ideia de pesquisa, inclusive de forma excepcional, já não se pode invocar a prudência como fundamento para o texto adotado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num primeiro momento, observa-se o quão primordial é o direito à vida, desse modo, vários são os diplomas nacionais e internacionais que buscam tutela-la e protegê-la.

No entanto, o âmbito dessa proteção ainda é incerto, uma vez que mesmo no direito interno, leis sobre o assunto se divergem havendo ausência de segurança e pacificidade sobre o assunto.

Desse modo, nota-se o quão é importante a criação de um estatuto jurídico do embrião no direito brasileiro, para definir o status jurídico que se pretende conferir a ele, levando em consideração o marco inicial da vida e definindo a questão da pesquisa com células-tronco embrionárias no Brasil.

7. REFERÊNCIAS

ROCHA, Renata da. **O Direito à Vida e a pesquisa com Células-Tonco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 67-100.

ROCHA, Renata da. **O Direito à Vida e a pesquisa com Células-Tonco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 101-128.

MARTINEZ, Julio Luis (org). **Células tronco humanas: aspectos científicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 119-143.

MARTINEZ, Julio Luis (org). **Células tronco humanas: aspectos científicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 21-59.

MARTINEZ, Julio Luis (org). **Células tronco humanas: aspectos científicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 145-154.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais: a questão das dimensões ou gerações de direitos**. In: <http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001554.pdf>

NOTÍCIA: **Conselhos de Medicina se posicionam a favor da autonomia da mulher em caso de interrupção da gestação**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23661%3Aconselhos-de-medicina-se-posicionam-a-favor-da-autonomia-da-mulher-em-caso-de-interrupcao-da-gestacao&catid=3%3Aportal&Itemid=1.

EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO CONTRATO DE GESTAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO.

Clarissa Gomes de Sousa³⁹⁴

Ana Carla Cardoso Guedes³⁹⁵

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa³⁹⁶

Robson Antão de Medeiros³⁹⁷

RESUMO: O presente artigo visa verificar a possibilidade de celebração do contrato de cessão temporária de útero sob a luz do direito brasileiro, haja vista a ausência de legislação disciplinando a matéria. O embasamento teórico leva em conta os preceitos da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e a Resolução nº 2.013 de 2013 do Conselho Federal de Medicina. O contrato de gestação por substituição será analisado sob o prisma dos planos da existência, validade e eficácia.

Palavras-chave: Gestação por substituição; contrato; existência; validade; eficácia.

ABSTRACT: This article aims to verify the possibility of concluding temporary leasing contract of the uterus in the light of Brazilian law, given the absence of legislation regulating the matter. The theoretical framework takes into account provisions of the Federal Constitution from 1988, the Civil Code from 2002 and Resolution Nº. 2.013 from 2013 from the Federal Council of Medicine. The contract for surrogacy will be analyzed through the scope of its existence, validity and effectiveness.

Keywords: surrogacy; contract; existence, validity, effectiveness.

³⁹⁴Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, integrantes do INSTITUTO DE [PESQUISA E EXTENSÃO PERSPECTIVAS E DESAFIOS DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL](#), participantes do grupo de pesquisa direcionado às investigações referentes aos métodos de reprodução medicamente assistida sob orientação da professora mestre Ana Paula Albuquerque e do professor Robson Antão. **EMAIL: ligiomar@bol.com.br**

³⁹⁵Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, integrantes do INSTITUTO DE [PESQUISA E EXTENSÃO PERSPECTIVAS E DESAFIOS DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL](#), participantes do grupo de pesquisa direcionado às investigações referentes aos métodos de reprodução medicamente assistida sob orientação da professora mestre Ana Paula Albuquerque e do professor Robson Antão. **EMAIL: aninhacguedes@hotmail.com**

³⁹⁶Professora do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Mestra em Ciências Jurídicas pela UFPB. Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento no PPGCJ/UFPB. Orientadora da pesquisa.

³⁹⁷ Professor do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Doutor em Ciências da Saúde pela UFRN. Pós-doutoramento em Direito, na Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra-Portugal. Jurídicas pela UFPB. Orientador da pesquisa.

1. Introdução

A evolução da ciência, em especial da medicina e da biotecnologia, tem atuado de forma muito intensa no campo reprodutivo. As técnicas de reprodução medicamente assistida visam superar os obstáculos trazidos pelos problemas de infertilidade e esterilidade humana, seja do homem ou da mulher. Dentre as diversas técnicas de reprodução assistida, o presente artigo visa focar na chamada gestação por substituição.

O direito brasileiro não conseguiu acompanhar as diversas atualizações das técnicas de reprodução assistida, em sendo assim, a gestação por substituição, até o presente momento, não possui previsão legal. Dessa maneira, a solução dos conflitos decorrentes do uso de técnicas de reprodução artificial é mediante analogia, os princípios gerais do direito e, sobretudo, pela orientação da Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que na verdade não é lei, mas vincula os médicos que utilizam as técnicas de reprodução medicamente assistida.

Ante a ausência de lei acerca do tema, surge o seguinte questionamento: seria possível a realização de um contrato de cessão temporária de útero? Se realizado, esse instrumento contratual seria válido e produziria efeitos no ordenamento brasileiro?

O presente artigo visa analisar de modo mais específico a questão contratual da gestação de substituição e sua inclusão no campo da existência, validade e eficácia, e instigar soluções para essa nova modalidade contratual.

2. Reprodução humana assistida

Antigamente o casamento era a maneira natural de nascerem-se os filhos. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de família deu uma repaginada, os tempos se atualizaram e filhos passaram não mais a advirem necessariamente de uma relação sexual, conjugal ou extraconjugal³⁹⁸.

Os avanços das técnicas de reprodução medicamente assistida nos leva a concluir que pai não é aquele que necessariamente doou o sêmen e que a mãe não é obrigatoriamente a que produziu o óvulo, cedeu o útero ou quem deu à luz³⁹⁹.

Hoje, pode-se dizer que pais são aqueles que amam, cuidam, encarregam-se da sobrevivência e do afeto à criança nascida. Acrescentando-se, pai e mãe são os que antes mesmo de o bebê vir ao mundo, já o desejavam e o amavam, e nutriam todas as expectativas sobre aquele ser que só existia no plano da imaginação.

³⁹⁸ Paulo Lobo. Famílias. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 49: “Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimos de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos.”

³⁹⁹ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. 5 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 325.

Em verdade, a filiação passa a ganhar o status de afetividade, colocando de lado a obrigatoriedade de uma verdade genética para que o filho seja considerado como tal. É dentro desta proposta que se insere a maternidade subrogada, também conhecida como barriga de aluguel, mãe portadora ou mãe hospedeira, assunto objeto do presente artigo⁴⁰⁰.

2. 1. Aspectos Gerais

Reprodução Assistida é um conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas. Essa terminologia refere-se, de modo genérico, as técnicas de fertilização em laboratório, sendo que a mais comum é a fertilização *in vitro*. As técnicas de reprodução assistida compreendem a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*; bem como, a figura popularmente conhecida como “barriga de aluguel”.

Detalhando cada uma das técnicas acima mencionadas, pode-se dizer que:

- 1) A inseminação artificial é aquela em que a fecundação ocorre *in vivo*, sendo homóloga quando a fecundação se der entre gametas provenientes do próprio casal que assumirá a paternidade e maternidade afetiva da criança, e heteróloga quando ao menos um dos componentes genéticos – o sêmen, o óvulo ou o próprio embrião - for estranho ao casal. (ALDROVANDI e FRANÇA, 2002).
- 2) a fertilização *in vitro*, também conhecida como bebê de proveta, é aquela ocorrida em tubos de ensaio, onde o óvulo é fecundado pelo espermatozoide, em tubo de proveta, e a seguir os embriões são implantados no aparelho reprodutor feminino. (ALDROVANDI e FRANÇA, 2002).
- 3) Por sua vez, a mãe substituta é entendida por muitos doutrinadores como sendo a mulher que cede seu útero para gestação da criança, concebida pelos gametas (masculino e feminino) de terceiros, a quem a criança deverá ser entregue incontinentemente após o nascimento, quando então a fornecedora do óvulo assume a condição de mãe. (ALDROVANDI e FRANÇA, 2002)⁴⁰¹.

A reprodução humana assistida, através das técnicas acima delineadas, relaciona-se com o direito à procriação, também conhecido como o direito de fundar uma família, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ao analisar a Constituição Federal Brasileira de 1988, nos artigos 5.º, caput e incisos VI e XI, 218 e 226, parágrafo 7.º, que disciplinam, respectivamente, sobre a

⁴⁰⁰ Laura Dutra de Abreu, “Renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos no Direito Português e Brasileiro”. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Magister, v. 11, ago/set 2009, p. 94.

⁴⁰¹ ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco**. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>>. Acesso em 04 mar. 2014.

inviolabilidade do direito à vida, a liberdade de expressão, o incentivo à pesquisa e desenvolvimento científico e a liberdade de consciência e crença, e um capítulo sobre a família, enfatizando o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, pode-se afirmar que o direito à procriação está garantido constitucionalmente.

A finalidade da reprodução humana assistida é garantir a plenitude do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), proporcionando soluções ao problema da infertilidade do ser humano. A prática da procriação medicamente assistida (PMA) nasce a partir dos anseios/necessidades humanas, alterando significativamente o atual conceito de família.

2. 2. Gestação por substituição como possibilidade de tratamento

A ideia de útero de substituição é muito antiga. O primeiro registro dessa concepção encontra-se na Bíblia Sagrada quando Sarai, vendo que a promessa de que o Senhor lhe enviaria um filho não havia se cumprido, antecipou-se e entregou sua serva Agar a Abraão a fim de a família tivesse descendentes, argumentando: "E disse Sarai a Abraão: eis que o Senhor me tem impedido de gerar; entra, pois, à minha serva; porventura terei filhos dela" (GÊNESIS, 16:2, 1995, p. 16)⁴⁰².

Esse desejo de ter filhos e não poder gerá-los é um problema que paira sobre milhares de indivíduos. Atualmente, graças ao avanço da ciência, há inúmeras técnicas de reprodução que podem tornar esse sonho em realidade.

Dentre as inúmeras técnicas mencionadas anteriormente, a mulher impossibilitada de gerar filhos pode recorrer a técnica conhecida como útero de substituição, ou maternidade de substituição - a popular "barriga de aluguel".

A gestação por substituição é a técnica de reprodução humana artificial na qual há a participação de uma terceira pessoa (mãe substituta ou mãe de aluguel) para efetivar a gestação, ainda que não seja ela quem vá realizar o projeto parental de educar a criança.

O método do útero de substituição pode acoplar diversas técnicas de reprodução, tendo-se em vista de que maternidade não está necessariamente vinculada à gestação ou ao parto. Focando no tema aqui discutido (útero de substituição), Guilherme Calmon (2008, p. 374) demonstra as três possibilidades mais comuns da maternidade de substituição. Veja-se:

⁴⁰²GÊNESIS. **Bíblia sagrada**. Traduzida por ALMEIDA, João Ferreira. Sociedade Bíblica do Brasil, São Paulo, 1995.

“(a) A ‘maternidade de substituição’, que envolve o embrião resultante de óvulo e de espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo;

(b) A ‘maternidade de substituição’ que se relaciona ao óvulo e à gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi o do marido que resolveu, juntamente com sua esposa, efetivar o projeto parental;

(c) A ‘maternidade de substituição’ que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que não contribuiu, por sua vez, com material fecundante.”⁴⁰³

Essa técnica possui diversas denominações, tais como útero de empréstimo, útero de aluguel, gestação de substituição, gestação sub-rogada, mãe sub-rogada, mãe de empréstimo, mãe substituta, mãe hospedeira, mãe por procuração, barriga de aluguel, cessão temporária de útero, dentre outras tantas que a denominam.

O termo “barriga de aluguel” não é o mais adequado haja vista que um dos requisitos para que a cessão do útero seja admitida no Brasil é a gratuidade do ato, ou seja, a mulher que vai gerar o filho para outra não deverá ter a finalidade do lucro. Os requisitos serão adiante melhor explicitados.

3. A resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina

No Brasil, o tema gestação por substituição encontra-se, atualmente, indefinido tanto nos tribunais como pelos legisladores. Devido à ausência de previsão legal, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução Nº. 2.013/2013, substituindo a Resolução nº 1.957/2010, na qual há disposições sobre vários procedimentos relacionados ao Direito de Família e Sucessões, tais como, doação de gametas; reprodução assistida por casais homoafetivos; descarte de embriões; útero de substituição e seleção genética.

Embora a Resolução do CFM seja uma evolução, ainda é necessária a elaboração de uma lei sobre o tema. Para solucionar os conflitos decorrentes da utilização da técnica conhecida como gestação por substituição, ante a ausência de lei, deve-se utilizar a analogia, os princípios gerais do direito e, sobretudo, orientar-se pela resolução nº 2.013 de 2013 do Conselho Federal de Medicina.

⁴⁰³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito Civil - família**. São Paulo: Atlas, 2008.

Importante ressaltar que o Conselho Federal de Medicina normatiza e fiscaliza o papel desempenhado pelos médicos, uma vez que possui a finalidade de defesa da saúde e dos objetivos da categoria médica, deste modo, as Resoluções expedidas por este órgão somente vinculam os profissionais da medicina, haja vista serem normas de caráter ético.

A resolução 2.013/2013 do CFM informa que as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana só podem utilizar técnicas de Reprodução Assistida para os casos de cessão de útero nas situações em que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

O anexo VII da Resolução 2.013/2013⁴⁰⁴ do CFM traz inúmeros requisitos para que seja efetivada a gestação de substituição. O primeiro requisito é a necessidade de que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos. Ressalta também que a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Com relação ao procedimento formal, as clínicas de reprodução devem anexar ao prontuário do paciente, a seguinte documentação: a) termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado; b) relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero; c) - descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta; d) contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz); e) se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

O contrato estipulado entre os pais genéticos e a doadora temporária do útero deverá fazer menção a questão da filiação da criança; os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal; os riscos inerentes à maternidade; a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente; a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério e a garantia do registro civil da criança

⁴⁰⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.013 de 2013**. Disponível em:<
http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 03 mar 2014.

pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

Como visto, dentre os requisitos previstos pela resolução do CFM, encontra-se o contrato gratuito de cessão de útero pactuado entre os pais biológicos e a mãe substituta no qual serão previstos, resumidamente, os seguintes pontos: a) a filiação da criança; b) as formalidades do registro civil; e c) a garantia de tratamento e acompanhamento médico a mãe substituta.

A inexistência de legislação acerca do assunto se desdobra na seguinte celeuma jurídica: esse contrato de cessão de útero é existente, válido e eficaz?

4. Contrato de maternidade de substituição

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2009, pg.11), “contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades”⁴⁰⁵.

Contrato é uma espécie de negócio jurídico que surge a partir de manifestações contrapostas das partes contratantes, surgindo que se denomina de consentimento, e sem este o instrumento contratual seria inexistente.

Ao analisar o negócio jurídico (gênero do qual o contrato é espécie) de forma sistemática, faz-se necessário estudá-lo sob três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia ⁴⁰⁶. Após uma breve análise nos aspectos conceituais de negócio jurídico e contrato, faz-se necessário analisar o contrato de cessão de útero sob o prisma dos três planos acima explicitados.

4. 1. Elementos constitutivos do contrato de cessão de útero

O plano da existência se explica pelo fato de um negócio jurídico não surgir do nada, sendo necessário o atendimento de requisitos mínimos. Para o contrato existir quatro elementos são imprescindíveis: a manifestação da vontade, a presença de um sujeito para declará-la, um objeto contratual e uma forma para exteriorizar essa vontade (escrita, oral, mímica) (Stolze, 2009, 18/20)⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁰⁶ Os três planos do mundo jurídico (existência, validade e eficácia) formam a “escada Ponteaana”. Para um estudo mais aprofundado dos requisitos mínimos para a formação do contrato, analisar a teoria de Pontes de Miranda.

⁴⁰⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

O prisma da existência do contrato de cessão de útero será detalhado conjuntamente com o da validade do referido contrato, mais adiante.

4. 2. Pressupostos de validade do contrato de gestação por substituição

No plano da validade, é necessário verificar se aquele contrato que já existe, é considerado válido.

Para atender a este requisito, a declaração de vontade deve ter sido emitida de maneira livre e de boa-fé; o sujeito que a emitiu necessita ter capacidade para realizar o contrato, ou seja, ter legitimidade para fazê-lo; o objeto contratual deve ser lícito (não proibido pelo Direito e pela Moral), possível (juridicamente e fisicamente) e determinado ou determinável (elementos mínimos de individualização) e a forma deve ser adequada, ou seja, a prescrita ou não defesa em lei (Stolze, 2009, pg. 20/21).

Quanto a licitude do objeto, é importante ressaltar que não se refere somente a legalidade, mas também, a moralidade, devendo esta ser observada de acordo com as concepções da sociedade em cada momento histórico.

O contrato de gestação de substituição para ser considerado lícito deverá atender aos seguintes requisitos:

4. 2. 1. Declaração de Vontades

É imprescindível que o contrato de gestação de substituição possua a declaração de vontades entre a mãe substituta (que cederá o útero) e a aqueles que realizarão o projeto parental (casal heterossexual, homossexual ou mãe solteira impossibilitados de gerar a criança) que deverá ser livre de livre e de boa-fé.

A mãe substituta assumirá o compromisso de entregar a criança para os pais genéticos e de não interromper a gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;

As pessoas que realizarão o projeto parental (pais genéticos) assumirão entre outras, as seguintes responsabilidades: garantir o tratamento e acompanhamento médico à mãe que doará temporariamente o útero e registrar a criança após o parto.

4. 2. 2. Regras para a celebração do contrato de cessão temporária de útero

Os sujeitos contratantes devem observar as regras contidas na Resolução 2.013/2013 do CFM. O anexo II da referida Resolução explicita que serão pacientes das técnicas de reprodução assistida:

- 1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.
- 2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.⁴⁰⁸

Ademais, o mesmo dispositivo, restringe o uso da técnica de maternidade de substituição para “aqueles que possuam problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva”.

Em relação à doadora temporária do útero, deverá se observar a seguinte regra: ser uma mulher que pertença à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

Além das regras acima mencionadas, será necessária a observância das regras de legitimidade e capacidade civil para contratar previstas na lei civil.

4. 2. 3. O objeto contratual

Para que o contrato de gestação por substituição seja válido, de acordo com o Código Civil de 2002, é necessário que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável.

Ao pensar em licitude do objeto, deve-se analisar tanto se há previsão legal ou não, como também se é algo que afronte ou não a moralidade e os bons costumes da sociedade em estudo.

Ademais, a discussão perpassa pela seguinte celeuma: o objeto do contrato de cessão temporária de útero é o aluguel de útero de terceiro ou a criança a ser gerada.

Caso seja entendido que o objeto seja o aluguel do útero da mãe de substituição poderia se pensar em recompensa para aquela que “sofre as dores do parto”.

Esta posição é citada na obra de Hryniewicz e Sauwen (2008, p.108):

[...] Tal como ocorre em qualquer outra profissão, a “locadora do útero” seria uma profissional, com direito à recompensa. O fato de a remuneração ser feita ser no ato de

⁴⁰⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.013 de 2013**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 03 mar 2014.

entrega do bebê não significa que o mesmo esteja comprado, é próprio de um serviço com certas especificidades.⁴⁰⁹

Porém, ainda que não haja lei que discipline a técnica de gestação por substituição, levando-se em conta a proposição acima, uma regra é plena: o contrato de cessão temporária do útero, para ser admitido no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser gratuito, não podendo ter finalidade econômica, afinal de contas, estamos falando em ser humano.

Todavia, se for pensado que o objeto contratual é a própria criança, pode-se enumerar alguns argumentos que fundamentariam a invalidade do contrato de cessão temporária do útero:

- a) violação ao artigo 5º, caput, da Constituição Federal que prevê a vida como um direito inviolável do homem, ou seja, um direito indisponível, não podendo ser objeto de contrato;
- b) afronta ao artigo 199, § 4º, da CF/88, pois a comercialização do corpo é terminantemente proibida;
- c) atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), visto que negociar uma criança, enseja a coisificação do ser humano;
- d) exploração das mulheres que se encontrem em situação financeira desfavorável, que aceitariam as cláusulas do referido contrato pensando exclusivamente na remuneração, e não no ato altruístico de dar vida a uma criança.

Ante a ausência de dispositivo legislativo quanto à matéria, ora em estudo, importante ressaltar que a Resolução 2.013/2013, do CFM, no anexo VII, ressalta, claramente, que o contrato entre os pais que realizarão o projeto parental e a mãe substituta deve ser gratuito: “A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”.⁴¹⁰

4. 2. 4.A forma contratual

Como não há previsão legal, a forma contratual deverá adotar a modalidade escrita, uma vez que a Resolução 2.013/2013 regulamenta que o médico ou a clínica que realizará o procedimento de útero de substituição exijam antecipadamente um termo de consentimento das partes contratantes e um contrato de cessão de útero entre os pais genéticos e a doadora temporária do útero.

⁴⁰⁹ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito**.3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁴¹⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.013 de 2013**. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 03 mar 2014.

4. 3. Fatores eficaciais do contrato de maternidade por substituição

O plano da eficácia é justamente verificar se negócio jurídico existente e válido produzirá efeitos no mundo jurídico. Ultrapassada a análise do campo da existência e da validade, passa-se a pensar como se daria a execução do contrato de cessão temporária de útero.

Um contrato realizado entre os pais (doadores do material genético) e a mãe substituta, sem onerosidade e, tendo sido respeitadas todas as exigências previstas na Resolução 2.013/2013 do CFM, em tese, produzirá efeitos no ordenamento jurídico.

Seguindo essa linha de raciocínio, a criança ao nascer, devido às disposições previstas no contrato celebrado entre os pais pactuantes, deverá ser entregue aqueles que a desejaram. Logo, poder-se-ia afirmar que esse contrato é suficiente para obrigar a mãe substituta a entregar a criança?

Em princípio, sim, afinal, a mãe substituta, desde a fase pré-contratual, sabia que a criança, fruto do contrato de cessão temporária de útero, deveria ser entregue ao casal contratante, que doou o material genético, planejou aquele filho e deu o suporte necessário a fim de que a gestação lograsse êxito.

No entanto, ao se pensar nos laços de afeto nutridos pela mãe substituta com aquele ser que se desenvolveu dentro dela por 9 (nove) meses, é possível afirmar que o psicológico desta mulher poderá vir a sofrer significativas transformações ao longo da gestação, podendo despertar nela o desejo de ser mãe efetivamente daquela criança e, conseqüentemente, poderá não mais entregá-la, ocorrendo o que chama-se de inadimplemento contratual.

Na tentativa de minimizar a problemática acima mencionada, a Resolução 2.013/2013 obriga aos médicos que somente realizem o procedimento de gestação de substituição nos casos em que as doadoras temporárias do útero pertençam à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), justamente, evitando a ruptura brusca de laços entre aquela que gerou e a criança gerada.

Partindo para uma ótica mais procedimental, toda criança que nasce no Brasil, seja em uma maternidade ou em um hospital possuirá a Declaração de Nascido Vivo (DNV), documento imprescindível para a realização do seu registro de nascimento.

De acordo com o artigo 4º, da Lei 12.662/2012⁴¹¹, a Declaração de Nascido Vivo deve constar as seguintes informações: a) nome e prenome do indivíduo; b) dia, mês, ano,

⁴¹¹ BRASIL. Lei 12.662 (2012). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm>. Acesso em: 05 mar.2014.

hora e Município de nascimento; c) sexo do indivíduo; d) informação sobre gestação múltipla, quando for o caso; e) nome e prenome, naturalidade, profissão, endereço de residência da mãe e sua idade na ocasião do parto e f) nome e prenome do pai.

Essa declaração deverá ser emitida por profissional de saúde responsável pelo acompanhamento da gestação, do parto ou do recém-nascido, inscrito no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES ou no respectivo Conselho profissional, conforme se preceitua o art.3º, § 1º, da Lei 12.662/2012.

Em caso de nascimentos frutos de partos sem assistência de profissionais da saúde ou parteiras tradicionais, a Declaração de Nascido Vivo será emitida pelos Oficiais de Registro Civil que lavrarem o registro de nascimento.

Levando-se conta a gestação por substituição, é possível dizer que na Declaração de Nascido Vivo da criança constará o nome da mãe substituta, mulher que efetivamente pariu o bebê, e conseqüentemente, de posse do referido documento, poderá registrar a criança como seu filho, ainda que tenha um contrato de cessão temporária de útero vigente.

Restaria para os pais biológicos recorrerem ao Judiciário alegando inadimplemento contratual por parte da mãe substituta em não entregar a criança, solicitando as medidas cabíveis para o devido cumprimento dos termos do contrato de cessão temporária de útero.

Pelo visto, ainda que o contrato de cessão temporária de útero seja uma necessidade para muitas situações, a fim de efetivar o direito à procriação e a dignidade da pessoa humana daqueles impossibilitados de gerarem filhos, este mesmo instrumento acaba por gerar novas problemáticas no mundo jurídico, como por exemplo, os seguintes questionamentos: a) Haveria possibilidade de obrigar a mãe substituta a cumprir os termos do contrato? b) como solucionar a situação da filiação da criança gerada? c) Em caso de inadimplemento contratual, como se daria a questão das perdas e danos, previstos na lei civil?

Supondo um contrato de cessão temporária do útero que produza efeitos satisfatórios para as partes pactuantes, ou seja, a criança após o parto é devidamente entregue ao casal solicitante. Como formalizar a questão jurídica da filiação deste novo ser?

Em caso de gestação por substituição homóloga, ou seja, através do fornecimento do material genético do casal para a mãe substituta, a paternidade será solucionada pelo critério biológico, logo, a realização do exame de DNA é suficiente para gerar o vínculo da criança com o pai. A filiação materna também será pelo critério biológico, no qual o exame

de DNA confirmará a ligação entre o material genético da mãe solicitante da técnica de útero de substituição e da criança gerada através deste procedimento.

Na gestação por substituição heteróloga, a resolução da questão da filiação não é simples, tendo em vista que há a participação de um terceiro na relação que pode ser doador total ou parcialmente do material genético. A criança concebida não possuirá o material genético de um ou de ambos os indivíduos solicitantes, logo, o exame de DNA não será o meio de prova adequado para aferir a paternidade ou maternidade, uma vez que não há ligação entre o material genético da criança com o do casal solicitante. Para aferir a paternidade, levar-se-ia em conta a manifestação da vontade de querer ser o pai da criança gerada através da técnica de maternidade de substituição, ou seja, o que deve prevalecer é o vínculo paterno-filial.

No caso da maternidade, será adotado o mesmo critério, ou seja, a vontade de ser mãe da criança gerada a partir do procedimento de gestação por substituição heteróloga, afinal de contas, o princípio da afetividade nas relações familiares possibilita vínculos entre pais e filhos, uma vez que a filiação surge no momento em que os pais solicitantes expressam o desejo de ter um filho através da técnica, ora em estudo.

5. Conclusão

A evolução da biotecnologia e da medicina influenciou a elaboração de um novo conceito de família moderna. O que se entendia por núcleo familiar, formado por pai, mãe e filhos ganhou uma nova dimensão, a partir da introdução das técnicas de reprodução medicamente assistida.

Dentre as técnicas de reprodução assistida, a maternidade por substituição, na qual há a participação de uma mãe substituta para efetivar a gestação, tem o propósito de minimizar os problemas reprodutivos daqueles que, por impossibilidades genéticas, não podem gerar filhos, mas os desejam.

No entanto, a ausência de legislação disciplinando sobre o uso da gestação por substituição dificulta a plenitude desta técnica como meio de garantir o direito à procriação.

Em sendo assim, o Conselho Federal de Medicina editou Resolução nº 2.013/2013 que vincula os profissionais da área médica a fim de dar o mínimo ético legal para a consecução do uso da maternidade de substituição no Brasil, porém, não vincula as demais pessoas, sendo um mecanismo normativo para assegurar os médicos que resolverem realizar o referido procedimento.

Dentre as exigências presentes na Resolução 2.013/2013 para que a técnica de reprodução assistida, chamada gestação por substituição seja aplicada pelo profissional da

saúde, é necessária a elaboração de um contrato de cessão temporária de útero no qual as partes (pais contratantes e a mãe substituta) vão definir os direitos e obrigações entre si e com a criança a ser gerada, como por exemplo, o compromisso da mãe substituta de entregar a criança aos solicitantes após o parto.

A problemática está em saber se este instrumento contratual é existente, válido e produz eficácia no mundo jurídico. Diante do que foi estudado ao longo do presente artigo, é possível concluir que o contrato de cessão temporária de útero é existente, no entanto, não é possível afirmar se é válido e se é possível executá-lo eficazmente, uma vez que há posicionamentos no sentido de que o contrato é inválido, e outros no sentido de que pode ser considerado válido, porém ineficaz.

Este artigo entende que o contrato de gestação por substituição é inválido, por não observar o requisito da licitude do objeto, tendo em vista que ao celebrar este negócio jurídico o que se objetiva é o ser humano (criança a ser gerada), e ainda que seja realizado de sem o intuito do lucro, a vida humana não é passível de transação comercial, e qualquer prática que leve torná-la negociável viola a dignidade da pessoa humana, basilar para a Constituição Federativa do Brasil.

Em caso de um contrato de cessão temporária de útero já elaborado e, levando-se em conta o tema aqui discorrido, é possível afirmar que a mãe substituta, não desejando entregar o bebê, poderá registrá-lo como seu filho, bastando portar a Declaração de Nascido Vivo (documento essencial para o registro de nascimento), na qual constará seu nome como mãe, restando para os pais solicitantes recorrerem ao judiciário alegando o inadimplemento contratual, e exigir a filiação da criança nascida.

Porém, nas situações em que a mãe substituta entrega devidamente o bebê ao casal solicitante, é necessário recorrer ao judiciário para solucionar a questão da filiação, seja pelo exame de DNA ou pelos laços de afetividade daqueles que tanto desejaram aquele ser (vontade procriante).

Diante do exposto, é possível dizer que enquanto não existir legislação específica sobre a matéria, sempre haverá uma discussão quanto a legalidade ou não do uso da técnica de útero de substituição, cabendo ao judiciário solucionar caso a caso, uma vez que cabe ao direito adequar-se às novas realidades postas diante da evolução da biotecnologia, sendo necessário, inclusive, a regulamentação jurídica do contrato de gestação por substituição.

6. Referências

ABREU, Laura Dutra de. **Renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos no Direito Português e Brasileiro.**

In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Magister, v. 11, ago/set 2009, p. 94.

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco.** Disponível em< <http://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>>. Acesso em 04 mar. 2014.

BRASIL. **Código Civil (2002).** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 04 mar. 2014.

_____. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei 12.662 (2012).** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm>. Acesso em: 05 mar.2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.013 de 2013.** Disponível em:< http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 03 mar 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: contratos.** São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Paternidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Direito Civil - família.** São Paulo: Atlas, 2008.

GÊNESIS. **Bíblia sagrada.** Traduzida por ALMEIDA, João Ferreira. Sociedade Bíblica do Brasil, São Paulo, 1995.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

O RESPEITO À VIDA HUMANA NA BIOÉTICA E NO BIODIREITO⁴¹²

Wendel Alves Sales Macêdo⁴¹³

Romero Sá Sarmiento Dantas de Abrantes⁴¹⁴

Rossana Tavares de Almeida⁴¹⁵

RESUMO: O trabalho apresenta a Bioética e o Biodireito na proteção da vida humana na qual respeita o princípio da dignidade da pessoa humana. Os principais dispositivos que protege a vida humana é a Constituição Federal, de 1988, o Código Civil, de 2002, e o Código Penal, de 1940. O objetivo do trabalho é expor informações, explicações, argumentos relativos a Bioética e ao Biodireito na tutela da vida humana no contexto jurídico da atualidade. A metodologia é com base nos métodos: dedutivo, informativo, explicativo, qualidade e sistemático. Os referidos métodos foram justapostos conforme o ordenamento jurídico vigente. A justificativa do trabalho é que é um tema bem atual, sendo o seu desenvolvimento importante para a sociedade. A problemática consiste na união de informações, de explicações, de argumentos que ajudem no entendimento a respeito da Bioética e do Biodireito no amparo e na melhoria da vida do ser humano. O progresso da vida humana deve acontecer à luz do princípio da dignidade da pessoa humana em que todos os Direitos Humanos devem ser ponderados por meio de um único sistema jurídico. Então, o direito à vida é o bem jurídico mais importante do ordenamento jurídico em que está tutelado pelos Direitos Humanos, pelos Direitos Fundamentais, pelos Direitos Sociais, pelos Direitos da Personalidade, entre outros. Dessa forma, a transgressão a esse bem jurídico incidirá consequências jurídicas no ramo penal, no ramo civil e/ou no ramo administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética; Biodireito; Direito à vida; Direitos Humanos; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

⁴¹² Trabalho Completo para a publicação e para a apresentação no Eito Temático 3.5 Bioética, biodireito e biotecnologia do II Seminário do IDCC.

⁴¹³ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG.

E-mail: wendel_direito@hotmail.com

⁴¹⁴ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.

E-mail: romeroabrantest@gmail.com

⁴¹⁵ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB.

E-mail:rossana_tava@hotmail.com

ABSTRACT: This paper presents the Bioethics and Biolaw in protecting human life in which respects the principle of human dignity. The main devices that protect human life is the Federal Constitution of 1988, the Civil Code of 2002 and the Penal Code of 1940. The objective is to expose information, explanations, arguments concerning bioethics and Biolaw the protection of human life in the legal context of today. The methodology is based on the methods: deductive, informative, explanatory, and systematic quality. The methods were juxtaposed as current legislation The rationale is that the work is a very current topic, with its important development for the company. The problem consists in the union of information, explanations, arguments that help in understanding about Bioethics and Biolaw the protection and improvement of human life. The progress of human life should happen to the principle of human dignity that all human rights must be balanced by a single legal system. So the right to life is the most important legal and the legal system in which it is safeguarded by the Human Rights, the Fundamental Rights, Social Rights, the Rights of Personality, among others. Thus, the transgression of this law and will focus on the legal consequences of criminal branch, in civil and/or administrative branch.

KEYWORDS: Bioethics; Biolaw; Right to life; Human Rights; Principle of Human Dignity.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa analisar a Bioética e o Biodireito à luz da proteção à vida humana em que ela (vida) é protegida: pela Constituição Federal, de 1988; pelo Código Civil, de 2002; pelo Código Penal, de 1940, entre outros.

Primeiro surgiu a Ética, em seguida surgiu a Bioética e logo após o Biodireito. O objetivo geral desses consiste no desenvolvimento e na proteção da vida humana à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

O objetivo do trabalho é apresentar informações, explicações, argumentos a respeito da Bioética e do Biodireito na proteção da vida humana no contexto jurídico atual.

A metodologia está embasada nos seguintes métodos: dedutivo, informativo, explicativo, qualitativo e sistemático. Esses métodos foram aplicados de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

A opção por este trabalho é tratar um tema polêmico, discutido e atual em que o seu estudo e entendimento é interessante para a sociedade. A problemática consiste na reunião de informações, de explicações, de argumentos que viabilize o entendimento a respeito da Bioética e do Biodireito na proteção e no progresso da vida humana.

2 BIOÉTICA

A priori, ao começar a estudar sobre a Ética vem a mente o seguinte questionamento: o que é ética? A Ética é a ciência que estuda o comportamento humano.

Em seguida há outra pergunta: a Ética é sinônima da moral? A Ética não é sinônima da moral, visto que o seu objeto de estudo daquela (Ética) é esta (moral). Em seguida vem a mente outra indagação: o que é a moral? A moral é simplificarmente a consciência humana.

Para H. Tristram Engelhardt, Jr (2004, p. 52):

A palavra ética é ambígua em si mesma. Primeiro, como sugere sua etimologia, pode significar o que é costumeiro. Como aquilo que é habitualmente para as pessoas, a ética é semelhante em significado à raiz da palavra moral, *mos* (plural *mores*), os costumes de um povo.

A palavra Ética é de origem grega, *ethos*, que denota “costume”. A palavra moral é de origem latina, *mores*, que também significa “costume”. Percebe-se que etimologicamente as duas palavras possuem o mesmo significado - “costumes”- com origens distintas, grega e latina respectivamente.

Porém, atualmente, não há confusão dos dois termos, pois Ética é a ciência na qual estuda a conduta humana, ou seja, a moral é o objeto de estudo da Ética.

Na atualidade jurídica, para que determinada conduta seja considerada como costume são necessários dois elementos: o elemento objetivo que consiste na prática reiterada ao longo do tempo de determinada conduta humana; e o elemento subjetivo que é a convicção de obrigatoriedade das pessoas.

As condutas das pessoas na vida em sociedade são diversificadas e essa diversidade deve ser respeitada. O que não pode acontecer é a conduta criminosa embasada no ato ilícito em que viola qualquer aspecto relacionado à vida humana.

A palavra “bio” é de origem grega que significa “vida” e a palavra Ética, como já foi mencionada, também é de origem grega. Dessa forma, a Bioética consiste na ciência que estuda a conduta humana no desenvolvimento e na preservação da vida humana.

Segundo H. Tristram Engelhardt, Jr (2004, p. 21):

A diversidade moral é real de fato e em princípio. A bioética e as políticas de assistência moral ainda não levaram essa diversidade a sério. Aqueles que ensinam bioética, os que se envolvem em consultas bioéticas na arena clínica, aqueles que servem em comissões de bioética

e os que produzem livros didáticos sobre bioética tendem a atribuir a diversidade de interpretações em relação à moralidade a escolhas particulares de assistência médica (por exemplo, em relação a aborto, aluguel de barrigas, eutanásia, engenharia genética, desigualdade no acesso à assistência médica, infanticídio, venda de órgão) ou à natureza da moralidade (por exemplo, teológica, deontológica, com base na virtude).

Na vida em sociedade há diversidade moral em que a consciência humana é determinada por outros fatores. Estes estão relacionados ao modo de vida de cada um, por exemplo, para uma determinada pessoa a barriga de aluguel, a eutanásia, a engenharia genética, entre outros, são admitidos, já para outra pessoa não são aceitáveis.

O que se deve levar em conta é a vida humana. Será que a vida do homem tende a melhorar com a Bioética?

A Bioética é conhecida como a Ética na proteção, na defesa, na tutela da vida do ser humano. Ela defende a vida, defende a sociedade e defende a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, pode ser mencionado que a Bioética preserva a vida humana.

Em outras palavras, a Bioética é um estudo sistemático e transdisciplinar. É sistemático, porque é analisada de acordo com a sociedade, ou seja, um sistema de pessoas que vivem em um mesmo espaço e em um determinado tempo. É transdisciplinar, visto que abrange diversas áreas do saber humano, por exemplo, a área jurídica, a área médica, a área religiosa, a área farmacêutica, entre outras.

Para H. Tristram Engelhardt, Jr (2004, p. 35):

Existem desentendimentos misturados aos entendimentos. Há diferenças que separam muitas das visões seculares e entre a interpretação secular da bioética e as moralidades religiosas tradicionais. Estas últimas também discordam entre si. Existe uma tensão fundamental entre alcançar o bem das pessoas e respeitá-las como agentes morais responsáveis e livres. Existem desentendimentos fundamentais em relação a quem deveria definir o bem das pessoas, como e com respeito a quais padrões. As questões de bioética são consideradas importantes, embora continuem causando divisões. Não poderíamos fazer mais na medicina. No entanto, ainda permanecemos em profundo desacordo a respeito do que podemos ou não fazer.

A regra é que há discórdias relacionadas aos entendimentos, pois as diferenças detêm a diversidade, *a priori*, mas, *a posteriori*, tendem a entrar em um consenso. O que não pode acontecer é a violação a vida humana.

Um exemplo didático é que no plano da Bioética há três pontos de vista mínimos: o ponto de vista religioso, o médico e o jurídico. Nesse caso, há três princípios básicos que devem ser respeitados, sendo: o da beneficência na qual o médico deve fazer de tudo pra não causar dano ao paciente; o da autonomia da vontade em que o médico deve informar ao seu paciente sobre o risco do procedimento médico e este (paciente) é quem decide sobre realizá-lo ou não; o da justiça na qual todos que vivem na sociedade deve ser tratados como igual em direitos, deveres e oportunidades.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 a garantia ao princípio da dignidade da pessoa humana passou a ter caráter universal, internacional e global. Mas os questionamentos relacionados à Bioética continuam sem respostas definitivas.

H. Tristram Engelhardt, Jr (2004, p. 40) descreve que:

Dentro de um projeto filosófico secular, as questões definitivas não têm como ser respondidas. Mesmo o projeto de razão filosófica secular não pode ser por si mesmo avaliado ou endossado em termos seculares gerais. É mais uma possibilidade dentro da qual pode ocorrer a colaboração moralmente impositiva, enquanto os vários participantes atribuem a ela vários pontos de vista de seu valor e importância.

Na atualidade ainda não há certas respostas gerais, definitivas. O que acontece é a obtenção de respostas concretas para casos concretos, ou seja, são possibilidades para a escolha adequada ao possível desenvolvimento da vida.

Por exemplo, a tecnologia é boa para a sociedade, desde que o desenvolvimento daquela (tecnologia) esteja respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, constata-se que a tecnologia influencia a ciência e esta (ciência) se desenvolvem por meio daquela (tecnologia).

H. Tristram Engelhardt, Jr (2004, p. 45):

Assim também uma bioética secular não pode desenvolver argumentos seculares conclusivos para proibir muitas ações que as sociedades cristãs consideraram profundamente desordenadas do ponto de vista moral, como o suicídio ou a autanásia ativa contra recém-nascidos severamente deficientes.

É importante salientar que até hoje não existem argumentos e ideias definitivas, tem que dialogar, debater, pesquisar e estudar ainda essa interessante área do saber. Do ponto de vista da igreja cristã há atos que eles consideram proibidos, mas é interessante analisar certos atos de acordo com a sociedade em que se vive à luz da Constituição Federal de 1988.

Diniz (2009, p. 9) embasada em Joaquim Clotet, Sérgio I. Ferreira Costa, Volnei Garrafa e Gabriel Oselka descrevem que:

Que seria bioética?

O termo foi empregado pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, num sentido ecológico, considerando-a a ‘Ciência da sobrevivência’. Para esse autor, a bioética seria então uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal. Seria a ciência que garantiria a sobrevivência na Terra, que está em perigo, em virtude de um descontrolado crescimento da tecnologia industrial, do uso indiscriminado de agrotóxicos, de animais em pesquisas ou experiências biológicas e da sempre crescente poluição aquática, atmosférica e sonora. A bioética, portanto, em sua origem teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta.

A palavra “bioética” foi utilizada pela primeira vez no ano de 1971 por Van Rensselder Potter, oncologista e biólogo, como “a ciência da sobrevivência”, por meio da obra *Bioethics:bridge to the future*. Para o autor a Bioética era uma disciplina ligada as ciências biológicas na qual visava melhorar a qualidade de vida do homem. Nesse caso, a Bioética tinha por origem o equilíbrio dos seres humanos e do ecossistema.

Complementando Diniz (2009, p. 9) menciona que:

Esse sentimento é totalmente diverso do empregado na atualidade, proposto por André Hellegers, que fundou, em 1971, na Universidade de Georgetown, o *Joseph and Rose Kennedy for the Study Human Reproduction and Bioethics* e passou a considerar a bioética como a

ética das ciências da vida. Com isso a bioética, como prefere Jean Pierre Marc-Vergnes, é uma ética biomédica. Essa idéia sedimentou-se com a divulgação da obra *The principles of bioethics*, escrita por Beauchamp e Childress, em 1979.

Na atualidade, a Bioética é a “ética da ciência da vida humana”, conforme André Helligers com a criação, em 1971, de: *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*.

Para Pierre Marc-Vergnes a bioética é a “ética biomédica”. Essa ideia foi embasada por Beauchamp e Childress, em 1979, com a publicação da obra: *The principle of bioethics*.

Com a Ética surgiu a Bioética e em seguida surgiu o Biodireito, ou seja, primeiro veio à Ética depois a Bioética e em seguida o Biodireito.

Na Ética, na Bioética e no Biodireito acontecem a união de valores, fatos, motivos e argumentos para a melhoria da qualidade de vida. Essas três visam, atualmente, estudar, discutir, dialogar e debater a conduta humana à luz do princípio da dignidade da pessoa humana de acordo com as suas particularidades.

3 BIODIREITO

Inicialmente, o Biodireito consiste na análise da conduta humana em face do avanço da tecnologia relacionada à vida do ser humano em que há incidência de uma relação jurídica.

Em aspectos gerais, não há um “Código de Biodireito” ou muita normatização a respeito dessa temática, dessa forma, as regras de conduta são analisadas de acordo com o caso concreto.

Para Diniz (2009, p. 1):

Mas, por que bioética? Que é e para que serve o biodireito?

Essas indagações surgem em razão da perplexidade e do forte impacto social provocados pelos problemas decorrentes das inovações das ciências biomédicas, da engenharia genética, da embriologia e das altas tecnologias aplicadas à saúde.

O Biodireito serve para analisar e resolver as circunstâncias elencadas pela Bioética. Aquele visa analisar casos e estabelecer soluções práticas na qual estas (soluções

práticas) devem estar de acordo com a sociedade vigente e também com o ordenamento jurídico pátrio.

São exemplos de casos analisados e resolvidos praticamente pelo Biodireito: casos envolvendo a engenharia genética, a embriologia, ou seja, são todos aqueles em que envolvem tecnologias aplicadas à vida humana.

Diniz (2009, p. 6 e 7):

Com a rapidez das revoluções operadas pelas ciências biomédicas e com o surgir das difíceis questões ético-jurídicas por elas suscitadas, o direito não poderia deixar de reagir, diante dos riscos a que a espécie humana está sujeita, impondo limites à liberdade de pesquisa, consagrada pelo art. 5º-, IX, da Constituição Federal de 1988.

Conforme o artigo 5º, inciso IX, da Constituição Cidadã de 1988: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. O direito a pesquisar pertence a todos, sendo livre, todavia há um limite nas pesquisas humanas em que deve haver o respeito à dignidade da pessoa humana.

Diniz (2009, p. 7) expõe que:

A realidade demonstra que os avanços científicos do mundo contemporâneo têm enorme repercussão social, trazendo problemas de difícil solução, por envolverem muita polêmica, o que desafia a argúcia dos juristas e requer a elaboração de normas que tragam respostas e abram caminhos satisfatórios, atendendo às novas necessidades ora surgidas e defendendo a pessoa humana da terrível ameaça da reificação.

Os avanços da ciência, da tecnologia, da pesquisa, entre outros, têm repercussão na sociedade em que se vive. Esses progressos irão ajudar a coletividade no desenvolvimento e na preservação da vida humana. Mas certos avanços são polêmicos e neste caso há um desafio para os juristas em relação as soluções de casos concretos.

A normatização do Biodireito ainda não é extensa nem é completa. Dessa forma, cada caso apresentado ao cientista jurídico deve ser analisado com particularidades e com a interpretação conforme a Constituição Federal de 1988.

Diniz (2009, p. 8 e 9):

Faz-se necessária uma ‘biologização’ ou ‘medicalização’ da lei, pois não há como desvincular as ‘ciências da vida’ do direito. Assim, a bioética e o biodireito caminham *pari passu* na difícil tarefa de separar o joio do trigo, na colheita dos frutos plantados pela engenharia genética, pela embriologia e pela biologia molecular, e de determinar, com prudência objetiva, até onde as ‘ciências da vida’ poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana, pois é preciso evitar que o mundo deságüe numa crescente e temível ‘confusão diabólica’, em que os problemas da humanidade sejam ‘solucionados’ pelo progresso tecnológico.

A Bioética e o Biodireito foram criados a partir da Ética, estando estes interligados, ou seja, eles (Bioética e Biodireito) “caminham juntos”.

Nos casos das “ciências da vida” há incidência do Direito. Por essa razão é que é interessante haver uma normatização completa e efetiva do Biodireito. A Constituição e as Leis infraconstitucionais devem acompanhar a sociedade. Se há casos relacionados ao Biodireito, este deve ser regulamentado através de uma norma jurídica positivada que respeite os Direitos Humanos, os Direitos Fundamentais, os Direitos da Personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

4 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

A vida é o bem jurídico mais valioso do ordenamento jurídico brasileiro. Todos têm direito à vida, esse direito é classificado como: Direito Humano, Direito Fundamental, Direito Social, Direito da Personalidade, Direito Positivo, Direito Natural, Direito Objetivo, Direito Subjetivo, Direito Nacional e Direito Internacional.

Viver a vida com dignidade é buscar os seus direitos e respeitar os direitos dos outros. As regras de conduta e as condutas propriamente ditas devem estar vinculadas ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Diniz (2009, p. 16) com base em Emerson Garcia, descreve que:

Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º-, III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Consequentemente, não poderão

bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna.

Os bioeticistas são as pessoas que estudam a Bioética. Esses devem respeitar o direito fundamental à vida na qual está embasado no princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Cidadã de 1988.

Todo o estudo relativo à vida humana deve se preocupar com a própria vida humana. Nesse caso, as condutas que venham a prejudicar a vida das pessoas não são admitidas pela Norma Fundamental e caso essas condutas se concretizem, as mesmas devem ser reparadas.

Diniz (2009, p. 19) apresenta:

Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. A bioética e o biodireito andam necessariamente justos com os direitos humanos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol da humanidade. Se em algum lugar houver qualquer ato que não assegure a dignidade humana, ele deverá ser repudiado por contrariar as exigências ético-jurídicas dos direitos humanos. Assim sendo, intervenções científicas sobre a pessoa humana que possam atingir sua vida e a integridade físico-mental deverão subordinar-se a preceitos éticos e não poderão contrariar os direitos humanos. As práticas das “ciências da vida”, que podem trazer enormes benefícios à humanidade, contêm riscos potenciais muito perigosos e imprevisíveis, e, por tal razão, os profissionais da saúde devem estar atentos para que não transponham os limites éticos impostos pelo respeito à pessoa humana e à sua vida, integridade e dignidade.

As condutas humanas devem ser dotadas de “humanização”. O homem deve agir com humanidade. Então, os Direitos Humanos devem estar “caminhando” com a Bioética e com o Biodireito.

Quando uma questão ligada a Bioética e/ou ao Biodireito for levantada. Ela deve ser analisada a luz dos Direitos Humanos. Nesse caso, os atos que atentem contra esses direitos são ilegais, pois viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

As “ciências da vida” devem visar preservar e desenvolver a vida humana, não podendo acontecer violação alguma aos Direitos Humanos.

Conforme Silva (2003, p. 21):

Os Direitos Humanos são unos e indivisíveis porquanto seu potencial revolucionário consiste na convicção de que todas as prerrogativas humanitárias coexistem num mesmo território, o da dignidade humana. Isso significa dizer que as diversas dimensões dos direitos humanos integram uma unidade cuja concretização monodimensional não é possível.

Os Direitos Humanos são um só, não sendo divisíveis. Essa unicidade e individualidade devem ser levadas em conta na proteção e na defesa desses direitos. As diversas dimensões dos Direitos Humanos devem ser levadas em conta no contexto de um único sistema. Por exemplo, os direitos a vida, a liberdade, a igualdade, a saúde, a educação devem ser analisados como um todo em que a busca pela efetividade deve ser concretizada.

Diniz (2009, p. 21):

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integridade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específica, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

O direito à vida é um direito essencial propriamente dito, pois ele é a base para outros direitos fundamentais e/ou da personalidade. Ele é o bem mais importante da Constituição Federal de 1988, sendo sua inviolabilidade tutelada pelo caput, do artigo 5º,

da Norma Fundamental. A violação ao referido bem jurídico causa conseqüência jurídica de ordem penal, civil e/ou administrativa.

Na área penal quem comete um crime contra a vida é julgado pelo Tribunal do Júri, conforme o artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988. Os crimes dolosos contra a vida são: homicídio, Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, infanticídio e aborto.

Segundo o artigo 128, do Código Penal, há hipóteses em que o aborto é legal, sendo: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” ou “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

A Eutanásia é a abreviação da vida de uma pessoa com alguma enfermidade incurável. Se levar em conta a amenização da dor a Eutanásia é uma possibilidade jurídica, pois todos sofrem com a morte de uma pessoa que em certos casos só vive devido a aparelhos. Mas se for observado que a vida é um direito universal inviolável a Eutanásia não é admitida.

No caso de transfusão de sangue em testemunho de Jeová, em regra, prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudência que é constitucional a prevalência do direito à vida em face da liberdade religiosa.

Em relação ao feto anencefálico o Supremo Tribunal Federal entende que é faculdade da família interromper a gravidez ou não, visto que ele não tem cérebro, logo, não tem uma expectativa de vida (ADPF 54/2012).

Na área cível quem viola o bem jurídico, vida, deverá reparar o dano causado através da “ação de reparação de dano pela violação a vida humana”. A previsão legal da reparação de dano são os artigos: 186, 187, 927, 944, 948, 949 do Código Civil, de 2002.

Caso a violação ao bem jurídico, vida, seja realizado por um agente público, este irá perder o cargo público (se a pena privativa de liberdade for igual ou passar de 4 anos, conforme o artigo 92, inciso I, do Código Penal), os seus direitos políticos serão suspensos (artigo 15, inciso III, da Constituição Federal de 1988), entre outras conseqüências administrativas.

Para Silva (2003, p. 104):

O respeito que é devido à dignidade humana, como a mais conseqüente implicação do reencontro do direito com a ética, ampara-se então em dois desdobramentos da ideia de duração: 1) todos os integrantes da espécie humana devem ser igualmente respeitados; 2) o respeito deve ser assegurado independentemente do grau de desenvolvimento

individual das potencialidades humanas, isto é, desde a concepção, ainda que extra-uterina, até a fase adulta. Somente afastando-se das limitações mecanicistas da tecnociência é possível afirmar que todo ser humano é pessoa e possui direitos que emanam de sua própria natureza.

O princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Cidadã de 1988 deve ser respeitado. Dessa forma, todos devem ser tratados com igualdade e o direito à vida não pode ser violado.

A Bioética e o Biodireito devem ser de acordo e visto com consonância aos Direitos Humanos. Nesse caso, a vida humana deve ser respeitada, desenvolvida e protegida por normas eficientes e dignas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que o estudo da Bioética e do Biodireito deve se desenvolver mais para que acompanhem o desenvolvimento da sociedade. Questionamentos, debates, estudos devem progredir.

A vida humana é o bem jurídico mais importante, estando ela protegida pelos Direitos Humanos, Direito Fundamental, Direito Social, Direito da Personalidade, entre outros.

O progresso da vida humana deve ser pautado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana em que todos os Direitos Humanos devem ser analisados como um único sistema jurídico.

Portanto, o bem jurídico, vida, está protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. A violação a esse bem jurídico incorrerá conseqüências jurídicas da área penal, civil e/ou administrativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de março de 2014.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 de março de 2014.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 06 de março de 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 6. ed, re., aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ENGELHARDT JR, H. Tristram. **Fundamentos da Bioética.** 2. ed. São Paulo, EDIÇÕES LOYOLA, 2004.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos.** São Paulo: LTr, 2003.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: GARANTIA DO DIREITO À FILIAÇÃO

Ana Carla Cardoso Guedes⁴¹⁶

Clarissa Gomes de Sousa⁴¹⁷

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa⁴¹⁸

Robson Antão de Medeiros⁴¹⁹

RESUMO: o conceito de família ganhou formas cada vez mais plurais e centradas no afeto, reconhecidas pelo Estado. A família monoparental, a união estável heterossexual e a união homoafetiva são reflexos desse novo modelo. Em respeito à dignidade humana, as famílias homoafetivas devem dispor dos mesmos direitos assegurados às demais, inclusive o de procriação – projeto parental. As técnicas de RHA heteróloga permitiram aos casais homoafetivos serem pais e mães sem recorrer ao instituto da adoção. O presente artigo traz discussões acerca dos tipos de filiação e do conceito de família após a edição da atual Carta Magna, especificamente, da família homoafetiva. A possibilidade de exercerem de forma plena o planejamento familiar e realizarem o seu projeto parental por meio da submissão as técnicas de RHA heteróloga. E, ainda, a efetivação da garantia à filiação, baseado no respeito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: família; filiação; reprodução humana assistida; uniões homoafetivas

⁴¹⁶Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Membro do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil Constitucional (IDCC). participantes do grupo de pesquisa direcionado às investigações referentes aos métodos de reprodução medicamente assistida sob orientação dos professores: Ana Paula Albuquerque e Robson Antão de Medeiros. EMAIL: aninhacguedes@hotmail.com

⁴¹⁷Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Membro do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil Constitucional (IDCC). participantes do grupo de pesquisa direcionado às investigações referentes aos métodos de reprodução medicamente assistida sob orientação sob orientação dos professores: Ana Paula Albuquerque e Robson Antão de Medeiros. EMAIL: ligiomar@bol.com.br

⁴¹⁸Professora da Faculdade de Direito da UFPB. Mestra em Ciências Jurídicas (UFPB). Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento (UFPB). Vice-Presidente do IDCC. Orientadora da Pesquisa.

⁴¹⁹Professor Adjunto da faculdade de Direito da UFPB. Professor do programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas - UFPB. Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB). Doutor em Ciências da Saúde (UFRN). Pós-Doutor em Direito (Faculdade Direito de Coimbra –Portugal). Fundador Sênior do IDCC. Orientador da Pesquisa.

ABSTRACT: the family concept gained increasingly plural forms and focused on affection, recognized by the State. The single parent family, a stable heterosexual marriage and homo-affective union are reflections of this new model. In respect for human dignity, the homoafetivas families should have the same rights granted to others, including breeding - parental project. The techniques of heterologous RHA allowed homosexual couples to be parents without recourse to the institution of adoption. This paper presents discussions on the types of membership and the concept of family after the enactment of the current Constitution, specifically, the homo-affective family. The possibility of exercising full form of family planning and carrying out their parental project by submitting the techniques of heterologous RHA. And yet, the execution of the guarantee membership, based on respect for human dignity.

Keywords: family; membership; assisted human reproduction; unions homoafetivas

1 INTRODUÇÃO

A Reprodução Humana Assistida (RHA) é um tema que tem alavancado diversas discussões éticas e jurídicas, mas tem sido utilizada como um meio eficaz para a realização do projeto parental das famílias, em especial, as homoafetivas. O conceito de família vem se modificando ao longo dos anos, ganhando formas cada vez mais plurais e centradas numa nova perspectiva – o afeto.

A Constituição Federal (CF) de 1988 serviu como o grande marco para o Direito de Família. A partir de sua edição, ampliou-se o conceito de entidade familiar, que não mais se identifica exclusivamente pela celebração do matrimônio, o único instituto jurídico por meio do qual a família passava a existir. A família monoparental, a união estável heterossexual e a união homoafetiva são reflexos desse novo modelo.

Impondo a CF respeito à dignidade humana, as famílias homoafetivas devem dispor dos mesmos direitos assegurados às demais, inclusive o de procriação – projeto parental - entenda-se que tal direito não é condição essencial para que tais famílias existam. As técnicas de RHA heteróloga permitiram aos casais homoafetivos serem pais e mães sem recorrer ao instituto da adoção, gerar filhos com o seu próprio patrimônio genético. No entanto, um dos pais, não produz parentesco com fundamento na verdade biológica, mas na verdade jurídica e na verdade afetiva.

Essa nova concepção, tão coerente com a atual ordem social, acatou transformações no âmbito do Direito de Família e acima de tudo, valorizou o afeto. Na família afetiva o que importa é a necessidade em se manter uma estabilidade e assistência mútua, cumprindo a verdadeira função social desse instituto.

A filiação socioafetiva garante os mesmos direitos e deveres da filiação natural, estando essa igualdade assegurada constitucionalmente. Desse modo, atribui-se um papel secundário à verdade biológica pura e simples, passando a valorizar o estreitamento do laço afetivo, independente da configuração familiar.

O presente artigo, além de trazer discussões acerca dos tipos de filiação e do conceito de família após a edição da atual Carta Magna, trata de forma especial, a formação da família homoafetiva. A possibilidade de exercerem de forma plena o planejamento familiar e realizarem o seu projeto parental por meio da submissão as técnicas de RHA heteróloga. E, ainda, a efetivação da garantia à filiação, baseado no respeito à dignidade da pessoa humana.

2 FILIAÇÃO E SEUS CRITÉRIOS DETERMINANTES

A CF representou para o Direito de Família uma revolução que permitiu rever não apenas os modos de composição das entidades familiares, mas também a sua estrutura, a pressupor a união entre todos os seus componentes com idênticas prerrogativas e dignidades. Não só as entidades familiares, mas também as relações de maternidade-paternidade-filiação e os valores que as moldam foram repensadas – considerados sob a perspectiva do afeto⁴²⁰.

Não se encontra conceituação expressa de filiação na CF nem o Código Civil (CC) de 2002. A filiação pode ser entendida, de maneira simples, como o vínculo jurídico que une o pai ou uma mãe a um filho. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade.

Segundo Venosa: “O termo filiação exprime a relação entre o filho e as pessoas que geraram ou adotaram”⁴²¹. A filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos, abrangendo-se o papel do pai que exerce em relação do filho, a proteção e assistência em geral. De acordo com Dias: “cabe ao direito identificar a relação entre pai e filho como sendo o que confere a este a posse do estado do filho e aos genitores as responsabilidades decorrentes do poder familiar”⁴²².

2.1 Filiação biológica e filiação socioafetiva

A filiação biológica funda-se na relação consanguínea e natural existente entre pais e filhos que mantêm um vínculo presente em sua origem genética. Conforme Dias, pode ser

⁴²⁰ ALMEIDA, Maria Cristina de. DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 179.

⁴²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. v. 6. São Paulo: Atlas, 2007, p. 244.

⁴²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 321.

compreendida como “uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um liame biológico entre duas pessoas”⁴²³.

Inicialmente a filiação estava ligada à procriação, mas esta é apenas uma das formas de determinação da relação entre pais e filhos. Ao lado da filiação natural decorrente da conjunção carnal entre os cônjuges, a filiação civil (adoção) foi concebida na Antiguidade da civilização humana contando com uma “ficção jurídica” para que os laços de maternidade-paternidade-filiação fossem constituídos. Assim, a perpetuação das famílias era garantida ainda que não fosse pelos laços da consangüinidade.⁴²⁴

O CC de 2002 realiza a passagem do modelo clássico para o modelo contemporâneo de filiação. Esta passa a ser entendida como a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais, nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante a posse de estado de filiação ou por concepção derivada de técnicas de RHA. O status do filho pode ser conquistado sem que haja consanguinidade.

Além da filiação biológica, firmada pelo parentesco natural, evidencia-se a filiação baseada na verdade jurídica e na verdade afetiva. Tal fundamento é coerente com os ditames da ordem social atual, acatando a valorização do afeto.

Todas essas mudanças refletem-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor trata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc. Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial⁴²⁵.

A verdade jurídica pode ter origem ou não na consangüinidade, sendo efetivamente observado o reconhecimento da filiação a partir de uma ficção jurídica criada pela lei (registro de nascimento civil). Existe aí uma presunção do vínculo parentalidade-filiação pela aparência de sua existência.

Para a verdade afetiva, é o afeto, o desejo, a vontade de ser pai/mãe a característica decisiva da relação. O que se leva em conta na formação do vínculo de filiação pela

⁴²³DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 330.

⁴²⁴GAMA, Guilherme C. Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 472.

⁴²⁵DIAS, 2007, p. 320.

verdade afetiva é o apego emocional que pais e filhos demonstram apesar de não serem ligados pelos laços sanguíneos.

A filiação socioafetiva garante os mesmos direitos e deveres da filiação natural, estando essa igualdade garantida constitucionalmente através do art. 227, § 6º, que assegura que os filhos, matrimonializados, extra-matrimonializados ou adotivos terão tratamento isonômico, sendo lhes dado as mesmas qualificações, não sendo permitido nenhum tipo de discriminação em relação ao seu estado de filho⁴²⁶.

2.2 Filiação na reprodução assistida heteróloga

Segundo Maluf, RHA é “basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural (...)”⁴²⁷. Maria Helena Diniz, por vez, define RHA como “o conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano(...)”⁴²⁸.

As novas formas de filiação, especificamente decorrentes das técnicas de RHA, têm suscitado uma série de conflitos éticos e jurídicos, cujo entendimento de paternidade e maternidade baseadas na verdade afetiva ganha relevância.

O CC de 2002 cita a RHA heteróloga e prevê que a determinação de paternidade e maternidade derivada dessas técnicas é presumida para os filhos nascidos na constância do casamento por força do inciso V do art. 1.597⁴²⁹.

Na explicação de Gama: “a vontade acoplada à existência do vínculo conjugal e ao êxito da técnica de procriação assistida heteróloga se mostra o elemento fundamental para o estabelecimento da paternidade que, desse modo, se torna certa, insuscetíveis de impugnação pelo marido”⁴³⁰.

Na RHA heteróloga, utiliza-se material genético de terceiros, portanto, a carga genética do indivíduo poderá não ser compatível com a do seu pai civil ou até mesmo não ser compatível com a da própria mulher que o gerou, o que não pode ser usado como argumento para a desconstituição da paternidade nem de maternidade, pois estes institutos não se confundem com identidade genética.

Ou seja, quando da utilização desse tipo de técnica, ao menos, um dos pais jurídicos, não produz parentesco com fundamento na verdade biológica, mas na verdade

⁴²⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴²⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. Curso de Bioética e Biodireito. São Paulo: Atlas, 2010, p.153.

⁴²⁸ DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do Biodireito. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 610.

⁴²⁹ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>, art. 1.597.

⁴³⁰ GAMA, 2003, p.18.

jurídica e na verdade afetiva. E, pode ser a mãe, conforme Gama “Enquanto a maternidade normalmente se definiu pela consanguinidade (verdade biológica), a paternidade se estabeleceu em outras bases: a vontade, a afetividade, o projeto parental, o consenso”⁴³¹.

Diante dos atuais modelos de família, pais são aqueles que desejam e lutam pelo filho, torcendo pelo seu nascimento, cuidando do seu bem-estar e propiciando-lhe uma família. Na família afetiva, o que importa é a necessidade em se manter uma estabilidade, cumprindo a verdadeira função social desse instituto.

A isso, soma-se o fundamento do princípio do melhor interesse da criança, que na inseminação artificial heteróloga a vontade de ter um filho e assumir as responsabilidades da paternidade e da maternidade é muito mais significativa do que qualquer traço genético que une pais e filhos, assim como ocorre na adoção. Para Eduardo de Oliveira Leite, “o direito da filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação querida, da filiação vivida. O direito da filiação não é somente um direito da verdade. É também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança”⁴³².

3 UNIÕES HOMOAFETIVAS

3.1 A família homoafetiva

A família é tida como a célula *mater* da sociedade, é uma entidade natural que se transforma e se adapta às realidades sociais. Portanto, conceito de família vem se modificando ao longo dos anos, ganhando formas cada vez mais plurais e centradas numa nova perspectiva – o afeto. A CF de 1988 serviu como o grande marco para o Direito de Família, a partir de sua edição, ampliou-se o conceito de entidade familiar.

A CF, ao outorgar a proteção à família (art. 226)⁴³³, dispõe sobre o casamento, a união estável e a família monoparental. Tal texto não pode ser interpretado de forma restritiva, considerando os princípios da igualdade, da liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana. Portanto, a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado⁴³⁴.

Os princípios da igualdade e da liberdade estão consagrados na Carta Magna e são tidos como pilares que alicerçam o direito pátrio. Estão inscritos já no preâmbulo da CF ao conferir proteção a todos, vedar discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça,

⁴³¹ GAMA, 2003, p. 628.

⁴³² LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 203.

⁴³³ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art 226.

⁴³⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

sexo ou idade, e assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Não se pode mais admitir que uma pessoa seja diminuída ou menosprezada por não manter relações ditas “normais” de afeto; o indivíduo tem, sim, o direito de se envolver emocionalmente com qualquer pessoa e isso deve ser assegurado, jamais devendo ser marginalizado, violentado, perseguido, estigmatizado (...)⁴³⁵

Em seu Art. 5º⁴³⁶, que trata dos direitos e garantias fundamentais, a CF proclama: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. E, o núcleo do atual sistema jurídico que sustenta o fundamento do Estado democrático de Direito está posto de forma saliente no inc. III do art. 1º⁴³⁷ que é o respeito à dignidade humana, ocupando uma posição de destaque no texto constitucional.

As uniões de pessoas homossexuais se baseiam nos mesmos princípios sociais e afetivos das relações heterossexuais. Negar tutela jurídica à família constituída com base nesses mesmos fundamentos, portanto, seria uma violação a esses princípios, especialmente à dignidade da pessoa humana.

No caso das famílias homoafetivas a existência de prole não é essencial para que a convivência seja reconhecida e ganhe proteção, a ausência não enseja sua desconstituição. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não mais cabe afastar do conceito de família as relações homoafetivas. Assim, vem corroborar a afirmação de Fernandes:

Se, na busca da felicidade, num projeto de vida comum, duas pessoas do mesmo sexo se juntam e se unem, numa comunidade afetiva, com os mesmos laços e compromissos, com os mesmos sonhos e esperanças que também motivam as de sexo diferente, não há razão ou motivo para que se deixe de reconhecer que o casal homossexual, naquela relação amorosa, forma, igualmente, uma família.⁴³⁸

⁴³⁵ FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões Homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 33.

⁴³⁶ *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, art. 5º.

⁴³⁷ *Ibidem*, art.1º.

⁴³⁸ FERNANDES, 2004, p. 49.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo foram equiparadas às uniões heterossexuais. Para ser considerada união estável, conforme o Art. 226, §3º, da CF⁴³⁹, artigo 1.723 do CC de 2002⁴⁴⁰ e Lei 9.278/96⁴⁴¹, alguns requisitos devem ser observados: relação entre homem e mulher, convivência pública, contínua e duradoura, objetivo de constituir família.

Em 2011, após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277⁴⁴² e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132⁴⁴³, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a considerar união estável a relação entre pessoas do mesmo sexo, de convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família. Em consequência, abandonou-se o requisito anteriormente exigido, quanto à diferenciação de sexo na constituição da união estável, colocando a união estável homossexual e a união estável heterossexual em nível de igualdade.

A família monoparental também ganha proteção estatal, que por sua vez, é formada por filho(s) vinculados só ao pai ou só a mãe. As famílias monoparentais surgem como consequência de variados fatos ou de uma deliberação, de uma opção de mulheres que geram filhos sem que tenham vínculo formal ou informal com o genitor. E, ainda podem ser fruto de um abandono, separação judicial, divórcio, morte de um dos genitores⁴⁴⁴.

3.2 Homoparentalidade

A homoparentalidade pode ser resultado de família recomposta com filhos de relacionamento heterossexual anterior e podem surgir pelo desejo de pessoas homossexuais serem pais ou mães através da adoção ou do uso de técnicas de RHA.

Embora haja certa incoerência ao se falar de homoparentalidade, no sentido de associar à sexualidade a função

⁴³⁹ **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988, art. 226.

⁴⁴⁰ **Código Civil**, 2002.

⁴⁴¹ **BRASIL**. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providencias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>.

⁴⁴² _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-RJ da Procuradoria-Geral da República do Rio de Janeiro. Plenário. Voto do min. relator, Carlos Ayres de Britto. Brasília, DF, j. 4 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>.

⁴⁴³ _____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. União homoafetiva. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, ajuizada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132>>.

⁴⁴⁴ **FERNANDES**, 2004, p.47.

parental, usa-se essa expressão uma vez que o tema da maternidade ou paternidade exercida por pessoas do mesmo sexo ainda gera muita dúvida, temores e polêmica. A pessoa com orientação sexual homossexual, ainda hoje, parece enfrentar forte estereótipo de pessoa desajustada... A sociedade em geral apresenta muita dificuldade em aceitar que uma pessoa homossexual cuide de uma criança. O preconceito e a falta de informação talvez interfiram nessas posições contrárias⁴⁴⁵.

Em respeito à dignidade da pessoa humana, elemento fundamental do Estado democrático de direito, não pode chancelar qualquer discriminação baseada em características pessoais individuais, repelindo-se qualquer restrição à liberdade sexual do indivíduo, não se podendo admitir desrespeito ou prejuízo em função de sua orientação sexual. Logo, se o direito à monoparentalidade é assegurado no texto constitucional não se podem restringir pessoas solteiras homossexuais de serem juridicamente pais ou mães.

O reconhecimento do direito à parentalidade deve ser vislumbrado como um direito personalíssimo, inalienável, indisponível, passível de proteção estatal. O direito à parentalidade, desdobrado no direito a reproduzir-se ou a gerar um filho, realça o direito à intimidade e à autodeterminação dos indivíduos, que não deve ser limitado ou usurpado⁴⁴⁶.

4 DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

4.1. Planejamento familiar

O direito ao planejamento familiar está insculpido tanto na CF como no CC de 2002. É livre a decisão do cidadão quanto ao planejamento familiar, vedada qualquer tipo de coerção desse direito por parte de instituições privadas ou públicas, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável⁴⁴⁷⁴⁴⁸.

O legislador não autorizou ingerências externas coercitivas na realização do planejamento familiar, afinal, trata-se de livre decisão do autor do projeto parental. Entretanto, os dispositivos legais estabelecem limites ao exercício da vontade livre desses indivíduos, consubstanciados nos princípios da dignidade humana e da parentalidade responsável.

⁴⁴⁵ FARIAS, M. O.; MAIA, A. C. B. Adoção por Homossexuais: A Família Homoparental sob o olhar da Psicologia Jurídica. Curitiba: Juruá Psicologia, 2009, p. 68.

⁴⁴⁶ CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade Sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 367.

⁴⁴⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 226 § 7º.

⁴⁴⁸ Código Civil, 2002, art. 1565, §2º.

De igual modo, a Lei nº 9.263/96, regulamentou o planejamento familiar e assegura a todo cidadão, não só ao casal, o planejamento familiar de maneira livre, não podendo nem o Estado, nem a sociedade ou quem quer que seja estabelecer limites ou condições para o seu exercício dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo.

Tal lei conceituou o planejamento familiar em seu art. 2º como sendo “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”⁴⁴⁹.

De fato, o planejamento familiar é livre e assegurado aos cidadãos, não podendo homossexuais ter esse direito cerceado quando pretendem realizar o seu projeto parental.

4.2 Família homoafetiva, garantia à filiação e RHA

Como visto, as novas entidades familiares são plurais e tem como fundamento o afeto, o companheirismo e a solidariedade, independente de sua orientação sexual. As famílias homoafetivas, sejam femininas ou masculinas, não mais estão camufladas por de trás do preconceito, sendo, atualmente, uma entidade juridicamente protegida pelo Estado. Essa proteção estatal proporcionou igualdade de direitos em relação às outras famílias, entre eles o direito ao planejamento familiar e realização do projeto parental – direito à filiação.

O avanço no campo da biotecnologia fez surgir novas formas de filiação, originadas a partir da utilização de técnicas de RHA, técnicas de interferência no processo natural de procriação⁴⁵⁰. Mas, atrelado à reprodução humana se encontra, intrinsecamente, um significado de caráter subjetivo, a possibilidade de o ser humano dar continuidade à espécie, deixando um legado de sua existência neste mundo, e isto está ligado a sua dignidade⁴⁵¹.

Como não existe possibilidade dos casais homoafetivos gerarem filhos de forma natural, utilizam-se, especificamente, das técnicas de RHA heteróloga como método facilitador do projeto parental. Casais femininos devem decidir qual delas levará a gestação a termo e de quem será o óvulo inseminado por sêmen de doador. Já os casais masculinos, devem fazer uso da técnica de cessão temporária de útero. Um deles será o doador de

⁴⁴⁹ BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

⁴⁵⁰ MEIRELLES, Jussara. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.391.

⁴⁵¹ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia. São Paulo: Atlas, 2006, p.142.

sêmen e uma mulher gestará a criança (as diretrizes para tal procedimento estão elencadas na Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina - CFM)⁴⁵².

O emprego desse método por casais homoafetivos e o nascimento de uma criança nesse seio familiar traz consequências para todos, inclusive para o Estado, que tem o dever de regular legalmente essa nova relação de família.

No entanto, inexistente lei que regulamente tal matéria, a Resolução nº. 2.013/2013 do CFM tenta estabelecer direcionamentos éticos para a prática médica no processo de RHA. A Resolução não supre o vácuo legislativo, ou seja, essa realidade ainda não encontra instrumentos jurídicos adequados às situações fáticas criadas por essas técnicas, gerando situações de incerteza quanto aos direitos e garantias das partes envolvidas. Identifica-se neste dispositivo, diretriz determinando que todas as pessoas capazes podem ser receptoras das técnicas de RHA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, inclusive casais homoafetivos.

A realização desse projeto parental gera direitos e deveres ao casal homoafetivo, oriundos da obrigação de exercerem uma paternidade responsável e do exercício do poder familiar. Restam controvérsias e indefinições em razão da falta de legislação específica sobre tais técnicas de RHA, pois a garantia do Direito à filiação, por exemplo, ainda carece de intervenção do Poder Judiciário. Assim, no estágio atual da evolução jurídica em matéria de interpretação e aplicação do direito, não se pode alegar vácuo na lei para solucionar todas as demandas que se apresentem, diante das fontes reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁵³.

De fato, a análise dos casos concretos e a aplicação dos princípios fundamentais – igualdade e liberdade – e o respeito à dignidade da pessoa humana, proporcionou conquistas aos casais homossexuais, especialmente a possibilidade de registro duplo na Certidão de Nascimento dos filhos – pai e pai, mãe e mãe. Ou seja, um real direito à filiação. “Utilizadas as técnicas procriativas por um dos companheiros, nada justifica deixar o filho sem o direito de ser reconhecido por ambos os pais, ainda que sejam pessoas do mesmo sexo. Ambos devem constar na certidão de nascimento”⁴⁵⁴

⁴⁵² BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.013, de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>.

⁴⁵³ GAMA, 2003, p.625.

⁴⁵⁴ DIAS, Maria Berenice; REINHEIMER, Thiele Lopes. A reprodução assistida heteróloga nas uniões homoafetivas. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_reprodu%27%E3o_assistida_heter%2F3loga_nas_uni%2F5es__homoafetivas_-_thiele.pdf>.

5 CONCLUSÕES

Como visto, o conceito de família vem se modificando ao longo dos anos, ganhando formas cada vez mais plurais e centradas no afeto. As novas famílias passaram a ter a sua disposição técnicas de RHA, e o aperfeiçoamento dessas técnicas tornou o projeto parental possível, inclusive para famílias homoafetivas. Com isso, surgiram novos tipos de filiação e inúmeras questões éticas e jurídicas que carecem de reflexões e soluções.

A legislação brasileira, mais especificamente o CC de 2002, apesar de recente, não previu em alguns dos seus artigos normas convergentes com as prováveis e notórias transformações sociais no âmbito do Direito da família.

As famílias homoafetivas, em especial, as que realizaram o projeto parental e geraram filhos por meio da RHA heteróloga ainda precisam recorrer ao Judiciário para que possam assegurar o direito à filiação - ter o registro de duas mães ou dois pais na certidão de nascimento de seus filhos. Ou seja, essa realidade ainda não encontra instrumentos jurídicos adequados às situações fáticas criadas pelas técnicas de RHA, gerando situações de incerteza quanto aos direitos e garantias das partes envolvidas no processo.

Conclui-se, assim, que o Estado tem a incumbência de assegurar medidas eficazes de regulação. Legislação específica sobre o tema é imprescindível e urgente, fundamentada, sobretudo, no respeito à dignidade da pessoa humana.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Cristina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.013 de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2014.

_____. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva*. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-RJ da Procuradoria-Geral da República do Rio de Janeiro. Plenário.Voto do min. relator, Carlos Ayres de Britto. Brasília, DF, j. 4 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. União homoafetiva*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, ajuizada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&prcesso=132>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

CHAVES, Marianna. *Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais*. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade Sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Maria Berenice; REINHEIMR, Thiele Lopes. *A reprodução assistida heteróloga nas uniões homoafetivas*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_reprodu%E7%E3o_assistida_heter%F3loga_nas_uni%F5es__homoafetivas_-_thiele.pdf>. Acesso em: 01 de março de 2014.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, M. O.; MAIA, A. C. B. *Adoção por Homossexuais: A Família Homoparental sob o olhar da Psicologia Jurídica*. Curitiba: Juruá Psicologia, 2009.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Unões Homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, 2004.

GAMA, Guilherme C. Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Jussara. *Filhos da reprodução assistida*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. São Paulo: Atlas, 2007.

O FATO JURÍDICO DA PRESCRIÇÃO SEGUNDO PONTES DE MIRANDA

Jéssica Aline Caparica da Silva⁴⁵⁵

Marcos Ehrhardt Júnior⁴⁵⁶

Resumo: O presente estudo pretende elucidar a correta classificação da prescrição como ato-fato jurídico considerando como marco teórico a teoria de Pontes de Miranda, brilhantemente explanada por Marcos Bernardes de Mello. Reconhece-se que, em razão das limitações inerentes a um artigo jurídico, o trabalho não poderá se prolongar nas minúcias do assunto. Deste modo, traçar-se-á um foco objetivo: a análise da prescrição segundo Pontes de Miranda – um corte metodológico que determinará o estudo abstrato e teórico do tema.

Palavras-chave: Prescrição; Direito material; Pontes de Miranda; Teoria geral do direito civil

Abstract: This study aims to elucidate the correct classification of prescription as legal act- fact considering the basis of the Pontes de Miranda's theory, so well explained by Marcos Bernardes de Mello. It is recognized that, due to the limitations inherent to a legal article, this study may not analyse deeply all the subject. Thus, a goal-focus will be traced: the analysis of prescription according to Pontes de Miranda - this methodological approach to determine the abstract and theoretical study of the subject.

Keywords: Prescription; Material Law; Pontes de Miranda, General theory of civil law.

Introdução

É escopo deste trabalho elucidar a correta classificação da prescrição como ato-fato jurídico considerando como marco teórico a teoria de Pontes de Miranda, brilhantemente explanada por Marcos Bernardes de Mello. Analisar-se-á os planos do mundo jurídico e a incidência da norma para que possamos adentrar no estudo do fato jurídico da prescrição. Esclarecer-se-á em que plano do mundo jurídico a prescrição está situada. Após, observar-se-á brevemente as distinções entre prescrição e decadência. Desta forma, o trabalho busca, à luz da teoria de Pontes de Miranda, esclarecer de modo pontual a prescrição.

1 Os três planos do mundo jurídico

⁴⁵⁵ Advogada. Mestranda em Direito pela UFAL.

⁴⁵⁶ Advogado, Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas. E-mail: contato@marcosehrhardt.com.br.

Três planos distintos existem na vida dos fatos jurídicos: existência, validade e eficácia. Ressalta-se que estes três vocábulos possuem denotações distintas. Tal diferenciação pode ser vista com a análise das vicissitudes pelas quais podem passar os fatos jurídicos.

O ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*) pode: a. existir, ser válido e eficaz; b. existir, ser inválido e eficaz, como no casamento putativo e no voto dado em eleição sujeita ao sistema proporcional, quando o candidato é declarado inelegível após a votação. Os votos são inválidos para o candidato, mas eficazes para a coligação; c. existir, ser válido e ineficaz, como no testamento (feito por pessoa capaz e de acordo das formalidades legais) antes da morte do testador; d. existir, ser inválido e ineficaz, como na doação feita por pessoas absolutamente incapazes; e. existir e ser eficaz, como o ato-fato jurídico; f. existir e ser ineficaz.⁴⁵⁷

A partir dessa análise de todas as combinações que podem ser efetuadas, pode-se concluir a utilidade da divisão do mundo jurídico de Pontes de Miranda. O plano da existência é, portanto, o plano do ser, onde se observa a existência de todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. Não se questiona se esse é válido ou eficaz. Basta, aqui, ter o conhecimento de que o suporte fático suficiente foi composto, ensejando a incidência. Logo, o existir é pressuposto dos demais planos; é premissa das demais situações do mundo jurídico.⁴⁵⁸

Os fatos jurídicos os quais possuem a vontade humana como elemento nuclear do suporte fático, a saber: o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico, hão de passar pelo plano da validade para análise de possível vício invalidante. Enquanto que no plano da eficácia ocorre a irradiação dos efeitos dos fatos jurídicos, como a criação da relação jurídica. Desta forma, o plano da eficácia, assim como o da validade, pressupõe a passagem do fato jurídico pelo plano da existência, mas não, necessariamente, pelo da validade.⁴⁵⁹

2 A concreção do suporte fático, a incidência da norma e a juridicização

⁴⁵⁷MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação como objeto litigioso no processo civil. In: COSTA, Eduardo; MOURÃO, Luiz; Nogueira, Pedro (Coord.). **Teoria Quinária da Ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 367-404.

⁴⁵⁸MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.100.

⁴⁵⁹MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.103.

A juridicização decorre da incidência da norma, quando suficiente seu suporte fático. Este poderá ser simples ou complexo. Na concreção do primeiro, não há complicações, o relevante é a verificação da existência do fato. No entanto na concreção do suporte fático complexo, é preciso que haja materialização de todos os fatos previstos na hipótese normativa⁴⁶⁰.

A parte do suporte fático considerada relevante pelo direito é transformada em fato jurídico pela norma jurídica, a esse efeito, dá-se a denominação de incidência⁴⁶¹. Após a formação do fato jurídico, há o desenvolvimento das situações jurídicas e as categorias de efeitos jurídicos⁴⁶². Marcos Bernardes de Mello ressalta que há a eficácia normativa, denominada por Pontes de Miranda de eficácia legal, da qual resulta o fato jurídico, e a eficácia jurídica, que procede do fato jurídico que já existe⁴⁶³.

Desta forma, em resumo, quando os fatos descritos nos suportes fáticos hipotéticos tornam-se realidade, há a incidência da norma jurídica, formando os fatos jurídicos. Para que haja incidência, necessária é a concreção de todos os elementos que compõem o suporte fático, ou seja, que este seja suficiente.

3 O fato jurídico da prescrição

Dentre as diversas espécies de fatos jurídicos lícitos, a vontade somente constitui elemento nuclear do suporte fático dos atos jurídicos *lato sensu* (ato jurídico *stricto sensu* e negócios jurídicos), os quais, a propósito, passam pelo plano da validade, como já explicado.

De outro lado, há fatos jurídicos lícitos que não possuem a vontade humana como elemento do suporte fático, assim como o é o fato jurídico *stricto sensu* e o ato-fato jurídico.⁴⁶⁴ O primeiro refere-se ao fato jurídico cujo suporte fático é composto por fatos

⁴⁶⁰MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.89.

⁴⁶¹A incidência possui as seguintes características: incondicionalidade e inesgotabilidade, (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.75-80)

⁴⁶² A maioria dos fatos jurídicos tem a função de criação de situações jurídicas que constituem direitos e deveres ou qualificam pessoas ou coisas. Uma das conseqüências da incidência é a criação de fatos jurídicos jurídicos. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.93).

⁴⁶³MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.74.

⁴⁶⁴Os fatos jurídicos *stricto sensu* e ato jurídico, assim como os fatos ilícitos *lato sensu* não transitam pelo plano da validade, vez que não podem ser nulos ou anuláveis. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.100; Mello, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.17)

da natureza, independentemente do ato humano. A morte e o nascimento são exemplos⁴⁶⁵. Já o ato-fato jurídico, é o fato jurídico cujo suporte fático prevê uma situação de fato materializável como resultado de um ato humano. A vontade é irrelevante. Cita-se como exemplos a caça e a pesca.

Maria Helena Diniz entende que a prescrição estaria inserida no conceito de fato jurídico *stricto sensu*⁴⁶⁶. O que é equivocado. Não há evento da natureza compondo o suporte fático da prescrição. Há, sim, um ato humano negativo⁴⁶⁷, ainda que involuntário, razão pela qual Pontes de Miranda classifica a prescrição como ato-fato jurídico⁴⁶⁸.

A prescrição, em verdade, é um ato-fato caducificante. Isto é, concretiza-se nas situações que constituem fatos jurídicos, em que o efeito é o encobrimento da pretensão, da ação e da exceção, independentemente de ato ilícito de seu titular⁴⁶⁹. Entendido isto, passamos para uma objetiva diferenciação entre decadência e prescrição à luz dos ensinamentos de Marcos Bernardes de Mello. Antes, porem, necessário é explanar os conceitos fundamentais sobre direito, pretensão, ação e exceção, de acordo com o referencial teórico adotado, qual seja: a doutrina de Pontes de Miranda, elucidada por Marcos Bernardes de Mello.

4 Conteúdo eficaz da relação jurídica de direito material

Como vimos, quando os fatos descritos nos suportes fáticos hipotéticos tornam-se realidade, há a incidência da norma jurídica, formando os fatos jurídicos. Após a formação do fato jurídico, há o desenvolvimento das situações jurídicas e as categorias eficaciais, dentre elas a relação jurídica.

⁴⁶⁵ É possível que haja uma atividade humana relacionada ao fato jurídico *stricto sensu*, como no assassinato no entanto é impossível desprezar o resultado fático, que é a morte. É por essa razão que este fato jurídico não passa pelo plano da validade, justamente por o fato natural ser independente das qualificações que o homem atribua. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.131.

⁴⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P.385

⁴⁶⁷ Este ato humano negativo seria a inércia do titular da pretensão e da ação em exercê-las no tempo prefixado pela norma.

⁴⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.VI, p.112

⁴⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.138.

Relação jurídica é um dos conceitos fundamentais da Ciência Jurídica. É alicerce de todos os ramos do Direito, assim como são fundamentais os conceitos de norma, fato jurídico, hipótese fática, efeito jurídico, direito e dever jurídicos.⁴⁷⁰

Todos os acontecimentos no mundo jurídico⁴⁷¹ resultam de fatos jurídicos.⁴⁷² Deste modo, o que se passa no referido mundo tem por origem um fato jurídico. Nessa linha de intelecção, a relação jurídica é efeito do fato jurídico.

A relação jurídica não é estabelecida entre o ordenamento e o sujeito, mas entre sujeitos de direito em decorrência de fatos jurídicos. Desta forma, relação jurídica é a relação intersubjetiva em que haja incidido a norma, assim como aquela que surge em decorrência de fato jurídico.⁴⁷³

Segundo Lourival Vilanova, para que se configure uma relação jurídica, é necessário que o vínculo resulte de um fato jurídico. Conforme o referido doutrinador, na regra geral, a relação jurídica tem os seus elementos indicados de modo abstrato. Contudo, somente haverá a relação jurídica em sentido estrito quando se identificar um vínculo entre pelo menos dois sujeitos de direito⁴⁷⁴, que envolve uma conduta tipificada como obrigatória, proibida ou permitida.⁴⁷⁵

Marcos Mello esclarece os princípios regentes da relação jurídica, os quais não se resumem à intersubjetividade. Os princípios essenciais seriam: a intersubjetividade, a essencialidade do objeto e da correspectividade de direito e dever, pretensão e obrigação,

⁴⁷⁰MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte.** 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.172; VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito.** 4ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000. P. 238.

⁴⁷¹ Pedro Henrique Nogueira afirma que toda norma jurídica descreve, abstratamente, um fato. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O conceito de pretensão à luz da teoria do fato jurídico e a sua influencia sobre o direito processual. In: DIDIER JR, Freddie; EHRHARDT JR, Marcos (Coord). **Revisitando a teoria do fato jurídico. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello.** Saraiva: São Paulo, 2010. P.509-525..

⁴⁷²Paulo Lôbo enfatiza o fato de que apenas nos fatos jurídicos podem radicar as fontes das obrigações. LÔBO, Paulo. Fatos Jurídicos como Fontes das obrigações. In: DIDIER JR, Freddie; EHRHARDT JR, Marcos (Coord). **Revisitando a teoria do fato jurídico. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello.** Saraiva: São Paulo, 2010. P.489-498.

⁴⁷³MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte.** 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.171.

⁴⁷⁴VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito.** 4ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000. P. 114-22

⁴⁷⁵Segundo Marcos Bernardes de Mello, sempre que há direito, dever, pretensão, obrigação ou outra categoria eficaz, tratar-se-á de relação jurídica, visto que haverá sujeitos de direito, “um em face de outro, considerados reciprocamente”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte.** 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.172)

ação e situação de acionado e exceção e situação de excetuado. Não sendo essencial o princípio da coextensão de direito, pretensão e ação⁴⁷⁶.

Conforme a atribuição eficaz, as normas jurídicas podem ser de direito substancial ou de direito formal. Das primeiras decorrem fatos jurídico criadores de direitos subjetivos, ou transindividuais, e ainda, conforme leciona Marcos Bernardes de Mello, direitos públicos que não são subjetiváveis, como o direito de liberdade religiosa ou o de ir a uma praça pública. Já as normas de direito formal, ou adjetivo, instrumentalizam os direitos materiais. A este trabalho interessa a relação jurídica de direito material⁴⁷⁷.

4.1 Direito, pretensão e ação (e exceção)

As relações de direito material são compostas no lado ativo por direito, pretensão, ação. De modo correspectivo, em seu lado passivo, há dever, obrigação e situação de acionado. A exceção e a situação de exceptuado não são obrigatórias em todas as espécies. Direito, pretensão e ação, de modo geral, relacionam-se de modo direto, porém possuem traços distintivos.

Em uma relação jurídica haverá sempre um sujeito em posição de vantagem, denominada direito subjetivo, em face de outro sujeito, e sobre um objeto, em que a prestação é dever daquele em posição desvantajosa (dever jurídico). Assim, os direitos subjetivos são integrados por poderes. Pode-se citar entre esses poderes que em geral integram todos os direitos⁴⁷⁸, o poder jurídico de exigir (pretensão) e o de impor a satisfação do direito subjetivo (ação de direito material).⁴⁷⁹

Carnelutti leciona que a pretensão é a exigência da subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio⁴⁸⁰. Pontes de Miranda define pretensão como “posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”, classificando as pretensões pessoais, quando fundadas no direito obrigacional, e reais, quando fundadas em

⁴⁷⁶MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte.** 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.173..

⁴⁷⁷MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte.** 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.210.

⁴⁷⁸Salvo exceções, como os direitos mutilados, que são direitos sem pretensão e ação, ou somente sem ação. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.181

⁴⁷⁹Como o proprietário tem “o poder de alienar a sua coisa; o credor, o de renunciar ao seu crédito, o possuidor esbulhado de reaver a coisa subtraída etc”. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Breves notas sobre o conceito de ação de direito material.** Diritto & Diritti, v. 1, p. 1-11, 2008.

⁴⁸⁰CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil.** Vol. I. Campinas: Servanta, 1999.p.28.

direito real.⁴⁸¹ Marcos Bernardes de Mello esclarece que “a todo direito corresponde a uma pretensão que o torna exigível e uma ação que a faz impositiva”.⁴⁸² “A pretensão constitui o grau de exigibilidade do direito (subjetivo) e a obrigação de submissão ao adimplemento”.⁴⁸³ A impositividade está presente na ação, que surge, geralmente, quando há o descumprimento da obrigação, razão pela qual Marcos Bernardes de Mello entende que a ação constitui o grau de impositividade do direito, surgindo, em geral, com a violação da pretensão.⁴⁸⁴

Exceção ocorre quando o sujeito passivo da relação jurídica torna-se titular de um direito, o qual se opõe ao direito, pretensão ou ação do sujeito ativo, encobrendo-lhes os efeitos, segundo Marcos Bernardes de Mello e Pontes de Miranda⁴⁸⁵. Assim, as características exceção substancial: necessidade de alegação pelo seu titular, ou por terceiro quando legitimado a fazê-lo, e o encobrimento da eficácia.⁴⁸⁶

Ressalta-se que os institutos, ora estudados, são de direito material. A pretensão de direito processual serve de instrumento para o exercício da pretensão de direito material. A exceção de direito processual, diferentemente da substancial acima explanada, referem-se às incompetências dos órgãos jurisdicionais, às suspeições e impedimentos funcionais ou impedimento de que se conheça das causas⁴⁸⁷.

A ação de direito substancial é exercitada por meio do remédio jurídico que é a “ação” de direito processual. Para se referir a esta última, Pontes de Miranda utiliza-se de *aspas*. Como o Estado proibiu o agir privado do titular do direito, a ação de direito material

⁴⁸¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.V, p.451.

⁴⁸²(Salvo exceções, como os direitos mutilados, que são direitos sem pretensão e ação ou somente sem ação.)MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.181.

⁴⁸³MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 185.

⁴⁸⁴ Marcos Mello leciona que há raros casos de ação sem violação de pretensão, como a ação de interdição por insanidade física ou mental. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 185.

⁴⁸⁵MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 186; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.VI, p.3-8.

⁴⁸⁶A nova redação do art. 219 do CPC permite que o juiz decrete a prescrição de ofício. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 187.

⁴⁸⁷MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 188.

é exercida em conjunto com o exercício do direito à jurisdição, por meio de instrumentos que o direito processual.⁴⁸⁸

A ação representa a impositividade atribuída como plus a algum direito subjetivo em decorrência de algum fato jurídico.⁴⁸⁹ Pontes Miranda enfatiza que “a ação exerce-se principalmente por meio da ‘ação’ (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica que o Estado criou”.⁴⁹⁰

Pode-se comprovar que a ação de direito material e a de direito processual são diferentes pelo fato de ainda existir no ordenamento jurídico hipóteses de exercício direto do direito de ação material, como o desforço imediato contra violação da posse, art.1.210,§ 1º do Código Civil.⁴⁹¹

5 Breve distinção entre as eficácias jurídicas da decadência e da prescrição

Visto todas essas categorias eficaciais, passemos para uma objetiva distinção entre decadência e a prescrição. Apesar de possuírem em comum a inércia do titular da pretensão e da ação em exercê-las em um lapso temporal certo, decadência e prescrição não se confundem.

Quanto à eficácia jurídica há uma diferença substancial: enquanto a decadência possui o efeito de extinção sobre o direito subjetivo, e em consequência, a extinção da pretensão e da ação que derivam daquele direito, a prescrição não tem esse efeito extintivo. A prescrição encobre a eficácia da pretensão, da ação e/ou da exceção que decorrem do direito. O direito subjetivo ainda existe, não foi extinto, mas encobre sua exigibilidade (que como vimos corresponde à pretensão) e sua impositividade (que vimos que corresponde à ação).⁴⁹²

Um exemplo fácil para percepção de que a prescrição não extingue o direito é o fato de que o pagamento de dívida com pretensão prescrita não enseja repetição de indébito, conforme o art. 882 do Código Civil. O que é diferente da hipótese em que se

⁴⁸⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**, Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 89; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte.** 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 188.

⁴⁸⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodvim, 2008.P. 153.

⁴⁹⁰ PONTES DEMIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das Ações**, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 124.

⁴⁹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte.** 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 188; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Breves notas sobre o conceito de ação de direito material**. Diritto & Diritti, v. 1, p. 1-11, 2008;

⁴⁹² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte.** 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 138

operou a decadência, porém o devedor paga obrigação decorrente do direito. Neste caso configura-se enriquecimento sem causa.⁴⁹³

Outra diferença prática que Marcos Bernardes de Mello elucida é o que diz respeito à interrupção dos prazos. No prazo da prescrição pode haver interrupção, após a qual aquele recomeçará a fluir. Enquanto que no prazo decadencial isto não é possível. No que concerne à renunciabilidade, observa-se que somente a prescrição é renunciável, ou seja, jamais a decadência poderá ser renunciada.⁴⁹⁴

5.1 As impropriedades da distinção feita no Código Civil de 2002

Reza o art. 189 do Código Civil: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.” Com base no que já foi explanado nesse trabalho, pode-se listar duas incorreções nesse artigo.

A primeira impropriedade é a afirmação de que a pretensão nasce da violação do Direito. Como vimos, a ação é que resulta da violação da pretensão (e não do direito). A pretensão, nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, é “tão-somente fase de exigibilidade do direito.”⁴⁹⁵

O segundo erro grave diz respeito à alegação de que a prescrição tem efeito extintivo. Ora, como fora explanado, a prescrição apenas encobre a eficácia da pretensão, da ação e/ou da exceção que decorrem do direito. Por esta razão, Marcos Bernardes de Mello, de modo muito preciso, esclarece como seria a correta redação do artigo supramencionado: “Violada a pretensão, nasce para o seu titular a ação, que prescreve nos prazos que aludem os arts. 205 e 206.”⁴⁹⁶

O legislador de 2002 pretendeu enumerar taxativamente os prazos de prescrição nos arts. 205 e 206, adotando um critério residual para a decadência, ou seja, todos os demais prazos, que não estivessem nos referidos artigos, seriam decadenciais.

⁴⁹³MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte.** 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 138

⁴⁹⁴ Marcos Mello ainda ressalta que a prescrição, como exceção que é, precisava ser oposta por aquele a quem beneficiava, de maneira que não poderia ser declarada de ofício, caso não fosse alegada. A nova redação do art. 219,§5º do Código de Processo Civil, determina que o juiz decrete a prescrição de ofício. O art. 194 do Código Civil já permitia que o juiz suprisse a falta de oposição da prescrição quando o absolutamente incapaz fosse favorecido. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 139).

⁴⁹⁵MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.139.

⁴⁹⁶MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.139.

Humberto Theodoro Júnior ressalta que essa pretensão do legislador não logrou êxito. Isto porque, a exemplo do art. 1824 do Código Civil, o qual dispõe sobre a petição de herança e não menciona qualquer tipo de prazo. Ora, trata-se de direito patrimonial e necessita ser exercitada em um prazo, para efetivação da segurança jurídica. O STF, então, editou a súmula 149 explicitando que tal ação não é imprescritível. Logo, a solução adotada foi a aplicação do prazo prescricional geral de 10 anos, conforme o art. 205. Desta forma, o rol dos arts. 205 e 206 não pode ser considerado taxativo, já que há hipóteses de prazos prescricionais nele não listados⁴⁹⁷.

6 A prescrição, segundo Pontes de Miranda

Prescrição é “a exceção que alguém tem contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação.”⁴⁹⁸ Está relacionada ao plano da eficácia, sendo uma exceção. É contradireito, visto que vai contra a eficácia do direito (e não vai contra o direito em si ou ao ato jurídico), pretensão, ação ou exceção que excetua. No entanto, não é pretensão, portanto não pode ser considerada como contrapretensão ou contra-ação.⁴⁹⁹

Ressalta-se que o pronunciamento do juiz de que se operou prescrição é uma declaração do encobrimento da eficácia da pretensão, portanto, a exceção tem natureza declarativa⁵⁰⁰. Assim sendo, a prescrição não possui efeito extintivo, razão pela qual o pagamento de dívida com pretensão prescrita não enseja repetição de indébito, conforme o art. 882 do Código Civil⁵⁰¹. Por este motivo, Pontes de Miranda não aceitava a tese doutrinária de que a irrepetibilidade da dívida com pretensão prescrita seria uma obrigação natural. Em verdade, Pontes de Miranda considerava, ainda, a terminologia “obrigação natural” errônea, visto que é mais pertinente falar em direito mutilado, ainda que se trate

⁴⁹⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. Vol1. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁴⁹⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.VI, p.100.

⁴⁹⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.VI, p.3-10.

⁵⁰⁰AMORIM, Tatiana Tenório de. Prescrição e decadência: análise da distinção à luz da teoria geral do direito civil. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 77-104, set./dez. 2013.

⁵⁰¹MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte..** 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 138.

de uma mutilação superficial, já que houve apenas o encobrimento da eficácia da pretensão, e não houve sua extinção.⁵⁰²

A prescrição não é fruto da obrigação prescrita, mas decorre de um ato-fato, que é a inação do credor e o decurso do tempo, gerando em favor do devedor (contra o credor). É um poder jurídico e, que segundo Marcos Bernardes de Mello, se situa no plano das posições ativas⁵⁰³.

A exceção de prescrição não depende do direito do qual provém, é, assim, independente, representando o conteúdo imediato do direito de excepcionar. É, outrossim, peremptória, encobrindo de modo permanente a eficácia do direito, pretensão, ação ou exceção.⁵⁰⁴

Ressalta-se que a prescrição, mesmo com as alterações promovidas pela lei nº11.280/06, não deixa de ser exceção. A possibilidade de o magistrado decretar a prescrição de ofício busca efetividade da celeridade processual⁵⁰⁵. O que não configura um atraso legislativo, uma vez que o art. 194 do Código Civil já permitia que o juiz suprisse a falta de oposição da prescrição quando o absolutamente incapaz fosse favorecido.

Visto toda essa explanação, podemos observar que, com respeito a ilustres doutrinadores, Pontes de Miranda ainda possui a melhor compreensão do que vem a ser a prescrição. O eminente doutrinador Câmara Leal, por exemplo, entende que “prescrição é a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso.”⁵⁰⁶

Tendo em vista que este trabalho é uma pesquisa reduzida, não cabe aprofundarmos da doutrina de Câmara Leal, no entanto é evidente o equívoco em seu

⁵⁰²Na obrigação natural, o dever não é jurídico. Enquanto na prescrição, o dever o é. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.VI, p.40-42.

⁵⁰³MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.180-181.

⁵⁰⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.VI, p.14,15.

⁵⁰⁵Interessante questionarmos o seguinte: se o reconhecimento da prescrição é de ofício, esta constitui matéria de ordem pública? Alguns julgados do STJ respondem positivamente, entendendo que cabe o seu conhecimento a qualquer momento (STJ, AgRg-REsp 1.176.688/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.08.2010, DJE 13.10.2010). Tartuce entende que a prescrição não é matéria de ordem pública, no entanto a celeridade processual o é, em razão de a EC 45/2004 ter introduzido ao art. 5º da Constituição Federal o direito ao razoável andamento do processo e à celeridade das ações judiciais (art. 5º, LXXVIII). (TARTUCE, Flávio. Parte geral: Livro III - Dos fatos jurídicos - Título IV Da prescrição e da decadência. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). (Org.). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**.6ed.Barueri, SP: Manole, 2013, v. 1, p. 189-234.)

⁵⁰⁶CÂMARA LEAL, Antônio Luís. **Da prescrição e da decadência**. 4. ed. Atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 12.

conceito de prescrição como extinção da ação. Primeiro, por a prescrição não ter efeito extintivo. Segundo, por não haver uma distinção entre ação de direito material e ação de direito processual. Ora, a prescrição age no plano do direito material.

Agnelo Amorim Filho elaborou um critério científico para distinguir prescrição da decadência, baseando-se na classificação de direitos subjetivos de Chiovenda, a qual considera que tais direitos são divididos em direitos prestacionais e direitos potestativos (direitos sem pretensão, pois não podiam exigir prestação)⁵⁰⁷. Chiovenda utiliza uma classificação ternária da ação (condenatória, constitutiva e declaratória). A ação condenatória não serviria à tutela dos direitos potestativos, já que inexistiria prestação, assim como a ação constitutiva não serviria aos direitos prestacionais⁵⁰⁸. Visto isso, Agnelo Amorim vincula a prescrição às ações condenatórias, pois, naquela divisão, somente os direitos prestacionais poderiam ser inadimplidos. Decadência estaria ligada às ações constitutivas. E seriam imprescritíveis as ações por um critério residual: quando não se relacionassem com a prescrição, assim como não se relacionassem com a decadência, ou seja, as ações declaratórias.⁵⁰⁹

Há algumas observações a se fazer. Primeira: as ações mandamentais e executivas não são abordadas na teoria do referido doutrinador. Segunda: O Código de 2002 adotou os critérios associativos de Agnelo Amorim Filho. Sem dúvida a classificação é adequada à maioria dos prazos dispostos no Código⁵¹⁰, mas há exceções. Assim como o dos arts. 205 e

⁵⁰⁷ AMORIM, Tatiana Tenório de. Prescrição e decadência: análise da distinção à luz da teoria geral do direito civil. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 77-104, set./dez. 2013.

⁵⁰⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002. V.1.p.25-33

⁵⁰⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. Disponível em: (Site da USP) http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf. Acesso em: 09 fev. 2013.

⁵¹⁰ Flávio Tartuce expõe um exemplo de utilização do critério elaborado por Agnelo Amorim Filho: O artigo 496 do Código Civil dispõe que “é anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória”. A Súmula 494 do STF previa o prazo prescricional, pela qual: “A ação para anular a venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato”, deixou de ser aplicada. Foi então editado o Enunciado n. 368 do STJ, da IV Jornada de Direito Civil: “O prazo para anular venda de ascendente para descendente é decadencial de dois anos (art. 179 do CC)”. Então, o entendimento de que se aplicava um prazo prescricional foi superado, e a jurisprudência vem ratificando que se trata de prazo decadencial de dois anos. STJ, REsp 771.736-0/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 07.02.2006, v.u.; TJMG, Apelação cível 1.0518.05.085096-6/0011, Poços de Caldas, 15.ª Câmara Cível, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 08.05.2008, DJEMG 04.06.2008: TJSP, Apelação com Revisão, Acórdão 3671454, São Caetano do Sul, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 04.06.2009, DJESP 26.06.2009: TJRS, Acórdão 70027007053, Giruá, 8.ª Câmara

206 do Código Civil não é taxativo (como já mencionamos neste trabalho), há direitos prestacionais que se submetem a prazo decadencial (e nada impede de o legislador submeter um direito formativo⁵¹¹ a um prazo prescricional). Cita-se por exemplo, dentre outros, o artigo 745 do Código Civil que se refere a direito prestacional sujeito a prazo decadencial.⁵¹²

Desta forma, o método de Agnelo Amorim Filho compactua-se com boa parte dos artigos do Código Civil, no entanto não é uma teoria absoluta. Reconhece-se os méritos de sua teoria, porém não há como existir critério prévio e absoluto acerca distinção entre prescrição e decadência, visto que o legislador possui ampla discricionariedade para dispor sobre os prazos prescricionais⁵¹³, uma vez que a prescrição é um conceito jurídico-positivo⁵¹⁴.

CONCLUSÃO

Do exposto, compreende-se que a prescrição é um ato-fato jurídico (caducificante), que não deixa de ser exceção pela possibilidade de ser declarada de ofício, em razão da nova redação do art. 219, §5º do Código de Processo Civil. Prescrição relaciona-se a direito material e está situada no plano da eficácia. Não tem efeito extintivo, mas encobre de modo permanente a eficácia do direito, pretensão, ação ou exceção. Apesar de grandes juristas disporem acerca de suas características (e distinção da decadência), verifica-se, ainda, que Pontes de Miranda detém uma teoria coerente acerca da questão. O estudo da prescrição não é fácil, mormente diante de hipóteses em que não há determinação legal acerca da natureza do prazo, o que reforça o papel precioso da doutrina e da jurisprudência na solução dos conflitos.

Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 19.11.2009, DJERS 26.11.2009, p. 60.(TARTUCE, Flávio. Parte geral: Livro III - Dos fatos jurídicos - Título IV Da prescrição e da decadência. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). (Org.). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** 6ed.Barueri, SP: Manole, 2013, v. 1, p. 189-234.)

⁵¹¹Em geral, os direitos formativos submetem-se a prazo decadencial, no entanto esta não é regra absoluta.

⁵¹²TARTUCE, Flávio. Parte geral: Livro III - Dos fatos jurídicos - Título IV Da prescrição e da decadência. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). (Org.). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.**6ed.Barueri, SP: Manole, 2013, v. 1, p. 189-234.

⁵¹³NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa.**Teoria da ação de direito material.** Salvador: Juspodvim, 2008. P.145-146.

⁵¹⁴ Pontes de Miranda entende que a prescrição é de direito positivo. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.VI. P.100.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Tatiana Tenório de. Prescrição e decadência: análise da distinção à luz da teoria geral do direito civil. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 77-104, set./dez. 2013

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. Vol. I. Campinas: Servanta, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002. V.1

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEAL, Antônio Luís Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 4. ed. Atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LÔBO, Paulo. Fatos Jurídicos como Fontes das obrigações. In: DIDIER JR, Freddie; EHRHARDT JR, Marcos (Coord). **Revisitando a teoria do fato jurídico. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. Saraiva: São Paulo, 2010. P.489-498.

MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação como objeto litigioso no processo civil. In: COSTA, Eduardo; MOURÃO, Luiz; Nogueira, Pedro (Coord.). **Teoria Quinária da Ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 367-404.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 1 parte..** 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. I. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.VI.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.V.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Breves notas sobre o conceito de ação de direito material**. Diritto & Diritti, v. 1, p. 1-11, 2008.

_____. O conceito de pretensão à luz da teoria do fato jurídico e a sua influencia sobre o direito processual. In: DIDIER JR, Freddie; EHRHARDT JR, Marcos (Coord).

Revisitando a teoria do fato jurídico. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello.

Saraiva: São Paulo, 2010. P.509-525.

_____. **Teoria da ação de direito material.** Salvador: Juspodvim, 2008.

TARTUCE, Flávio. Parte geral: Livro III - Dos fatos jurídicos - Título IV Da prescrição e da decadência. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). (Org.). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** 6ed.Barueri, SP: Manole, 2013, v. 1, p. 189-234.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito.** 4ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

O PARÂMETRO COLETIVO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Danyelle Rodrigues de Melo Nunes e Uly de Carvalho Rocha Porto⁵¹⁵.
Marcos Ehrhardt Júnior⁵¹⁶

Introdução; 1. Caçadas de Pedrinho: o Direito Coletivo limitando o Direito Individual; 2. Humanização das relações privadas; 2.1. Direitos da Personalidade e Autonomia Privada; 2.2. Direito Coletivo como sistema de freios ao Direito Individual; 3. Balizas da limitação exercida pelo Direito Coletivo no Direito Individual; 3.1. Razoabilidade, proporcionalidade e ponderação; Conclusão; Referências.

RESUMO

O Parâmetro Coletivo das Relações Privadas é caracterizado pelos limites impostos pelo Direito Coletivo em face do Direito Individual. São limites advindos principalmente em razão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em relação ao Princípio da Autonomia Privada. O paradigma coletivo, que veio para frear o individual, precisa, de igual forma, ter os seus próprios freios. Um caso emblemático é o Caçadas de Pedrinho, caso em que houve uma tentativa de censura à leitura de algumas obras de Monteiro Lobato por suposto cunho racista. O que se questiona é até que ponto o Direito Coletivo pode se impor sem ameaçar o Direito Individual. É necessário propor balizas para que essa limitação seja legítima, e não arbitrária. Os critérios de razoabilidade, proporcionalidade e ponderação são propostas de balizas de tal limitação exercida pelo Direito Coletivo em relação ao Direito Individual.

Palavras-chave: Direito Coletivo; Direito Individual; Limites.

ABSTRACT

The Collective Private relations parameter is characterized by the limits that are imposed by Public Law in relation to the Individual's right. These limits are primarily by the Principle of Human Dignity in the face of the Principle of Private Autonomy. But this collective paradigm that came to brake the individual must also have their own brakes. An emblematic case is the Pedrinho's hunts, in which case there was an attempt to censor reading some works of Monteiro Lobato for alleged racist slant. We need to question what extent the Collective Law can impose without threatening the Individual right. They need to be proposed for beacons this limitation is legitimate, and not arbitrary. The

⁵¹⁵ Acadêmicas da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA), na Universidade Federal de Alagoas (UFAL). E-mails: dany_nunes1@hotmail.com; ulyrocha@gmail.com.

⁵¹⁶ Advogado, Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas. E-mail: contato@marcosehrhardt.com.br.

reasonableness, proportionality and balance are proposals for beacons of that limitation applied by the Collective Right in relation to the Individual's right.

Keywords: Collective Right; Individual Right; Limits.

INTRODUÇÃO

O Parâmetro Coletivo das Relações Privadas é um dos temas que mais vêm atraindo a atenção dos estudiosos do Direito. É fruto dos diversos questionamentos que surgiram acerca dos limites entre o Direito Público e o Direito Privado. Trata-se de um verdadeiro reflexo das mudanças políticas, econômicas e sociais do século XX no Brasil, que puseram a Constituição Federal não mais no topo, mas sim no centro de todos os ramos do Direito.

Esses limites entre o Direito Público e o Direito Privado são abstratos. A linha divisória entre eles é bastante tênue, se é que ela de fato existe. O importante é assegurar que a ordem jurídica civil seja integrada aos valores constitucionais, uma vez que a patrimonialização das relações civis é incompatível com os valores fundados na sociedade e na dignidade humana.

As relações privadas são caracterizadas pela limitação da intervenção do Estado. São exemplos: as firmadas por meio dos contratos entre particulares, as do campo da responsabilidade civil, do Direito de Família, do Direito Comercial e do Direito do Trabalho. Ocorre que não há mais como proteger o interesse do indivíduo sem imaginar seu reflexo no corpo coletivo.

Vêm sendo instituídas limitações ao Direito Individual com fundamento no Direito Coletivo. Só que esse paradigma coletivo que veio para frear o individual também deve ter os seus próprios freios, só assim esses limites poderão ser legitimados. É exatamente a isso que se propõe o presente artigo: propor as balizas da limitação exercida pelo direito coletivo no direito individual.

Nessa linha de pesquisa, estruturamos o artigo em três partes. Para iniciar, trataremos do caso “Caçadas de Pedrinho”, como paradigmático exemplo sobre os questionamentos relativos ao direito coletivo limitando o direito individual. Na segunda parte, abordaremos a mudança de paradigma das relações privadas, analisadas sob o parâmetro coletivo. Por fim, apresentaremos as balizas necessárias à limitação exercida pelo direito coletivo no direito individual.

1. CAÇADAS DE PEDRINHO: O DIREITO COLETIVO LIMITANDO O DIREITO INDIVIDUAL

Caçadas de Pedrinho é um livro de autoria de Monteiro Lobato, escrito em 1933. Algumas passagens do livro foram apontadas como de cunho racista, razão pela qual houve uma tentativa de censura proposta pelo Instituto de Advocacia Racial e Ambiental em 2012. O caso ainda se encontra em discussão no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux⁵¹⁷.

O livro contém trechos como: “Negrinha era uma pobre órfã de sete anos. Preta? Não! Fusca, mulatinha escura, de cabelos ruços e olhos assustados”; e “Tia Nastácia, esquecida dos seus numerosos reumatismos, trepou que nem uma macaca de carvão”⁵¹⁸.

O Instituto de Advocacia Racial e Ambiental solicita ao Ministério da Educação que: 1) acrescente à obra um encarte explicativo que oriente o leitor sobre o contexto histórico em que o livro foi escrito; 2) explicita os trechos considerados racistas; 3) capacite os professores antes de introduzir a leitura da obra em escolas públicas; 4) caso não haja acordo, que a obra seja excluída dos programas do governo para a distribuição nas escolas públicas⁵¹⁹.

A Academia Brasileira de Letras se posicionou de forma contrária. Publicou uma nota sustentando que “cabe aos professores orientar os alunos no desenvolvimento de uma leitura crítica. Um bom leitor sabe que tia Anastácia encarna a divindade criadora dentro do Sítio do Pica-Pau Amarelo. Se há quem se refira a ela como ex-escrava e negra, é porque essa era a cor dela e essa era a realidade dos afrodescendentes no Brasil dessa época. Não é um insulto, é a triste constatação de uma vergonhosa realidade histórica”⁵²⁰.

Importante destacar que a demanda não discute a eventual proibição da leitura da obra, muito menos qualquer restrição à publicação e circulação do livro. O pedido refere-se à exclusão do Programa Nacional Biblioteca da Escola e de outros programas do governo para a compra de livros e distribuição a estudantes e bibliotecas de escolas públicas⁵²¹.

⁵¹⁷ ARAÚJO, Felipe. Tentativa de censura à obra de Monteiro Lobato. Info Escola. Disponível em: <<<http://www.infoescola.com/atualidades/tentativa-de-censura-a-obra-de-monteiro-lobato/>>>. Acesso em: 21 jan 2014.

⁵¹⁸ LOBATO, Monteiro. Caçadas de Pedrinho. V. 3. Digitalização e revisão: Arlindo San. Disponível em: <<http://www.miniweb.com.br/cantinho/infantil/38/Estorias_miniweb/lobato/Vol3_Cacadas-de_Pedrinho.pdf>>. Acesso em: 21 jan 2014.

⁵¹⁹ GUERLEND, Nádya. Instituto encaminha representação para a CGU contra uso de conto de Monteiro Lobato. Folha de São Paulo. Disponível em: <<<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/1159174-instituto-encaminha-representacao-para-a-cgu-contra-uso-de-conto-de-monteiro-lobato.shtml>>>. Acesso em: 21 jan 2014.

⁵²⁰ OLIVEIRA, Mariana. Atiraram o pau em Monteiro Lobato. Continente. Disponível em: <<<http://www.revistacontinente.com.br/blog/?p=988>>>. Acesso em: 21 jan 2014.

⁵²¹ STF debate racismo na obra de Monteiro Lobato. Vermelho Portal. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/editorial.php?id_editorial=1114&id_secao=16>>. Acesso em: 21 jan 2014.

De toda sorte, o caso retrata a inserção do Direito Coletivo no âmbito do Direito Individual. Fundamentado em uma política de combate ao racismo, o Estado pretende discriminar o tipo de obra literária que um estudante deve ler. Em outras palavras, embasado no interesse coletivo, ameaça restringir a autonomia privada.

A discussão abriu espaço para temas como a proibição ao direito de fumar em locais públicos, o uso obrigatório do cinto de segurança, bem como a já mencionada tentativa de censura à leitura de alguns livros de Monteiro Lobato por suposto cunho racista. Então, emergiram alguns questionamentos: Até que ponto o Direito Coletivo deve prevalecer sobre o Direito Individual? Deve o Estado com base em um interesse coletivo restringir a autonomia privada? O indivíduo perde sua completa caracterização enquanto ser dotado de autonomia privada quando sujeito à incidência dos direitos coletivos?

Como reflexo do caso em questão, uma última pergunta: deve o Estado com base no combate ao racismo discriminar que tipo de obra um estudante deve ler?

2. HUMANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

2.1. DIREITOS DA PERSONALIDADE E AUTONOMIA PRIVADA

Impulsionada por contínua evolução e transformação, a realidade social recria a ordem mundial ao consolidar valores e atribuir roupagem diversa a outros já existentes. Nesse passo, novas situações demandam proteção jurídica. É o que ocorre no campo dos direitos da personalidade, cuja noção de alteridade passa a fazer parte de sua própria essência. São, pois, direitos em expansão.

Com o passar do tempo, tem-se compreendido a personalidade mais como valor jurídico ou como princípio que como atributo jurídico⁵²². De forma basilar, os direitos de personalidade correspondem ao reconhecimento de valores inerentes à pessoa humana, imprescritíveis ao desenvolvimento de suas habilidades físicas, psíquicas e morais. Abrangem atributos como a liberdade de pensamento, de credo, de expressão, respeito ao nome, fama, corpo etc.

Tal reconhecimento é relativamente recente, produto das transformações sociais dos séculos XVIII, XIX e XX. Para a formação de sua concepção, houve influência do Cristianismo, no que se refere à constatação da dignidade do homem como algo a ser respeitado; do Jusnaturalismo, quanto à qualificação como direitos inatos, previamente existentes ao direito posto; e do Iluminismo Francês, a partir da valorização do ser humano em face do Estado. Ademais, foi no cerne das revoluções que marcaram a passagem de tais

⁵²²BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

séculos que se afirmaram os direitos da pessoa como símbolo da igualdade e da liberdade, conforme apregoavam os revolucionários burgueses.

Registre-se que os direitos de personalidade encontraram sua mais elementar forma de manifestação no Direito Público, com base na oposição entre o indivíduo e o Estado⁵²³. Nesse ímpeto, verifica-se que sua importância restou mais evidente no cenário mundial com a promulgação da Declaração Universal de Direitos do Homem em 1948, ainda sob os reflexos das inomináveis violações contra a humanidade perpetradas pelo nazismo durante a Segunda Guerra Mundial⁵²⁴. A partir de então, estariam vinculados à inserção do respeito à dignidade humana nos textos constitucionais de diversos sistemas jurídicos.

Nesse sentido, nascem primeiro os Direitos Humanos, reconhecendo as qualidades individuais das pessoas e protegendo-as contra os arbítrios estatais. Entre eles, o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à integridade física. Conceitos estes que desencadearam na concepção de dignidade da pessoa humana.

Com o aumento populacional das cidades, o crescimento dos meios de comunicação de massa, o aumento do desequilíbrio nas relações econômicas e o avanço tecnológico, outras expressões de direito da personalidade emergiram⁵²⁵. Além de garantir a proteção do indivíduo contra o Poder Estatal, surgiu a necessidade de resguardá-lo nas relações entre particulares. Dessa forma, os direitos fundamentais e humanos, atinentes à esfera pública, passam a fazer parte da esfera privada, ainda que de forma mais restrita, com sua sistematização nos códigos civis.

A Constituição Federal de 1988 restabeleceu a democracia – suprimida, sobretudo, com o golpe militar de 1964 – e consagrou uma série de direitos e garantias ainda não previstos na ordem brasileira. Nesse ínterim, nota-se que “os direitos da personalidade são, por definição, aqueles oponíveis, sobretudo, aos demais indivíduos da sociedade, não se relacionando diretamente com o Estado”⁵²⁶, embora garantam também a proteção do indivíduo em face deste.

O Estado não pode abrir mão de assegurar a devida proteção à pessoa humana, não se furtando a seu papel de reger a convivência pacífica dos homens em nossa

⁵²³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

⁵²⁴ EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A. Direito Civil: **LINDB e Parte Geral**. 2ª ed. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 207.

⁵²⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva 2009, p. 24.

⁵²⁶ DUTRA, Leonardo Leandro e Silva; LOPES, Gleice Finamori. Evolução histórico-conceitual dos Direitos da Personalidade. *In*: Busca Legis. Florianópolis: 21 ago. 2007. Disponível em: <<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15920-15921-1-PB.pdf>>>. Acesso em: 15 jan 2014.

sociedade. É nesta linha que o artigo 1º, inciso II, de nossa Constituição estabelece a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como centro irradiador de um feixe de deveres e direitos correlativos, o que se traduz essencialmente em respeito pela pessoa.

Ora, se por direitos da personalidade entendemos o conjunto de garantias voltadas à preservação da caracterização própria do indivíduo (física, intelectual ou moral), não é possível desassociá-los da ideia de dignidade humana, norma fundamental da ordem jurídico-constitucional brasileira. Não é sem razão que Francisco Amaral reconhece em tal gama de direitos o “terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional”⁵²⁷.

A noção de autonomia privada coincide com o conceito de liberdade jurídica. Corresponde, assim, ao poder inerente a cada um de atuar de forma lícita – entendida aqui como ausência de proibição⁵²⁸. Tal sentido envolve outra noção mais restrita, limitada ao poder de realizar negócios jurídicos, de dispor de liberdade para negociar, poder este que confere aos particulares a possibilidade de regular as próprias ações e as consequências jurídicas.

Ao regulamentar, “de forma direta e individual, seus próprios interesses pessoais, o sujeito faz coincidir sua autonomia privada com os interesses que o ordenamento escolhe proteger”⁵²⁹, identificados com os direitos de personalidade.

Deveras, a autonomia privada não diz respeito somente à iniciativa econômica e às relações contratuais. Com efeito, ela abrange situações dotadas de subjetividade existenciais, como é o caso dos transplantes, da doação de esperma, cessão do uso de imagem etc. Em tais situações, é de suma importância que a abordagem do ordenamento não seja abstrata, haja vista que o poder de estabelecer regras adentra de forma intensa no valor da pessoa.

A compreensão é simples: o princípio da dignidade é o fundamento dos direitos de personalidade; e estes “são campos de livre exercício da autonomia privada, não podendo ser limitados senão em vista da salvaguarda de direito de terceiros”⁵³⁰. Deste

⁵²⁷ AMARAL, Francisco. *Apud.* EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A. *Direito Civil: LINDB e Parte Geral*. 2ª ed. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 208.

⁵²⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

⁵²⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

⁵³⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. *Apud.* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105.

modo, é condição *sine qua non* o estrito respeito desses limites para que o Estado Democrático de Direito impere de fato.

Em outras palavras, o que justifica a criação de normas jurídicas que imponham entraves ao campo de atuação do indivíduo é a esfera jurídica de outrem, na forma de violação de direitos individuais, coletivos ou difusos de outras pessoas.

2.2. DIREITO COLETIVO COMO SISTEMA DE FREIOS AO DIREITO INDIVIDUAL

Hoje em dia, a defesa de um individualismo ilimitado não tem propósito. Não é à toa que a Constituição Federal de 1988, ao consolidar a passagem da noção de autonomia da vontade – que, isoladamente, não tem valor jurídico, como afirma a doutrina contemporânea – para a ideia de autonomia privada – que alia a manifestação de vontade à observância dos ditames constitucionais e demais requisitos de validade do ordenamento jurídico – segue a transformação do direito liberal para o direito social, chamado por muitos de intervencionista.

A Constituição consagrou o ideário da universalização das políticas sociais no país. Nesse passo, o ordenamento jurídico brasileiro caminhou no sentido de impor limitações ao particular em prol da coletividade. São inúmeras as medidas ditas protetivas adotadas pelo Poder Público.

Ademais, as transformações socioeconômicas, latentes em especial a partir da Revolução Industrial e da evolução dos meios tecnológicos, imploravam por atitudes do Estado, a fim de assegurar a integridade de direitos postos em ameaça.

Após a necessidade de tutelar os direitos coletivos, mostrou-se igualmente necessário assegurar os direitos difusos. Ambos constituem direitos transindividuais e indivisíveis. Mas estes se diferenciam daqueles por ultrapassarem a esfera de um só indivíduo, cuja satisfação do direito deve atingir a uma coletividade indeterminada, ligada, entretanto, por uma circunstância de fato⁵³¹.

A tutela dessa gama de direitos preceituados na Lei Maior liga-se, além da dignidade da pessoa humana, ao Princípio da Solidariedade, para o qual não pode o indivíduo renunciar à sua condição inata de membro do corpo social. A solidariedade, desse modo, exorta atitudes de apoio e cuidados de uns com os outros. Pede diálogo e tolerância, e pressupõe um reconhecimento ético e, portanto, corresponsabilidade⁵³².

⁵³¹JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. São Paulo: Podivm, 2010, p. 584.

⁵³²DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado Social e Princípio da Solidariedade. *In:Revista Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n. 3, p. 31148, jul./dez. 2008. Disponível em:

Nota-se que a solidariedade, antes vista sob a ótica da fraternidade, valor do campo meramente ético, moral, social, foi elevada a paradigma coletivo. Apontou-se, assim, para novos rumos do direito: mostrava-se imperioso olhar para o indivíduo como membro da coletividade.

A autonomia privada passou a ser observada sob novos parâmetros, abrindo margem para atuação intervencionista do Poder Público. Nesses termos, vale ressaltar que a limitação da autonomia privada e a adoção do Princípio da Função Social dos Contratos trouxeram significativos avanços para a concretização das diretrizes preceituadas pela Constituição no campo contratual.

Igualmente, outros campos do direito sofreram ingerência do Estado, que alega agir em nome do interesse público. Trata-se de medidas mais recentes que, conforme os mais críticos, evidenciariam a tentativa de impor padrões de comportamento à sociedade, ao argumento de estar trabalhando para assegurar direitos de cunho coletivo. Destacam-se a segurança no trânsito (obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, aplicação da Lei Seca, vistorias do DETRAN etc.), as cautelas com a alimentação e saúde em termos gerais (medidas da ANVISA e iniciativas de diferentes órgãos legislativos), imposição de medidas gerais no ambiente de trabalho, preceituadas pelas vertentes do Direito do Trabalho, além da imposição de aspectos considerados politicamente corretos no campo da moral e dos bons costumes (leis defendendo direitos e privilégios para minorias, certas medidas ecológicas etc.)⁵³³.

Todas as iniciativas estatais elencadas fazem parte de ações do Poder Público fundadas na noção de bem estar social, protecionismo, intervencionismo econômico e políticas regulatórias, de natureza econômica ou social, as quais vão sendo gradativamente institucionalizadas como prática comum. Tais iniciativas partem do princípio de que há um interesse social que se deve sobrepor ao somatório das vontades individuais⁵³⁴. Todavia, há questões que insurgem frente a esse contexto: até que ponto o Estado pode fazer escolhas, que deveriam pertencer ao âmbito das decisões pessoais ou familiares, em nome do coletivo? Não estaria ferindo direitos de personalidade e a autonomia privada de cada um?

À luz desses impasses, faz-se necessário aduzir a respeito da distinção entre Direito Público e Direito Privado e da tênue linha que os separa. Para Pietro Perlingieri, a

<<<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n3/2.pdf>>>.

Acesso em: 10 de jan 2014.

⁵³³NOVAES, Rubens. Não ao Estado-babá. In: O Estadão. São Paulo, 05 nov. 2013. Disponível em: <<<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,nao-ao-estado-baba,1093299,0.htm>>>. Acesso em: 09 jan 2014.

⁵³⁴NOVAES, Rubens. Não ao Estado-babá. In: O Estadão. São Paulo, 05 nov. 2013. Disponível em: <<<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,nao-ao-estado-baba,1093299,0.htm>>>. Acesso em: 09 jan 2014.

distinção não tem mais razão de ser, de modo que aqueles que ainda sustentam a separação entre o público e o privado são influenciados por uma ideologia segundo a qual ao indivíduo se garante uma esfera de liberdade e um conjunto de poderes que lhe permitem realizar sua personalidade⁵³⁵.

Entretanto, na contramão do que defende Perlingieri, a divisão entre direito público e direito privado mostra-se forçosa nas situações em que o interesse público e o interesse privado são realmente distintos (e até mesmo opostos). Para Roxana Borges, querer que, no que tange aos seus direitos mais íntimos, o particular se mova não por interesses individuais, mas por interesses públicos, é transformar a autonomia jurídica individual e a autonomia privada em um poder-função, que seria próprio dos poderes políticos⁵³⁶.

A ideia de o Estado fazer determinações ao particular e impor medidas de caráter obrigatório por visar a interesses coletivos já tem sido aceita em relação à propriedade, à empresa e aos contratos. Em tais áreas, as intervenções estatais fazem sentido em nome do Estado de Bem-Estar Social. Contudo,

perde o sentido se essa teoria for dirigida à esfera mais íntima do indivíduo, pois, aí, o tão defendido valor da pessoa considerada em si mesma deixará de existir e o indivíduo ter-se-á transformado num instrumento da coletividade. A personalidade da própria pessoa será socializada, não estará mais voltada para a realização da dignidade da pessoa, e esta terá perdido sua identidade. Portanto, tal raciocínio acaba negando a dignidade e os direitos da personalidade da pessoa humana⁵³⁷.

Nesse diapasão, vale ressaltar uma das funções básicas do direito quanto aos direitos de personalidade: a garantia do próprio modo de ser da pessoa, de seus valores tidos como existenciais. Em face disso, a princípio, a possibilidade de o Estado, direito ou a sociedade impor padrões de condutas não se justificaria pela proteção de interesse legítimo de terceiros, da coletividade.

O conteúdo da dignidade da pessoa humana vem sendo abordado como centro de atenção nas discussões de personalidade. Todavia, cumpre ressaltar que esse conteúdo não

⁵³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Apud.* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90.

⁵³⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.

⁵³⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.

é absoluto⁵³⁸. Por isso, só pode ser apreendido perante o caso concreto, situando-se espacialmente, cronologicamente e subjetivamente em relação às pessoas envolvidas⁵³⁹.

3. BALIZAS DA LIMITAÇÃO EXERCIDA PELO DIREITO COLETIVO NO DIREITO INDIVIDUAL

Há diversas teorias que abordam a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas. Dentre elas, destacamos três: teoria da ineficácia horizontal; teoria da eficácia mediata e indireta; e teoria da eficácia imediata e direta. A primeira teoria nega completamente a produção dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, sustentando que a incidência dos direitos fundamentais apenas vincularia o poder público; a segunda teoria afirma que os direitos fundamentais não podem ser aplicados diretamente nas relações privadas, caberia apenas ao legislador e ao juiz utilizar-se dos direitos fundamentais sempre que estivessem criando ou analisando direitos privados; por fim, a terceira teoria sustenta que os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações privadas, desde que haja ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada⁵⁴⁰.

A teoria da eficácia direta e imediata é a que deve prevalecer. Afinal, o Estado não é o único capaz de violar os direitos fundamentais. Os particulares detêm vasto poder negocial por meio de empresas, associações, sindicatos, sendo capazes de suprimir direitos de outros em face de interesses próprios, de tal forma que não se poderia aceitar que o Direito Privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, não havendo como admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais⁵⁴¹.

Não há como evitar a intervenção do Direito Coletivo no âmbito do Direito Individual. Trata-se de um mecanismo de regulação inerente ao próprio Estado de Direito. De tal forma que se torna inegável a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas⁵⁴².

⁵³⁸ JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. São Paulo: Podivm, 2010, p. 620.

⁵³⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

⁵⁴⁰ REIS, Junio Barreto dos. Direitos fundamentais e relações privadas: o uso da ponderação. Disponível em: <<<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/18.pdf>>>. Acesso em: 14 fev 2014.

⁵⁴¹ LEISNER. *Apud*. SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 246.

⁵⁴² FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105.

Porém, insistimos na necessidade de limitação dessa intervenção. Caso contrário, irá comprometer a autonomia jurídica individual. A melhor solução é estabelecer parâmetros específicos para que a autonomia privada seja respeitada, por meio de uma ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada⁵⁴³.

João Maurício Adeodato afirma que “o desafio da pós-modernidade, nos Estados democráticos de direito, consiste justamente em fixar limites ao poder constituinte originário”⁵⁴⁴. Ao seu passo, Roxana Borges destaca que “se assim não o for, o espírito de liberdade será negado e estaremos diante de um dirigismo jurídico inconstitucional da vida privada das pessoas”⁵⁴⁵.

Justamente por isso, dois preceitos devem reger a intervenção estatal: 1) só deve ocorrer quando a autonomia individual vier a ferir direitos individuais, coletivos ou difusos de outras pessoas; 2) deve ser pautada pelos critérios de razoabilidade, proporcionalidade e ponderação do caso concreto.

3.1. DA AUTONOMIA PRIVADA

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Já o Código Civil, em seu artigo 21, prevê que: “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Como se pode observar, a lei assegura que a vida privada é inviolável. Portanto, deve ser protegida.

A vida privada deve ser entendida como o direito inerente à pessoa de conduzir sua vida por si mesma, desde que não cause danos a terceiros, nem ponham em risco a ordem pública⁵⁴⁶. Desse conceito deriva uma verdadeira autorização para que o Estado, a sociedade ou outro indivíduo intervenha sempre que a ação de alguém cause dano a terceiro ou ponha em risco a ordem pública.

⁵⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 117.

⁵⁴⁴ ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 314.

⁵⁴⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135.

⁵⁴⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

Roxana Borges define a autonomia privada como um poder atribuído pelo ordenamento ao indivíduo para que este determine alguns efeitos jurídicos às suas próprias condutas. Distingue-a da autonomia individual, conceituada como a liberdade jurídica que as pessoas têm para se autodeterminar no exercício dos seus direitos de personalidade. A toda sorte, é um princípio fundamental clássico do direito privado⁵⁴⁷.

Importante destacar que a autonomia privada não está prevista expressamente na Constituição, mas tem *status* constitucional pelo fato de seu conceito abranger uma série de direitos fundamentais. Assim, o caráter constitucional deriva de sua própria natureza. Wilson Steinmetz explica que:

Na República Federativa do Brasil é possível fundamentar a tutela constitucional da autonomia privada com diferentes argumentos. A afirmação dessa tutela resulta de um argumento de tipo indutivo cujas premissas são o direito geral de liberdade (CF, art. 5º, caput), o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV, e art. 170, caput), o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), o direito de propriedade (CF, art. 5º, caput e inciso XXII), o direito de herança (CF, art. 5º, XXX), o direito de convenção ou de acordo coletivo (CF, 17 art. 7º, XXVI), o princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (CF, art. 226, caput, e §§ 1º-4º); e cuja conclusão é o poder geral de autodeterminação e autovinculação das pessoas, tutelado pela CF. Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados têm um conteúdo básico atributivo de direito de autodeterminação e de autovinculação da pessoa, então a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e de autovinculação – também é constitucionalmente protegida (tutelada)⁵⁴⁸.

A autonomia privada só deve ser limitada quando for ameaçada a esfera jurídica de outrem (recorda-se do ditado popular: “a liberdade de um termina quando começa a liberdade do outro”). Apenas quando houver ameaça a direitos individuais, coletivos ou difusos de outras pessoas é que a lei e a manutenção da ordem pública justificam a criação de normas jurídicas que imponham entraves ao campo de atuação do indivíduo. No mais, não há razão para que o Estado intervenha.

Um exemplo é a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança. À primeira impressão, ficaria a cargo do próprio indivíduo usar ou não o cinto, já que dispõe de autonomia para escolher o que é melhor pra si. Contudo, toda a sociedade tem prejuízo na eventualidade da ocorrência de determinado acidente, supondo que o indivíduo que tenha

⁵⁴⁷BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 243.

⁵⁴⁸STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27.

optado por não utilizar o cinto tenha sofrido sérios danos físicos e necessite dos serviços prestados pelo SUS, mantido por recursos de toda a coletividade. Não fosse isso, não haveria por que o Estado limitar a autonomia individual.

Ocorre que a tentativa de limitar o Direito Individual com base no Direito Coletivo pode levar ao tratamento do indivíduo como um objeto a serviço de um corpo social. É justamente nesse raciocínio que Roxana Borges alerta para a necessidade de se observar sempre os valores de alteridade, tolerância e critérios de proporcionalidade, proibindo o excesso de restrição e buscando a otimização da tutela ao livre desenvolvimento da personalidade⁵⁴⁹.

3.2. RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO

O indivíduo é dotado de liberdade jurídica. Tem o poder de atuar de forma lícita, poder de realizar negócios jurídicos, de dispor de liberdade para negociar, de regular as próprias ações e as consequências jurídicas. Por isso, tem autonomia sobre seu nome, imagem, privacidade.

Um exemplo são os chamados *reality shows*, como o *Big Brother Brasil*. Esses programas são verdadeiros negócios por meio dos quais os indivíduos expõem sua privacidade para o público em geral em troca de prêmios ou de publicidade através de redes nacionais de TV. Se o indivíduo não tivesse autonomia sobre sua privacidade, esse tipo de programa jamais poderia ir ao ar.

O que se constata é que há incidência da autonomia da pessoa sobre os direitos de personalidade. Justamente por isso, os direitos de personalidade são disponíveis. Afirmar o contrário é sustentar um conceito que não reflete a realidade concreta.

Nesse sentido, é que a personalidade deve ser entendida mais como princípio do que como atributo jurídico. Sendo princípio, não é absoluta. Admite ponderação e exige análise do caso concreto para ser aplicado.

O direito de personalidade, a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana devem ser ponderados sempre que estiverem em conflito. A solução a ser adotada deve ser aquela que mais respeite a autonomia individual e menos fira a ordem pública. Afinal, vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual se deve sempre otimizar o livre desenvolvimento da personalidade.

Os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da ponderação derivam do devido processo legal. São termos que em muito se confundem. Destinam-se à adequação

⁵⁴⁹BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

dos meios ao fim, por meio de decisões prudentes, equilibradas e adequadas ao caso concreto.

Quando nos depararmos com situações de conflito entre princípios, não há solução correta, nem solução errada, mas sim a mais razoável. No caso em questão, temos como exemplo a eventual censura à leitura da obra de Monteiro Lobato. Está em discussão a intervenção do Direito Coletivo no Direito Individual.

Essa intervenção se justifica pelo fato de que uma leitura má informada da obra poderia desencadear uma postura racista, que ameaçaria a dignidade de outros indivíduos. Confronta-se o princípio da autonomia individual de quem opta por ler a referida obra com o princípio da dignidade humana daquele que sofreria os reflexos de uma eventual postura racista que fosse desencadeada. Diante desse conflito, deve-se analisar qual princípio deve prevalecer, sem que isto signifique a invalidação do outro.

Deve-se prestigiar tanto a autonomia individual, quanto a dignidade humana. São princípios complementares, não há hierarquia entre eles. Assim, não se pode adotar uma solução que promova um deles e desmereça o outro.

Daniel Sarmento é um dos principais defensores da teoria da ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada. Ele propõe um critério de razoabilidade para os casos em que haja conflito entre esses princípios. Trata-se da igualdade entre as partes: quanto maior for a igualdade, mais intensa será a proteção à autonomia privada, e maior será a restrição ao direito fundamental com ela em conflito; quanto menor for a igualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada⁵⁵⁰.

Sobre os limites à autonomia privada, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. [...] A autonomia

⁵⁵⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). Processo civil: leituras complementares. Salvador: JusPodivum, 2006, p. 261.

privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais [...] ⁵⁵¹.

Em relação à necessidade de razoabilidade das medidas adotadas pelo Estado na intervenção da autonomia individual, o Supremo Tribunal Federal sustentou:

Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade. Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais ⁵⁵².

Como a dignidade humana e a autonomia privada são princípios constitucionais, uma não pode se sobrepor à outra sem que antes seja realizada uma ponderação. Nesse sentido, não é razoável permitir que o Estado, com base no combate ao racismo, proíba um estudante de ler certa obra, sobretudo quando a obra em questão se trata de um clássico da literatura brasileira, que em muitos aspectos é um símbolo cultural, social e histórico. Caso contrário, haveria uma supervalorização da dignidade em face da autonomia privada, esta seria preterida em face daquela, não se mostrando ser esta uma solução razoável.

⁵⁵¹ STF - RE: 201819 RJ , Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 11/10/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577.

⁵⁵² STF - HC: 107840 MG , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 30/06/2011, Data de Publicação: DJe-146 DIVULG 29/07/2011 PUBLIC 01/08/2011.

Em contrapartida, é razoável permitir que o Estado, com base no combate ao racismo, acrescente à obra um encarte explicativo que oriente o leitor sobre o contexto histórico em que o livro foi escrito, explicite os trechos considerados racistas e capacite os professores antes de introduzir a leitura da obra em escolas públicas, o que irá apenas ampliar o conhecimento, e não restringi-lo. Assim, haverá equilíbrio entre a dignidade e a autonomia.

CONCLUSÃO

O Parâmetro Coletivo das Relações Privadas é um tema amplamente discutido. Há correntes de todos os tipos: contrárias à limitação da autonomia privada, ainda que em prol do interesse do próprio indivíduo; e favoráveis à limitação da autonomia privada, com fundamento na dignidade da pessoa humana. Apesar dos diferentes posicionamentos doutrinários, um ponto é incontroverso: cada vez mais se percebe uma forte influência do Direito Constitucional sobre o Direito Privado.

Com a mudança de Estado, do Absolutista para o Liberal, do Liberal para o Social, podendo-se falar até mesmo em do Social para o Pós-Social, observou-se uma grande mudança também nos direitos. Conquistou-se o direito individual, em seguida o direito coletivo, agora se fala em direito difuso. O que se percebe é que não há mais como proteger o interesse do indivíduo sem imaginar seu reflexo no corpo coletivo.

A Fraternidade foi jurisdicizada com o nome de Princípio da Solidariedade. Retirou-se aquele valor do campo meramente ético, moral, social, para elevá-lo a um paradigma coletivo. Fez-se necessário olhar não só para o indivíduo por si só, mas para o indivíduo como membro da coletividade. Assim, a autonomia privada ganhou uma nova roupagem, vai além do direito de um ou de outro, deve proteger o direito de todos.

Diante desse novo parâmetro de análise das relações privadas, chegamos a uma conclusão ao caso proposto no início deste artigo. A base para a análise do caso deve ser o critério da razoabilidade, proporcionalidade e ponderação. Não há como criar uma regra, somente a análise do caso concreto permitirá indicar a melhor solução.

Não é razoável permitir que o Estado discrimine que tipo de obra um estudante deve ler. Em contrapartida, é razoável permitir que o Estado acrescente à obra um encarte explicativo que oriente o leitor sobre o contexto histórico em que o livro foi escrito, explicite os trechos considerados racistas e capacite os professores antes de introduzir a leitura da obra em escolas públicas. Estas medidas somam, não subtraem. Elas ampliam o conhecimento, não o restringem.

Tais medidas visam a uma melhor instrução, orientação e ensino. Elas não restringem a leitura, não interferem no conteúdo, apenas reforçam a consciência do leitor

quanto à realidade dos afrodescendentes no Brasil dessa época. Assim, garantem que o leitor compreenda que a linguagem retratada não é um insulto, mas sim a triste constatação de uma vergonhosa realidade histórica.

Não se questiona a necessidade dessa intervenção, mas sim os seus limites. A intervenção Estatal deve buscar garantir a liberdade do indivíduo, não restringi-la. A ordem estatal não deve obrigar o individuo a fazer algo por ser melhor para ele, mas sim para que não interfira no que é melhor para os outros.

REFERÊNCIAS

ADEODADO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARAÚJO, Felipe. Tentativa de censura à obra de Monteiro Lobato. **Info Escola**. Disponível em: <<<http://www.infoescola.com/atualidades/tentativa-de-censura-a-obra-de-monteiro-lobato/>>>. Acesso em: 21 jan 2014.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado Social e Princípio da Solidariedade. *In*: **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 3, p. 31148, jul./dez. 2008. Disponível em: <<<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n3/2.pdf>>>. Acesso em: 10 de jan 2014.

DUTRA, Leonardo Leandro e Silva; LOPES, Gleice Finamori. Evolução histórico-conceitual dos Direitos da Personalidade. *In*: **Busca Legis**. Florianópolis: 21 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15920-15921-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 jan 2014.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A. **Direito Civil: LINDB e Parte Geral**. 2ª ed. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2011.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GUERLENDIA, Nádia. Instituto encaminha representação para a CGU contra uso de conto de Monteiro Lobato. **Folha de São Paulo**. Disponível em:

- <<<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/1159174-instituto-encaminha-representacao-para-a-cgu-contra-uso-de-conto-de-monteiro-lobato.shtml>>>. Acesso em: 21 jan 2014.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de **Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Podivm, 2010.
- LOBATO, Monteiro. **Caçadas de Pedrinho**. V. 3. Digitalização e revisão: Arlindo San. Disponível em: <<http://www.miniweb.com.br/cantinho/infantil/38/Estorias_miniweb/lobato/Vol3_Cacada_s-de_Pedrinho.pdf>>. Acesso em: 21 jan 2014.
- NOVAES, Rubens. Não ao Estado-babá. *In: O Estadão*. São Paulo, 05 nov. 2013. Disponível em: <<<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,nao-ao-estado-baba,1093299,0.htm>>>. Acesso em: 09 jan 2014.
- OLIVEIRA, Mariana. Atiraram o pau em Monteiro Lobato. **Contínente**. Disponível em: <<<http://www.revistacontinente.com.br/blog/?p=988>>>. Acesso em: 21 jan 2014.
- REIS, Junio Barreto dos. **Direitos fundamentais e relações privadas: o uso da ponderação**. Disponível em: <<<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/18.pdf>>>. Acesso em: 14 fev 2014.
- STF debate racismo na obra de Monteiro Lobato. **Vermelho Portal**. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/editorial.php?id_editorial=1114&id_secao=16>>. Acesso em: 21 jan 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). Processo civil: leituras complementares*. Salvador: JusPodivm, 2006.
- STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STF - HC: 107840 MG , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 30/06/2011, Data de Publicação: DJe-146 DIVULG 29/07/2011 PUBLIC 01/08/2011.
- STF - RE: 201819 RJ , Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 11/10/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577.

O CASO “LULU” E OS DANOS DECORRENTES DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NA INTERNET

Erick Lucena Campos Peixoto⁵⁵³

Marcos Ehrhardt Júnior⁵⁵⁴

Resumo: O presente estudo tem por objetivo tratar da violação de direitos da personalidade na Internet através da análise do caso concreto envolvendo o aplicativo para celulares “Lulu”, principalmente no que diz respeito à violação da privacidade e da honra dos “usuários”, mostrando, para isso, a repercussão no judiciário e a possibilidade da ocorrência do dano moral coletivo.

Palavras-chave: Internet – Privacidade – Honra – Danos morais coletivos

Abstract: The present study aims to treating the violation of rights of the personality on the Internet through the analysis of the case involving the mobile application "Lulu", especially with regard to the violation of privacy and honor of "users", showing to therefore, the repercussion in the judiciary and the possibility of the occurrence of collective moral damages.

Keywords: Internet – Privacy – Honor – Collective moral damages

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Inegáveis são os avanços tecnológicos relativos à Internet, que ocorrem cada vez em um espaço de tempo menor. Da criação da Internet como a conhecemos hoje, em meados dos anos 90, evoluímos de serviços limitados às poucas pessoas que dispunham de uma máquina em casa com uma conexão discada para uma massificação do uso da internet, com várias tecnologias de conexão disponíveis e uma gama de dispositivos capazes de oferecer acesso à rede.

A tecnologia digital, diz Gustavo Testa⁵⁵⁵, é uma realidade, e que por isso nos são postas lacunas objetivas todos os dias, as quais o direito tem que analisar, estudar e se preciso for, preencher. Com a massificação do uso da Internet, novos conceitos surgem

⁵⁵³ Graduando do curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL. E-mail: ericklucenacp@gmail.com.

⁵⁵⁴ Advogado, Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas. E-mail: contato@marcosehrhardt.com.br.

⁵⁵⁵ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

sobre valores mais tradicionais. Falamos aqui sobre os direitos da personalidade, em especial tratamento, o direito à privacidade e o direito à honra.

No meio jurídico, na mídia e no meio acadêmico, em geral, é comum utilizar-se a expressão “impacto” causado pelas novas tecnologias da informação sobre a sociedade e a cultura. De fato, as tecnologias novas, principalmente em se falando de Internet, chegam muito rapidamente à disposição das pessoas. Acabam por se agregarem aos seus costumes. Como algo que já faz parte do nosso meio poderia nos “impactar”? É nesse sentido que Pierre Lévy critica a metáfora do “impacto”⁵⁵⁶: Seria a tecnologia, questiona o autor, comparável a um projétil e a cultura ou sociedade a um alvo vivo?

Hoje, o computador pessoal, no seu modelo tradicional, representado pelo *desktop*, ou computador de mesa, vem perdendo espaço para modelos menores e portáteis. O notebook, hoje em sua versão mais leve e poderosa, o “*ultrabook*”, faz as vezes do PC de mesa. Junto dele, seguem-se o *tablet* e o *smartphone*. E não para por aí. O acesso a Internet está presente em vários dispositivos presentes nos lares e não mais está restrito ao trio computador/*tablet*/*smartphone*. Aparelhos de TV (*smart TV*), consoles de vídeo game e até geladeiras⁵⁵⁷ dispõem de acesso Internet.

O *smartphone* é o símbolo da atual era na Internet. Este pequeno aparato (ou não tão pequeno assim, já que existem dispositivos de telas com mais de 5 polegadas), antes uma novidade reservada para poucos que podiam pagar, caiu nas graças do povo. Sua popularização deve-se à variedade de modelos, muitos importados da china, de marcas desconhecidas e extremamente baratos; deve-se também ao sistema operacional Android, da empresa Google, sistema este de código aberto e gratuito, utilizado por vários fabricantes.

E ele representa mais que simples mobilidade. O celular inteligente, tradução literal da palavra, é um computador de bolso, que, conectado à Internet móvel, traz ao usuário uma experiência única de interação com o mundo em volta. Ele permite acesso às redes sociais mais populares, como o Facebook, o Twitter e o Google Plus, além de dispor de aplicativos mensageiros criados para o celular, como o Whatsapp, Kik Messenger; compartilhamento de fotos e vídeos, como o Instagram, o Snapchat e o FX Cam; videoconferência, como o Skype, Viber e Hungouts. Dispõe ainda de aplicativos de localização por meio de GPS; transações bancárias são feitas em tempo real através destes

⁵⁵⁶ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 21.

⁵⁵⁷ A sul-coreana Samsung lançou em 2011 o modelo de geladeira que acessava o Twitter, Google Calendar e outros serviços na Internet, a RF4289, custando, na época do lançamento, a quantia de US\$ 3.299,00.

celulares. São, enfim, um sem número de aplicativos disponíveis para todos os gostos e funções.

Se por um lado a Internet evoluiu a ponto de nos trazer tantos benefícios e facilidades para o nosso dia a dia, por outro passamos a ser vigiados ininterruptamente. Nunca a vida privada se expôs tanto à praça. Postamos fotos, compartilhamos nossos pensamentos. Pessoas completamente estranhas sabem de nossas vidas com um clique. Mas estes, ao menos, são os dados que lançamos ao público por conta própria. Fora estes, temos nossas informações pessoais espalhadas por lugares que não imaginamos.

Ao se visitar um sítio eletrônico, ao mandar um e-mail, ao fazer uma compra *on-line*, deixamos nossos rastros digitais. De repente, a caixa de mensagens de e-mail está lotada de *spams* e mensagens de conteúdo malicioso. E não sabemos o porquê nem de onde vêm.

Nossa realidade, na atual fase tecnológica se assemelha ao futuro distópico⁵⁵⁸ imaginado por George Orwell em sua renomada obra 1984. Certo que vivemos numa democracia. Mas temos todo o aparato de vigilância digno de um Estado totalitário. Expomos nossas famílias, nossa própria imagem.

Quando tratamos de Direito e Internet, somos forçados a buscar de outras ciências que não a Ciência do Direito, subsídios para que uma linha de pensamento seja traçada. Esta é uma das características do Direito da Informática, a multidisciplinariedade. Transcende também a as fronteiras nacionais justamente pela natureza mundial da Rede de computadores.

Neste mesmo sentido, diz Doneda⁵⁵⁹:

Se hoje a privacidade e a proteção dos dados pessoais são assuntos na pauta do jurista, isto se deve a uma orientação estrutural do ordenamento jurídico com vistas à atuação dos direitos fundamentais, sob o pano de fundo do papel do desenvolvimento tecnológico na definição de novos espaços submetidos à regulação jurídica. A recente, porém significativa, experiência de vários ordenamentos com o tema nos indica que [...] uma certa familiaridade é exigida, não somente com a tecnologia em si – por mais importante que seja – porém principalmente com o seu modo de operar e influir na sociedade. Nas relações mais estritamente ligadas à tecnologia, o grau de indeterminação presente em toda tentativa de regulação feita pelo direito é sensivelmente alto, o que potencializa as situações de risco. Portanto, a metodologia utilizada pelo jurista deve levar

⁵⁵⁸ Distopia, termo este que na patologia, parte da medicina que estuda as doenças, se refere à localização anormal de um órgão. Literalmente quer dizer “lugar ruim ou perturbado”. Aqui, “futuro distópico” é a antítese de um “futuro utópico”.

⁵⁵⁹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33-34.

em consideração as novas variáveis introduzidas, de forma a refletir na modelagem de institutos adaptados a esta realidade.

Portanto, para este estudo, serão usados conceitos de outras áreas, como da Ciência da Computação, por exemplo, além de termos usuais da navegação na Internet, ainda que em inglês. Anglicismos serão evitados na medida do possível, mas aqui vai a advertência: em que pese todos os esforços para se evitar estrangeirismos, a língua franca no meio informático é o inglês. Muitas palavras não tem equivalente em português ou ficariam sem o menor sentido. Dá-se o exemplo de *cookie* e de *bug*. Falar que seu computador tem um “biscoito” instalado ou que ocorreu um “inseto” em uma determinada aplicação não faz o menor sentido em nosso vernáculo.

2 DISCUSSÃO

2.1 O CASO “LULU”

No último trimestre de 2013, foi lançado no Brasil o aplicativo Lulu, projetado para celulares do tipo *smartphone* com sistemas operacionais Android (da Google) e iOS (da Apple). A versão brasileira deste aplicativo foi disponibilizada ao público depois da versão original norte-americana, lançada em fevereiro daquele mesmo ano.

O Lulu consiste em uma rede social derivada, utilizando como suporte para seu funcionamento outra rede social de maior abrangência, o popular Facebook. É destinado exclusivamente para mulheres, sendo seu objetivo qualificar através de notas os homens com quem tiveram ou têm algum relacionamento amoroso, ou qualquer um que esteja dentre os seus círculos de amizade virtual.

Os dados utilizados pelo aplicativo são fornecidos pelo Facebook através da opção “Conectar com o Facebook”, mediante autorização da usuária que baixa o Lulu em seu *smartphone*. Depois de autorizada a conexão, todos os homens presentes na lista de contatos, ou “amigos” do perfil da usuária ficam disponíveis para receberem as qualificações, positivas ou negativas.

Escolhido o perfil masculino que receberá a crítica, a mulher indica como o conhece, através da escolha de uma entre seis opções: “ex-namorado”, “já fiquei”, “estou a fim”, “amigo”, “juntos” e “parente”.

O próximo passo é responder algumas perguntas com alternativas já predefinidas. São perguntas sobre características do homem em questão, como por exemplo, educação, ambição, compromisso, humor e primeiro beijo.

Após esse passo, a usuária do aplicativo avalia através de *hashtags*⁵⁶⁰ as melhores e piores qualidades do homem. As melhores qualidades são representadas pelas seguintes⁵⁶¹:

#FeioArrumadinho; #TodoOuvidos; #BarbaPorFazer; #Ursinho; #CaiDeBoca; #SafadoNaMedidaCerta; #HomemDeUmaMulherSó; #AmorNerd; #BomCaráter; #SorrisoIncrível; #DirtTalkPro; #OmbroAmigo; #CozinheiroDeMãoCheia; #Aparadinho; #SkinLikeButta; #Amorzinho; #OlhosDeRessaca; #Flexibilidade; #DiversãoSemLimites; #EnergizerBunny; #SempreCheiroso; #LavaRoupa; #EscreveCartasDeAmor; #HopelessRomantic; #LimpaACasa; #MãosFortes; #SleepinTheWetSpot; #CuddlesAfter; #JáAcordaGato; #FinallySingle; #ConheceOMundo; #SabeDasCoisas; #Rebelde; #ÉFelizTodoDia; #FicaNaDele; #CarroDoAno; #WillHelpYouMove; #PuxaAssuntoComMeuPai; #Piloto; #Gênio; #ManinUniform; #CheioDeSegredos; #MrDarcy; #AiSeEuTePego; #OCara; #CharmedMyPantsOff; #ArrumaACama; #MaisPopQuePapa; #MãosMágicas; #TeAmoMeComeAgora; #MaxilarMarcado; #ChurrasqueiroDaVez; #ForeignFox; #Cavalheiro; #BebeSemCair; #HeInventedSex; #PorDoSolNaPraia; #SilverFox; #AlmaDaFesta; #DormeDeConchinha; #OShowDaFesta; #SobreviveNaSelva; #SemMedoDeSerFofo; ##KingOfDowntown; #SemprePreparado; #Natureba; #QuaseUmFãDeComédiaRomântica; #CopoMeioCheio; #SaiBemNaFoto; #DáFloresSemMotivo; #WillCaryYouLuggage; #Dimples; #AcreditaNoAmor; #DeixaAsInimigasComInveja; #SabeEscrever; #Movember; #PantyDropper; #DáPresentinhos; #AmigosGatos; e #SemComentários.

Já os piores comentários são representados por: #CampusCreep; #NãoLigaNoDiaSeguinte; #PânicoDeGermes; #PornEducated; #NãoFedeNemCheira; #PrefereOVideoGame; #AmigasDemaisNoFacebook; #NotTheSharpestKnife; #NãoQuerNadaComNada; #SóDepoisDoCasamento; #EsqueceACarteira; #JudiaDosAnimais; #SemLimites; #AmigoDoEx; #DáSono; #NãoSabeApertarUmParafuso; #CertinhoDemais; #SangueAzul; #NadaDeMal; #LiveInAPigpen; #TribalTat; #Doesn'tPlayNiceWithMyFriends; #NeverSleepsOver; #F**kedMeAndChuckedMe; #ShouldComeWithAWarning; #CurteRomeroBritto; #MamãeÉUmAnjo; #NãoMeAma; #HitItAndQuitIt; #ProcreatedTheEvaporated; #Esquentadinho; #NãoSeInteressaPorNada; #BlockHisNumber; #UsaRider; #ArrotaEPeida; #NoStyle; #LongNails; #LiarLiarPantsOnFire; #Bebezão; #NãoSabeQueEuExisto; #PerfeitoParaMinhaIrmã; #ThatGuy; #AchaQueOMundoGiraAoSeuRedor; #4e20; #PiorMassagemDoMundo; #NeverRemembersMe; #ObcecadoPorStarWars; #BitchyExes; #CopoMeioVazio; #AcendeUmCigarroNoOutro; #HotNCold; #Lerdo; #SóUsaAbadá; #EDMGroupie; #DDA; #FalaPalavraçãoPraC@r@lh*; ##SemQuímica; #TooCoolForSchool; #LoserFriends; #ApaixonadoPelaEx; #JekyllAndHyde; #DeathBreath; #TotalF**kingDickhead;

⁵⁶⁰ Palavras-chave precedidas do símbolo # - cerquilha ou “jogo-da-velha” – cuja função principal é servir como indexador para mecanismos de busca na internet, mas neste caso do aplicativo Lulu, servem apenas como um chamariz.

⁵⁶¹ MANNARA, Barbara. **Infográfico do Lulu: veja como funciona e as hashtags mais hilárias.** Techtudo. Disponível em: <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2013/12/infografico-do-lulu-veja-como-funciona-e-hashtags-mais-hilarias.html>. Acesso em 09 de fev. de 2014.

#FastFoodDiet; #DizQueOlharNãoTiraPedaco; #FilhinhoDaMamãe; #NãoSabeNemFritarOvo; #AddictedToMirrors; #50ShadesOfF**kedUp; #TocaVuvuzela; #NucaTáFeliz; #SóPensaNisso; #CrayCray; #SóAmigos; #ClubeDaLuta; #SemComentários; #EscrotoComGarçons; #WorkinProgress; #MaisBaratoQuePãoNaChapa; e #HygenicallyChallenged.

Ao fim, é calculada a nota da avaliação – entre zero e dez – e a média geral de todas as avaliações. Também é possível à usuária marcar o homem avaliado como “favorito” e também conferir as notas das outras avaliações feitas por outras usuárias.

É permitido ao homem um acesso muito restrito ao aplicativo, consistindo em verificar quantas mulheres o marcaram como “favorito” e quantas visitaram o seu perfil no Lulu, informações estas meramente quantitativas, sem especificar nome de nenhuma usuária.

Até a última mudança na política de privacidade da Lulu, empresa por trás do Lulu, os perfis masculinos sob avaliação no aplicativo eram expostos sem qualquer autorização dos seus titulares. Tanto a foto que ilustra o perfil do Facebook quanto o nome e sobrenome apareciam às usuárias do Lulu, estas cobertas pela “privacidade” oferecida pelo serviço, que garantia total anonimato das críticas realizadas.

A única possibilidade de defesa masculina contra os comentários das mulheres era entrar em contato com o sítio do aplicativo e proceder a exclusão do seu perfil. Essa medida adotada pelo desenvolvedor do aplicativo quanto à exclusão dos perfis é um grande problema. Primeiro, porque a pessoa que foi exposta automaticamente pelo simples fato de estar no círculo de amigos de alguma pessoa no Facebook não deu permissão para tanto. Segundo, cria-se aqui uma falsa ideia de preservação do usuário. Se o homem já sofreu os comentários jocosos e até mesmo maliciosos do Lulu, o dano pode já ter sido concretizado, de nada servindo a retirada posterior do perfil, senão para evitar um dano ainda maior. Além de que quando o homem realiza o procedimento de exclusão, o sítio do Lulu recolheria dados do usuário. Ou seja, de uma forma ou de outra o homem seria obrigado a fornecer dados pessoais contra sua vontade.

2.2 AS PRIMEIRAS DEMANDAS CONTRA O “LULU” NA JUSTIÇA BRASILEIRA

O crescimento do Lulu foi espantoso. Em pouquíssimo tempo o número de descarregamentos das lojas virtuais de aplicativo da Google⁵⁶² e da Apple⁵⁶³ chegaram à casa dos milhões. Logo, o sucesso fez o “aplicativo das mulheres” ser objeto de notícia em

⁵⁶² Página de download do lulu para o sistema Android: https://play.google.com/store/apps/details?id=com.luluvisse.android&hl=pt_BR.

⁵⁶³ Página de download do Lulu para o sistema iOS: <https://itunes.apple.com/app/lulu/id575284053>.

todos os meios de comunicação. Não tardou para que surgissem conflitos de interesses e o Lulu acabou virando réu em algumas ações pelo país.

No final de novembro de 2013, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios instaurou um inquérito civil público contra o Facebook Serviços Online Ltda. e a Luluvise Incorporation, dando um prazo de cinco dias para que as empresas esclarecessem sobre as possíveis violações a direitos da personalidade de milhões de usuários do sexo masculino.

Em 9 de dezembro do mesmo ano, a 1ª e a 2ª Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor do MPDFT instauraram ação civil pública (processo nº 2013.01.1.184921-7 da 1ª Vara Cível – Brasília/DF) contra o Facebook e a Luluvise, por lesão a direitos da personalidade, tais como a privacidade e a honra. Foi pedido liminarmente a suspensão imediata do compartilhamento de dados entre o Facebook e o aplicativo Lulu no Brasil e ainda, a adaptação para que só os dados especificados e com anuência prévia dos usuários possam ser divulgados.

Em decisão interlocutória, o juiz da primeira vara cível de Brasília indeferiu a tutela antecipada:

[...] a proteção dos direitos insculpidos no artigo 5.º da Constituição Federal deve ser postulada por cada uma das pessoas que, concretamente, experimentaram violação a seus atributos da personalidade, inclusive, eventualmente, em razão do aplicativo de informática "sub judice", falecendo, por conseguinte, ao Ministério Público, em relação a tais demandas, legitimidade ativa "ad causam" para tanto.⁵⁶⁴

O Ministério Público do DF e Territórios entrou então com um agravo de instrumento, obtendo decisão favorável para que as empresas excluam imediatamente dados e imagens de toda e qualquer pessoa que não tenha manifestado consentimento prévio e específico para constar no aplicativo Lulu como pessoa a ser avaliada. Também foi determinada a vedação de avaliação anônima e a conservação dos dados das avaliações:

Assim, recebo o Agravo de Instrumento em seu duplo efeito para conceder a tutela antecipada e determinar: a) a exclusão imediata dos dados e imagens de toda e qualquer pessoa que não tenha manifestado consentimento prévio, específico e informado para figurar no aplicativo LULU como pessoa a ser avaliada, sob pena de multa diária de

⁵⁶⁴

Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=4&CDNUPROC=20130111849217>. Acesso em 09 de fev. de 2014.

R\$ 500,00 (quinhentos reais por pessoa); b) a vedação da possibilidade de avaliação anônima, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais por pessoa) e; c) conservação dos dados das avaliações no aplicativo LULU, somente disponibilizando tais informações aos legítimos interessados, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais por pessoa).⁵⁶⁵

A Desembargadora Ana Cantarino ainda reconheceu a legitimidade do Ministério Público em ajuizar a ação, apontando a atribuição institucional para velar sobre os direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF), destacando ainda a proteção ao consumidor pelo MP, conforme a Lei Complementar nº 73/93.

Outro caso que ganhou destaque nas mídias foi o de um estudante de direito de São Paulo, que ingressou com uma ação de indenização por danos morais na 2ª Vara do Juizado Especial Cível da comarca de São Paulo (processo nº 1012716-43.2013.8.26.0016).

Teve, porém, decisão interlocutória desfavorável:

Desnecessária a intervenção judicial, em sede de tutela antecipada, pois a remoção do perfil no referido aplicativo poderá ser feita diretamente pela parte, na rede mundial de computadores (<http://company.onlulu.com/deactivate>). Assim, indefiro o pedido de tutela antecipada.⁵⁶⁶

A Defensoria Pública do Espírito Santo também ingressou com uma ação civil pública (processo nº 0049084-45.2013.8.08.0024) na 4ª Vara Cível de Vitória – ES. O juiz despachou nos seguintes termos:

Sobre o pedido de liminar, não obstante seja compreensível o pedido, entendo que, pela complexidade da matéria, já que impedir ou tolher a liberdade de expressão e manifestação de qualquer grupo de interesses fere cardeais princípios constitucionais (artigos 5º, inciso IX, 206, inciso I e 220, caput, e seu parágrafo sexto), faz-se necessário, antes, oportunizar ao réu o contraditório, com maiores elementos de convicção que, certamente serão trazidos pelo réu.

Por outro lado, deve também, no momento oportuno, ser avaliada a legitimidade da autora para pleitear a defesa genérica de supostos prejudicados pelo uso do aplicativo

⁵⁶⁵

Disponível

em:

http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/noticias/dezembro_2013/decis%C3%A3o.pdf.

⁵⁶⁶ Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>.

em foco, já que certamente a grande maioria de usuários não é hipossuficiente, na acepção legal positivada na lei 1.060/50.⁵⁶⁷

Diferente o tratamento dado quando o autor ingressa individualmente com a ação, como no processo n. 0005164-76.2013.8.08.0038, ainda no Espírito Santo:

[...] DEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pleiteado pelo requerente e determino que as requeridas retirem do ar no prazo de 48h (quarenta e oito horas), o perfil do autor do aplicativo LULU, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) e que o Facebook seja impedido de sincronizar os seus dados com outro aplicativo sem sua autorização expressa. [...]

Por último, o juiz da 7ª Vara Cível da comarca de Goiânia deferiu liminar (processo nº 428385-54.2013.8.09.0051) para obrigar o Facebook a retirar o perfil e todos os dados do requerente do aplicativo Lulu. Em caso de descumprimento, a empresa deverá pagar uma multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) diários.

2.3 A TUTELA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NA INTERNET E “DANO MORAL COLETIVO”

2.3.1 Os direitos da personalidade mais vulneráveis na Internet

Os direitos da personalidade, segundo trata Paulo Lôbo, são “os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade”. E ainda, “os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil”⁵⁶⁸.

São características dos direitos da personalidade, segundo o mesmo autor, a intransmissibilidade, a indisponibilidade, a irrenunciabilidade, a inexpropriabilidade, a imprescritibilidade e a vitaliciedade. A titularidade, dos direitos em questão, é única e exclusiva, não podendo ser transferida para terceiros, herdeiros ou sucessores⁵⁶⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro não há uma tipicidade fechada de direitos da personalidade. Existem os tipos exemplificativos, presentes na Constituição Federal e na

⁵⁶⁷ Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/>.

⁵⁶⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.130.

⁵⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 133.

legislação civil, bem como os tipos reconhecidos socialmente, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dos tipos mais gerais, interessa-nos para os fins deste trabalho, o direito à privacidade e o direito à honra.

O direito à privacidade é uma denominação genérica para os direitos que visam proteger a pessoa de interferências externas sobre fatos que não devem ser expostos à público. Compreende o direito à intimidade, à vida privada, à imagem e ao sigilo.

Pontes de Miranda, que tratava o direito à privacidade por “direito de velar à intimidade”, dizia que este direito é “efeito de exercício da liberdade de fazer e de não fazer: há quem possa não revelar, porque há quem pode não fazer; é a liberdade que está à base disso.”⁵⁷⁰ Continua o autor: “Essa liberdade é que pode ser direito de personalidade inato; o direito a velar a intimidade provém dela, como o direito ao sigilo provém da liberdade de se não emitir o pensamento ou sentimento.”⁵⁷¹ Esclarece ainda que as limitações à intimidade ou à renúncia da mesma dizem respeito à liberdade, pois todos têm que respeitar o mínimo de intimidade e ao mesmo tempo ninguém pode ser privado de tal mínimo de intimidade.

O direito à intimidade remete a fatos, acontecimentos em geral, que a pessoa deseja resguardar para si e não deseja dividir com qualquer outra. O direito à vida privada protege o ambiente familiar, sendo aqui mais abrangente que o direito à intimidade, pois sua violação pode atingir as várias pessoas componentes do grupo. O direito à imagem protege a qualquer forma de reprodução da figura humana. Não deve ser confundido com direito à honra, como muitas vezes o é. Por fim, o direito ao sigilo diz respeito à proteção do conteúdo das correspondências e comunicações.

Roxana Borges exemplifica algumas hipóteses de como o direito à privacidade pode ser violado. A primeira delas é quando há intromissão não consentida em relação à vida privada de alguém; a segunda, quando o acesso às informações da vida privada de uma pessoa for por esta autorizado, mas a divulgação dessas informações a terceiros não for concedida; e por último, quando a intromissão não foi consentida e, além disso, houve divulgação das informações obtidas ilicitamente.⁵⁷²

O direito à honra, também chamado de direito à reputação, resguarda a boa fama, a consideração, o respeito que a pessoa desfruta dentro da sociedade. Segundo Paulo Lôbo: “A honra pode ser entendida como subjetiva, quando toca à pessoa física, porque somente

⁵⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalvanti. **Tratado de direito privado: direito de personalidade**. Direito de Família. São Paulo: RT, 2012, p. 198, tomo VII.

⁵⁷¹ Idem, Ibidem, p. 198.

⁵⁷² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 163.

ela pode sofrer constrangimentos, humilhações, vexames. É objetiva a honra que resulta dos padrões morais existentes em determinada sociedade, considerada a conduta razoável ou média⁵⁷³.

Para Pontes de Miranda, “A dignidade pessoal, o sentimento e consciência de ser digno, mais a estima e a consideração moral dos outros, dão o conteúdo do que se chama honra.⁵⁷⁴” Ainda segundo o autor, o direito à honra é absoluto, público e subjetivo.

Os danos extrapatrimoniais que ocorrem na Internet geralmente decorrem de violação a estes dois tipos de direitos da personalidade. Se há alguma dificuldade no tratamento do tema pelos tribunais, em reconhecer o dano moral e sua extensão quando ocorrem na rede mundial de computadores, além da responsabilidade do provedor de internet, se objetiva ou subjetiva, se é relação de consumo ou não, há mais dificuldade ainda quando o dano atinge não só um indivíduo, mas uma coletividade.

2.3.2 O dano moral coletivo na Internet

A Constituição Federal protege os direitos acima elencados, tanto que no art. 5º, inciso X diz que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Os interesses que transcendem a esfera individual também são expressamente protegidos pela Constituição, como por exemplo, a tutela do meio ambiente, da moralidade administrativa, do patrimônio histórico e cultural (art. 5ª, inciso LXXIII).

Carlos Alberto Bittar Filho explica que o dano moral coletivo

[...] é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de

⁵⁷³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.148.

⁵⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalioti. **Tratado de direito privado: direito de personalidade**. Direito de Família. São Paulo: RT, 2012, p. 102, tomo VII.

prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).⁵⁷⁵

Anderson Schreiber⁵⁷⁶ aponta que dentro do Código de Defesa do Consumidor existem vários dispositivos que tutelam interesses transindividuais. O Art. 6º diz que é direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, *coletivos* e *difusos*. O CDC ainda diz, no artigo 83, 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”. A lei da ação civil pública (Lei 7.347) também dispõe sobre o tema no seu art. 1º.

Ainda no Código de Defesa do Consumidor, o artigo 81 diz:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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.

Assim, o ordenamento jurídico deixa claro que tutela interesses não só do indivíduo, mas também interesses supraindividuais. Caso ocorra lesão a estes, resultará em danos coletivos ou difusos, podendo assumir conotação patrimonial ou extrapatrimonial.

O aplicativo Lulu, sem sombra de dúvidas, violou os direitos da personalidade de milhares de usuários do sexo masculino. Sua conduta consiste em utilizar de perfis pessoais

⁵⁷⁵BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. São Paulo, **Revista de Direito do Consumidor**. SP, v. 1, 1994. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>.

⁵⁷⁶SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 89.

de homens com conta no sítio do Facebook para expô-los às críticas num ambiente em que a informação tem o poder de se espalhar instantaneamente, como no ciberespaço, este que por excelência potencializa os danos à honra e à privacidade. Tal utilização ocorreu sem autorização ou sequer conhecimento da grande parte das vítimas, quando muitos só vieram saber que estavam sendo avaliados no aplicativo através de pessoas do seu convívio ou de notícias espalhadas pela mídia.

Os danos sofridos pelos usuários são relativos à privacidade e à honra. Os usuários tiveram informações de cunho pessoal divulgadas em uma rede social da qual não faziam parte. Nela, tiveram suas imagens e nomes expostos. Além disso, a reputação de que a pessoa goza no meio social se vê abalada. Basta olhar o tipo de qualificação que o próprio aplicativo fornecia e incentivava o uso (tópico 2.1). Sendo qualificações que expõe o homem que nada tem a ver com aquilo ao ridículo perante sua família e todo o seu círculo social. Acaso alguém gostaria de ver seu desempenho sexual espalhado na Internet sem o seu consentimento? “#CaiDeBoca”; “#EncantadorDeLingerie”, “#NãoFedeNemCheira” podem parecer brincadeira. Mas só é brincadeira quando se está brincando.

3 CONCLUSÕES

A Internet pode trazer uma série de benefícios na sua atual fase, conectando não somente pessoas a conteúdo, mas também pessoas a pessoas. Mas da mesma forma que beneficia, pode ser instrumento para efetivação de violação de direitos.

Com os *smartphones*, ficou muito mais fácil ficar conectado à rede. Com isso surgiram diversos aplicativos, muitos dos quais, redes sociais. Utilizando os recursos do Facebook, o Lulu surgiu com certa euforia entre o público feminino por permitir dar notas aos homens do círculo de contatos. Tais notas se referiam ao desempenho sexual, à qualidades e defeitos da pessoa, e tudo isso sem o conhecimento ou consentimento do homem.

Tal conduta consiste em clara violação ao direito de privacidade e à honra do usuário da Internet, pois o mesmo teve exposta sua imagem, seu nome, sua intimidade, e de certa forma, sua honra.

Discute-se se cabível a reparação da coletividade que teve seus direitos lesionados. Entendemos configurado o que a doutrina chama de dano moral coletivo, visto que vítima neste caso são todos os usuários masculinos do Facebook. Os direitos violados são direitos individuais homogêneos, assim entendidos como de origem comum, conforme dispõe o CDC no art. 81.

O ordenamento jurídico brasileiro dá suporte a que o dano extrapatrimonial seja tratado de forma transindividual numa ação de indenização, conforme se extrai do Código de Defesa do Consumidor (arts. 6; 81 e 83), da Lei 7.347 (ação civil pública) e art. 5º, X da Constituição Federal.

No momento da conclusão deste trabalho, o aplicativo Lulu encontra-se indisponível para o público brasileiro. Depois das várias ações movidas contra a empresa que o fornece e o Facebook, o aplicativo enviou, por iniciativa própria, uma mensagem a todos os seus usuários avisando que iria suspender suas atividades temporariamente, reformulando o aplicativo e que em breve retornaria.⁵⁷⁷

O mais importante é que o operador jurídico melhor se prepare para lidar com os casos que se insiram num contexto envolvendo a Internet, ante os problemas de falta de regulação e também de jurisprudência, de modo a evitar decisões desconexas com a realidade.

4 REFERÊNCIAS

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. São Paulo, **Revista de Direito do Consumidor**. SP, v. 1, 1994. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>. Acesso em 09 de fev. de 2014.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANNARA, Barbara. Infográfico do Lulu: veja como funciona e as hashtags mais hilárias. In: **Techtudo**. Disponível em: <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2013/12/infografico-do-lulu-veja-como-funciona-e-hashtags-mais-hilarias.html>. Acesso em 09 de fev. de 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: direito de personalidade**. Direito de Família. São Paulo: RT, 2012, tomo VII.

⁵⁷⁷De acordo com notícia veiculada pelo portal G1, disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/01/lulu-completa-25-dias-fora-das-lojas-de-aplicativos.html>. Acesso em: 17 de jan. de 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

**NOVAS ENTIDADES FAMILIARES E REPERCUSSÕES NO DIREITO
SUCESSÓRIO: A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E A SUCESSÃO *CAUSA MORTIS* –
CONCORRÊNCIA ENTRE O CÔNJUGE SOBREVIVENTE E O FILHO COMUM,
FRUTO DE ADOÇÃO CONJUNTA.**

Mayara do Nascimento e Silva⁵⁷⁸

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar os efeitos de um novo contorno familiar – o casal homoafetivo, especificamente na área do direito sucessório. A partir do reconhecimento da união homoafetiva, pelo Supremo Tribunal Federal, observa-se que uma gama de direitos, dentre os quais direitos previdenciários, partilha de bens, direito à meação e direito de herança precisam ser aplicáveis à nova forma de família formada por casais do mesmo sexo. Desta forma, verificar-se-á como ocorre a sucessão *causa mortis* e a repartição da herança no caso de, além do cônjuge, restar descendente comum do casal homoafetivo. Trata-se da mais nova forma de aplicação das normas do direito sucessório, tendo em vista a recente formação de famílias com essa estrutura.

Palavras-chave: Homoafetividade; Família; Sucessão.

ABSTRACT: This study aims to examine the effects of a new family contour - the homoafetivo couple, specifically in the area of inheritance law. From the recognition of homo-affective union, by the Supreme Court, it is observed that a range of rights, among them pension rights, division of property, the right to sharecropping and inheritance rights must apply the new form of family formed by couples the same sex. Thus, it will be seen as the bane succession and distribution of the inheritance if, apart from the spouse, descendant of the remaining common homoafetivo pair occurs. This is the newest form of application of the rules of succession law, in view of the recent formation of families with this structure.

Keywords: Homoafetividade; Family; Succession.

1. Notas introdutórias

Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a realizar sua orientação sexual assumindo publicamente relações homoafetivas. A aceitação social e o reconhecimento jurídico são relativamente recentes e, somente, no dia cinco de maio de 2011, a ADPF n. 132 e a ADI n.

⁵⁷⁸Graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: mayaranascimentojp@hotmail.com.

4277 foram julgadas em conjunto pelo Supremo Tribunal Federal em decisão inédita que firmou o entendimento de que o rol de entidades familiares previsto no art. 226 da Constituição Federal não tem caráter taxativo; destarte, a ordem constitucional não proíbe a união entre pessoas do mesmo sexo as quais constituem uma nova modalidade de entidade familiar.

A finalidade do julgamento conjunto dessas ações foi conferir “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil, o qual dispõe acerca do instituto da união estável, fazendo da decisão supracitada um exemplo da fundamental importância de uma interpretação inclusiva e fundada no compromisso de dar maior eficácia à norma constitucional, além de “fomentar as bases para a construção do direito civil renovado e em constante sintonia com a tutela da pessoa, sob os auspícios do princípio da dignidade da pessoa humana e em contato constante com os postulados éticos”⁵⁷⁹.

Estabelecida a natureza familiar das uniões homoafetivas, é de se reconhecer a produção de todo e qualquer efeito típico de uma relação familiar, não apenas no campo patrimonial (por exemplo, a partilha dos bens adquiridos durante a convivência⁵⁸⁰), mas, por igual, no campo existencial (como o direito à aquisição do sobrenome do outro e os deveres éticos da relação, como o respeito e a lealdade). Desta forma, a materialização dos efeitos jurídicos à família homoafetiva consagra a garantia da igualdade material, corolário da promoção da dignidade humana.

Outro aspecto relevante para a temática a ser desenvolvida neste trabalho diz respeito à adoção conjunta realizada por um casal homoafetivo. De fato, se, por um lado, não há proibição da adoção por homossexuais, por outro, em vista do reconhecimento como entidade familiar, como acima destacado, exige-se que, pela igualdade, não se distinga a família em razão da orientação sexual e encare-se a adoção por pares homoafetivos de modo análogo aos casais heterossexuais.

Ressalte-se a indispensabilidade da adoção conjunta no sentido de reconhecer, no registro de nascimento da criança, o vínculo com ambos os pais ou mães; posto que, entendimento contrário traria prejuízos maiores à própria criança a qual não veria a

⁵⁷⁹ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O julgamento no STF da ADI n. 4277 e da ADPF n. 132 em uma perspectiva civil-constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença(Coord.). *Manual de direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

⁵⁸⁰“Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, em nome de um apenas ou de ambos, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos é presumida.” (STJ, Ac. 3ª T., REsp 1.199.667/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19-5-2011, DJe 4-8-211). Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=5#t>. Acesso em 10 fev 2014.

formalização de situação fática na qual está inserida, acarretando exclusão ou dificuldade de acesso a vários direitos, como o direito à herança.

Consigne-se que o STF determinou que houvesse equiparação entre as uniões informais homoafetivas e heteroafetivas, estabelecendo que o regime jurídico da união estável fosse aplicado indistintamente nas duas hipóteses e, em não havendo qualquer previsão expressa proibindo o casamento homossexual, bem como diante de vários julgados⁵⁸¹ acolhendo a pretensão de casais homossexuais contraírem matrimônio, parece-nos incontroversa a possibilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo

Portanto, como a garantia do direito de herança sobre os bens do consorte falecido é conseqüência direta do reconhecimento, pelo STF, do *status* de família às uniões mantidas por pessoas do mesmo sexo, o objetivo deste trabalho consiste em analisar os efeitos sucessórios no caso específico da sucessão *causa mortis* concorrente entre o cônjuge sobrevivente e o filho comum (fruto de adoção conjunta).

2. Regime sucessório e a entidade familiar homoafetiva

A sucessão *causa mortis* consiste na transmissão dos bens da pessoa falecida aos seus herdeiros, que podem ter essa qualificação por força da lei ou por força de testamento. Desta forma, ocorrendo a morte de uma pessoa, dá-se a sucessão hereditária, também chamada de *mortis causa*. São duas as vertentes do Direito Sucessório: a sucessão legítima e a sucessão testamentária. A primeira dá-se em virtude da lei, que estabelece a ordem da vocação hereditária: descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais até o 4º grau, além do companheiro. A outra espécie de sucessão denomina-se testamentária porque decorre da manifestação de vontade deixada pelo testador, dispondo sobre seus bens e quem sejam os sucessores.

⁵⁸¹ DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ EDA ADI N. 4.277/DF. [...] 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. [...] REsp 1183378 RS 2010/0036663-8 T 4. Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 25/10/2011. Publicação: DJe 01/02/2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2128514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>. Acesso em 10 fev 2014.

Havendo testamento, prevalece a sucessão testamentária, ante a primazia da vontade do testador sobre a disposição da lei. Mas com uma ressalva, que diz respeito à metade da herança, chamada de legítima, a que têm direito os herdeiros necessários. Compreende-se nesta especial categoria de herdeiros os descendentes e os ascendentes do falecido e, por disposição do novo Código Civil, também o cônjuge sobrevivente.

A sucessão legítima é a deferida por lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária, que é o rol das pessoas que podem ser chamadas a ser sucessores, de acordo com a preferência da lei. A ordem de vocação hereditária é um rol taxativo e preferencial, em que os primeiros afastam os demais, nesta ordem: I – Descendentes; II – Ascendentes; III – Cônjuge sobrevivente; IV – Colaterais até o quarto grau.

A sucessão dos descendentes se dá de forma equitativa e pouco importa a origem da descendência, sendo a partilha realizada em partes iguais. Na ausência de descendente de qualquer grau, são os ascendentes chamados a suceder.

O cônjuge sobrevivente herda, independentemente da existência de ascendentes e descendentes, pois é herdeiro necessário e permanente, desde que não esteja separado judicialmente, ou de fato, há mais de dois anos. No caso de concorrer com os descendentes, observa-se a forma do art. 1832, combinado com o 1829, I. Não há concorrência se o cônjuge for casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou separação obrigatória, ou, se no regime de comunhão parcial, não deixar bens particulares. No caso de concorrer com ascendentes, não há vedação de regime, observando-se, apenas, o disposto no art. 1837. Se concorrer com ascendentes de primeiro grau, cabe-lhe 1/3 da herança. Caberá a metade, se apenas um desses ascendentes for vivo. De igual forma, cabe a metade, se concorrer com ascendentes de grau maior. Além disso, o direito real de habitação, qualquer que seja o regime de bens, relativamente ao imóvel que tenha servido de residência da família, será vitalício (art. 1831).

Com relação ao companheiro sobrevivente, observa-se o art. 1790 no sentido de que, além da meação, oriunda da presunção legal do regime de comunhão parcial, o companheiro herdará, dentre os mesmos bens que entram na meação (*bis in idem*), de forma proporcional à existência de descendentes, ascendentes ou colaterais. Concorrendo com filhos comuns, o companheiro terá direito a uma quota equivalente à do filho. Concorrendo com descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do que couber a cada um daqueles. Concorrendo com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 da herança. Não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Por último, a sucessão dos colaterais vai até o quarto grau, sendo que o colateral mais próximo afasta o mais remoto.

Conforme já referido, o STF prescreveu que os membros de uniões homoafetivas têm assegurados os mesmos direitos (pessoais e patrimoniais) conferidos aos integrantes das uniões estáveis heteroafetivas, nos moldes do disposto no art. 1723 do Código Civil. Com isso, os conviventes homoafetivos passam a fazer jus, dentre outros, ao direito à meação sobre os bens do casal, ao direito a alimentos e ao direito de herança.

Desse modo, se, no instante da morte da pessoa homossexual, estiver ela mantendo relacionamento conjugal, o consorte viúvo será chamado a participar do recolhimento da herança, bem como o filho adotado conjuntamente pelo casal; ambos como herdeiros necessários.

O cônjuge homoafetivo pode requerer a abertura do inventário dos bens deixados pelo parceiro falecido ou se habilitar no inventário aberto por outro herdeiro. Caso haja discordância em relação a sua habilitação e não existindo prova inconteste da união estável homoafetiva ou de sua conversão em casamento, precisará ajuizar ação destinada ao reconhecimento de sua condição de parceiro sobrevivente, restando suspenso o inventário até o julgamento da ação sucessória de declaração de relacionamento homoafetivo. Nada impede que o companheiro seja beneficiado por testamento formalizado por seu parceiro.

Merece destaque o fato de que o Código Civil, injustificadamente, não estabeleceu os mesmos direitos sucessórios no âmbito do casamento e da união estável. Dependendo da natureza da relação conjugal, aplicam-se, nessa seara, regimes jurídicos distintos, com base na interpretação literal da norma codificada.

3. A entidade familiar homoafetiva e a sucessão *causa mortis*

Na hipótese de falecimento em que não houver testamento válido ou mesmo havendo testamento este não verse sobre todo o patrimônio do *de cuius*, aplicar-se-ão as regras da sucessão legítima a qual se baseia na ordem de vocação hereditária. De acordo com o art. 1.829 do Código Civil, o cônjuge integra a terceira classe da ordem de vocação, após descendentes e ascendentes do falecido, que compõem, respectivamente, a primeira e segunda classe de sucessíveis.

Importante também consignar que o cônjuge viúvo foi elevado, pelo atual Código Civil, em razão do art. 1845, à condição de herdeiro necessário. Portanto, ele é herdeiro obrigatório do falecido, ao lado dos descendentes e dos ascendentes, uma vez que não pode ser afastado da sucessão por meio de testamento.

Assim, quando o falecido tiver deixado, além do viúvo, descendentes ou ascendentes, configura-se a denominada sucessão concorrente e parte da herança será

destinada ao cônjuge supérstite, enquanto que o restante será reservado aos herdeiros da primeira ou da segunda classe, a depender do caso.

A participação do viúvo na sucessão do consorte, no entanto, fica condicionada à verificação, no instante da abertura da sucessão, da capacidade sucessória, tendo em vista o art. 1.830 do Código Civil o qual dispõe que:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Desta forma, entende-se que “a capacidade (ou legitimidade) sucessória do cônjuge viúvo está assentada na demonstração de que, no instante do óbito do consorte, a sociedade conjugal estava vigendo”⁵⁸². Ressalte-se que os direitos sucessórios assegurados ao viúvo homossexual decorrerão diretamente da natureza da relação conjugal por ele mantida com o falecido, se casamento ou união estável; posto que, o regime sucessório atinente à união estável é estabelecido de forma apartada ao do casamento, através do art. 1.790 do diploma civil. Ao contrário do viúvo casado, o convivente não foi elevado à condição de herdeiro necessário, por isso é mero herdeiro legítimo facultativo, de modo que poderá ser afastado da sucessão caso o falecido tenha feito testamento sem incluí-lo no acervo hereditário. Além disso, o convivente figura apenas na quarta classe da ordem de vocação hereditária estabelecida no art. 1.790, após os parentes colaterais do *de cujus*.

No entanto, interessa-nos analisar a situação em que, no instante da abertura da sucessão, o *de cujus* estava casado e, além do consorte deixou descendentes. Neste caso, opera-se a sucessão concorrente pela propriedade da herança.

Destaque-se, ainda, que na hipótese proposta neste trabalho, o descendente é filho comum do casal homoafetivo, fruto de adoção conjunta. Apesar de ainda gerar polêmicas de caráter preconceituoso, resta evidente que pela interpretação do art. 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, alterado pela Lei de Adoção (Lei 1.210/2009), o sexo dos adotantes não mais importa para o legislador, bastando comprovar a estabilidade familiar, por meio da durabilidade e continuidade do relacionamento:

⁵⁸²FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Direitos sucessórios decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo: tutela jurídica pautada no desenvolvimento humano e na igualdade material. In: FERRAZ, Carolina Valença(Coord.). *Manual de direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 254.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

...

§ 2º. Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Nesse sentido, também vêm se posicionando os Tribunais superiores, tendo como prevalência o melhor interesse da criança, destacando a importância das relações de afeto entre as partes envolvidas, bem como a existência de ambiente acolhedor e favorável ao desenvolvimento saudável do adotando⁵⁸³.

Portanto, é possível que as famílias homoafetivas adotem conjuntamente menores de idade, passando a constar em suas certidões o nome de ambos, pais ou mães, por ser esse tipo familiar juridicamente possível, além de ser essa a melhor opção para o menor,

⁵⁸³ Minas Gerais - **Apelação cível. Destituição de poder familiar. Abandono da criança pela mãe biológica. Adoção por casal do mesmo sexo que vive em união estável. Melhor interesse da criança. Registro de nascimento. Recurso conhecido e provido.** I - A destituição do poder familiar é medida extrema, só devendo ser concretizada se comprovada a impossibilidade de permanência do menor com os pais. II - Sempre que se tratar de interesse relativo às crianças e adolescentes, o magistrado deve se ater ao interesse do menor, considerando, para tanto, primordialmente, o seu bem estar. III - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a existência de entidade familiar quando duas pessoas do mesmo sexo se unem, para constituição de uma família. IV - A vedação à discriminação impede qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança. V - Demonstrado nos autos que a genitora, com histórico de conduta agressiva e envolvimento com prostituição, abandonou a menor entregando-a aos cuidados das requerentes, e que a convivência com o casal homoafetivo atende, de forma inequívoca, o melhor interesse da criança, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, nos termos do artigo 1.638, II e III, do Código Civil. VI - O pedido de adoção deve ser deferido em nome de ambas as autoras, sob pena de prejuízos à menor de ordem material (direito de herança, alimentos, dentre outros). (TJMG, AC 1.0470.08.047254-6/001 (AC 0472546-21.2008.8.13.0470), 8ª C. Cív., Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 02/02/2012). São Paulo – Apelação - **Habilitação conjunta em cadastro de adoção, por requerentes que vivem em união homoafetiva** - Habilitação separada de cada uma delas - Decisão extra petita - Inocorrência - Acolhimento parcial da pretensão - Cabimento, entretanto da habilitação conjunta, como pedido - Previsão constitucional exemplificada de constituições familiares (artigo 226) - Legislador constitucional que, ao usar o termo "também", em seu parágrafo quarto, não afasta a proteção de outras unidades familiares - O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher não excluiu o reconhecimento de outras uniões - Ausência de previsão legal expressa, a ser suprido pela aplicação da analogia e pelos princípios gerais de direito, dentre os quais os da igualdade e da dignidade humana (art. 4º da LICC) - Conviventes com boas condições objetivas e subjetivas para adoção - Avaliações técnicas uníssonas a indicar aptidão ao exercício do poder familiar - Habilitação separada que não representaria a realidade de vida das crianças - Provimento do recurso, com rejeição da matéria preliminar. (TJSP, AC 990.10.222399-0, Rel. Maria Olívia Alves, j. 22/11/2010). Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=5#t>. Acesso em 10 fev 2014.

posto que quando a família peticionante represente um ambiente saudável o melhor será que a criança tenha os vínculos de filiação com ambos, pais ou mães, para que lhe sejam assegurados seus direitos atuariais, sucessórios e patrimoniais em relação a ambos. Sendo favorável o laudo conclusivo dos psicólogos e dos assistentes sociais, não há que se denegar o direito de adoção às famílias homoafetivas.

A Constituição Federal de 1988 trouxe igualdade aos filhos estabelecendo que:

Art. 227. (...).

§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (grifo nosso)

No tocante à legislação infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza no artigo 20 a igualdade dos filhos naturais e adotivos para todos os efeitos. No mesmo sentido o Código Civil de 2002, no artigo 1.596, repetindo o dispositivo constitucional acima transcrito e confirmando, desse modo, a orientação jurídica pátria de tratar de forma igual os filhos, sejam naturais ou adotivos.

A adoção gera efeitos pessoais e patrimoniais. No que atine aos efeitos pessoais, Gonçalves assevera que “a adoção gera parentesco entre adotante e adotado, chamado de civil, mas em tudo equiparado ao consaguíneo”, posto que “promove a integração completa do adotado na família do adotante, na qual será recebido na condição de filho, com os mesmos direitos e deveres dos consaguíneos, inclusive sucessórios”⁵⁸⁴. Consoante aos efeitos patrimoniais, o autor pondera que “com relação ao direito sucessório, o filho adotivo concorre, hoje, em igualdade de condições com os filhos de sangue, em face da paridade estabelecida pelo art. 227, § 6º, da Constituição”⁵⁸⁵.

Assim, o texto constitucional, refletindo os anseios da sociedade e da própria pessoa humana, inscreveu como seu objetivo a “promoção do bem de todos”, “sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, CF) (grifo nosso). Nesse contexto, o afeto converte o conceito de família, que passou a não ser mais aquela formada exclusivamente por um homem e uma mulher.

Conforme Luiz Edson Fachin:

⁵⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. VII. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 357-358.

⁵⁸⁵ *Ibidem*. p. 361.

A família constitucionalizada começa a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade ⁵⁸⁶.

4. Sucessão concorrente – cônjuge sobrevivente X descendente comum

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 4377 trouxe mudanças significativas para os casais homoafetivos, principalmente quanto aos direitos sucessórios⁵⁸⁷. Na sucessão concorrente, além do direito de propriedade sobre parte do patrimônio hereditário, o cônjuge sobrevivente fará jus, ainda, a direito de habitação sobre o imóvel que era utilizado como moradia da família, conforme estabelece o art. 1.831, CC.

A concorrência sucessória se dará nos seguintes termos: embora seja herdeiro necessário, conforme já referido, a participação do cônjuge supérstite, quando concorrer com descendentes, será apenas eventual, uma vez que seu direito sobre a herança, neste caso, dependerá do regime de bens que vigorava no casamento mantido com o falecido.

A partir da análise do art. 1.829, I, do Código Civil, que define as hipóteses em que o consorte sobrevivente ficará afastado da herança, com base no regime matrimonial de bens, é possível extrair três hipóteses em que o consorte viúvo dividirá a herança com os

⁵⁸⁶FACHIN, Luiz Edson. Paradoxos do direito da filiação na teoria e prática do novo Código Civil brasileiro – intermitências da vida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e solidariedade, teoria e prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 292.

⁵⁸⁷ Santa Catarina - Apelação cível. Ação declaratória de união estável homoafetiva c/c inventário. Demanda extinta sem exame do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC. Pedido juridicamente possível. Ausência de vedação legal à pretensão do autor. Constitucionalidade recentemente confirmada pelo STF. Clara ofensa aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Sentença cassada. Retorno dos autos à origem para a devida instrução. Recurso provido. O Supremo Tribunal Federal, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade), reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. (...) a família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. (ministro Celso de Mello, STF). (TJSC, AC 2008.029815-9, 2ª C. Dir. Civ., Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 01/09/2011). Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=5#t>. Acesso em 10 fev 2014.

descendentes do falecido e, em outras três hipóteses ele será afastado da concorrência sucessória, ficando todos os bens do *de cujus*, nesses casos, para os descendentes.

Para saber se há ou não concorrência entre cônjuge e descendente é necessário analisar o regime de bens do casamento e também se o autor da herança deixou ou não bens particulares.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Na sucessão do cônjuge há que se observar que ele além de meeiro é também herdeiro, concorrendo nesta hipótese com descendentes e ascendentes. O cônjuge em verdade dispõe de meação, de herança (a depender do regime) e também de direito real de habitação.

Quando o cônjuge concorre com o descendente, esta sucessão depende do regime de bens⁵⁸⁸ adotado⁵⁸⁹, sendo possível que não haja direito de sucessão do cônjuge em três hipóteses. São elas: a) adotado o regime da comunhão universal (o cônjuge não herda, pois tem direito à meação de tudo), b) adotado o regime da comunhão parcial de bens, sem a existência de bens particulares (o cônjuge também não herda, pois na prática há uma comunhão universal) e c) adotado o regime da separação obrigatória (quando o cônjuge sofre uma exclusão legal, logo também não pode herdar).

Deve ser frisado que a concorrência entre o cônjuge e os descendentes incide somente sobre os bens particulares, pois sobre os bens comuns o cônjuge já tem direito à meação. Nesta concorrência, no que diz respeito ao quinhão, o Código Civil impõe a observância da seguinte regra:

⁵⁸⁸ De acordo com Maria Helena Diniz, o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. In: *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169.

⁵⁸⁹ Defende Maria Berenice Dias que a liberdade de escolha e determinação de efeitos patrimoniais tanto no casamento como na união estável não deve sofrer limitações. In: *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 203.

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Assim, se o cônjuge for ascendente de quem com ele concorre na sucessão fará jus a um quarto da herança. Na hipótese de concorrer, por exemplo, com apenas um filho terá direito à metade dos bens particulares do autor da herança, mas se concorrer com seis filhos comuns terá direito a um quarto da herança e os outros três quartos serão divididos entre os seis filhos.

Esse é o regime jurídico aplicado, por analogia, na hipótese em que o casal homoafetivo tem um ou mais filhos, frutos de adoção conjunta; pois apesar de não constarem expressamente na lei brasileira os efeitos patrimoniais da união homoafetiva, deverá ser aplicado o conjunto de regras relativas ao regime sucessório que se encontra estabelecido no Código Civil.

Conclusões

Considerando que os direitos sucessórios têm como corolário a tutela jurídica da família, o reconhecimento, pelo STF, da qualidade de entidade familiar às uniões homoafetivas, significou a proteção das famílias conjugais constituídas por pessoas do mesmo sexo também nessa seara.

A ordem constitucional está pautada na equiparação de todas as entidades familiares, posto que a prioridade consiste na promoção da dignidade de seus integrantes, mesmo que não figurem explicitamente no texto constitucional, como as famílias homoafetivas, por exemplo.

Observa-se que a constitucionalização do direito civil fomenta uma perspectiva aberta, renovada e plural do direito civil, de modo a garantir que seus postulados fiquem rentes à realidade. O direito civil, ramo por excelência das relações privadas, não pode ficar infenso às transformações sociais nem à interdisciplinaridade e deve, sobretudo, aplicar os princípios constitucionais.

Desta forma, os institutos jurídicos devem ser funcionalizados de modo a conferir a máxima promoção da dignidade humana e a extensão dos direitos sucessórios às entidades familiares homoafetivas, sem dúvida, tem o objetivo de cumprir esse desiderato. Como ponderou o eminente jurista português Jorge Miranda, “enquanto houver uma pessoa

que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida”⁵⁹⁰.

Referências

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O julgamento no STF da ADI n. 4277 e da ADPF n. 132 em uma perspectiva civil-constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). *Manual de direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Direitos sucessórios decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo: tutela jurídica pautada no desenvolvimento humano e na igualdade material. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). *Manual de direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. VII. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Paradoxos do direito da filiação na teoria e prática do novo Código Civil brasileiro – intermitências da vida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e solidariedade, teoria e prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

⁵⁹⁰MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 188.