

20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL:

diálogo da doutrina com a jurisprudência do
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais



20^{anos}
Código Civil

Organizadores:
Desembargador Renato Luís Dresch
Desembargador Leonardo de Faria Beraldo

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEJF

Rua Raul Pompeia, nº 101 - 7º andar, São Pedro, Belo Horizonte/MG

CEP 30330-080

Endereço eletrônico: ejef.tjmg.jus.br

E-mail: gejur@tjmg.jus.br

Os conceitos e afirmações emitidos nesta obra são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

M614v MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes.

20 anos do Código Civil: diálogo da doutrina com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais / Organizadores: Renato Luís Dresch [e] Leonardo de Faria Beraldo. -- Belo Horizonte: TJMG/EJEJF, 2023.

840 p.

ISBN: 978-65-87273-09-9

1. Direito civil - Coletânea. I. DRESCH, Renato Luís (org.). II. BERALDO, Leonardo de Faria (org.). III. BRASIL. Código civil (2002). V. Título.

CDDir: 342.1

CDU: 347(81)

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEF

20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL:

diálogo da doutrina com a jurisprudência do
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Belo Horizonte

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

2023

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira Filho
Presidente

Desembargador Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa
Primeiro Vice-Presidente

Desembargador Renato Luís Dresch
Segundo Vice-Presidente

Desembargadora Ana Paula Nannetti Caixeta
Terceira Vice-Presidente

Desembargador Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Junior
Corregedor-Geral de Justiça

Desembargadora Yeda Monteiro Athias
Vice-Corregedora-Geral de Justiça

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Comitê Técnico da EJEF

Desembargador Renato Luís Dresch

Desembargadora Lílian Maciel Santos

Desembargador Saulo Versiani Penna

Desembargador Osvaldo Oliveira Araújo Firmo

Desembargador Paulo Calmon Nogueira da Gama

Juiz de Direito Carlos Márcio de Souza Macedo

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas: Ana Paula Andrade

Prosdocimi da Silva

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental: Fernando Rosa de Sousa

Produção Editorial

Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR/DIRGED

Coordenação de Jurisprudência e Publicações Técnicas - COJUR

Centro de Tecnologia e Mídias Digitais - CETED

Projeto gráfico, capa e diagramação: Alex Antônio Oliveira Bonfim

SUMÁRIO

PREFÁCIO	13
APRESENTAÇÃO	17
NOTA DO COORDENADOR	27
COMISSÃO TÉCNICA	31

Título I Parte Geral

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE ASSOCIAÇÕES CIVIS DE DIREITO PRIVADO – Bruno Eduardo Vieira Santos e Luciana Diniz Durães Pereira	35
UMA PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 COMO CODIFICAÇÃO QUE PRETENDE SE MANTER ATUAL: uma análise dos seus princípios estruturantes, a partir da teoria de Miguel Reale – Deivisson Alexandre e Reinaldo Daniel Moreira	57
SIMULAÇÃO E O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO – José Marcos Rodrigues Vieira	81
A PARTE GERAL NO CÓDIGO CIVIL: balanço crítico da disciplina da personalidade e das incapacidades – Judith Martins-Costa	97
A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DO RECONHECIMENTO E PERTENCIMENTO PESSOAL DECORRENTE DA IDENTIFICAÇÃO CIVIL – Meire Furbino e Lavínia Assis Bocchino	119
OS 20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A JURISPRUDÊNCIA DO TJMG – Vera Jacob de Fradera	143

Título II

Direito das Obrigações

ALGUMAS ANOTAÇÕES SOBRE A CLÁUSULA RESOLUTÓRIA E A GRAVIDADE DO INADIMPLEMENTO: uma referência ainda à reforma do sistema francês sobre o tema - Claudio Luiz Bueno de Godoy	181
20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL: direito das obrigações em tempos de pandemia - Marcelo de Oliveira Milagres	197
MORA COMO FUNDAMENTO DA RESOLUÇÃO NEGOCIAL <i>LATO SENSU</i> - Marcos Bernardes de Mello	217

Título III

Contratos

O CONSENTIMENTO ELETRÔNICO NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: usos e abusos da tecnologia e a segurança jurídica dos leigos - André Ladeira da Rocha Leão	239
RELAÇÕES CONTRATUAIS E A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL - Gustavo Tepedino	263
CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO (TEMA Nº 73 IRDR - TJMG): a tutela do consumidor quando não caracterizado o erro - Juliana Mendes Pedrosa	287
O IMPACTO DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA NO CÓDIGO CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA DO TJMG - Luciano Benetti Timm e Eduardo Coelho	307
AUTONOMIA PRIVADA E FUNÇÃO JUDICIÁRIA DE RESGUARDO DA JUSTIÇA CONTRATUAL: a suposta crise do contrato - Mônica Silveira Vieira	323
A TUTELA DA CONFIANÇA E O DIREITO DOS CONTRATOS NA CONTEMPORANEIDADE: reflexões sobre as teses firmadas pela Corte Mineira no Tema nº 73/TJMG - Paulo Sérgio Velten Pereira e Rodrigo Dutra da Silva	347

<i>SMART CONTRACTS, BLOCKCHAIN E BITCOINS: questões jurídicas controvertidas na Economia 4.0 e o seu enfrentamento no contexto da jurisprudência do TJMG</i> – Rodrigo Martins Faria	375
<i>A JUDICIALIZAÇÃO DO HOME CARE E A SUA ADOÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS: uma análise sob parâmetros estabelecidos no REsp. nº 1.537.301 do Superior Tribunal de Justiça</i> – Thaís Monteiro de Mendonça	393

Título IV

Responsabilidade Civil

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA POR DESCUMPRIMENTO DE ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE – Adriano da Silva Ribeiro e Keren da Silva Alcântara	415
O ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E NOS 20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – Flávio Tartuce	435
RESPONSABILIDADE DAS LOCADORAS DE VEÍCULO: uma crítica aos processos de formação e aplicação das súmulas no direito brasileiro – Lílían Maciel Santos, Laura Campolina Monti e Tamirames de Almeida Damásio Soares	461
A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL PELA MORTE DE DETENTO – Lorena Cecília Ferreira	487
RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE DE SOBREVIVÊNCIA – Nelson Rosenvald	507
O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS E A RATIFICAÇÃO DA ANTIJURIDICIDADE COMO REQUISITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL – Rafael Peteffi da Silva	533

Título V

Direito das Coisas

BREVE ENSAIO SOBRE UM JULGADO DE PROPRIEDADE E AUTONOMIA PRIVADA – Eroulths Cortiano Junior	561
USUCAPIÃO FAMILIAR <i>PRO MORARE</i> : interpretação do requisito “abandono do lar” à luz do direito real – Josiane Araújo Gomes	575
A AUTONOMIA DA POSSE SEPARADA DO <i>STATUS PROPRIETATIS</i> NO ÂMBITO DO DIREITO MATERIAL E DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: a função social da posse e sua repercussão até no instituto da usucapião – a posse no Direito das Sucessões, no Direito material e no Direito Processual Civil – Juventino Gomes de Miranda Filho	601

Título VI

Direito de Família

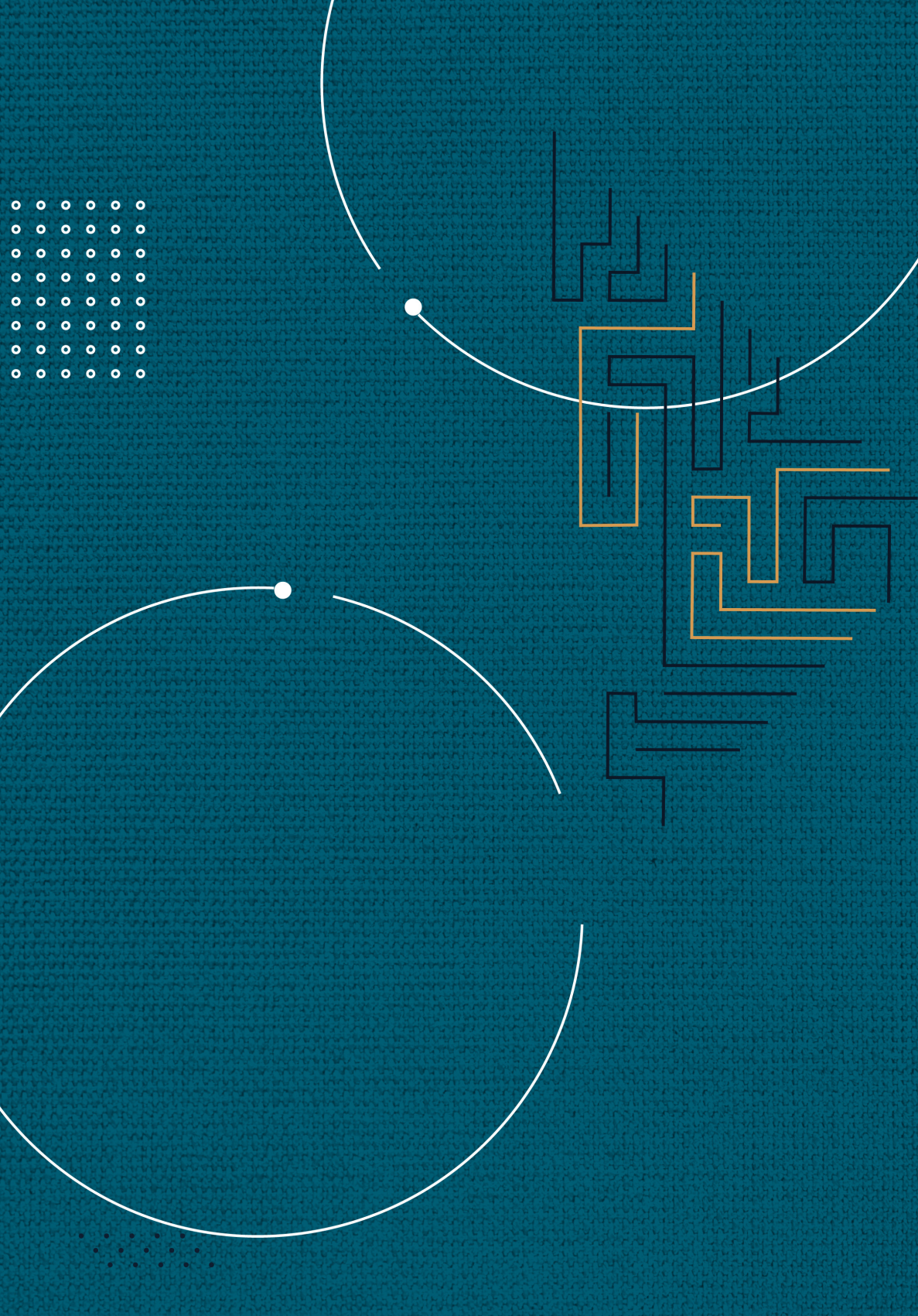
CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO: análise do Provimento Conjunto nº 107/2022, que altera o procedimento em conversões com data retroativa no Estado de Minas Gerais – Ana Paula Germana Marcelino	631
O DIREITO DE FAMÍLIA E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS – César Fiuza	659
O DIVÓRCIO <i>POST MORTEM</i> : uma análise da jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Eder Fernandes Santana e Luana Roussin Brasil Vieira	677
A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOB A ÓTICA DO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA – Francisco Ricardo Sales Costa, Raíssa Sofia Reis Martins e Gabriela Nodari Fróes de Castro	693
MULTIPARENTALIDADE E 20 ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL: aspectos controvertidos – Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Heloisa Alves de Paiva Josephson	715
ALIMENTOS, DESDE QUANDO? – Maria Berenice Dias	741

OS ANIMAIS DOMÉSTICOS COMO SERES SENCIENTES NAS AÇÕES JUDICIAIS DE GUARDA COMPARTILHADA – Patrícia de Paula Vaz	755
OS ANIMAIS DOMÉSTICOS PELA PERSPECTIVA ATUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA – Roberta Azevedo Dias e Rodrigo Kuniuchi	779
MULTICONJUGALIDADE E A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE ÉTICA E MORAL – Rodrigo da Cunha Pereira	797

Título VII

Direito das Sucessões

NATUREZA JURÍDICA DO VGBL E DIREITO DAS SUCESSÕES – Giselda Hironaka e Maurício Bunazar ...	817



PREFÁCIO

Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira Filho
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

A presente obra coletiva, que tenho a satisfação de prefaciар, com o título *20 anos do Código Civil: diálogo da doutrina com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*, surgiu a partir de edital-convite para publicação de coleção de artigos científicos em comemoração aos 20 anos do Código Civil brasileiro.

Cabe assinalar que se trata de oportunidade para destacar a data histórica, bem assim converter em pequena amostra de estudos e da pesquisa realizada pela ótica dos(as) magistrados(as) e servidores(as) do Judiciário mineiro. Anoto que esta obra foi escrita por muitas mãos, sob a coordenação do Desembargador Leonardo Beraldo. Trabalhos de alto nível, e os seus autores entre os renomados civilistas brasileiros.

Em atenção ao edital-convite, a abordagem de cada texto deveria cobrir: 1) Parte Geral; 2) Obrigações; 3) Contratos; 4) Responsabilidade Civil; 5) Coisas; 6) Empresa; 7) Família; 8) Sucessões. Além disso, o artigo abordaria o tema e, obrigatoriamente, dialogaria com decisão (acórdão, monocrática ou sentença) proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. O resultado, bem produtivo e oportuno, a revelar valiosa coletânea de bem elaborados textos, sendo importante fonte de informação e conhecimento a respeito de temas relativos ao Direito Civil.

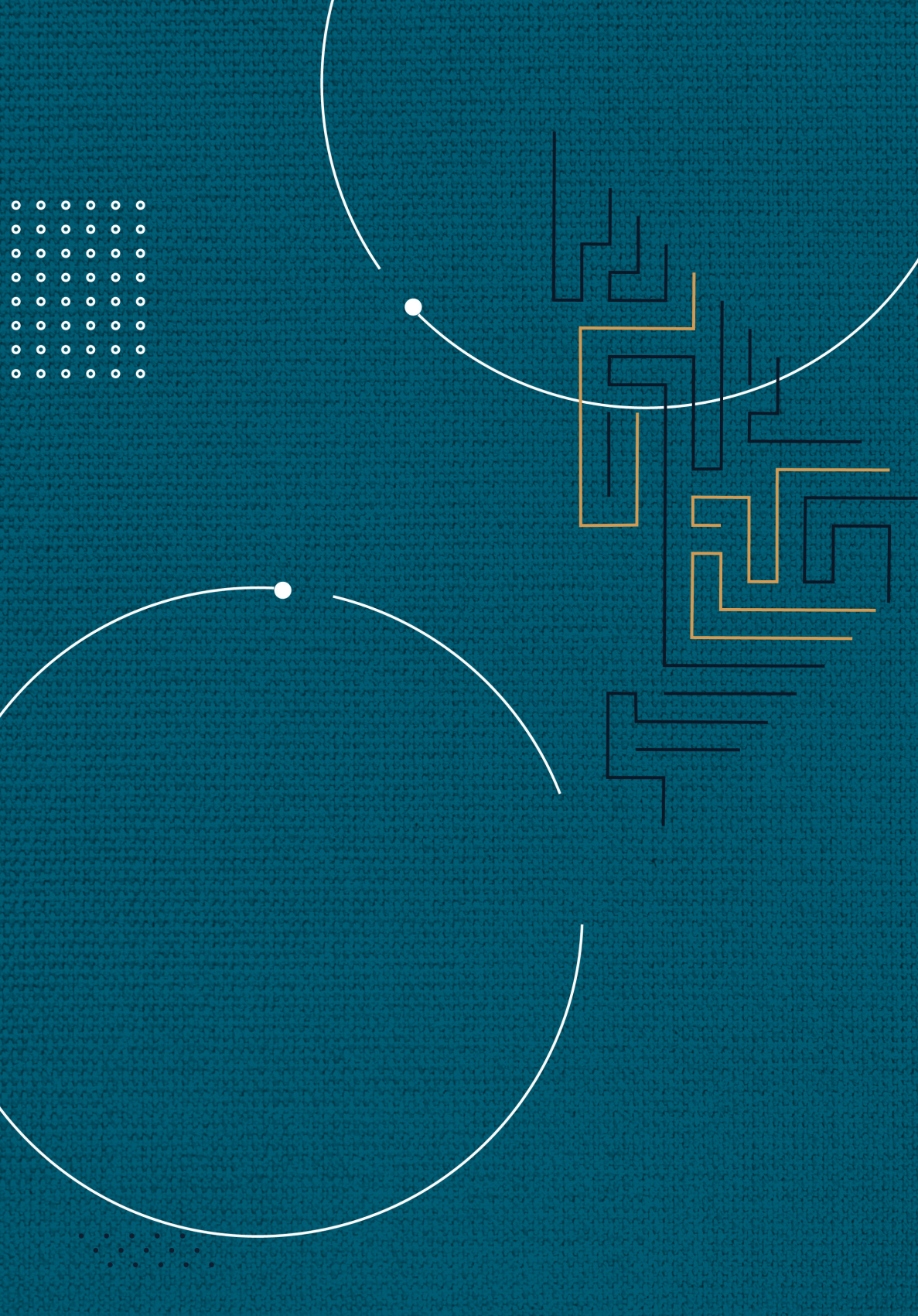
Desejei escrever algo de cada capítulo reunido neste livro. Mas, sabedor de que o prefácio deve ser breve, afirmo que a obra coletiva que ora se apresenta possui marca de cientificidade, uma vez que os autores apresentaram os textos em respeito aos critérios técnicos do edital e foram avaliados por Comissão Avaliadora (Portaria nº 169/2VP/2023), sob a presidência do Assessor Judiciário Sérgio Henriques Zandona Freitas. Garantiu-se, assim, que a avaliação fosse do conteúdo do trabalho. Esse procedimento é internacionalmente reconhecido.

De todo modo, quero registrar agradecimentos à imprescindível e valiosa contribuição dos autores: no Título I, denominado Parte Geral, Bruno Eduardo Vieira Santos e Luciana Diniz Durães Pereira; Deivisson Alexandre e Reinaldo Daniel Moreira; José Marcos Rodrigues Vieira; Judith Martins-Costa; Meire Furbino e Lavínia Assis Bocchino; Vera Jacob de Fradera. No Título II, denominado Direito das Obrigações, Claudio Luiz Bueno de Godoy; Marcelo de Oliveira Milagres; Marcos Bernardes de Mello. No Título III, com o título Contratos, André Ladeira da Rocha Leão; Gustavo Tepedino; Juliana Mendes Pedrosa; Luciano Benetti Timm e Eduardo Coelho; Mônica Silveira Vieira; Paulo Sérgio Velten Pereira e Rodrigo Dutra da Silva; Rodrigo Martins Faria; Thaís Monteiro de Mendonça. No Título IV, Responsabilidade Civil, Adriano da Silva Ribeiro e Keren da Silva Alcântara; Flávio Tartuce; Lílian Maciel Santos, Laura Campolina Monti e Tamirames de Almeida Damásio Soares; Lorena Cecília Ferreira; Nelson Rosenvald; Rafael Peteffi da Silva. No Título V, Direito das Coisas, Eroulths Cortiano Junior; Josiane Araújo Gomes; Juventino Gomes de Miranda Filho. No Título VI, Direito de Família, Ana Paula Germana Marcelino; César Fiuza; Eder Fernandes Santana e Luana Roussin Brasil Vieira; Francisco Ricardo Sales Costa, Raíssa

Sofia Reis Martins e Gabriela Nodari Fróes de Castro; Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Heloisa Alves de Paiva Josephson; Maria Berenice Dias; Patrícia de Paula Vaz; Roberta Azevedo Dias e Rodrigo Kuniuchi; Rodrigo da Cunha Pereira. No Título VII, Direito das Sucessões, Giselda Hironaka e Maurício Bunazar.

A Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes e a sua equipe parabenizo, e, também, em especial, o Segundo Vice-Presidente e Superintendente da EJEJ, o Desembargador Renato Luís Dresch, pelo empenho que possibilitou a edição desta obra coletiva impressa.

Convido os leitores a conhecer a obra e as reflexões dos temas, a permitir debates e contribuições para aperfeiçoamento do Direito Civil.



APRESENTAÇÃO

Desembargador Renato Dresch

2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Superintendente da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEJ

No dia 10 de janeiro de 2002, foi sancionada a Lei nº 10.406/2002, que aprovou o novo Código Civil brasileiro, e, após um ano de *vacatio*, entrou em vigor, substituindo o Código Civil de 1916.

Algumas importantes alterações foram introduzidas no Código Civil de 2002, dentre as quais podem ser destacadas aquelas relacionadas: à igualdade de gênero; à substituição do termo “homem” por “pessoa”; à redução da maioridade civil de 21 para 18 anos; à permissão para o marido adotar o sobrenome da esposa e alteração do nome na constância do casamento; ao reconhecimento de que as mães independentes formariam uma família com seus filhos; à permissão de maridos também exigirem pensão alimentícia; à redução do prazo da usucapião extraordinária de 20 para 15 anos, entre outras.

Embora se trate de uma norma que trouxe importante inovações, é preciso reconhecer que ela — que já conquistou sua maioridade — nasceu com sinais de envelhecimento, como consequência de um projeto de lei que teve longo período de tramitação, ou seja, uma trajetória de quase 30 anos até que fosse aprovada pelo Congresso Nacional.

O Código de 2002, nas palavras do presidente do Brasil, à época, Fernando Henrique Cardoso, representava um marco histórico e serviria como um passo extraordinário na modernização da sociedade. Todavia, a nova lei deixou de enfrentar temas que, naquela ocasião, já eram relevantes para a nova sociedade, bastante distinta daquela da década de 70, quando nasceu o projeto modificador. O período de incubação, é certo, impediu que importantes temas fossem abordados com maior profundidade.

Veja-se que o ordenamento jurídico nacional contava com uma “Lei de Introdução ao Código Civil” (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942), que, para se adequar à nova realidade, cedeu espaço para uma norma com espectro mais amplo, a “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (Lei nº 12.376/2010, em vigor desde 31/12/2010), que sofreu importantes alterações com a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Referida norma aborda a vigência da lei, a aplicação da norma jurídica no tempo e no espaço e as fontes do Direito, tendo como objetivo orientar não só a aplicação da lei civil, mas também outras leis e códigos, eliminando eventuais controvérsias.

É imperioso atualizar sempre para adequar as leis e códigos aos novos tempos, caracterizados por grandes e rápidas transformações nas relações sociais, influenciadas pelas comunicações instantâneas e pelo ambiente virtual, altamente tecnológico, operado por ferramentas até então desconhecidas, como é o caso da chamada “inteligência artificial”. Tudo isso requer certo nível de elasticidade para comportar a dinâmica dos tempos atuais e promover a segurança jurídica em assuntos até então inexistentes.

O Senado Federal reconhece que o Código Civil vigente já padece de contemporaneidade, tanto que, em 24 de agosto de 2023, foi realizada a cerimônia de criação da comissão de juristas responsável pela realização de estudos para apresentar proposta de atualização da norma.

A comissão de juristas deve debater temas diversos que permeiam a realidade atual, dentre os quais merecem destaque o casamento homoafetivo, troca de sexo (e de nome), juro nas dívidas judiciais, as modalidades de contratação decorrentes da comunicação instantânea pela internet, a responsabilidade civil por danos na utilização da inteligência artificial, as novas modalidades de negócios eletrônicos (*e-commerce*), os contratos eletrônicos, as sucessões (testamento e herança digital), criação, extinção e sucessão de empresas, as relações entre humanos e máquinas, a realidade virtual, entre outros.

Muitas dessas mudanças têm sido enfrentadas pelos tribunais pátrios, invocados a decidir conflitos decorrentes dessas novas e diferentes relações, porquanto é vedado, na sistemática do direito brasileiro, o *non liquet* (nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988; do art. 140 do Código de Processo Civil e, ainda, no art. 4º da LINDB). Assim, o magistrado deve buscar elementos para nortear seu convencimento e decidir demandas de natureza civil, ainda que não haja uma previsão expressa no Código Civil brasileiro. Esse tem sido um exercício interpretativo constante, também no Tribunal mineiro.

E, para comemorar o vigésimo aniversário da lei que rege as relações privadas, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por meio da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, traz a lume a presente obra intitulada *20 anos do Código Civil: diálogo da*

doutrina com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Optou-se por uma linha editorial de interpretação das normas estatuídas pelo Código Civil brasileiro, com suas nuances dirimidas pela jurisprudência da Corte Mineira.

A obra se desenvolveu com a participação de juristas renomados, abordando os mais diversos temas. Iniciou-se com a abordagem do Título I - Parte Geral, com Bruno Eduardo Vieira Santos e Luciana Diniz Durães Pereira tratando da desconsideração da personalidade jurídica de associações civis de direito privado. Atentos ao momento atual, sem, no entanto, perder de vista as raízes da lei civil, Deivisson Alexandre e Reinaldo Daniel Moreira abordam o Código Civil de 2002, como codificação atual, analisando seus princípios estruturantes a partir da teoria de Miguel Reale. O princípio dispositivo e a simulação são os tópicos abordados por José Marcos Rodrigues Veira, enquanto Judith Martins-Costa analisa a Parte Geral e faz um balanço crítico sobre a personalidade e as incapacidades. A ideia da promoção do reconhecimento da pessoa e de seu reconhecimento em razão da identidade civil, por meio da atuação do Poder Judiciário, é o tema analisado por Meire Furbino e Lavínia Assis Bocchino. Encerrando o Título I, Vera Jacob de Fradera aponta as duas décadas do Código Civil brasileiro e a jurisprudência exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O direito das obrigações, objeto do Título II, traz à tona a cláusula resolutória e a gravidade do inadimplemento, com esboço na reforma do sistema francês, conforme esclarece Cláudio Luiz Bueno de Godoy. A pandemia trouxe vários questionamentos em relação às obrigações contempladas no Código Civil e tratadas aqui por Marcelo de Oliveira Milagres. Já Marcos Bernardes de Mello

analisa a mora como fundamento da resolução negocial *lato sensu*. Os contratos, previstos no Título III, por certo, invocam uma série de questionamentos que devem ser dirimidos com uma “ausculta jurídica” especial, que contemplem os desdobramentos das relações modernas. Nesse título, André Ladeira da Rocha Leão aborda o consentimento eletrônico no âmbito do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, para mostrar os possíveis usos e abusos da tecnologia e a segurança jurídica dos leigos. Gustavo Tepedino, a seu turno, pontua as relações contratuais e a funcionalização do Direito Civil, enquanto Juliana Mendes Pedrosa aborda a tutela do consumidor em face do cartão de crédito consignado, matéria do Tema 73 do IRDR – TJMG. O referido IRDR também foi objeto do estudo de Paulo Sérgio Velten Pereira e Rodrigo Dutra da Silva, tomando como referência a tutela da confiança e o direito dos contratos na contemporaneidade. A liberdade econômica prevista no Código Civil e sua interpretação pelo TJMG são o tema do artigo de Luciano Benetti Timm e Eduardo Coelho. A suposta crise do contrato, com aspectos da autonomia privada e a função judiciária, foi o item da perquirição de Mônica Silveira Vieira. A tecnologia, nas relações contratuais controvertidas, com novos elementos, *smart contracts*, *blockchain* e *bitcoins*, e seu enfrentamento no contexto da jurisprudência do TJMG foram abordados por Rodrigo Martins Faria, enquanto Thaís Monteiro de Mendonça optou por abordar a judicialização do *home care* e sua interpretação no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo como referência os parâmetros estabelecidos no REsp. nº 1.537.301.

Como já mencionado, as novas relações também trazem novas responsabilidades, além de outras inerentes ao convívio humano e prementes de decisão judicial. A responsabilidade

civil e sua interpretação pela Corte mineira são analisadas por Adriano da Silva Ribeiro e Keren da Silva Alcântara, em relação ao Direito de Família, por descumprimento de acordo homologado judicialmente. Também em relação à família, Flávio Tartuce considera o abandono afetivo na jurisprudência, decorrido o lapso de 20 anos desde a vigência do Código Civil. A formação e aplicação das súmulas no Direito brasileiro, sob análise crítica, tendo em foco a responsabilidade das locadoras de veículo, são o tema escolhido por Lílian Maciel Santos, Laura Campolina Monti e Tamirames de Almeida Damásio Soares. A vida, bem maior, e a responsabilidade por mantê-la (ou não) são tratadas sob diferentes enfoques, por Lorena Cecília Ferreira, ao analisar a responsabilidade civil estatal pela morte de detento e, por Nelson Rosenvald, quando atenta para a perda de uma chance de sobrevivência. Encerrando o Título IV, Rafael Peteffi da Silva contempla a ratificação da antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil tanto contratual, quanto extracontratual.

Seguindo a ordem do Código, no Direito das Coisas, encontra-se o ensaio de Eroulths Cortiano Junior sobre um julgado de propriedade e autonomia privada. O instituto da usucapião, na modalidade familiar *pro morare*, é descrito “à luz do direito real”, por Josiane Araújo Gomes. Juventino Gomes de Miranda Filho escolheu tratar da autonomia da posse, na esfera do Direito Material e Processual Civil, com destaque para a função social.

No âmbito do Direito de Família, Título VI, Ana Paula Germana Marcelino cuida da conversão da união estável em casamento, tendo como partida o Provimento Conjunto nº 107/2022. Os princípios fundamentais do Direito de Família são colacionados na obra por César Fiuza. Uma questão diferente analisada pela

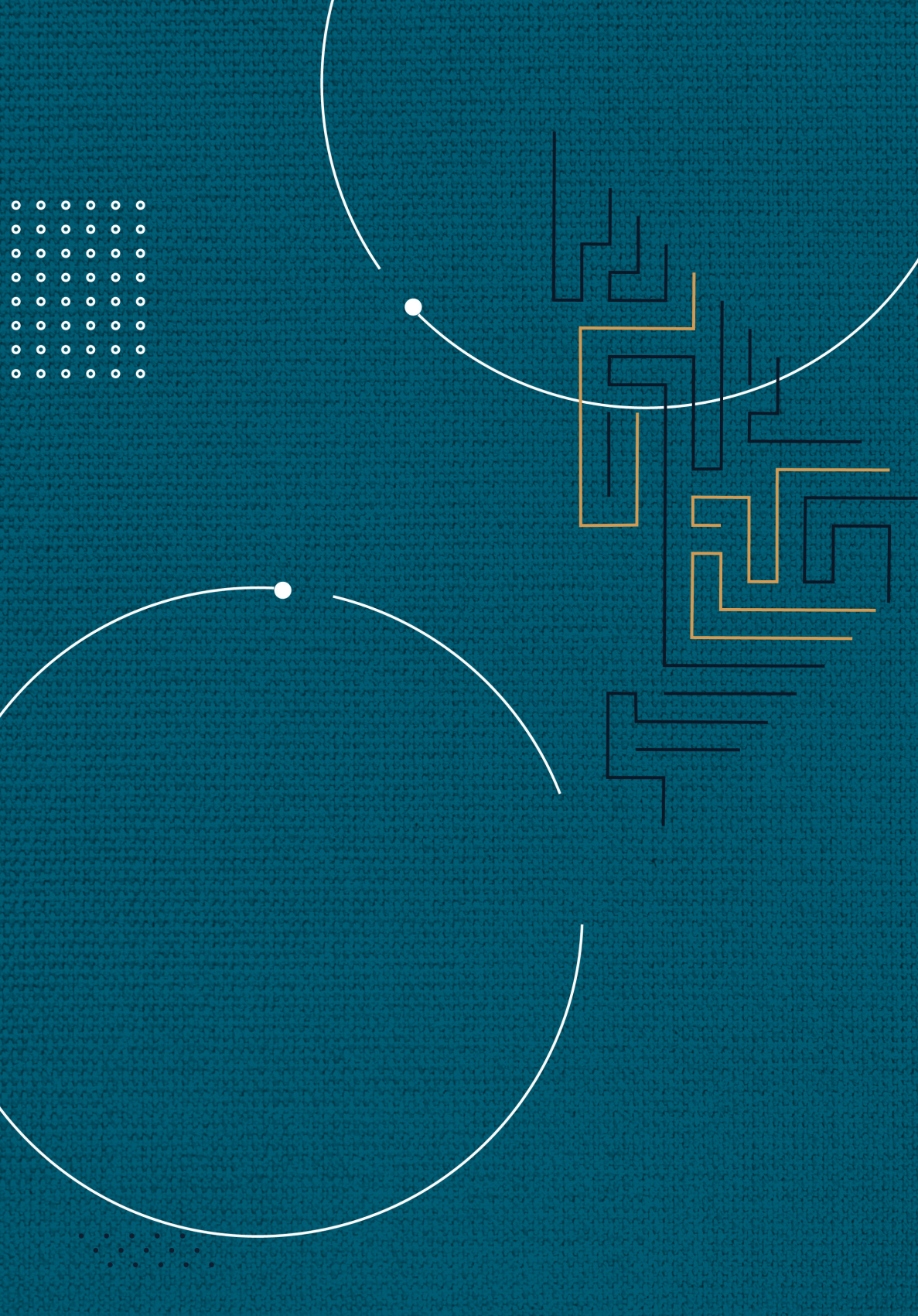
jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais é o divórcio *post mortem*, conforme analisam Eder Fernandes Santana e Luana Roussin Brasil Vieira. O exercício da paternidade e sua singularidade quando vista como socioafetiva e como exercício da autonomia privada são a temática de Francisco Ricardo Sales Costa, Raíssa Sofia Reis Martins e Gabriela Nodari Fróes de Castro, enquanto Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Heloísa Alves de Paiva Josephson optaram por analisar os aspectos controvertidos da multiparentalidade e 20 anos de vigência do Código Civil. O marco temporal dos alimentos é avaliado sistematicamente por Maria Berenice Dias, enquanto Rodrigo da Cunha Pereira discorre sobre a multiconjugalidade e a necessária distinção entre ética e moral. Os animais, como seres sencientes, talvez sujeitos de direito – na guarda compartilhada ou no direito de família –, são tratados nos artigos de Patrícia de Paula Vaz, no primeiro, e Roberta Azevedo Dias, em coautoria com Rodrigo Kuniochi, no segundo.

Finalizando a obra, Giselda Hironaka e Maurício Bunazar cuidam da natureza jurídica do VGBL e o Direito, no capítulo destinado às sucessões (Título VII).

Os referidos artigos, elaborados por autores, distintos pelo rigor intelectual, com abordagem diversificada, contribuíram para a relevância da obra comemorativa que ora se apresenta, em celebração aos 20 anos de vigência do Código Civil de 2002.

Cada artigo traz, a seu modo, uma visão interpretativa jurídica, com toques de atualidade, mas sempre baseada nas regras estabelecidas pelo Código Civil brasileiro, adaptadas, por vezes, às novas circunstâncias da vida cotidiana que impõem uma modernização do próprio pensamento.

O objetivo desta obra, então, não se limita a celebrar o aniversário de 20 anos do Código Civil de 2002, mas, também, construir as pontes que ligam as regras (algumas já ultrapassadas) aos novos costumes, às novas sistemáticas, às novas relações, enfim, contribuir para que o Poder Judiciário e a comunidade jurídica andem *pari passu* com a modernidade, sem perder de vista os limites impostos pelo Legislativo, mas fazendo uma leitura conforme as constantes mudanças da vida moderna.



Nota do Coordenador do Projeto

Desembargador Leonardo de Faria Beraldo

Em meados de outubro do ano de 2022, recebi a ligação do amigo, e já superintendente da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (EJEF - TJMG), desembargador Renato Dresch, para uma reunião em seu gabinete. Fui, então, convidado para coordenar um livro, composto de vários artigos, a ser publicado no ano de 2023, para homenagear os 20 anos de vigência do Código Civil (CC). Prontamente, aceitei o honroso convite e comecei a pensar sobre qual poderia ser o diferencial da obra. Em poucos instantes, tive a ideia de que os artigos deveriam dialogar com alguma decisão do nosso Tribunal.

A evolução do Direito depende do constante diálogo entre a doutrina e a jurisprudência, razão pela qual, a meu ver, sempre que necessário e possível, é preciso que haja essa interlocução entre ambos. Assim, a obra coletiva cumpriria, simultaneamente, dois objetivos: permitiria a interação entre doutrina e jurisprudência e divulgaria, entre os profissionais do Direito brasileiros, os julgados do TJMG.

Convidei, então, civilistas de fora do Tribunal para participarem da obra coletiva; uma tarefa difícil, tendo em vista o grande número de ótimos profissionais nessa área do Direito. A Escola Judicial, contudo, quis oportunizar a outras pessoas que participassem deste livro, razão pela qual foi publicado um edital nesse sentido.

Ao todo, são 36 artigos, distribuídos entre Parte Geral, Obrigações, Contratos, Responsabilidade Civil, Coisas, Família e

Sucessões. Os autores discorreram sobre temas antigos, mas que permanecem controvertidos; e também tiveram a preocupação de tratar de questões atuais.

A iniciativa de publicar artigos científicos com o propósito de aprimorar o Direito é sempre válida. Observe-se que, mesmo assim, alguns temas geram polêmica até os dias de hoje, tais como: (i) desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC); (ii) taxa de juros (art. 406 do CC); (iii) revisão judicial dos contratos (arts. 317, 421-A, 478 e parágrafo único do art. 421 do CC); (iv) função social do contrato (art. 421 do CC); (v) sucessão do companheiro e do cônjuge (arts. 1.790 e 1.829 do CC).

Para o lançamento do livro, a Escola Judicial organizou um seminário jurídico e convidou para palestrar alguns dos doutrinadores participantes da obra, que discorreram sobre os temas de seus respectivos artigos.

Com a conclusão deste relevante projeto, a Escola Judicial do TJMG cumpre a sua missão de difundir o ensino jurídico entre os magistrados, servidores e membros da comunidade jurídica. Espero que todos apreciem este livro e façam bom uso dele!



COMISSÃO TÉCNICA

A EJEF AGRADECE À COMISSÃO TÉCNICA RESPONSÁVEL PELA AVALIAÇÃO DE ARTIGOS SUBMETIDOS VIA EDITAL A FIM DE COMPOR A PRESENTE OBRA:

Sérgio Henriques Zandoná Freitas (Presidente)

Adriano da Silva Ribeiro

Giovanni Galvão Vilaça

Meire Aparecida Furbino Marques

Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes

Bruno Alves Apolinário

Janaina de Alvarenga Silva Carvalho

Gabriela Oliveira Freitas

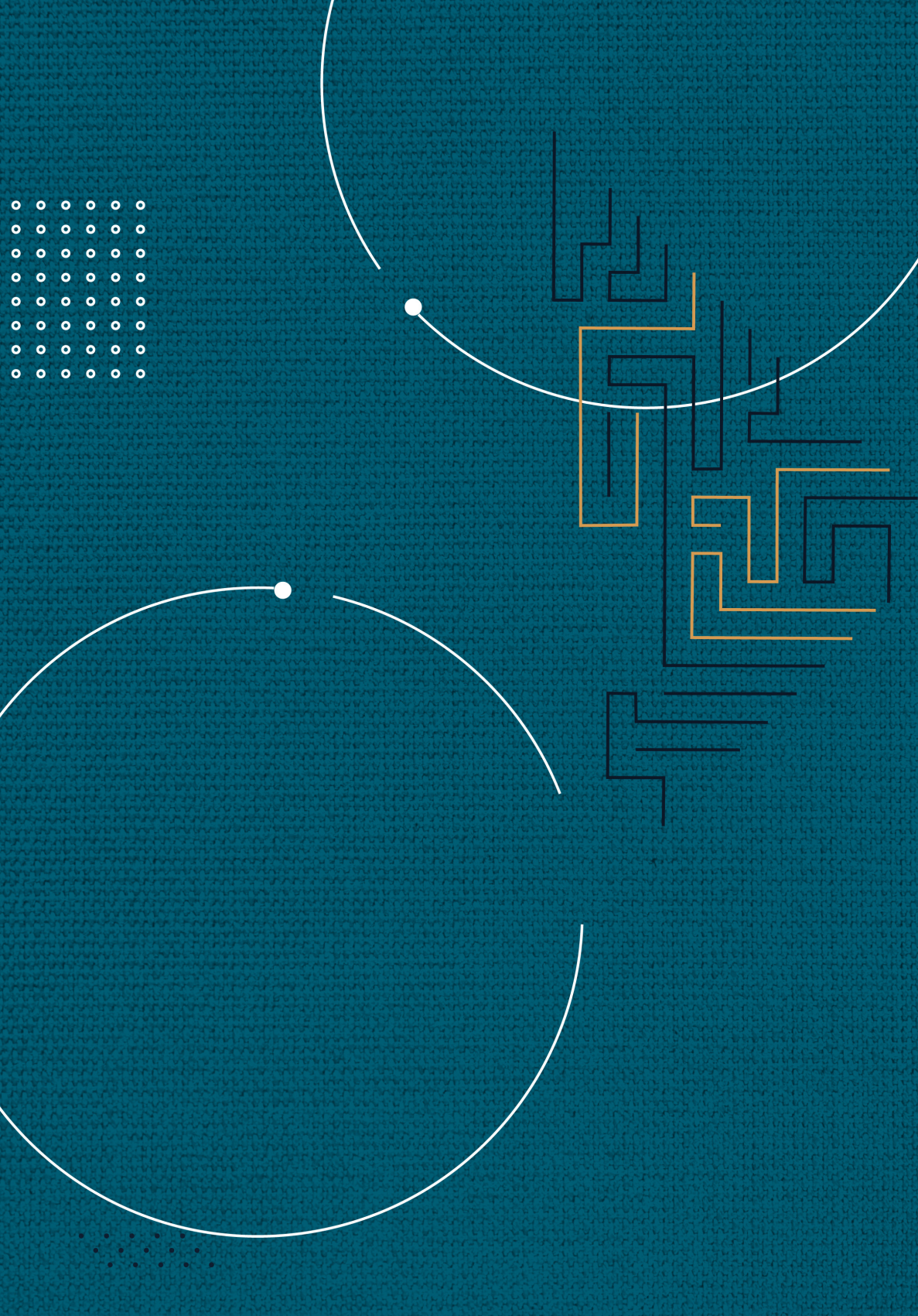
Laura Campolina Monti

Jessica Sérgio Miranda

Lais Alves Camargos

Título I

Parte Geral



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE ASSOCIAÇÕES CIVIS DE DIREITO PRIVADO

Bruno Eduardo Vieira Santos¹

Luciana Diniz Durães Pereira²

RESUMO

O presente artigo trata dos aspectos e da aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica de associações civis de direito privado, sob a ótica do Código Civil de 2002, alterado pela Lei nº 13.874/2019 - Lei de Liberdade Econômica. Com auxílio da doutrina e da jurisprudência, traçam-se algumas considerações a respeito não apenas da possibilidade da *disregard*, em relação a tais pessoas jurídicas, como também de suas peculiaridades ínsitas.

Palavras-chave: Código Civil. Parte geral. Lei de liberdade econômica. Associações civis. Desconsideração da personalidade jurídica.

¹Mestrando em Direito (Universidade Fumec). Pós-Graduando em Direito Constitucional (ABDConst). Bacharel em Direito pela Faculdade Esamc-Uberlândia. Assessor de Juiz e Oficial Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: bruno.vieira@tjmg.jus.br.

²Doutora (FDUFMG) e Mestre (PUC Minas) em Direito. Pós-Graduada em Direito Internacional (FDMC). Graduada em Direito (UFMG) e em História (UFMG). Professora da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Fumec. Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito Internacional do Cedin. Servidora da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: ludiniz11@fumec.br.

1 INTRODUÇÃO

As associações civis de direito privado, enquanto partes do chamado terceiro setor, constituem-se em importante instrumento para a consecução de direitos fundamentais e sociais, sendo, porém, muitas vezes negligenciadas pelos órgãos estatais.

Entretanto, como pessoas jurídicas que são, encontram-se sujeitas à incidência de determinadas normas, e também de sanções, seja pelo descumprimento da lei, seja pelo inadimplemento de suas obrigações contratuais, o que pode vir a ensejar a eventual propositura de ação(ões) judicial(is) em seu desfavor.

Nesse contexto, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, discutido primordialmente no direito inglês e de trabalho, no Brasil, sobremaneira por Rubens Requião, é medida prevista, em nosso ordenamento jurídico, como forma de conter abusos na utilização da pessoa jurídica, muitas vezes perpetrados por seus próprios membros com a intenção de lesar credores, inclusive judiciais.

Nesse sentido, torna-se interessante indagar se as associações civis também podem ser objeto da desconsideração de suas respectivas personalidades jurídicas, com a entrada no patrimônio de seus administradores e associados.

Como tentativa de solucionar a questão, o presente artigo buscará discutir, criticamente, tal possibilidade, utilizando-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, em diálogo com precedentes, tanto do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quanto de outras cortes brasileiras.

2 ASSOCIAÇÕES CIVIS NO TERCEIRO SETOR

Na qualificação dos agentes sociais, ressaí a divisão apresentada em setores: o primeiro corresponde ao Estado (*lato sensu*), o segundo às sociedades empresariais, e o terceiro, a sociedade civil, organizada em associações, fundações e outras pessoas jurídicas sem natureza governamental ou mercantil.

Como ensinam Regina Vera Villas Bôas e Alan Faria Andrade Silva, o terceiro setor pode ser compreendido como o conjunto das entidades que não pertencem nem ao primeiro setor nem ao segundo, consubstanciando-se, lado outro, em instituições ou pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade econômica nem lucrativa, e que, de certo modo, atendem à sociedade. (VILLAS BÔAS; SILVA, 2020).

Por sua vez, entendem Antonio Vico Mañas e Epitácio Ezequiel de Medeiros que o terceiro setor abarca desde ações de filantropia até as de cidadania e defesa do ser humano, com a luta por sua inclusão social e outras atitudes que beneficiam a sociedade por inteiro. (MAÑAS; MEDEIROS, 2012).

Nesse contexto, as associações civis surgem como perfeita expressão do denominado terceiro setor, porquanto, conforme ensina Guido Zanobini, representam o desdobramento do direito fundamental de liberdade reconhecido aos cidadãos, possibilitando-lhes reunir-se para fins que, em suas singularidades, não poderiam conseguir, ou apenas os alcançariam com elevada dificuldade. (ZANOBINI *apud* TEIXEIRA, 2014).

Ademais, reconhecendo na sociabilidade, inerente ao ser humano, os fundamentos da associação de pessoas, disserta Luciana Freire Naves que:

Sendo o ser humano eminentemente social e não encontrando em si forças e recursos necessários para uma empresa civil de maior vulto, procura estabelecer relações jurídicas com outros homens, de molde a constituir um organismo capaz de alcançar o fim almejado. Dessa forma nascem as sociedades e associações civis, que ganham vida e personalidade distinta da de seus membros. (NAVES, 1992).

Em termos conceituais, por sua vez, há razoável divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica das associações civis, assentando-se, principalmente, na qualificação, ou não, destas entidades como contrato.

Não obstante, a fim de adotar uma posição de equilíbrio entre as correntes, tendo em vista, em especial, as considerações doutrinárias sobre a inexistência de direitos e obrigações recíprocas entre os associados, à luz do disposto no art. 53, parágrafo único, do Código Civil, Anna Luiza Duarte Maiello propõe qualificar a associação como “negócio jurídico associativo”, ou “negócio jurídico organizativo”, ao invés de tratá-la como um simples contrato, sem prejuízo de que seja “aplicável a disciplina dos contratos, com algumas especificidades, adaptações e derrogações, de acordo com o tipo negocial”. (MAIELLO, 2017, p. 127).

Nesse sentido, uma posição de convergência que se adeque à singularidade das associações civis, distinguindo-a dos demais tipos contratuais, permite defini-las como o conjunto de pessoas (em sentido amplo, abarcando naturais e jurídicas), unidas por vínculo voluntariamente assumido em negócio jurídico específico, para finalidades e ideais convergentes (como, por exemplo, religioso, educacional, cultural, recreativo, de caridade, esportivo, entre outros), que não possuem direcionamento puramente econômico, sem prejuízo de receita destinada à sua manutenção.

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL

A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*, ou *lifting the corporate veil*) não é instituto novo no direito, aqui verificado em abstrato. Suas raízes encontram-se no famoso caso *Salomon vs. Salomon & Co*, submetido à apreciação e julgamento pelo judiciário inglês, em que se discutiu a utilização do manto da personalidade jurídica de sociedade empresária para lesar credores, muito embora a Câmara dos Lordes, ao reformar os entendimentos de instâncias inferiores, privilegiou a validade da constituição do ente societário e a distinção entre o sócio e a pessoa jurídica, de modo a exonerá-lo das cobranças que lhe foram lançadas. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Em terras brasileiras, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, sistematizada pelo jurista alemão Rolf Serick, foi introduzida e apresentada por Rubens Requião, em 1969, assentando o autor que o objetivo do referido instituto é apenas afastar, nos estritos liames do caso levado a juízo, a pessoa jurídica, quanto às pessoas ou bens que por ela são protegidos, em caso de especial ineficácia da personalidade jurídica a ser declarada para determinados efeitos, remanescendo intocável quanto aos demais e legítimos fins. (REQUIÃO, 1969).

Cuida-se, portanto, de tese destinada a combater o absolutismo da personalidade jurídica até então vigente, a fim de se evitar a manipulação.

Em termos conceituais, portanto, a desconsideração da personalidade jurídica destina-se a, de forma pontual e específica, adentrar ao patrimônio dos sócios de uma pessoa jurídica, quando

constatado que o manto da personalidade, que distingue o patrimônio da sociedade e de seus sócios, fora utilizado no que o Código Civil, em seu art. 50, qualificou como “*abuso da personalidade jurídica*”, caracterizado, após modificações introduzidas pela Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), pelo desvio de finalidade da instituição ou pela confusão patrimonial.

Nesse contexto, o desvio de finalidade é verificado, quando a personalidade jurídica é usada para a prática de atos ilícitos e para lesar credores, ao passo que a confusão patrimonial encontra-se consubstanciada na difícil ou ausente distinção entre os bens, ativos financeiros e passivos do(s) sócio(s) e da pessoa jurídica que integram.

Quanto ao primeiro ponto, a nova lei intentou dissipar o entendimento doutrinário, até então vigente, de que uma das possibilidades de reconhecimento do desvio de finalidade era a simples realização de atividades distintas daquelas expressamente contidas no contrato social da empresa, caso, com isso, direitos de terceiros fossem prejudicados. (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2017).

Outra possibilidade vislumbrada na doutrina, e que, aparentemente, também foi afetada pela alteração legislativa, é o caso de utilização da pessoa jurídica para enriquecer seus sócios, em desfavor da saúde financeira da sociedade, gerando verdadeira situação de insolvência e culminando, posteriormente, em possível dissolução irregular. (NERY JUNIOR; NERY, 2014).

Nesse tocante, cumpre dizer que a dissolução irregular ou encerramento das atividades e a inadimplência das obrigações contratuais, *per se*, não são fatores suficientes para a desconsideração da personalidade, se desacompanhadas dos demais requisitos legais.

Assim, inclusive, já entendeu o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Execução. Devedor. Sociedade empresária. Desconsideração da personalidade jurídica. Medida excepcional. Inadimplemento e ausência de patrimônio penhorável. Encerramento irregular. Insuficiência para a pretendida despersonalização. [...] não basta o inadimplemento de uma obrigação por parte da pessoa jurídica, é necessário que tal descumprimento decorra do desvirtuamento da função da mesma. [...] Embora tenha sido demonstrado o encerramento irregular das atividades da empresa devedora (que é presumido nas hipóteses em que deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes e aos credores), não foram demonstrados os requisitos do artigo 50 do Código Civil, não sendo caso de desconsideração da personalidade jurídica, ao menos por ora. (MINAS GERAIS, 2016).

Em igual sentido, decisão de lavra do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Agravo interno no agravo em recurso especial - autos de agravo de instrumento na origem - decisão monocrática que reconsiderou deliberação anterior e deu parcial provimento ao apelo extremo para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa. Insurgência da agravada. [...] 1.3. *A mera inexistência de bens penhoráveis ou eventual encerramento irregular das atividades da empresa não enseja a desconsideração da personalidade jurídica.* Precedentes. 2. Agravo interno desprovido. (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Cabe destacar que apenas haveria desvio de finalidade caso a pessoa jurídica fosse utilizada para lesar credores e praticar atos ilícitos, não bastando, para tanto, a mera expansão de atividades, ou alteração da finalidade original daquela intenção econômica original, na esteira, respectivamente, dos parágrafos 1º e 5º do art. 50 do CC.

Obsta-se, com isso, o entendimento de que o exercício de atividade distinta do contrato social ou estatutos é ato ilícito e que, como tal, ensejaria a desconsideração da personalidade jurídica, militando a nova restrição legal em favor das instituições que, nascidas para determinada finalidade, começam a exercer ofício em outra área, distinta ou adjacente à original, em privilégio dos princípios da liberdade como garantia do exercício de atividades econômicas e da subsidiária e excepcional intervenção do Estado sobre ele, na forma do art. 2º, incisos I e III do CC, eleitos pela nova legislação.

De seu turno, a “confusão patrimonial” pode ser verificada na ausência de distinção entre o patrimônio do sócio e da pessoa jurídica, o que é especificado no parágrafo 2º do art. 50 do CC, pelo cumprimento de obrigações do sócio pela empresa, ou desta por aquele, de forma repetitiva, além da transferência de ativos ou passivos, sem efetiva contraprestação, salvo se de valor insignificante, além de outros atos que afetem a autonomia patrimonial na relação empresa-sócio, ponto este, inclusive, que torna o referido rol meramente exemplificativo, permitindo, assim, que a referida espécie de abuso da personalidade jurídica seja vislumbrada em outras ações contrárias a essa diferenciação de bens.

Cumprido ponderar, no entanto, que, talvez, a principal modificação tenha sido a restrição dos atingidos pela desconsideração, que, na forma do novel art. 50, parte final, do CC, serão apenas aqueles sócios ou administradores que foram direta ou indiretamente beneficiados pelo abuso, afastando-se, com isso, a responsabilidade de sócios desconhecedores do ato abusivo, e que não teriam auferido lucro com a ação indevida, o que demonstraria,

conforme entendimento doutrinário, a necessidade de verificação da culpa. (DALLEMOLE; FLEISCHMANN, 2020).

Colhe-se, assim, a importância do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, para mitigar o indevido absolutismo da proteção conferida aos sócios, que, por vezes, usavam das benesses inerentes à distinção patrimonial para lesar credores e realizar atos ilícitos, ao passo que, por outra banda, nota-se um esforço legislativo, guiado pelo ideal do liberalismo econômico, de evitar interferências estatais na atividade empresária e, nesse norte, demandar de quem alega o abuso a produção de prova robusta a respeito, exigência que, conforme reconhecem Deborah Soares Dallemole e Simone Tassinari Cardoso Fleischmann, mesmo que venha a dificultar a aplicação do instituto, tem aptidão de gerar decisões mais justas, adequadas à excepcionalidade que lhe é ínsita, deixando de afetar sócios que, na verdade, nada tiveram com a incorreta utilização da entidade. (DALLEMOLE; FLEISCHMANN, 2020).

Com essas considerações, passa-se, a seguir, à análise da aplicabilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito das associações civis de direito privado.

Vejamos.

4 POSSIBILIDADES E RESTRIÇÕES DA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ÀS ASSOCIAÇÕES CIVIS

As associações civis de direito privado, como anteriormente demonstrado, representam importante instrumento na construção de uma sociedade, especialmente para consecução dos direitos básicos e fundamentais de diferentes pessoas que nela se inserem, em busca de seus respectivos projetos de vida boa.

Não obstante, é certo que sua qualificação como pessoas jurídicas e o exercício de sua gestão atraem a incidência de grande parte das disposições atinentes a esse tipo de personalidade, notadamente quando a associação civil exercer atividade comercial, ainda que sem fim puramente econômico.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência cuidaram de debater a incidência da desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito das associações civis, sendo que, entre os julgados do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tem-se, *in verbis*:

Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Deferido. Associação. Pessoa jurídica sem fins lucrativos. Possibilidade. Necessidade de demonstração dos requisitos. Artigo 50 do Código Civil. Ausentes. Decisão reformada. 1. O art. 50 do Código Civil permite a desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso, que se caracteriza pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial. 2. As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica. Enunciado 284 da IV Jornada de Direito Civil. 3. A mera inadimplência e a ausência de bens capazes de satisfazer o crédito exequendo não constitui motivo suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica, eis que se trata de medida excepcional e está subordinada

à efetiva comprovação dos mencionados requisitos, o que, contudo, não restou evidenciado nos autos. 4. Recurso conhecido e provido. (MINAS GERAIS, 2021).

Na ocasião, discutia-se a desconsideração da personalidade jurídica, anteriormente deferida em Primeiro Grau contra certa associação, ao argumento de que esta não teria solvido o débito objeto da lide, a despeito das diversas medidas constritivas adotadas pelo órgão julgador.

Entretanto, acabou-se por assentar que, embora cabível o levantamento do manto da personalidade jurídica de associações civis, os requisitos do art. 50 do CC não se encontravam presentes, no caso em apreço, motivo pelo qual foi dado provimento ao recurso e reformada a decisão, de modo a indeferir a *disregard*. (MINAS GERAIS, 2021).

De fato, a despeito das variadas finalidades que uma associação pode assumir, ainda que limitada pelo fator “ausência de finalidade lucrativa”, nota-se que estas podem muito bem atuar no mercado, principalmente na prestação de serviços e na produção de bens para venda ou distribuição, a fim de angariar fundos para sua manutenção e/ou crescimento.

Nesse contexto, lidar com as relações de consumo, assumindo, porquanto, função de fornecedor, atrai não apenas a circulação de valores entre comprador e vendedor, mas também, em caso de inadimplência, a possibilidade de exigência judicial de cumprimento da obrigação regularmente assumida.

Se não bastasse, embora não se tente aqui discutir os meandros das relações fiscais, cumpre mencionar que as associações civis gozam de certas isenções ou imunidades tributárias — a exemplo das instituições de educação ou assistência social, na

forma do art. 150, VI, “c”, da Constituição da República de 1988, ao passo que, com relação a outros, lhes é perfeitamente exigível, ensejando a possibilidade de ajuizamento de execução fiscal que, eventualmente, pode desaguar em pedido de desconconsideração da personalidade jurídica.

É esse, inclusive, o entendimento sufragado pelo Enunciado nº 284 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, assim redigido: “art. 50: As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não-econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica”. (BRASIL, 2007). Da fundamentação do proponente do referido texto do enunciado, colhe-se o seguinte excerto, que ilustra o entendimento aplicado à citada apresentação:

Se a relação inicialmente existente entre os dirigentes da associação sem fins lucrativos, da fundação, transforma-se, e começa a entidade a ser dirigida com a finalidade de proporcionar lucros, seja a quem for, mediante o fornecimento de bens ou serviços, a instituição transmuda-se em fornecedora. Pelo processo mutatório, sujeita-se às vicissitudes do mercado de consumo e, *ipso facto*, à desconconsideração de sua personalidade jurídica, que, desviada de sua finalidade, não pode prevalecer em detrimento de seus membros ou da sociedade. Em tal situação há, indiscutivelmente, desconconsideração da pessoa jurídica, máxime quando esta não passa de um alterego de seus diretores ou administradores, que fazem uso do nome social em proveito próprio. (BRASIL, 2007, p. 108).

Da leitura da fundamentação, nota-se que a desconconsideração seria vislumbrada, essencialmente, no caso de desvio de finalidade, quando as associações assumissem feições eminentemente mercantis, passando a visar lucro.

Nesse tocante, importante repisar que não existe uma proibição ao exercício de atividades de prestação de serviços, ou venda de produtos pelas associações civis, conforme largo entendimento doutrinário a respeito, já que a busca pelas finalidades da associação, mesmo que distanciada de qualquer intento puramente comercial, demandará a existência de fundos.

Essa consideração, pode-se dizer, é sufragada pelo Enunciado nº 534 da VI Jornada de Direito Civil, que afirma que “as associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa” (BRASIL, 2013).

Assim, perfeitamente cabível a atividade produtiva das associações civis, desde que o intento direto não seja o mercantil, pois, se assim o for, estarão a praticar ato ilícito, na forma do art. 50, § 1º, do CC.

Isso porque, distintamente do que já apontado anteriormente no presente artigo, quando se discutia a expansão da finalidade original de atividade específica da instituição, aqui haveria situação contrária à própria previsão do art. 53 do mencionado Código, que afasta a possibilidade de que a associação exclusivamente intencione o lucro, ensejando, portanto, ilicitude passível de, sob o crivo do contraditório, ensejar a desconsideração de sua respectiva personalidade jurídica.

Desse modo, o desvio de finalidade, no caso das associações civis, seria verificado por sua utilização para lesar credores, e em desacordo com a finalidade não-lucrativa desse tipo de pessoa jurídica.

Com efeito, possível seria vislumbrar a ocorrência de confusão patrimonial, nas hipóteses legalmente previstas, quando o patrimônio dos dirigentes e da associação, ou de alguns de seus associados, demonstrassem pouca ou nenhuma distinção.

Cumprе mencionar, no entanto, que a responsabilidade pelas duas espécies de abuso da personalidade jurídica ocorreria precipuamente na pessoa do órgão investido da função de dirigir a entidade ou de seu dirigente, afastando-se, portanto, a responsabilidade dos demais associados, inclusive sob a exegese da nova redação dada ao art. 50 do CC, à inteligência da Lei da Liberdade Econômica.

Destarte, não obstante os valores obtidos em eventual desvio de finalidade beneficiarem o patrimônio comum da instituição, e, de certa maneira, todos os associados, é preciso limitar a incidência do vocábulo “indiretamente”, previsto na parte final do supramencionado dispositivo legal.

A título de exemplo, pode-se cogitar uma associação de finalidade recreativa que gere um clube com diversas atividades esportivas e de lazer, sendo composta de centenas de associados. Se, em determinado momento, passar a exercer atividade com intuito lucrativo, por decisão de seus dirigentes, não é razoável que todos os membros da entidade, sem distinção, possam ser atingidos pela medida excepcional da desconsideração, até porque pouco ou nada podem saber a respeito do que foi feito, especialmente quando a associação tem como modelo de direção/gestão decisões centradas na diretoria, ou em conselho de administração, deixando à assembleia geral pouquíssimas atribuições.

Nesse ponto, interessante trazer à baila a interpretação dada por Rodrigo Xavier Leonardo à questão, antes mesmo de especificados os destinatários da desconsideração. Em seu dizer, a desconsideração da personalidade jurídica, em um sentido técnico mais preciso, não se adéqua à estrutura e à função das associações como traçado pela legislação e pela doutrina. (LEONARDO, 2015).

Assenta-se o motivo, em ponto que merece ser acompanhado, na inexistência de reciprocidade de direitos e obrigações entre os associados, conforme art. 53, parágrafo único, do CC, pois, enquanto em uma sociedade empresária o elemento pessoal dos sócios é notável, vinculando-os no plano obrigacional, nas associações civis o que se verifica é a ausência desse fator de obrigação, havendo um negócio jurídico entre associação e associados, pouco importando o elemento pessoal dos associados (LEONARDO, 2015) que entram e saem, na forma dos estatutos, e não desmobilizam a instituição constituída, isto é, não demandam a necessidade de liquidação de suas quotas, a restituição de valores empregados, ou de participação econômica para fins de retirada, inerentes às sociedades empresárias.

A propósito, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando da apreciação e julgamento do REsp 1.398.438/SC, assentou a inaplicabilidade do art. 1.023 do CC às associações civis (que não se trataria de hipótese para a desconsideração, mas mera responsabilidade subsidiária), por não haver vínculo obrigacional no negócio associativo, assentando, na oportunidade, a peculiaridade de tais associações, ao versar sobre a desconsideração de sua personalidade. (BRASIL, 2017). No mesmo sentido, já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo. (SÃO PAULO, 2019; SÃO PAULO, 2018).

Por sua vez, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais sufragou tanto a possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica das associações civis quanto a limitação daquela aos dirigentes da entidade:

Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Pedido de desconconsideração da personalidade jurídica. Medida cautelar incidental. Associação civil. Comprometimento da execução. Requisitos não preenchidos. 1 - É possível a desconconsideração da personalidade jurídica de associação civil, estendendo-se a execução aos seus membros diretores. 2 - O pedido de desconconsideração, em sede cautelar, é excepcional e deve se limitar às hipóteses de temor justificado de que a prévia citação dos executados frustraria o resultado útil do processo. (MINAS GERAIS, 2018).

Há entendimento, ainda, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido da possibilidade de direcionamento da desconconsideração àqueles a quem incumbe a atividade financeira da instituição, porquanto responsáveis pela gestão e representação da associação. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Assim, é de bom alvitre que, após o levantamento do manto da personalidade jurídica, o atingimento dos patrimônios pessoais seja direcionado exclusivamente aos associados administradores ou, em casos específicos, ao dirigente ou responsável pelas finanças da associação civil.

5 CONCLUSÃO

As associações civis representam importante contribuição à entrega dos direitos fundamentais e sociais aos cidadãos, especialmente em áreas em que o Estado não atua, ou, se atua,

o faz de forma deficitária. Trata-se, pois, de instrumento inserido no chamado terceiro setor, que serve tanto para o alcance de finalidades oriundas de mútuo interesse de seus membros, quanto para privilegiar a sociabilidade do homem.

Referidas instituições, embora não possam ter intuito exclusivamente lucrativo, podem exercer atividade produtiva, isto é, prestar serviços, ou realizar atos de compra e venda, por exemplo, como forma de se manter ou mesmo de crescer, sempre desprendida da ideia de auferir rendas/receitas por si próprias.

Nessas relações, o ajuizamento de demandas em seu desfavor é situação que eventualmente pode ocorrer, assim como se vê ao longo da história/trajetória de diversas sociedades empresárias, fundações e/ou cooperativas.

No âmbito judicial, a desconsideração da personalidade jurídica, instrumento essencial para combater abusos dessa personalidade, destina-se à retirada do manto que distingue os patrimônios da sociedade e de seus sócios, a fim de que, com o patrimônio destes, o débito em lide possa ser adimplido.

Tal abuso da personalidade jurídica pode ser verificado no “desvio de finalidade”, caracterizado pela utilização da pessoa jurídica como forma de lesar credores e de praticar atos ilícitos, bem como na “confusão patrimonial”, quando os bens da instituição e os dos sócios não mais se distinguem, havendo utilização de uns pelos outros, em desacordo com a autonomia de ativos e passivos da entidade criada.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência caminham no sentido de que, por não haver distinção de tipos de pessoa jurídica no Código Civil vigente, também as associações civis podem ser objeto de desconsideração da personalidade jurídica, o que,

entretanto, atrai algumas considerações sobre a viabilidade e a extensão da medida.

Conclui-se, à luz das razões apresentadas ao longo do presente texto, que a desconsideração da personalidade jurídica das associações civis é possível, porém, deve ser balizada nas peculiaridades das referidas instituições, de modo que apenas seus dirigentes ou pessoas diretamente envolvidas com a direção, responsáveis pelos atos que ensejaram eventual *disregard*, devam ter seus respectivos patrimônios pessoais atingidos, sob pena de prejuízo aos demais associados que, muitas vezes, sequer têm ciência ou participação na atuação indevida ou no ato ilícito supostamente praticado.

REFERÊNCIAS

ASSIS NETO, Sebastião; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. *Manual de direito civil*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho,

aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set. 2019 - Edição extra-B. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. v. 1.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *VI Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 924.641/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. *DJe*, Brasília, DF, 12 nov. 2019b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.398.438/SC. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. *DJe*, Brasília, DF, 11 abr. 2017.

DALLEMOLE, Deborah Soares; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. Desconsideração da personalidade jurídica em sociedades limitadas após a Lei da Liberdade Econômica. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ (RFD)*, Rio de Janeiro, n. 37, jun. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A personalidade jurídica das associações pode ser desconsiderada? *Revista Consultor Jurídico*, 27 jul. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jul-27/direito-civil-atual-personalidade-juridica-associacoes-desconsiderada#_ftn11. Acesso em: 2 jan. 2022.

MAIELLO, Anna Luiza Duarte. *Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo*. Tese (Doutorado em Direito) – USP, São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-27092012-101632/publico/Anna_Luiza_Duarte_Maiello_tese.pdf. Acesso em: 28 dez. 2022.

MAÑAS, Antonio Vico; MEDEIROS, Eptácio Ezequiel. Terceiro setor: um estudo sobre a sua importância no processo de desenvolvimento socio-econômico. *Perspectivas em Gestão & Conhecimento*, João Pessoa, v. 2, n. 2, p. 15-29, jul./dez. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.0000.17.010484-8/001. Relator: Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga. *DJe*, Belo Horizonte, 26 set. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.0024.10.287547-3/004. Relator: Des. Fausto Bawden de Castro Silva (JD Convocado). *DJe*, Belo Horizonte, 18 ago. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.0324.14.004259-3/001. Relator: Des. Otávio Portes. *DJe*, Belo Horizonte, 26 ago. 2016.

NAVES, Luciana Freire. Sociedades e associações civis. *Revista de Doutrina e Jurisprudência* – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Brasília, n. 40, p. 149-166, set./dez. 1992.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 410. ano 58, p. 12-24, dez. 1969.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 70040551327. Relator: Des. Marco Aurélio Heinz. *DJ*, Porto Alegre, 9 maio 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2185374-65.2017.8.26.0000. Relator: Des. Melo Colombi. *DJe*, São Paulo, 5 set. 2018

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2233611-96.2018.8.26.0000. Relatora: Des.^a Fernanda Gomes Camacho. *DJe*, São Paulo, 03 fev. 2019.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *Manual das associações civis*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; SILVA, Alan Faria Andrade. O estado estratégico e a participação social do Terceiro Setor. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ (RFD)*, Rio de Janeiro, n. 38, dez. 2020.



UMA PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 COMO CODIFICAÇÃO QUE PRETENDE SE MANTER ATUAL:

uma análise dos seus princípios estruturantes, a partir da teoria de Miguel Reale

Deivisson Alexandre¹

Reinaldo Daniel Moreira²

RESUMO

No presente trabalho, busca-se compreender o Código Civil como codificação que pretende se manter atual, sobretudo a partir das contribuições do professor Miguel Reale, a quem se atribui grande influência na edição e tramitação do projeto do Código até a promulgação da Lei pela qual ele foi instituído. São apresentadas brevemente as teorias do tridimensionalismo jurídico e do culturalismo jurídico, assim como os princípios estruturantes do Código Civil de 2002: a eticidade, a socialidade e a operabilidade. Partindo disso, é possível inferir como o Código Civil de 2002, ainda que criticado mesmo antes de entrar em vigência, sob o fundamento de que se tratava de um projeto desatualizado, vem conservando a sua eficácia e demonstrando aptidão para mantê-la prolongada, sobretudo porque aberto espaço para a sua reinterpretação e atualização, de acordo com os novos fatos ocorridos e as novas concepções ético-valorativas consolidadas em sociedade.

¹ Assessor de Juiz do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *E-mail:* deivisson.alexandre@tjmg.jus.br.

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mestre em Direito Público pela UERJ. *E-mail:* reinaldo.moreira@tjmg.jus.br.

Palavras-chave: Princípios estruturantes do Código Civil. Eticidade. Socialidade. Operabilidade. Cultralismo jurídico.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca fazer uma breve análise acerca do advento do Código Civil de 2002 como codificação que, fundada no culturalismo jurídico e em três princípios estruturantes — eticidade, socialidade e operabilidade —, propicia a sua reinterpretação e atualização, mantendo-se, assim, atual, ainda que em um contexto de intensas modificações na ordem social e jurídica.

No início, será apresentado brevemente o contexto de elaboração do Código Civil de 2002, mormente devido à crítica dirigida ao Código Civil de 1916 no sentido de que se tratava de uma codificação desatualizada.

Ato contínuo, discorrer-se-á brevemente acerca da influência do professor Miguel Reale na elaboração do projeto do qual se originou o Código Civil de 2002, tanto pelas contribuições da teoria do tridimensionalismo jurídico e do culturalismo jurídico, quanto porque a codificação vigente foi assentada em três princípios estruturantes teorizados pelo emérito doutrinador: a eticidade, a socialidade e a operabilidade, os quais serão apresentados.

Por fim, será indicado como essa estrutura do Código Civil foi pensada para viabilizar a sua aplicabilidade, eficácia e adequação à realidade social em que vige, conservando-se, por consectário, a sua vigência.

2 CONTEXTO DE ELABORAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Relembra-se e comemora-se, no corrente ano, o vintênio de vigência do Código Civil brasileiro, instituído por meio da Lei nº 10.406, de 2002. Diz-se que, para além de lembrado, o fato deve ser também comemorado, porquanto a vigência e a eficácia, por duas décadas, do Código, com perspectiva de permanência por mais alguns consideráveis anos, propiciam à sociedade segurança jurídica — para o que é essencial a estabilidade normativa, embora não em caráter absoluto a importar em imutabilidade legal — e denotam ainda que a sua estrutura fundante — pensada para fazer com que ele se mantivesse, dentro do possível, atualizado, conforme se discorrerá melhor à frente — vem surtindo o efeito esperado.

O Código Civil de 2002, a bem da verdade, já era reivindicado há muito tempo. Até a sua vigência se iniciar, vigeu no nosso ordenamento jurídico pátrio por 86 anos (1917-2003) o Código Civil brasileiro de 1916, alcunhado de “Código Beviláqua”, dada a influência do jurista Clóvis Beviláqua quanto ao seu conteúdo.

Isso porque, conforme ensina Schreiber (2022, p. 20), no ano de 1899, o então Ministro da Justiça, Epitácio Pessoa, delegou a Beviláqua a função de redigir um novo Código Civil para o país, o que foi feito por ele em apenas seis meses, embora, depois, a sua tramitação, até a efetiva promulgação, tenha demandado longos 15 anos.

Foi por essa razão que, tão logo passou a vigor o Código Civil de 1916, foram-lhe direcionadas críticas, em especial porque, em tese, considerada a demora de sua tramitação, a codificação já entrou em vigor desatualizada e desvinculada da realidade social de seu tempo.

Nesse sentido, conforme ensina o mesmo autor:

Embora nascido já no século XX, o Código Beviláqua refletia o pensamento jurídico europeu do século anterior, tendo se inspirado nas codificações civis da França, Alemanha e Portugal, entre outras. [...] Na disciplina dos diversos institutos de direito civil, o Código Beviláqua refletia o liberalismo, o individualismo e o patrimonialismo que marcaram as grandes codificações europeias. (SCHREIBER, 2022, p. 20).

Em que pese a referida crítica dirigida à codificação de 1916, os institutos que compõem a disciplina do Direito Civil foram por ela regulados, conforme já citado, por longos 86 anos, tendo, inclusive, alcançado o início do século seguinte ao de sua promulgação.

Com isso, fica evidenciado ser mais que propício o surgimento de uma nova codificação no contexto do início do presente século, haja vista que a anterior, que desde 1916 já era criticada por alguns por estar desatualizada, de longe não conseguia corresponder à realidade da sociedade brasileira, nem tampouco se compatibilizava com algumas diretrizes da Constituição da República de 1988, a partir da compreensão do fenômeno que muitos designam como “constitucionalização do direito privado”.

Quanto a esse fenômeno e à maneira como ele impôs um novo paradigma de elaboração de normas no espectro do direito privado, bem como de sua interpretação, em conformidade com a Constituição, ensina-se que:

Sob esse prisma, qualquer dispositivo do Código Civil tem que ser interpretado “como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada”. O fenômeno da codificação há se concretizar, doravante, como uma “continuação sistêmica da Constituição”. (DELGADO, 2012, p. 243-244).

Em mesmo sentido — isto é: o de que a codificação vigente, após a promulgação da Constituição da República de 1988, deve observar o novo paradigma normativo por ela estabelecido, com especial atenção à dignidade da pessoa humana e à função social —, o professor Miguel Reale, em artigo escrito para o periódico *O Estado de São Paulo*, no ano de 2001, publicado em obra própria posteriormente, consignou que:

Aprovado o novo Código Civil pela Câmara dos Deputados, a grande maioria dos juristas responsáveis reconheceu o imenso progresso representado pela substituição do Código de 1916, que, não obstante os seus incontestáveis méritos, não resistiu aos desgastes provocados pelas profundas mutações sociais e tecnológicas desencadeadas pelo tormentoso século passado. Nesse sentido, observo que a nova Lei Civil preservou numerosas contribuições valiosas da codificação anterior, só substituindo as disposições que não mais correspondiam aos valores ético-jurídicos da nossa época, operando a necessária passagem de um ordenamento individualista e formalista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência. (REALE, 2002, p. 21).

A explanação do emérito professor evidencia as duas principais razões, já aludidas alhures, pelas quais era imperativa a edição de um novo Código: a desconexão entre a codificação vigente e a realidade social da época e, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, a necessária revisão dos institutos de direito privado à luz do novo paradigma constitucional, mormente no que concerne à dignidade da pessoa humana e à função social dos referidos institutos.

Essa segunda razão assume especial relevância quando se compreende o Código Civil, ainda na lição do professor Miguel Reale, na condição de “Constituição do homem comum”. Com audácia, o referido professor, em um de seus escritos, chega a dizer, em referência a tal “Constituição do homem comum” (codificação civil), que, na prática, ela é “[...] mais importante que a outra, como o demonstra, aliás, a mobilidade dos estatutos políticos e a relativa estabilidade da ordenação civil, em todas as culturas jurídicas do mundo”. (REALE, 2002, p. 17).

Nesse tocante, não se pode ignorar que, devido à adoção de um modelo jurídico de base constitucional, sobretudo por influência da teoria de Hans Kelsen (2021, p. 69), para quem há uma “estrutura escalonada da ordem jurídica”, a nossa Constituição da República é considerada a norma fundamental, “o nível mais elevado da ordem jurídica” e, por isso, a principal Constituição, tanto do ponto de vista normativo, quanto também da perspectiva das garantias asseguradas — isso para não dizer que ela é, efetivamente, a única Constituição, considerada a acepção mais estrita e técnica do termo.

Malgrado, de igual forma, não se pode ignorar também a consideração de Reale acima apresentada, sem levá-la à risca no tocante à hierarquia normativa, uma vez que, de fato, é a codificação

civil que regula, pragmaticamente, os aspectos comuns à vida de todos os homens, da concepção à morte, sendo assim de ampla aplicabilidade.

De igual forma, não há como contrariar o emérito professor quanto à maior estabilidade das codificações civis em comparação com as cartas políticas: basta ver, no caso brasileiro, que o Código Civil de 1916 viveu, repise-se, por 86 anos, enquanto, levado em conta o mesmo período (1917-2023), foram cinco as Constituições da República vigentes (1934, 1937, 1946, 1967 e 1988).

Já em relação à primeira causa para a edição de um novo Código, referente à desconexão entre a codificação de 1916 e a realidade social da época, conforme já supramencionado, sustentou Reale que o novo Código se mostrou necessário porquanto se apresentou como uma:

[...] tomada de posição perante o problema da codificação exigida pelo País, à luz de outros paradigmas de ordem ética e política, uma vez que o Código em vigor fora elaborado para uma nação predominantemente agrícola, com reduzida população urbana, sem os imensos problemas sociais do Brasil contemporâneo. (REALE, 2003, p. 24-25).

Enfim, foi, portanto, com base nessas premissas, de ordem social, valorativa e normativa, que se justificou o advento do Código Civil de 2002, cuja tramitação se iniciou 27 anos antes, quando, em 1972, Armando Falcão, então Ministro da Justiça, encaminhou ao Presidente da República o Anteprojeto de Lei referente à nova codificação. (REIS, 2002, p. 1).

O Código de 2002, portanto, demandou cerca de 12 anos a mais de tramitação que o anterior, o que, em certa medida, se justifica, pois, afora os aquecidos conflitos internacionais que

chamaram a atenção de todo o mundo no fim do século XX, a demora pode ser atribuída também, no âmbito interno, “[...] às profundas alterações políticas que caracterizaram a passagem do sistema militar para o regime democrático” (REALE, 2002), à posterior instalação da Assembleia Nacional Constituinte — ocasião em que “[...] os senadores entenderam que era necessário aguardar a nova Constituição, que poderia alterar as bases da legislação privada” (REALE, 2002) — e às inúmeras discussões e propostas de emendas realizadas durante a tramitação do projeto.

A elaboração do projeto foi realizada por uma comissão de notáveis juristas, dentre os quais se destacam José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Erbert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva, Torquato Castro e o principal deles: Miguel Reale (DELGADO, 2022, p. 290), todos componentes da formação inicial da comissão.

Diz-se que Reale foi o principal deles por ter sido supervisor e coordenador da comissão de elaboração do código — desde a constituição da referida comissão, por parte do Ministro da Justiça Luís Antônio da Gama e Silva, ainda nos idos de 1969 (DELGADO, 2022, p. 290) —, por ter sido “[...] ardoroso defensor do projeto, numa relação ‘paterno-filial’ quase de criador e criatura” (DELGADO, 2022, p. 31) e especialmente porque foi ele, como decorrência da coordenação que lhe coube, quem firmou a estrutura filosófico-jurídica do Código Civil, sobretudo por meio dos seus princípios estruturantes, os quais serão melhor tratados a seguir.

Com isso, passou-se, portanto, do alcunhado “Código Beviláqua” para o alcunhado “Código Reale”. (DELGADO, 2022, p. 31).

3 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A OPERABILIDADE COMO FORMA DE SE MANTER A CODIFICAÇÃO CIVIL ATUALIZADA

A partir desse contexto, as disposições do Código Civil de 2002 foram elaboradas com a ótica de três princípios estruturantes ou fundantes: a eticidade, a socialidade e a operabilidade, os quais foram concebidos por Reale, essencialmente, como decorrência da sua teoria a respeito do culturalismo jurídico.

O culturalismo jurídico, em certa medida, confunde-se com a teoria adotada e muito desenvolvida por Reale, pela qual, para o referido autor, o Direito, para ser efetivamente compreendido como o fenômeno que é, é preciso levar em conta a existência, em caráter infragmentável, de três fatores: o fato, o valor e a norma, a que se atribui a nomenclatura de “Teoria Tridimensional do Direito”. (REALE, 1994, p. 117).

Por essa teoria, é a partir do momento em que ocorrido determinado fato, ao qual se atribui certo valor (positivo ou negativo), que surge a norma (em sua acepção formal), correspondendo esta assim, de certo modo, ao produto das ocorrências de seu tempo (fato) sob uma ótica específica também de seu tempo (valor), componentes também comuns à definição de cultura.

A respeito do culturalismo jurídico e sobre como ele era concebido por Reale, leciona Judith Martins-Costa que:

O que caracteriza o culturalismo é a adoção da noção de cultura como ‘paradigma central’ nos domínios das ciências humanas. Não se trata, porém, de uma visão estratificada, estática ou organicista da cultura: Reale aplica ao mundo da cultura o esquema de sua teoria tridimensional, segundo a qual toda a experiência histórico-social é uma ‘forma de resultante da correlação tensional entre fatos e

valores', para, assim, alcançar os três direcionamentos fundamentais da sua pesquisa acerca da cultura, a saber: a) uma relativa aos fundamentos factuais que condicionam a ação humana; b) outra relativa aos valores e fins já adquiridos, ou intencionados a adquirir, dando origem a valorizações que se objetivam em bens historicamente constituídos; e c) outra pertinente às formas que os bens culturais assumem, no curso da história. Esses três direcionamentos não são seccionáveis: Reale rejeita o 'fragmentarismo reducionista que caracterizou toda a cultura individualista burguesa', compreendendo, ao contrário, a cultura como totalidade e como processo, o que não leva, porém, a eliminar a responsabilidade do homem na ação, mas a compreendê-la pela concreção, que é sempre, e necessariamente, contextual. (MARTINS-COSTA, 2006, p. 75-76).

Assim, nesse sentido, o Código Civil de 2002 foi concebido como uma codificação que, para além de constituir um produto de seu tempo — regulando o presente e entravando o que surge como novo no arcabouço social —, foi elaborada de forma aberta à reinterpretação de suas normas, a partir de um sistema normativo relativamente aberto e, por isso, passível de ser aplicado de modo adequado à realidade em que vige, ainda que submetida essa a constantes mutações, seja na ordem dos fatos, seja na ordem dos valores juridicamente relevantes, especialmente no contexto da dita “modernidade”, caracterizada, conforme Bauman (2001), pela liquidez e pelas constantes mudanças.

A teoria tridimensional do Direito e o culturalismo jurídico, assim, por comporem a base teórica de Miguel Reale, acabaram por influenciar fartamente as disposições do Código Civil de 2002, assim como os próprios princípios estruturantes da referida codificação, quais sejam: a eticidade, a socialidade e a operabilidade, estabelecidos em muito com vistas a dar à norma a abertura necessária para que ela abarque fatos não

inicialmente nela previstos (o que corresponde ao elemento fático da teoria tridimensional), assim como a permitir que a norma seja reinterpretada em consonância com novas acepções ético-valorativas surgidas (o que corresponde ao elemento axiológico da teoria tridimensional).

Assim, foi por meio da aplicação desses princípios estruturantes que as disposições do Código Civil de 2002 acabaram encarnando a perspectiva teórica do culturalismo jurídico.

Nesse sentido:

Aplicando essas concepções aos trabalhos da comissão, Reale faz prevalecer, quer na estrutura, na metodologia ou na linguagem do anteprojeto, a ideia de que o Direito só pode ser compreendido por meio de sua estreita vinculação com os valores éticos e sociais. Por isso a linguagem aberta, a permitir a comunicação intersistemática das disposições codificadas com outras fontes, inclusive metajurídicas, sobretudo os valores. Essa comunicação intertextual vai ser imprescindível à própria aplicação do Código Civil, uma vez que os institutos ali plasmados deixam de ser vistos na perspectiva de 'algo dado pelo legislador, mas como modelos cuja consagração legislativa e aplicação dependerá de atos de escolha que formam a norma, conforme os valores que se quer realizar, em razão de fatos sociais e naturais anteriores'. Essa influência do culturalismo realiano pode ser sintetizada exatamente nas três diretrizes centrais ou princípios estruturantes do anteprojeto: socialidade, eticidade e operabilidade. Esses princípios, juntamente com os princípios constitucionais fundamentais, constituem o vetor hermenêutico do Código Civil Brasileiro de 2002. (DELGADO, 2022, p. 297).

Passando à indicação desses princípios fundantes propriamente ditos, pode-se citar, primeiro, o da eticidade. Trata-se de princípio estruturante pelo qual insertas nas disposições do Código Civil referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e outros critérios éticos. (REALE, 2002).

Esse princípio representa, de acordo com a lição do próprio Reale (2002), um rompimento do rigorismo formal do Código Civil de 1916, fruto do positivismo jurídico à época predominante. No tocante a isso, defendendo a ruptura gerada pela utilização desse princípio estruturante em relação à ordem anterior, posicionou-se Reale da seguinte forma:

Não acreditamos na geral plenitude da norma positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permitam chegar-se à 'concreção jurídica', conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa. O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto. (REALE, 2002).

Ilustrando o modo como esse princípio estruturante se exteriorizou nos dispositivos constantes do Código Civil de 2002, Farias e Rosenvald aduzem que:

Na estrutura do Código Civil em vigor, o paradigma da eticidade pode ser vislumbrado em diversas passagens, sempre iluminadas pela ideia de construção de uma solução concreta e, principalmente, por meio das cláusulas gerais. Veja-se, como exemplos disso, a boa-fé objetiva (CC, art. 422) e o abuso do direito (CC, art. 187). (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 55).

A bem da verdade, trata-se de princípio estruturante indissociável dos outros dois (socialidade e operabilidade), na medida em que o próprio conceito de ética parte de um pressuposto social e, para se dar concretude à eticidade, é necessário recorrer à técnica legislativo-interpretativa própria da operabilidade, valendo-

se de cláusulas gerais, como, por exemplo, as já citadas boa-fé e justa causa. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 54-55).

Quanto ao segundo princípio estruturante, isto é: o da socialidade, este — assim como o primeiro — representou também uma ruptura em relação à ordem anterior, a qual era muito individualista por influência do positivismo e do liberalismo.

Em síntese,

[...] esse princípio impõe limites ao exercício dos direitos para que se perca o caráter individualista nas relações jurídicas, objetivando a valorização do coletivo. Ele é o retrato da aplicação da função social ao direito como um todo”. (CASSETTARI, 2022, p. 14).

Nesse tocante, ensina Reale que:

O ‘sentido social’ é uma das características mais marcantes do Projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Beviláqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou como no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e similares. Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o Projeto se distingue pela maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador. (REALE, 2002).

Esses dois princípios (eticidade e socialidade) podem ser muito bem visualizados no art. 113 do Código Civil de 2002, considerado por Reale como um “artigo-chave do Código Civil” (REALE, 2002, p. 75), no qual se encontra estabelecido que: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os

usos do lugar de sua celebração”. (BRASIL, 2002). A esse respeito, ensina-se que:

Desdobrando essa norma em seus elementos constitutivos, verifica-se que ela consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica dos fatos jurídicos, sendo fixadas, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao se fazer alusão aos ‘usos do lugar de sua celebração’. Eis aí já esboçada a incidência dos três princípios (eticidade, socialidade e operabilidade) que, a meu ver, presidem à atual Lei Civil [...]. (REALE, 2002, p. 75).

Por fim, chega-se ao terceiro princípio estruturante do “Código Reale”, isto é: o da operabilidade, ao qual se quer dar ênfase no presente trabalho.

Em decorrência do longo tempo de tramitação, o Código de 2002, antes mesmo de passar a vigor, já era criticado — assim como o foi o seu antecessor, conforme discorrido no tópico anterior —, sob o fundamento de que “já nasceu velho”. (REIS, 2002, p. 2-3).

Essa crítica não passou despercebida ao coordenador da comissão do Código Civil de 2002, tendo Reale, em resposta à referida censura, aduzido que:

[...] o fato de a aprovação do Código Civil pelo Congresso Nacional ter demorado 26 anos não significa que, durante todo esse tempo, não tenham ocorrido incessantes atualizações, tanto na Câmara dos Deputados — onde cerca de 1.100 emendas foram objeto de magnífico relatório do Deputado Ernani Satyro — assim como no Senado Federal, várias alterações devidas a sugestões dos membros remanescentes de originária ‘Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil’, como se deu comigo, pois continuei a prestar colaboração ao Poder Legislativo. (REALE, 2002, p. 23).

A par dessas inúmeras atualizações feitas no texto ao longo da tramitação do projeto do Código, o principal argumento contrário à crítica de desatualização da codificação posteriormente aprovada se relaciona justamente com o princípio da operabilidade, já que, por meio dele, foi possível estabelecer um Código que, pelo prisma do culturalismo jurídico, foi elaborado com vistas a se manter passível de reinterpretação e atualização, de acordo com os novos fatos ocorridos e as novas concepções ético-valorativas consolidadas.

Isso decorreu, na lição de Bittar, do fato de que:

Diferentemente de como se concebia o Direito como centro de especulações na ideologia burguesa e iluminista dos séculos XVIII e XIX, passa-se a concebê-lo, em meio a tantas transformações socioculturais, como um processo em transformação, permeável às novas demandas e adaptado aos novos atores sociais. (BITTAR, 2014, p. 92).

Com isso, o “Código de Reale” foi pensado não apenas para estabelecer as diretrizes básicas do direito privado em caráter abstrato, mas para ser dotado de concretude, efetividade e aplicabilidade, inclusive a despeito do decurso do tempo e das mutações sociais.

Nesse sentido, ensinam Farias e Rosenvald que, nesse contexto:

[...] o legislador não mais exercita o preciosismo gramatical do Código Beviláqua. As novas normas perdem em estética, mas ganham em efetividade [...]. O direito não existe para ficar na altura das abstrações,

mas sim para ser executado, com praticidade. O Código Civil deseja afastar toda a forma de conceituação estéril que não revele efetividade. É preciso, verdadeiramente, se desvincular da velha herança francesa de preencher o desenho da norma em todos os seus poros. Muitas vezes, a prática de conceituar é uma forma de esconder nossa própria ignorância, ou um temor de trabalhar com modelos abertos e mutáveis. A diretriz da concretude também atua em outro nível, o da operabilidade. Propugna ela por rápidas formas de solucionar pretensões, bem como por meios que evitem a eternização de incertezas e conflitos. Como adverte Bobbio, o século XX foi a ‘era dos direitos’, e o século XXI pretende-se como a “era da efetividade dos direitos”, pois eles existem para ser exercitados. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 57).

O próprio Reale, comentando o princípio da operabilidade, leciona que:

[...] o princípio da operabilidade leva, também, a redigir certas normas jurídicas que são normas abertas, e não normas cerradas, para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha alterar seu conteúdo mediante aquilo que denomino ‘estrutura hermenêutica’. Porque, para mim, a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura normativa. E é por isso que a doutrina é fundamental, porque ela é aquele modelo dogmático e teórico que diz o que os demais modelos jurídicos significam. (REALE, 2002).

A operabilidade, nesse sentido supracitado, foi incorporada ao Código Civil e nele se manifesta, sobretudo a partir da previsão de cláusulas gerais, de conceitos jurídicos indeterminados e do reconhecimento da eficácia normativa de certos princípios.

A respeito dessa manifestação da operabilidade, extraída do

“Código Reale”, Roger Galino, nobre colega do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ensina que:

A justa composição da lide não se contenta com a ideia de respeito absoluto à letra da lei, conforme formatada pelo Estado legislativo, mas se infere a partir da aplicação da lei à luz dos postulados da hermenêutica constitucional. Ou seja, o fenômeno da justa solução jurídica perpassa pelo filtro de outros parâmetros igualmente relevantes, como os delineados pela própria configuração do Estado Democrático de Direito.

Isso é assim em razão da atual complexidade das relações jurídicas e da velocidade das mutações que tais relações experimentam. Também por esse motivo, o Código Civil de 2002 realçou a importância social, operacional e pragmática de normas jurídicas de conceito variável, de conceito vago ou indeterminado, bem como das denominadas cláusulas gerais.

Esse mecanismo possibilita ao magistrado aplicar a norma jurídica em atenção às particularidades de cada caso, embora não previstas expressamente pelo legislador. Isso que dizer que, constatada a insuficiência das regras, o sistema jurídico passa a ser permeado por princípios jurídicos. (GALINO, 2019, p. 561-562).

E, de fato, como consignado pelo nobre colega, o princípio da operabilidade, aliado aos dois outros princípios estruturantes sobre os quais já se discorreu, tornou possível a aplicação da codificação de 2002 a situações imprevisíveis ou insuficientemente previstas pelo legislador, como se deu, por exemplo, com a pandemia da Covid-19, cujos efeitos foram mais intensamente notados no país entre 2020 e 2022.

Dentre esses efeitos, a pandemia impôs a necessidade de isolamento social, e, com isso, as práticas pedagógicas foram alteradas, dando ensejo também a uma nova valoração das relações contratuais estabelecidas com vistas à prestação de serviços educacionais. Assim, deu-se ensejo a um número considerável

de demandas propostas com a finalidade de rever os referidos contratos, especialmente em relação às prestações devidas pelos contratantes/consumidores.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio de sua 18ª Câmara Cível, mediante acórdão de relatoria do Eminentíssimo Desembargador José Eustáquio Lucas Pereira, recorreu justamente aos princípios estruturantes do Código Civil de 2002 e às disposições deles decorrentes para julgar um desses casos anteriormente indicados.

O referido julgado restou assim ementado:

Apelação cível. Ação de revisão de contrato de prestação de serviços educacionais. Redução da mensalidade do curso de medicina. Pandemia da covid-19. Relação jurídica de cunho consumerista. Reconhecimento. Disciplinas teórico-cognitivas ministradas à distância. Suspensão integral das aulas práticas e de laboratórios. Valor das mensalidades mantido. Onerosidade excessiva reconhecida. Redução deferida. Proporcionalidade observada. Manutenção da sentença que se impõe. - Tratando-se a pandemia de Covid-19 de evento imprevisível e de consequências significativamente abrangentes, em que o consumidor se encontra em clara desvantagem perante o prestador de serviços, mostra-se cabível, por invocação dos princípios da eticidade, operabilidade, boa-fé objetiva e da função social do contrato (art. 421, do CCB), a redução do valor das mensalidades prevista no contrato de prestação de serviços educacionais, haja vista a impossibilidade de cumprimento, pela entidade de ensino, da integralidade da grade educacional contratualmente estabelecida, de modo a se buscar, com tal medida, o indispensável equilíbrio contratual. (MINAS GERAIS, 2021).

A partir disso, é possível inferir que a codificação civil de 2002 se mostrou eficaz ante uma situação inicialmente prevista pelos seus teóricos e pelos legisladores, corroborando com a perspectiva de Reale (2002) de que: “[...] o código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exige a todo instante recurso

à analogia e aos princípios gerais, devendo ser valorizadas todas as consequências da cláusula *rebus sic standibus*”.

Portanto, o acórdão, proferido 18 anos depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002 e 15 anos depois da morte de seu principal defensor, Reale, denota que a perspectiva do teórico em certa medida se confirmou, e a codificação, cuja elaboração foi por ele regida, mantém-se hígida e passível de ser aplicada de forma contextualizada e efetiva à nossa realidade, ainda que diante de situações de caráter originariamente imprevisível.

Assim é que o Código Civil de 2002, que muitos acreditavam estar desatualizado desde a sua elaboração, vem guardando eficácia e, partindo da operabilidade com que foi projetado, tende a viger ainda por bons anos, cabendo, em consonância com os seus princípios fundantes e a própria compreensão da cultura — pela perspectiva do culturalismo jurídico —, a sua constante reinterpretação e atualização, a partir dos novos fatos ocorridos e das novas concepções ético-valorativas consolidadas.

4 CONCLUSÃO

O vintênio de vigência do Código Civil de 2002 se mostra passível de comemoração, na medida em que o advento da referida codificação representou um avanço normativo para o nosso ordenamento jurídico, tanto porque correspondeu melhor à realidade social brasileira, quanto porque a sua elaboração se galgou em sólidos fundamentos teóricos, apoiados, em boa parte, nos estudos e nos ensinamentos do professor Miguel Reale.

Dessa maneira, foi a partir das lições do referido doutrinador a respeito do tridimensionalismo jurídico, do culturalismo jurídico

e da existência de princípios estruturantes que o Código Civil de 2002 trouxe importantes inovações à ordem jurídica, as quais tendem a surtir efeitos de longo prazo, em contrariedade à crítica que foi dirigida à codificação, antes mesmo de entrar em vigor, no sentido de que se tratava de um projeto normativo desatualizado.

Assim, firmado nos critérios da eticidade, socialidade e operabilidade, o Código Civil de 2002 apresenta os vetores e o espaço necessários para que a sua vigência seja prolongada, permanecendo adequado e atualizado em relação ao contexto social em que vige por meio de uma integração entre a técnica legislativa utilizada (sobretudo com adoção de conceitos jurídicos abertos e cláusulas gerais) e a escorreita e contínua interpretação fático-axiológica por parte dos operadores.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522490370/>. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 abr. 2023.

CASSETTARI, Christiano. *Elementos de Direito Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596243/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

DELGADO, Mário L. *Codificação, descodificação, recodificação do Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502143111/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

ESTUDOS preliminares do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GALINO, Roger. Penhorabilidade de verbas salariais: hermenêutica constitucionalmente adequada para a solução do conflito aparente entre o direito do credor à efetividade da execução e a manutenção de vida digna do devedor. In: PEREZ, Áurea Maria Brasil Santos *et al.* *Constituição do Brasil: 30 anos 1988 – 2018*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, 2019. p. 537-566.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994198/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 63-87.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.21.051277-8/001. Relator: Des. José Eustáquio Lucas Pereira. *DJe*, Belo Horizonte, 8 jun. 2021.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do projeto do Código Civil. In: COMENTÁRIO sobre o projeto do Código Civil Brasileiro. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2002.

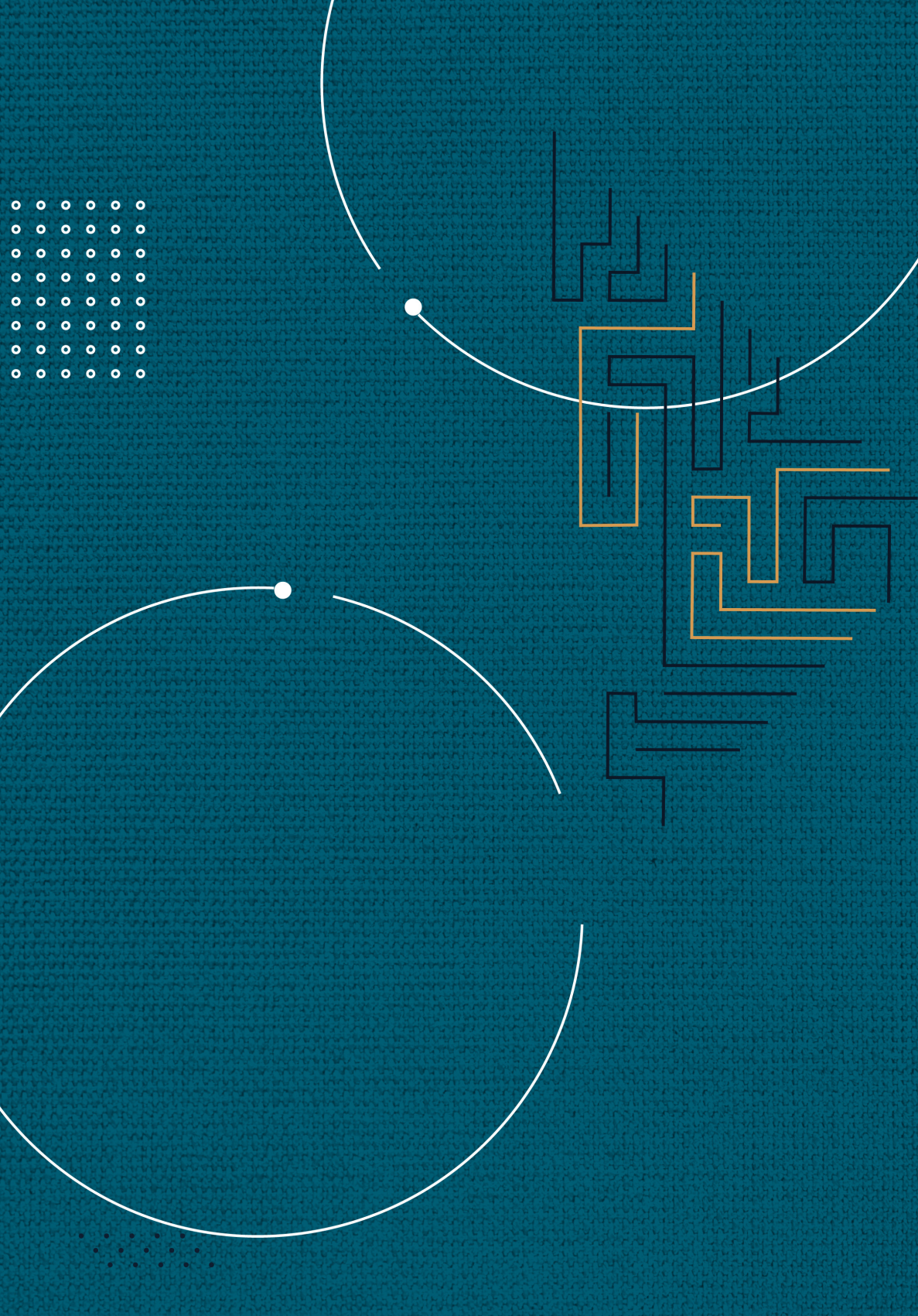
REALE, Miguel. *Estudos preliminares do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Clayton. *Inovações ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622364/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

TEORIA tridimensional do direito. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.



SIMULAÇÃO E O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO

José Marcos Rodrigues Vieira¹

RESUMO

Embora a simulação, como vício de nulidade, mereça, em regra, cognição *ex officio*, tratando-se de falha de classificação da causa petendi em ação em que se busca a invalidade de negócio jurídico, a iniciativa judicial não pode ferir o princípio do dispositivo.

Palavras-chave: Simulação. Nulidade. Cognição *ex officio*. Princípio do dispositivo. Causa de pedir. Imutabilidade após a contestação.

1 O FATO

Abalçou-se determinado Juízo de primeiro grau² a substituir a causa de pedir de coação, da inicial, por entrever indício de simulação e ao argumento de cognoscibilidade *ex officio* desta, ordenando que, como tal, prosseguisse a instrução do feito.

Indiscutível que, sob *Código Civil* de 2002, passa a simulação a ser tratada como causa de nulidade (e não mais de anulabilidade), o que influenciaria a cognição judicial, sendo de tal época o litígio.

A escritura pública de compra e venda destinava-se a retirar do patrimônio do pai, passando-a para o do filho, grande gleba com lavoura e criação extensiva de gado. O escopo poderia realmente

¹ Professor Titular de Direito Processual Civil da FDUFG. Desembargador do TJMG. E-mail: josemarcosvieira@tjmg.jus.br.

² Cuida-se de decisão que foi objeto de agravo de instrumento distribuído a minha relatoria e por mim decidido. Omito os dados, por respeito à proatividade do Juiz de primeira instância.

ser o de evitar possíveis direitos decorrentes de união estável contraída pelo pai, após o falecimento da mãe do adquirente. Ocorre que, além de incomunicável o bem, por constituída a união estável muito depois da aquisição da Fazenda pelo pai, este teria outros bens a atender à cogitação de direito de habitação e de percepção de alimentos pela companheira, em caso de dissolução da união estável. O negócio jurídico, porém, entre pai e filho (filho único) não envolveu nenhum pagamento, daí o caráter simulado.

2 NULIDADE E ANULABILIDADE

A imensa discórdia doutrinária que lavrou, na vigência do *Código Bevilácqua*, acerca da categoria de invalidade, perde sentido ante o *Código Reale*, que não reitera a vedação constante do art. 104 daquele.

Creio que subsista dúvida apenas no direito societário, em que a regra do art. 286 da Lei das Sociedades por Ações inclui, no mesmo tratamento e no mesmo prazo prescricional, os casos de erro, dolo, fraude e simulação: vale dizer que em tal matéria, ao menos em regra, os motivos são todos de nulidade relativa. Sobre o tema fizemos completa abordagem no acórdão em A.I. nº 1.0000.17.099810-8/004, de nossa relatoria, já em 13/3/2019, quando salientamos tratar-se de hipótese excepcionalíssima de nulidade (julgávamos nulidade de alteração contratual mediante falsificação de assinatura de sócio falecido), embora admitindo que, em regra, em matéria societária haja regras especiais, conversivas de nulidade em anulabilidade, pela exigência da dinâmica dos negócios societários, se necessário sob nova assembleia de acionistas.

Em tal acórdão, deixamos assentado que se deve investigar

se o vício apontado refere-se a interesses particulares, da sociedade ou dos acionistas, hipóteses de anulabilidade, ou se o vício extrapola a órbita societária e toca o interesse público, ou interesse inderrogável do sócio, hipóteses estas de nulidade.

Há algum proveito do acórdão citado para o raciocínio que ora desenvolvemos acerca, em geral, da simulação. De fato, pode-se entrever elemento comum entre a condição de sócios e a de pai e filho, na administração de interesse comum, algo inerente à rutura da *affectio societatis*, ainda que não operacionalizada em empresa. *In casu*, a exploração da fazenda de há muito era desenvolvida pelo filho. Tal fato encaminhara a deliberação de compra e venda (ainda que negócio de pai para filho, sem real pagamento e, pois, sob simulação), da qual se arrependera o pai, que terminara por ver-se alijado do imóvel e de sua utilização, na companhia da convivente –, exatamente o que haveria de preocupar o filho administrador dos negócios. E tudo chegou à quebra do relacionamento entre pai e filho.

3 ESPÉCIES DE SIMULAÇÃO

Releva destacar que a simulação continua sendo tratada em suas espécies. A *absoluta*, em que não existe, de fato, negócio jurídico algum, mas tão somente a aparência de negócio para enganar terceiro. A *relativa*, em que o negócio jurídico existe, de algum modo encoberto, sendo uma de duas formas com a intenção comum de enganar: contendo um único negócio, ou acoplado a negócio dissimulado. A simulação *nocente*, em que o acordo simulatório busca prejudicar terceiro. A simulação *inocente*, em que se dá a intenção de enganar, sem prejudicar terceiro.

Na espécie, deu-se simulação relativa inocente, com erro quanto ao risco de prejuízo a terceiro, prejuízo que não ocorreria.

Escrevendo sobre o *Código Civil* de 1916, cabe citar Pontes de Miranda (1983, p. 376-377), arrimado a Teixeira de Freitas, porém perfeitamente invocável sob o *Código Civil* de 2002, dada a coincidência redacional dos artigos legais, ressalvada a consequência jurídica, que é diversa, *in casu*:

O direito brasileiro tem-no [o ato] por existente e apenas anulável [dir-se-ia, hoje, nulo], se houve alcance ou prejuízo a terceiros, ou violação de disposição de lei (art. 103) [hoje, o parág. ún. do art. 167]. Se não houve aquele, nem essa, não há ato jurídico. É a simulação absoluta, tal como a definiu Teixeira de Freitas: ‘haverá simulação nos atos entre vivos: 1º Quando as partes os tiverem celebrado sem intenção de realizar o ato aparente, ou qualquer outro (esboço, art. 522); ‘se a simulação for absoluta, sem que tenha havido intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposições de lei, e assim se provar o requerimento de algum dos contratantes, julgar-se-á que nenhum ato existirá’. (MIRANDA, 1983).

Não seria o caso, na espécie, de se julgar que nenhum ato existisse. Ato existiu. Haver-se-ia de provar – tratando-se hipoteticamente de simulação relativa – que acarretasse prejuízo a terceiro.

Tratar-se-ia (supôs-se erroneamente ou por excesso de zelo do filho) de compra e venda para burlar regime matrimonial (a que se equiparasse a união estável), encobrendo doação inoficiosa, visto que não houvera pagamento, de fato. Ocorre que houve erro quanto à comunicabilidade do bem, dada a respectiva data de aquisição, anterior ao estabelecimento da união estável (e os documentos dos autos provaram as datas compatíveis). Em tal caso, não se evidenciou a intenção de prejudicar terceiro, malgrado a violação de lei, quanto à gratuidade encoberta pela compra e venda.

Mas, note-se, o interesse no objeto do contrato seria privado, e não público e ainda versando direito disponível.

Por isso se trata de interesse privado. Note-se que o *Código Civil* de 2002, ao franquear às próprias partes, bem como a qualquer interessado, a legitimidade para arguir a simulação, passa a integrar a legitimidade ao interesse. Independentemente de boa-fé, cumpre dizer, com Ferrara (1939, p. 466), que “quem não possui, de qualquer maneira, um direito próprio atual sobre uma posição jurídica que se crê ameaçada pela simulação não pode agir”.

É o que deriva da conjugação dos elementos violação de lei e prejuízo a terceiro, incorrente na simulação relativa inocente. E não havia, *in casu*, essa posição jurídica da parte autora (vendedor) coexistente com o ato arguido de simulado.

O autor buscava em sua inicial, como dito, a anulação por vício de consentimento, a coação – sabido que teria cedido, desnecessariamente, à (exagerada) preocupação do filho: e a coação pode ser de ordem moral.

4 O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E A ESPÉCIE

Assim, postas as questões, ocorre considerar a atitude do juiz da causa, recebendo a demanda como fundada em simulação, sob alteração da *causa petendi*.

E a referida situação de interesse específico comunica-se como requisito de cognição pelo juiz da causa, pelo que ocorre repetir Luiz Carlos de Andrade Junior:

Ausentes partes interessadas na declaração de nulidade do negócio simulado, não se justifica que o juiz declare de ofício a nulidade, ainda que conte com elementos que a comprovem.

O poder-dever do juiz de declarar a nulidade do negócio simulado *ex officio*, portanto, deve ser entendido como supletivo da legitimidade. O magistrado deve mover-se pelo interesse que, conquanto esteja presente no seio da relação processual, não tenha sido exercitado por omissão da parte. Somente esta linha de pensamento, ao que nos parece, permite racionalizar o conteúdo do art. 168, primando, ainda, pela preservação de preceitos tão caros à lei e à ciência processuais, sobretudo a condição da demanda consistente no interesse de agir (ANDRADE JR., 2016, p. 246).

Note-se, não houve parte interessada na nulidade, mas na anulação por vício de consentimento (coação). Não se pode, pois, extrair da não repetição da regra do art. 104 do *Cód. Beviláqua* o desaparecimento da atenção à simulação inocente – porque a simulação, toda e qualquer, exige prova.

E não poderia o juiz decidir antes que desenvolvida a instrução processual. Autoriza-se invocar, a propósito, a lição de Pontes de Miranda: “O poder ser arguida pelo próprio causador do nulo a nulidade não dispensa que se lhe inquiria do interesse [...] inclusive o de evitar multa ou outras penas [...]” (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 307).

Ora, se tal se dá na nulidade, com maior força de razão quando esta não é o vício arguido, mas o de coação (de anulabilidade), não podendo ser bastante a aparência de simulação: a nulidade não poderia ser presumida.

Não é só. Luiz Carlos de Andrade Junior complementa-se (2016, p. 245-246), quando recorda que o princípio do dispositivo do art. 141 do *Código de Processo Civil* tem de conviver, no sistema de direito, com a cognoscibilidade *ex officio* das nulidades substanciais absolutas:

Parece-nos que a solução do enigma precisa dar conta de conciliar a exigência do interesse legítimo com o poder dever da declaração *ex officio* e, consequentemente, preservar a coerência interna do art. 168. [...].

O poder-dever do juiz de declarar a nulidade do negócio simulado *ex officio*, portanto, deve ser entendido como supletivo da legitimidade. O magistrado deve mover-se pelo interesse que, conquanto esteja presente no seio da relação processual, não tenha sido exercitado por omissão da parte. (ANDRADE JUNIOR, 2016)

O caso concreto por nós mencionado, no entanto, passou-se sem omissão da parte, porque omissão não se equipara ao erro (suposto pelo juiz) de escolha da *causa petendi*. E não é dado ao juiz chamar a si a postulação, ato de parte, nem sequer quando a lei lhe conceda a cognoscibilidade *ex officio* – porque a *cognitio* não se converte automaticamente em *judicium*.

Vejam-se os termos da decisão judicial a que nos referimos (cuja referência processual não trazemos, por respeito ao Julgador, que proativamente procurou cumprir seu dever de diligência):

A petição inicial narra, inicialmente, que o requerente, em virtude de desavenças comerciais, formalizou um contrato de compra e venda com o requerido, em relação à Fazenda denominada Brejo Alegre e às terras circunvizinhas, não havendo transferência de dinheiro no negócio.

Posteriormente, a petição inicial narra que o requerente continuou a exercer posse e administração da fazenda, mas que o requerido deu ordens ao gerente da fazenda e demais funcionários para que não obedecessem às ordens do requerente. Tal conduta do requerido, na visão do requerente, caracterizaria ‘coação’.

No tópico ‘pedidos’ de sua petição inicial, o requerente formula o seguinte pedido certo e determinado, a ‘anulação do ato jurídico por coação’, sem especificar qual negócio jurídico, juntando com a inicial várias certidões de matrículas de imóveis rurais.

Porém, no caso concreto, a petição inicial narra somente supostos atos de coação posteriores ao negó-

cio jurídico de compra e venda objeto da ação, não havendo nexo de causalidade algum entre a conduta do requerido e entabulamento do negócio jurídico narrado na inicial, o que desconfigura a coação tal como conceituada no Código Civil e na doutrina e jurisprudência pátria.

[...].

A compra e venda narrada [...] ilustra, em tese, a ocorrência de uma simulação de natureza absoluta, ao aduzir que a gleba Brejo Alegre não teria sido efetivamente alienada ao requerido, mas teria sido objeto de um contrato de compra e venda simulado entre as partes para resguardar o requerente, não tendo havido pagamento por parte do requerido e tendo a propriedade e a posse do imóvel permanecido com o requerente.

Desta feita, a despeito da deficiente formulação da petição inicial e da falta de menção expressa pelo requerente, a simulação é matéria de ordem pública, e deve ser reconhecida e declarada pelo Magistrado a qualquer tempo e grau de jurisdição.

[...].

Por conseguinte, fixo os limites objetivos da lide, a respeito dos quais deverá prosseguir a instrução e julgamento do mérito, qual seja a eventual existência de simulação sobre o negócio jurídico de compra e venda celebrado entre as partes da gleba denominada Fazenda Brejo Alegre.

Eis, portanto, que o juiz substituiu a causa de pedir, antes de produzida a prova de simulação, considerando para tanto o simples indício. Tal situação reclamaria acurado exame. Não a suplementação inquisitiva do pedido, como se a lei o pudesse autorizar *in genere* e *sub specie aeternitatis*, livre das limitações de tempo e espaço procedimentais.

A tese de simulação não poderia ter sido formulada como o foi: sem o enfrentamento do conjunto de circunstâncias da espécie, em que nomeadamente haver-se-iam de fazer confrontados os argumentos do próprio autor com os contra-argumentos do réu, a teor do que exige o art. 489, § 1º, IV, do CPC.

Livre iniciativa, portanto, levará as partes a optarem pela discussão do tema da coação. O Juízo de primeiro grau procurou entrever indício de simulação, a partir daquilo que, a seu juízo e sob incompleta demonstração, pudesse desqualificar a forma pública da escritura de compra e venda. Ora, simulação, como causa de nulidade de negócio jurídico, haveria de embasar-se em prova robusta de algum dos requisitos previstos no § 1º do art. 167 do *Código Civil*, no sentido de que a vontade das partes fosse outra que a exteriorizada na escritura pública.

Cabe lembrar o magistério de Francisco Cesar Pinheiro Rodrigues (1983, p. 36):

Se a Justiça é um serviço público – nenhuma outra atividade estatal encarna mais o interesse público que a justiça –, não se justifica que demandantes percam causas justas simplesmente porque seus patronos não se lembraram de [provocar] o atrito necessário e o processo passa a padecer de obscuridade, impondo-se a intervenção clarificadora do magistrado [...] cabe ao juiz de primeiro grau diligenciar na perfeita instrução do processo.

Aí exatamente se vê que o ônus da alegação não pode ser superado pela iniciativa do julgador. Pode o juiz alcançar o fato não alegado, prosseguindo a instrução. A teor do disposto no art. 371 do CPC, o juiz poderá decidir com o fato não alegado, todavia provado. Já se superou a tese de que o juiz não possa considerar o fato provado, embora não alegado, quando se trate de exceção substancial³ e, *a fortiori*, tratando-se de objeção – como a simulação, após o *Código Civil* de 2002.

Vem à lembrança acórdão da 16ª Câmara Cível do TJMG:

³ Sobre isso escrevemos em nosso *Coisa julgada. Limites e ampliação objetiva e subjetiva*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 124-125.

Ação anulatória de negócio jurídico. Simulação. Ausência de prova. - Em ação anulatória de ato jurídico, a simulação não se presume, havendo necessidade de produção de provas necessárias à elucidação da controvérsia. Não se desincumbindo os autores do ônus de provar, nos termos do artigo 333, I, do CPC, que o contrato particular de compra e venda de imóvel foi celebrado mediante simulação, improcedente é o pedido de declaração de sua nulidade (MINAS GERAIS, 2009).

5 O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E AS OBJEÇÕES SUBSTANCIAIS

Cuida-se de saber se a cognoscibilidade *ex officio* de nulidades substanciais justifica a atitude do juiz de reclassificar, como de nulidade, *causa petendi*, outra, invocada, tanto quanto ocorreria ao suprimento de *causa excipiendo* invocada. Poderia a alegação deixar de ser ônus das partes, mediante tal percurso?

Noutras palavras, é de se indagar se a cognoscibilidade *ex officio* das nulidades substanciais absolutas poderia excluir o princípio processual do dispositivo, fazendo-se sugestão de que supletiva do ônus da alegação – a nosso ver compreendido no ônus da prova.

Como iremos demonstrar, o ônus da alegação é insuprível durante a fase postulatória, ainda que suprível, no justo processo, pela prova, sobretudo em se tratando de objeção (de ordem pública), ou, se de exceção, no saneamento compartilhado.

É verdade, dir-se-á que as fases processuais interpenetram-se, são lógicas, não temporais: algo que tivera seu surgimento na mescla dos procedimentos jusromanistas, com seus períodos de superposição (*legis actiones, per formulas, extraordinaria cognitio*). Mas até o saneamento, com a fixação dos pontos controvertidos (ou por outra, qualquer seja a modalidade de fixação da *litis contes-*

tatio), tem de ser respeitado o contraditório.

Portanto, há um limite à atuação do juiz. Já que a instrução probatória não é exclusiva das partes, tendo o juiz poderes instrutórios, o processo é considerado dispositivo se as partes comparecem em juízo com todos os elementos de afirmação, mesmo que nem todos os de prova: é o magistério de Tito Carnacini (1951).

Volvemos à simulação e ao entendimento de Luiz Carlos de Andrade Junior (2016, p. 245), quando sugere a conciliação entre o interesse na declaração e o poder-dever de declarar de ofício a nulidade:

Esta disposição de pensamento leva-nos a supor que, ao elaborar o art. 168, o legislador assumiu a premissa de que a nulidade do negócio jurídico necessariamente interessaria a 'algum' dos litigantes. Com isto, o parágrafo único não conflitaria com o conjunto das disposições contidas no art. 168, pois, ainda que sobreviesse uma situação absurda [...], o juiz deveria declarar a nulidade conhecida e provada, com a certeza de que esta solução atenderia ao interesse de pelo menos uma das partes.

A esta altura, porém, adviria a preocupação com a imparcialidade do julgador (tema a que poderia ter dado atenção o monografista ora citado).

Notável parecer da lavra de Nelson Nery Junior (2014, p. 329-364) alude aproximadamente às extremas da discussão que empreendemos.

Ao analisar acórdão do TJSP, relativo à hipótese em que não fundada a ação em simulação, não quis a Corte enveredar pelo suprimimento de iniciativa da parte, a pretexto de cognição *ex officio*:

A despeito de o Tribunal de Justiça de São Paulo ter afastado a decretação de nulidade das escrituras, por entendê-la fora do pedido aduzido na cautelar de

atentado, as circunstâncias fáticas do caso analisado mostram que simulação não há.

Ora, no caso que julgamos, tanto o pai quis vender ao filho, que procurou desfazer o efeito do negócio, não o negócio em si; alegou coação, isto é, não lhe discutiu a causalidade em si.

E, prossegue Nelson Nery Jr., no texto citado:

Não havia qualquer razão para que a proprietária do imóvel pretendesse realizar negócio jurídico diverso do de compra e venda e imóvel, uma vez que, sobre o referido bem, não pendia qualquer restrição ao direito real de alienação.

[...].

Sustentar a caracterização de eventual simulação de negócio jurídico requer, necessariamente, prova inconteste nesse sentido. Isso porque os efeitos do acolhimento da alegação de simulação levam à nulidade do negócio jurídico, sendo questão de ordem pública, pois é de interesse social, e não dispensa prova.

[...].

Pode ser alegada como objeção de direito material (defesa) e deve ser reconhecida de ofício pelo juiz a qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição.

[...].

Contudo, a rigidez do regime da nulidade dado à simulação não que significar que sua simples alegação [ou suposição contrária à alegação!] já seria capaz de suscitar os efeitos dela decorrentes. Diz o CC, 168, par. ún., que a simulação deve ser pronunciada de ofício pelo juiz, quando este conhecer do negócio jurídico simulado e 'a encontrar provada'.

6 CONCLUSÃO

Concluo que, ainda que o Direito civil brasileiro haja evoluído, na esteira do que se passou na Itália, na Alemanha e em Portugal, relativamente à simulação, ora motivo de nulidade, há de se

considerar que sua discussão no processo não pode abrir mão da indispensabilidade da contribuição das partes na obra de fixação dos elementos de fato – em que pese à cognoscibilidade *ex officio* e os poderes ampliados ao juiz de prover à correta reconstrução dos fatos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JR., Luiz Carlos. *A simulação no Direito Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: STUDI in onore di Enrico Redenti, v. 2. Milano: Giuffrè, 1951.

FERRARA, Francesco. *Della simulazione dei negozi giuridici*, 1922. Tradução para português de A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento- Cv nº 1.0000.17.099810-8/004. Relator: Des. José Marcos Vieira. Belo Horizonte, 13 mar. 2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.17.099810-8%2F004&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: jul. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento- Cv nº 1.0344.03.014104-0/002. Relator: Des. Batista de Abreu. Belo Horizonte, 15 jul. 2009. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0344.03.014104-0%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: jul. 2023.

NERY JR., Nelson. Compra e venda de imóvel. Negócio jurídico válido e eficaz. Simulação. *Revista dos Tribunais On-line*, Soluções práticas de direito, v. 6, set. 2014.

PINHEIRO RODRIGUES, Francisco Cesar. O juiz e a prova cível. *O Estado de São Paulo*, 2 jan. 1983.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Tomo IV*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado, Tomo IV*. Atualizado por Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Júnior. São Paulo: RT, 2012.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Coisa julgada*. Limites e ampliação objetiva e subjetiva. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.



A PARTE GERAL NO CÓDIGO CIVIL: balanço crítico da disciplina da personalidade e das incapacidades

Judith Martins-Costa¹

RESUMO

O Código Civil de 2002 entrou em vigor sob críticas inclusive à indistinção teórica entre personalidade e capacidade. O acerto dessa crítica foi confirmado pela Lei nº 13.146/2015, que, no regramento das hipóteses de incapacidade civil para o exercício jurídico, não atentou para os vários graus de incapacidade e para os estados de incapacidade intermitente e temporária. Ademais, eliminou o termo “discernimento”, que poderia permitir, por sua vagueza semântica, a construção doutrinária e jurisprudencial da categoria da “capacidade para consentir”, permitindo, ainda, regar situações de paracapacidades.

Palavras-chave: Parte Geral do Código Civil. Direito de Personalidade. Capacidade de exercício jurídico. Capacidade para consentir. Incapacidade temporária e incapacidade intermitente.

¹ Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1992 a 2010). Livre docente e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Autora de livros e artigos jurídicos. Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas – IEC. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, dentre outras associações. Advogada e sócia fundadora de Judith Martins-Costa Advogados. Parecerista e Árbitra em questões de Direito Privado. *E-mail:* judith@jmartinscosta.adv.br.

1 INTRODUÇÃO

O que é hoje o *Código Civil* nasceu de anteprojeto apresentado ao governo federal, nos finais dos anos 60 do século XX, por Miguel Reale, presidente da Comissão Elaboradora, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro. Esse anteprojeto sofreu várias modificações, ao longo de sua trintenária tramitação no Congresso Nacional, até entrar em vigor, em 2003, e algumas outras mudanças desde então.

Talvez pelo demorado tempo de sua transformação e pelas grandes mudanças advindas da retomada da ordem democrática, o *Código Civil* entrou em vigor sob alguns parcos elogios e uma torrente de críticas. Algumas se dirigiam à forma do *Código* (nossa época postularia os microssistemas, não os sistemas enucleados em um código); outras, se dirigiam ao seu conteúdo: o *Código Civil* teria nascido já velho, ou se teria desatualizado durante a longa tramitação; outras, enfim, o apodavam de “produto da ditadura”, por ter sido gestado no governo da ditadura militar que perdurou de 1964 a 1978. E muitas dessas críticas dirigiam-se justamente à Parte Geral – ora ao seu conteúdo, ora ao fato de conter uma Parte Geral. Numa data comemorativa aos seus 20 anos de vigência, cabe rememorar-las, investigando se foram ou não solvidas, ou se eventuais modificações posteriores resolveram ou agravaram os problemas então detectados.

Entre as críticas ao conteúdo da Parte Geral, estavam aquelas dirigidas à concepção e regramento da personalidade e da capacidade. Ressaltam aquelas proferidas, já na época da apresentação do anteprojeto, pelo professor Lamartine Corrêa de

Oliveira, da Universidade Federal do Paraná, justamente a respeito da sinonímia, mantida no texto apresentado pela Comissão Elaboradora, entre personalidade e capacidade de direito² (i). A questão não restou bem resolvida e foi agravada, em 2015, pela alteração na disciplina das incapacidades (ii).

2 PRIMEIRA PARTE: AS CRÍTICAS AO REGRAMENTO DA PERSONALIDADE

No *Código* de 1916, a única menção à “personalidade” não dizia respeito ao seu objeto – os bens da personalidade –, ou aos direitos dela decorrentes, mas ao momento do seu surgimento. Personalidade e capacidade jurídica confundiam-se, em monismo conceitual.

² CORREA DE OLIVEIRA, 1974. Acesso RT *On-line*, item 3.2. Escreveu aquele professor: “A melhor doutrina não se limita hoje a estabelecer a tradicional distinção entre capacidade de direito, ou de gozo e capacidade de fato, ou de exercício. Indo mais além, recusa-se a sinonimizar personalidade, qualidade invariável, insuscetível de gradações e de limitações, e capacidade de direito ou de gozo, da qual a primeira é indispensável pressuposto, pois só a pessoa tem direitos, mas que pode sofrer limitações, restrições, ser maior ou menor. Pode uma pessoa, embora plenamente pessoa, pois não pode haver personalidade maior ou menor (raçando pela heresia aquilo que, em outras eras, chegou a figurar na linguagem jurídica francesa, a *petite personnalité*) ter capacidade de direito diminuída, comparativamente à de outra pessoa. É o caso dos estrangeiros (que não podem adquirir direitos políticos e que, mesmo na esfera privada, não podem adquirir certos direitos-propriedades imobiliárias na faixa de fronteira, *verbi gratia*) como é, até certo ponto, o caso das sociedades irregulares, na vigência do art. 20, § 2º, do CC.

Já há magníficos antecedentes legislativos para a distinção entre personalidade e capacidade de direito. O art. 11 do Código Civil suíço: “*Toute personne jouit des droits civils. En consequence, chacun a dans les limites de la loi, une aptitude égale à devenir sujet de droit et d’obligations*”. Melhor ainda, mais claro, mais explícito, o art. 67 do recente Código português: “As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário: nisto consiste a sua capacidade jurídica”. Não contém o Anteprojeto nenhum dispositivo que permita fundamentar a distinção, tão importante do v de ista científico. Tal é, a nosso ver, grave omissão”.

A omissão era grave, tendo sido apenas em parte solvida no *Código* de 2002, que, ademais, acolheu, no seu art. 2, esse “monismo conceitual”, ao estabelecer, sem maiores distinções, que a personalidade civil começa do nascimento com vida.

Deriva dessa opção legislativa a ênfase na titularidade para ter direitos e obrigações, o que confunde personalidade e capacidade jurídica, conduzindo mesmo a uma espécie de “prevalência” da capacidade frente à personalidade. Todavia, “se a capacidade jurídica é mais relevante do que a personalidade humana”, observa Alexandre Cunha, “a esfera de atuação do poder jurídico de um sujeito de direito é mais importante do que a pessoa a ele subjacente” (CUNHA, 2005, p. 104).

Trata-se, ainda, dos ecos da concepção que dominara o século anterior, qual seja a concepção de Savigny (SAVIGNY, 1855, p. 1; MARTINS-COSTA, 2003, p. 64-65), em cujo centro estava a noção de *sujeito de direito*. Como ainda anota Cunha, “[c]onsiderando que são os sujeitos de direito, e não as pessoas, o material para a construção das relações jurídicas, tem-se que aos sujeitos de direito empresta-se maior relevância do que às pessoas. Por essa razão, era a capacidade jurídica, e não a personalidade, que constituía o principal foco de preocupação dos civilistas do século XIX” (CUNHA, 2005, p. 104).

O período histórico em que foi elaborado o anteprojeto do *Código Civil* - anos 60 e 70 do século anterior – explica, em parte, a opção pelo monismo conceitual, pois, durante o século XX, manteve-se a equiparação conceitual entre capacidade e personalidade, apresentando-se a personalidade como um *conceito qualitativo*, é dizer: uma qualidade jurídica em virtude da qual se é pessoa para o Direito. Pessoa é apenas um conceito normativo. Assim está, por

exemplo, no *Tratado de Direito Privado* de Pontes de Miranda, para quem “[r]igorosamente, só se devia tratar das pessoas, depois de se tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito.” (PONTES DE MIRANDA, 2012, § 47).

Todavia, especialmente no espaço juscultural alemão, começara a se formar, já na segunda metade do século XX, uma progressiva distinção entre personalidade e capacidade, passando-se a seguir o rumo de uma doutrina dualista, suscitada, primeiramente, pelo chamado “Direito das Corporações” – que apresenta, frequentemente, casos de mancomunhão e de capacidade jurídica meramente formal – mas, igualmente, por questões derivadas da realidade de condomínios, fundos de investimento, a herança, a massa falida e os patrimônios autônomos ou separados (GONÇALVES, 2022, p. 76-95, 99-124; GONÇALVES, 2008).

Há, com efeito, distinções relevantes entre personalidade e capacidade, não observadas pelo *Código Civil*, embora os alertas de juristas sérios, comprometidos com a Ciência do Direito, como o já mencionado professor Corrêa de Oliveira. Se, por um lado, *personalidade* é um absoluto – tendo sido uma luta histórica renhida e, afinal, uma conquista inarredável assentar que “todo ser humano é pessoa”, sem gradações –, a *capacidade*, como conceito técnico que é, pode e deve sofrer distinções e escalonamentos. E não apenas no discri-me entre capacidade jurídica e capacidade de exercício, mas, igualmente, a dissociação conceitual que se impõe em face do fenômeno da atribuição de capacidades limitadas a *entes não pessoas*. O conceito de personalidade, quanto conotado ao ser humano, seria tributário, assim, de uma *dimensão valorativa*

estranha à noção de capacidade e mesmo o de personalidade, quando conotado a pessoas jurídicas, como as sociedades e as associações. Postula-se, portanto, a distinção entre a *natureza qualitativa* do conceito de personalidade, por oposição à *natureza quantitativa* da capacidade, a qual não teria relevância no plano da resolução de casos concretos, mas se justifica pela dimensão valorativa que lhe subjaz (GONÇALVES, 2008).

Uma expansão ilimitada da noção de personalidade esfumaria essa necessária dimensão valorativa, ligada à pessoa humana. Basta pensar no *e.person* – *i.e.*, máquinas de inteligência artificial às quais se cogita da imputação de certos deveres, como o de indenizar pelos danos produzidos quando atribuíveis a uma “decisão” da máquina.³ Bem se assinalou, por isso que, entre os muitos problemas suscitados pela IA ao Direito, estão aqueles atinentes aos modelos de imputação de responsabilidade civil pelos danos causados por um produto dotado de inteligência artificial, a saber, as máquinas capazes de “simular o raciocínio humano, ou seja, a inteligência característica dos seres humanos, apreendendo inclusive o próprio autodesenvolvimento”.⁴

³ Vide: Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Entre os *consideranda*, está a circunstância de, “numa perspectiva de longo prazo, a tendência atual para o desenvolvimento de máquinas inteligentes e autônomas, com a capacidade de pensar e tomar decisões de forma independente”, o que implica “um conjunto de preocupações relacionadas com os efeitos diretos e indiretos para a sociedade no seu conjunto”. Assim, na forma do seu artigo 1º, *in verbis*: “Insta a Comissão a propor definições comuns à escala da União de sistemas ciberfísicos, de sistemas autônomos, de robôs autônomos inteligentes e das suas subcategorias, tendo em consideração as seguintes características de um robô inteligente: aquisição de autonomia através de sensores e/ou da troca de dados com o seu ambiente (interconectividade) e da troca e análise desses dados; autoaprendizagem com a experiência e com a interação (critério opcional); um suporte físico mínimo; adaptação do seu comportamento e das suas ações ao ambiente; inexistência de vida no sentido biológico do termo”.

⁴ A definição pioneira parece ter sido a do cientista norte-americano John McCarthy, que, em 1956, a qualificou de “a ciência e engenharia de produzir máquinas inteligentes” em uma conferência de especialistas celebrada em Darmouth College (GUBERN, 2013, p. 87).

Justifica-se, assim, no meu modo de ver, a distinção, reservando-se ao conceito de personalidade à pessoa humana e às pessoas jurídicas, mas se viabilizando a atribuição de graus de capacidade, para certos efeitos, a outros entes.

O segundo problema suscitado pelo Livro I da Parte Geral do *Código Civil* diz respeito à omissão no tratamento de formas intermédias de incapacidade.

3 SEGUNDA PARTE: PROBLEMAS NO REGRAMENTO DAS INCAPACIDADES

Conquanto, em sua redação original, o *Código Civil* de 2002 não disciplinasse – como poderia ter disciplinado – as *incapacidades temporárias*, dado, de fato, que, cada vez melhor, podemos conhecer, em virtude dos avanços da neurologia e da psiquiatria –, era enunciada, no inciso II do art. 4º,⁵ a palavra “discernimento”. A referência ao conceito indeterminado que essa palavra veicula permitiria à doutrina e à jurisprudência disciplinar os estados de incapacidade, tendo por base teórica, fundamentalmente, o conceito de “discernimento para consentir”, que veio a ser elaborado doutrinariamente ainda nos finais do século XX. No entanto, a Lei 13.146/2015, que veio a alterar a redação original do *Código* de 2002 na matéria, dificultou sobremaneira esse caminho. A alteração legislativa, a par de não ter atentado às implicações que operou no sistema do *Código*, expurgou esse termo (“discernimento”), bloqueando o caminho cujo desenvolvimento juscientífico poderia ser, até então, justificado em fundamento textual.

⁵ *In verbis*: “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: [...] II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”. A redação foi suprimida pela Lei nº 13.146/2015.

O desacerto da atual redação conferida aos artigos 4º e 5º do *Código Civil* tem, no entanto, duas causas distintas. A primeira delas está justamente na extirpação pelos legisladores de 2015 da noção chave de “discernimento”. A segunda foi a de não ter atentado, e disciplinado, a questão suscitada pela existência de estados psíquicos diversos entre si, descuidando, por consequência, do angustiante problema das incapacidades intermitentes e intermediárias. Não foi traçada a necessária distinção entre *capacidade para obrar* (capacidade de exercício ou capacidade de agir) e *capacidade para consentir*, respeitante ao exercício de alguns direitos da personalidade (vida, saúde e imagem). Começemos por esse problema, o que melhor iluminará o equívoco no primeiro, atinente à extirpação do critério do discernimento.

A noção de *capacidade para consentir* é tributária de obra doutrinária (sendo indevidamente chamada, por alguns, de “competência”, falso cognato do inglês *competence*) e se apresenta como terceira esfera do gênero “capacidade”. O conceito atua como um círculo distinto da capacidade de direito, ou de gozo, e da capacidade negocial, ou de exercício.

A origem dessa noção está no Direito médico de diferentes países, para marcar a linha de limite entre as intervenções médicas praticadas em vista de um ato de autodeterminação do paciente e aquelas praticadas com a assistência, ou mediante representação do legalmente responsável pelo paciente. Seu objeto específico é o processo de tomada de decisões sobre os cuidados para com a saúde, globalmente considerados, abrangendo, portanto, não apenas os casos de autorização para participar de pesquisas na área da saúde, mas quaisquer atos de lícita disposição do próprio corpo. Na construção dessa ideia, está a consideração de o *consentimento*

esclarecido do paciente ser o ponto apto a marcar a legitimação e o limite da intervenção médica. O seu fulcro – elemento explicativo de sua funcionalidade – não mais reside apenas na carência ou redução de discernimento, pois esse requisito também é o que justifica a incapacidade negocial: o *quid* está no seu objeto atinente à disposição de bens jurídicos da personalidade por concernirem à vida e à saúde, afetando a integridade física e a autodeterminação pessoal e, em regra, não atingindo a esfera jurídica de terceiros (PONTES DE MIRANDA, 2012, § 49-B).

Com base na noção de capacidade para consentir,⁶ pode ser requerido um procedimento especial de validação do consentimento de pessoa incapaz (por exemplo, um menor de idade) ou de pessoa legalmente capaz, mas temporariamente impedida de proferir com liberdade e conhecimento de causa o seu consentimento.

Na redação original do *Código Civil*, como acima se anotou, estava o conceito-chave de “discernimento”, o qual permitiria à autoridade decisória – diante de um pedido de suprimento da capacidade para consentir nos casos de intervenção médica em bem da personalidade – determinar se o paciente é ou *não* concretamente *capaz de discernimento*.

⁶ A categoria da capacidade para consentir tanto serve para exigir procedimento especial, em certos casos nos quais é exigido o consentimento de pessoa legalmente capaz de obrar, quanto para validar o consentimento de pessoa legalmente considerada incapaz, assim recomendando o Enunciado 138 do CJF, aprovado na III Jornada (Brasília, dezembro de 2004), *in verbis*: “138. Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

O dado empírico, determinado e específico, seria, assim, o ponto de partida do processo de singularização da capacidade para consentir relativamente ao ato atinente à saúde. Por essa razão, lembrávamos, em outro texto (PONTES DE MIRANDA, 2012, § 49-B), que inclusive menores – desde que possam, em algum grau, compreender, avaliar, se autodeterminar e expressar sua vontade –, seriam não apenas destinatários da informação sobre o ato interventivo em sua saúde, mas, inclusive, como hoje é internacionalmente reconhecido, capazes de decisão para consentir, conforme o grau de discernimento apresentado. Segundo recomendação doutrinária, poderia ser atribuída aos menores de idade uma espécie de “maioridade antecipada” *exclusivamente para aqueles efeitos*, dita, na linguagem médica, *Gillik competence*, por referência à origem, no direito anglo-saxão, especificamente no caso *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, House of Lords, 17 October 1985 (CARLUCCI, 2001; GREAT BRITAIN, 1985).

De fato, vista por seu antônimo, a incapacidade, percebe-se que essa categoria jurídica é marcada por *elementos de especificação*, razão pela qual melhor virá indicada pelo seu plural, *as incapacidades*, que podem ser transitórias ou permanentes, para todos os efeitos, ou para alguns. De fato, a capacidade de exercício apresenta escalonamentos, graduações, que vão da incapacidade absoluta à relativa, admitindo, também, recortes temporais. Há incapacidades permanentes, é dizer, por causa permanente. E há *incapacidades transitórias*, quando a causa que impede a hígida expressão da vontade está em suspenso, ou debilitada por contingências de ordem física ou psíquica.

A problemática envolvida vincula-se, outrossim, ao reconhecimento de paraincapacidades ou de capacidades

intermédias. A noção de “discernimento”, infelizmente expurgada do texto real (embora não da realidade), permitia perceber que Direito opera com *padrões de discernimento*, valorando a sua ausência – ou os seus graus mais baixos –, como fato natural, e atando eficácias aos diferentes graus que estão vinculados, por sua vez, à existência de variadas causas para a incapacidade e a diversas mediações entre a capacidade de exercício e as incapacidades. São as situações de paraincapacidades que a doutrina anterior já havia examinado (BULHÕES CARVALHO, 1957, p. 403), assim como a de incapacidades intermitentes ou “graduáveis”, ou “incapacidades mitigadas”, ou, ainda, “inabilitações”, versadas habitualmente na doutrina estrangeira (e.g.: SERRAVALLE, 2001, p. 23; DIAS PEREIRA, 2006; EBERLE, 2006; CARLUCCI, 2001, p. 249-286; MENEZES LEITÃO, 2005).

Essas noções foram elaboradas em doutrina, tanto para obstar a radicalidade do procedimento de interdição quanto porque os avanços da psiquiatria permitem perceber a existência de estados intermédios ou intermitentes no discernimento, sendo necessária a intervenção heterônoma apenas para certos atos ou situações, mas não para a totalidade delas. Assim ocorre, exemplificativamente, no que diz respeito a pessoas cujo grau de discernimento é alterado por um *déficit* proveniente de condições psíquico-sociais passageiras.⁷ Nessa questão, a análise jurídica não

⁷ O Direito brasileiro conhece uma especial causa de inimputabilidade quando o sujeito, em razão de dependência ou sob o efeito de substância entorpecente que determine dependência física ou química, é incapaz de se determinar de acordo com o entendimento que tem do fato, mesmo sabendo-o ilícito. Com efeito, a Lei 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), edita no art. 45: “É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. O dado relevante está, portanto, na relação entre a compreensão e a ação (ou omissão), isto é, entre o entendimento e a autodeterminação, substancialmente considerada.

pode prescindir do amparo oferecido pelas Ciências Médicas e, muito especialmente, dos estudos acerca dos processos mentais, neurológicos e neuropsicológicos que podem acometer os indivíduos.

Bem atentou para esse problema o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. No julgamento da Apelação Cível 1.0000.23.014111-1/001, questionava-se se melhor caberia conceder poderes de representação ao curador, ou mera assistência à curatelada. Essa era pessoa que apresentava problemas psíquicos e perda de memória, comprovados em perícia, os quais acarretavam sua impossibilidade de agir e praticar os atos da vida civil. Reconhecendo os poderes de representação aos curadores, ainda que a curatelada não fosse absolutamente incapaz perante à Lei 13.146/2015, acertadamente o Relator assim manifestou-se: “com todo o respeito ao nobre objetivo do legislador ao alterar os dispositivos legais do *Código Civil*, restringindo o rol dos absolutamente incapazes apenas aos menores de 16 anos, não há como ignorar o laudo médico que atesta a total incapacidade da curatelada para os atos da vida civil”. O art. 755 do CPC – prossegue – “determina que, ao proferir a sentença que decreta a interdição, o juiz fixará os limites da curatela, [...] não havendo, portanto, vedação legal para a concessão dos poderes de representação em conformidade com as peculiaridades do caso concreto.” (MINAS GERAIS, 2023).

O acerto da decisão está em supor os conceitos jurídicos de *vontade* e de *discernimento*. A vontade que o Direito civil valoriza não é, evidentemente, a mera vocalização ou comunicação de sons ou de sinais gráficos por quem não está apto para *deliberar*, por não ter a possibilidade de compreender a significação dos próprios atos e o alcance das responsabilidades que lhes são conexas. A voz,

a comunicação ou os sinais gráficos são as formas pelas quais se exterioriza a vontade. Elas não são a vontade. O que a Lei Civil supõe é a vontade *como expressão de uma deliberação*, é dizer: a vontade consciente, livre – inclusive no plano psíquico –, pois é essa vontade que terá como *contraponto necessário* a autorresponsabilidade, como é indiscutido pela mais autorizada doutrina acerca do negócio jurídico (exemplificativamente: FLUME, 1998, p. 49; LARENZ, 1978, p. 120-130, 482-486; PONTES DE MIRANDA, 2012, §§ 48 e 49). Portanto, a vontade que está no suporte fático da regra do art. 4º, inc. III, do *Código Civil* não significa a expressão de um qualquer movimento empírico, mas *a possibilidade de uma deliberação*, conferida aos indivíduos física ou psiquicamente aptos a deliberarem, para, por seus atos, *criarem vinculação jurídica* por meio de atos e negócios apodados como jurídicos, isto é, produtores de consequências jurídicas e tutelados pelo Direito.

Esta é a razão pela qual a Lei Civil, quando refere no art. 4º, inc. III, a “expressar vontade”, está a significar não a forma pela qual se exterioriza a vontade (por exemplo, o ato de alguém a assinar um qualquer documento que lhe seja entregue, ou o de emitir sons), e não apenas atos caracterizados por uma impossibilidade física (por exemplo, encontrar-se em coma, ou entubado em uma UTI),⁸ mas, fundamentalmente, está a aludir a quem tenha *condições psíquicas de representar o sentido* da sua própria declaração sonora, escrita ou gestual.

⁸ Sem razão, assim, Mariana Lara e Fábio Queiroz Pereira, ao sustentarem que a incapacidade relativa do art. 4º, III, do *Código Civil*, “se justifica para pessoas em coma e para aquelas com deficiência mental ou intelectual que não apresentam possibilidade de comunicação com seus interlocutores, como um indivíduo que possui severa paralisia cerebral ou alguém que padeça de mal de Alzheimer em estágio avançado” (LARA; PEREIRA, 2016, p. 115-152).

A Ciência Jurídica não constitui um átomo, sem ligação com a vida, abstratamente situada e ignorante do desenvolvimento científico e tecnológico. Cada vez mais, o aporte de técnicas e de tecnologias mais modernas de exames para investigação do sistema nervoso central (SNC) e dos circuitos cerebrais que organizam o comportamento e os processos decisórios tem impacto na concreção dos conceitos jurídicos.

Os avanços, verificados sobretudo nas últimas décadas, na neurologia, na neurobiologia da consciência, na neuropsicologia e na neuroimagem vêm revelando os processos mentais e seus substratos neuroanatômicos e neurofuncionais que repercutem nas disfunções cerebrais, atuando sobre o comportamento, na consciência e na cognição,⁹ perturbando compreensão, avaliação, discernimento, juízo e, finalmente, a decisão. Esses notáveis avanços da Psicologia e da Neurologia têm demonstrado como se desenvolve a capacidade para compreender e tomar decisões, apontando, ademais, à multiplicidade de fatores (físicos, genéticos, emocionais) que podem vir a perturbar a capacidade para decidir. Quando há uma grave perturbação do processo volitivo, entende-se não ter sido livre a vontade acaso expressada, não por se recair em subjetivismo, mas porque cadeias psíquicas ou neurológicas aprisionaram a expressão da vontade.

⁹ A título meramente exemplificativo, sobre os novos patamares alcançados pelo desenvolvimento dos estudos e experimentos neurológicos: DAMASIO, 2000. Ainda sobre o tema, de modo específico, observam Marcia Rozenthal, Jerson Laks e Eliaz Engelhardt: “A importância de alterações frontais em quadros depressivos vem sendo ressaltada por vários autores, levando-se em conta as alterações clínicas relacionadas à atenção, psicomotricidade, capacidade executiva e de tomada de decisão encontradas em quadros típicos” (ROZENTHAL; LAKS; ENGELHARDT, 2004).

Esta não foi livremente exarada. O dado relevante está, portanto, na relação entre a compreensão e a ação (ou omissão), isto é, entre o entendimento e a autodeterminação *considerada substancialmente*, e não de uma perspectiva meramente formal.

Em suma: as deficiências na redação (a original e a atual) do *Código Civil* nesta matéria não expurgam o *dado científico*. Para avaliar a higidez da vontade jurídica (vontade de efeitos), o déficit a se considerar é o déficit na aptidão (ou possibilidade) de discernimento. Exemplificativamente, doenças psíquicas, como a depressão, podem comprometer o estado cognitivo, cortar o processo do pensamento, comprometer a formação do juízo, o que pode se dar de forma definitiva ou temporária.¹⁰ A consideração tanto a uma terceira esfera de capacidade, distinta, no objeto, da capacidade de direito e da capacidade de obrar - pois voltada ao exercício da autodeterminação referentemente à saúde humana, quanto a uma zona cinzenta, entre a capacidade e a incapacidade - constitui, portanto, um imperativo de ordem científica. Nessa “zona cinzenta”, é admitida a relevância jurídica da manifestação volitiva do incapaz, ou, em hipótese inversa, é exigido um procedimento especial para validar o consentimento de pessoa legalmente capaz, mas considerada, circunstancialmente, incapaz de discernimento. Cabe alertar, no entanto, quanto às situações de paraincapacidade e de capacidade para consentir, que ainda não está definido o *quantum* da eficácia da vontade do incapaz.

¹⁰ Marcia Rozenthal, Jerson Laks e Elias Engelhardt indicam que “várias são as queixas neurocognitivas presentes durante o estado depressivo, incluindo redução das habilidades atenta e mnêmica e lentidão do pensamento” (RO-ZENTHAL; LAKS; ENGELHARDT, 2004).

4 CONCLUSÃO

Feito o balanço crítico – ora representado apenas por questões do Título I do Livro I – é lícito concluir que, entre erros e acertos, omissões relevantes e soluções que poderiam ter sido melhor atualizadas, a Parte Geral, ainda assim, mais acertou do que errou. Um dos grandes acertos, ao meu ver, reside no fato de existir uma Parte Geral, “centro intelectual” do Direito Privado, como bem definiu Canaris (CANARIS, 2004, p. 271-286, p. 282), inaugurando-a com a referência à pessoa e da personalidade.

Não é mera causalidade que o primeiro artigo do *Código* trate das pessoas, diferentemente do que constava no art 1º do Código Civil 1916, que determinava em seu primeiro enunciado: “Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas (sujeitos) , aos bens (objeto) e às suas relações”. Hoje, diferentemente, o artigo inaugural considera, em um primeiro plano, o conceito de “pessoa”, no contexto do *Código Civil*, como o sujeito capaz de direitos e obrigações, isto é, direitos subjetivos e deveres jurídicos, *lato sensu*.

Tomar-se a pessoa e sua personalidade como ponto de partida da Lei reitora, por excelência, das relações interprivadas não é uma escolha aleatória e isenta de consequências. Desses conceitos fundamentais derivam os de sujeito de direito, objeto de direito, relação jurídica. Essa – a relação jurídica – por sua vez, move-se por meio de categorias aplicáveis a todo o Direito privado: direito subjetivo, direitos potestativos e formativos, faculdades, expectativas, autonomia privada e autorresponsabilidade, bens, relação jurídica. Esses verdadeiros pilares da ordem jurídica privada têm desdobramentos conceituais igualmente relevantes: da

noção de “relação jurídica” derivam as noções de fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico, negócios bilaterais, contratos, negócios plurilaterais, negócios unilaterais, patrimônio, bens, coisas, pertencas, todas essas consistindo a trama conceitual da Parte Geral do *Código Civil*.

Há, assim, consequências intra e intersistemáticas constitutivamente ligadas à existência de uma Parte Geral. Os conceitos ali alocados relacionam-se com a matéria contida em todos os livros da Parte Especial, assegurando a *unidade conceitual* que tanto valor tem ao sistema e ao valor fundamental da segurança jurídica. Asseguram também a possibilidade de realizar-se a interpretação intersistemática com vários outros “campos” jurídicos – exemplificativamente, o Direito Societário,¹¹ a Lei Geral de Proteção de Dados.¹² Por via das grandes categorias da Parte Geral, será possível traçar nexos intersistemáticos com outros setores bem como novos ramos, ou “novos Direitos” que, continuamente, acrescem o Direito Privado.

Assim, embora as suas falhas, suas omissões, o *Código Civil*, por suas qualidades metodológicas, ainda permanece, no essencial, apto a disciplinar as relações entre os privados, desde que traçadas as conexões intersistemáticas requeridas por um *Código central* como pensado pelos autores do anteprojeto (*vide*, em especial:

¹¹ Exemplifica-se com o que referiu BULHÕES PEDREIRA, 2017, p. 128. Para esse grande jurista, o “*Código Civil* contém disposições gerais sobre diversos institutos que se aplicam à companhia e integram, portanto, o sistema jurídico da companhia concreta. Entre essas normas cabe destacar as sobre as pessoas jurídicas de direito privado, negócios jurídicos, atos ilícitos, prescrição e decadência, direito das obrigações e contratos em geral, títulos de crédito, responsabilidade civil, sociedades personificadas, propriedade de coisa móvel, usufruto e direitos reais de garantia”.

¹² Não seria possível bem aplicar as regras da LGPD com desconhecimento das categorias e institutos da Parte Geral, a começar pelos conceitos de pessoa e de personalidade, que estão não apenas o art. 1º do Código mas também o art. 1º da LGPD; e o de ilicitude no exercício jurídico, prevista no art. 187 do Código Civil e no art. 6º, inc. VII, da LGPD, dentre outros.

COUTO E SILVA, 1988, p. 163-180), pois *ideia forte* dos anos 80-90 do século XX, qual seja a ideia da substituição de um código por desconexos microssistemas normativos dissipou-se, parecendo hoje superada.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Comentários ao artigo 421 do Código Civil: a função social do contrato na Lei da Liberdade Econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Direito privado na Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 459-496.

BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Incapacidade civil e restrições de direito*. Tomo I e II. Rio de Janeiro: Borsói, 1957.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz; LAMY FILHO, Alfredo (coord.). *Direito das companhias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade. *Revista da Ajuris*, [s. l.], v. 95, p. 271-286, 2004.

CARLUCCI, Aida. El derecho del menor a su propio cuerpo. In: BORDA, Guillermo (Org.). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

CASTRO NEVES, José Roberto de. Comentários ao artigo 421 do Código Civil: a função social do contrato. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Direito privado na Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 497-510.

CORREA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. A Parte Geral do Anteprojeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, [s. l.], RT 466/269, ago. 1974. Disponível em: RT On-line. Acesso em: jul. 2023.

COUTO E SILVA, Clóvis. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação Legislativa*, [s. l.], v. 25, n. 97, p. 163-180, jan./mar. 1988.

CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Forense, 2005.

DAMASIO, António. *O mistério da consciência*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

DIAS PEREIRA, André Gonçalves. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. *In*: COMEMORAÇÕES dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. v. II.

EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

FLUME, Werner. *El Negócio Jurídico*. Tradução espanhola de José Maria Miquel Gonzalez e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Lições de direito de personalidade: dogmática geral e tutela nuclear*. Coimbra: Almedina, 2022.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.

GREAT BRITAIN. England. Court of Appeal. Civil Division. Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority. J. em 17.10.1985. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/01/HL-1985-Gillick-v.-West-Norfolk-and-Wisbech-Area-Health-Authority-and-Anr..pdf>. Acesso em: 4 abr. 2023.

GUBERN, Román. *O eros eletrônico*. Tradução livre por José Antonio Ramalho Forni. Brasil, 2013. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/124062697/O-Eros-Eletronico-Roman-Gubern>. Acesso em: 4 abr. 2023.

LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fabio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou Desproteção? *In*: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (org.). *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Parte General. Tradução espanhola de Miguel Izquierdo y Macias Picavea. Madrid: Edersa, 1978.

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coord.). *Direito privado na Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Almedina, 2022.

MENEZES LEITÃO, Luis Manuel. O internamento compulsivo do doente mental perigoso na LSM. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2005.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROZENTHAL, Marcia; LAKS, Jerson; ENGELHARDT, Elias. Aspectos neurológicos da depressão. *R. Psiquiatr*, RS, v. 26, n. 2, p. 204-212, maio/ago. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rprs/v26n2/v26n2a10.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2013.

SERRAVALLE, Paola d'Addino. *Questioni biotecnologiche e soluzione normative*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 1.000.23.014111-1/001. Relator: Des. Alexandre Santiago. *DJe*, Belo Horizonte, 16 mar. 2023.



A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DO RECONHECIMENTO E PERTENCIMENTO PESSOAL DECORRENTE DA IDENTIFICAÇÃO CIVIL

Meire Furbino¹

Lavínia Assis Bocchino²

RESUMO

Neste artigo, demonstra-se a importância da identificação pessoal por meio de documentos públicos como forma de reconhecimento social e pessoal e pertencimento à sociedade, conforme expõe Axel Honneth. Aponta-se que milhões de pessoas ainda vivem sem possuir registro de nascimento no Brasil e outros tantos pretendem alterar seu registro civil, para incluir sobrenomes que indicam sua ancestralidade, sendo necessário, para tanto, recorrer à atuação do Poder Judiciário. Metodologicamente, trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, baseada em normas constitucionais e infraconstitucionais, produção doutrinária e jurisprudencial, cujo objetivo é demonstrar a importância do direito ao nome, como indicador da dignidade da pessoa, de sua ancestralidade e pertencimento à família e à sociedade.

Palavras-chave: Identificação civil. Alteração de nome. Reconhecimento social. Pertencimento. Jurisprudência.

¹ Doutora e mestre em Direito. Especialista em Direito Público, Tributário e Constitucional. *E-mail:* furbino.meire@gmail.com.

² Mestre em Direito. Especialista em Direito e Tecnologia. Advogada. *E-mail:* bocchino.lavinia@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, as pessoas são identificadas por nomes e sobrenomes que remetem às suas raízes familiares e, por isso mesmo, há um sentimento de pertencimento ao núcleo familiar, remetem a uma relação de parentesco e apresentam uma interseção com as características primordiais da família. O nome distingue a pessoa na família e o sobrenome distingue a família na sociedade. Esse registro é feito nos documentos de identificação que, no Brasil, podem ser o registro de nascimento, a carteira de identidade, o cadastro de pessoas físicas (CPF), carteira de motorista, título de eleitor, enfim, um documento público que ateste que a pessoa é aquela quem diz ser.

No entanto, nem todas as pessoas têm acesso a qualquer desses registros, seja porque perderam documentos, seja porque nunca tiveram, seja porque não houve um registro de seu nascimento. Outras pessoas, ainda que possuam identificação idônea, nela não consta o sobrenome que remete à família a que pertencem, à árvore genealógica, minando o sentimento de pertencimento.

Expõe-se, neste artigo, a importância do nome da pessoa, seu patronímico e a ideia de pertencimento dele decorrente, de acordo com as lições do filósofo Axel Honneth. Aborda-se a necessidade de provocar o Poder Judiciário, para concretizar o direito de incorporar o sobrenome familiar ao nome da pessoa, quando tal direito não é obtido nas vias administrativas.

Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, baseada em normas constitucionais, em legislação infraconstitucional — o Código Civil brasileiro e a Lei de Registros Públicos —, além de

doutrina e jurisprudência colhida do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e aplicando-se o método dedutivo, demonstra-se a importância do direito ao nome, como indicador da dignidade da pessoa, de sua ancestralidade e pertencimento a determinada família, com seus costumes e tradições, e à sociedade como um todo.

2 A IMPORTÂNCIA DA IDENTIFICAÇÃO CIVIL

Qual seu nome? Esse questionamento antecede qualquer tipo de relação, seja pessoal, profissional ou comercial. Para se estabelecer qualquer tipo de contato, faz-se necessário usar um nome, um apelido, ou uma forma de nomear as partes, mesmo que se trate de empresas, de coletividades ou até de logradouros.

Washington de Barros Monteiro (2009, p. 109) ressalta que, além da capacidade civil e do estado, o nome da pessoa é “um dos mais importantes atributos da personalidade, justamente por ser o elemento identificador por excelência das pessoas”, que as segue desde o nascimento até o final da vida, preservados, por vezes, em lápides de jazigos, eternizando a identidade do indivíduo em sua vida terrena. Pondera o civilista:

O homem recebe-o [o nome] ao nascer e conserva-o até a morte. Um e outro se encontram eterna e indissolivelmente ligados. Em todos os acontecimentos da vida individual, familiar e social, em todos os atos jurídicos, em todos os momentos, o homem tem de apresentar-se com o nome que lhe foi atribuído e com que foi registrado. Não pode entrar numa escola, fazer contrato, casar, exercer um emprego ou votar sem declinar o próprio nome. No sugestivo dizer de Josserand, o nome é como uma etiqueta colocada sobre cada um de nós; ele dá a chave da pessoa toda, inteira. (MONTEIRO, 2009, p. 109).

O ser humano, portanto, não pode carecer de um nome que o identifique socialmente, pois é “elemento inalienável e imprescritível da individualidade da pessoa”. (MONTEIRO, 2009, p. 110). O nome torna possível a identificação da pessoa no meio social e a caracteriza e individualiza em relação aos demais.

São várias as interpretações para a natureza jurídica do nome: forma de propriedade, direito de personalidade, direito subjetivo extrapatrimonial de objeto imaterial e, na lição de Washington de Barros, com esboço em Josserand, “é sinal distintivo revelador da personalidade”. (MONTEIRO, 2009, p. 110).

Historicamente, os gregos nomeavam as pessoas com um único nome, sem transmiti-los a seus descendentes (Platão, Sócrates, etc.), diferentemente dos hebreus que, com o passar do tempo, incluíram no nome o patronímico como forma de individualizar cada qual (ex.: José Bar-Jacó, José filho de Jacob). Assim também os árabes e judeus adotaram o nome do pai para identificar a pessoa (ex.: Ali Ben Mustafá, Ali, filho de Mustafá e, entre a comunidade judaica, Bensabat, Benoliel, etc.). Na Rússia, utilizava-se o sufixo *vitchl*, ou *vicz*, para identificar a filiação dos homens, enquanto, nos nomes femininos, acrescentava-se o *ovna* (ex.: Alexandre Markovicz, filho de Marcos; Nádia Petrovna, filha de Pedro). (MONTEIRO, 2009).

No sistema romano, o patriciado adotava três elementos, enquanto na plebe usava-se um, no máximo dois. Posteriormente e diante da necessidade de distinguir as pessoas, passou-se a adotar adjetivos relativos à pessoa, à profissão, ao local de nascimento e, principalmente, ao genitivo ou ao patronímico, indicando a filiação (ex.: Afonso Henriques, Afonso filho de Henrique). Esse padrão passou a ser transmitido hereditariamente. (MONTEIRO, 2009).

Pode-se perceber, ainda hoje, a adjetivação do nome por suas características ou pela sua filiação, principalmente em locais interioranos do Brasil. Não é incomum encontrar pessoas pelo nome de seu pai (filho de quem?), ou por sua profissão (João do Açougue), tratando-se tão somente de apelidos que, por vezes, são utilizados em épocas de eleição para facilitar a identificação do candidato a determinado cargo. Além disso, tem-se a figura do hipocorístico, ou seja, a redução do nome por parte dele, seja utilizando a sílaba mais forte, o diminutivo, ou forma afetiva de expressão (ex.: Chico, Beto, Zé, Toninho, etc.), que, diante da notoriedade, também pode ser acrescido ao nome da pessoa, ou até substituir o nome original, por reconhecimento judicial. (CHAVES; ROSENVALD, 2021). Positivou-se a questão, no Brasil, por meio da Lei nº 9.708, de 18 de novembro de 1998, que possibilitou a substituição do prenome por apelidos públicos notórios, desde que não proibidos por lei, em alteração à previsão inicial contida no art. 58 da Lei nº 6.015/1973.

Conforme enfatizam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, o nome surge da necessidade da linguagem, um símbolo de identificação pessoal que (2021, p. 340) “confere sentimentos diversos a um ser humano, projetando-se como manifestação de sua própria dignidade” e, assim, possibilita a construção de sua personalidade, única e diferenciada. Trata-se de direito personalíssimo e apresenta como característica ser absoluto, obrigatório, indisponível, exclusivo, imprescritível, inalienável, incessível, inapropriável, irrenunciável, intransmissível e, quanto à imutabilidade, traz exceções previstas em lei ou reconhecíveis judicialmente. (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 342-343).

Diante da importância, o nome, como forma de identificação individual da pessoa, requer proteção legal. Não por

acaso, no capítulo destinado aos direitos da personalidade, a lei civil prevê o direito à identificação: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome” (art. 16), bem como garante a proteção desse direito ao vedar o uso do nome alheio em publicações e representações sem autorização, em situações vexatórias que tenham a intenção de difamar, ou mesmo na exposição em redes de propagandas. Esse direito pode ser resguardado *pos mortem* pelos ascendentes, descendentes e cônjuge (CC/2002, parágrafo único, art. 20). A relevância do nome é tamanha que até o pseudônimo encontra guarida no texto legal: “o pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome (CC/2002, art. 19)”. (BRASIL, 2002).

Cuida a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, dos registros públicos no Brasil e estabelece as formas e procedimentos que devem ser observados para tomarem-se registros — de pessoas naturais, de pessoas jurídicas, de títulos e documentos e de imóveis —, com vistas a garantir-se a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos. Em relação às pessoas naturais, o art. 29 da referida lei estipula que devem ser registrados nascimentos, casamentos, óbitos, emancipações, interdições, sentenças declaratórias de ausência, opções de nacionalidade e sentenças que deferirem a legitimação adotiva. Devem ser averbadas alterações posteriores, como, por exemplo, anulação de casamento, restabelecimento da sociedade conjugal, alterações ou abreviaturas de nomes. (BRASIL, 1975).

Importante destacar que o nascimento, em território nacional, deve ser levado a registro,³ no lugar em que tiver ocorrido,

³ O registro das crianças, logo após o seu nascimento, atribuindo-lhe um nome, é previsto expressamente no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 24, §2º), adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, bem como no Pacto de São José da Costa Rica (ou

no prazo de 15 dias, cabendo ampliação quando o nascimento se dá em lugares distantes, mais de trinta quilômetros da sede do cartório (Lei nº 6.015/73, art. 50). (BRASIL, 1975).

A regra é o nome próprio antecedendo o patronímico, não sendo aceitável prenome⁴ que exponha o portador ao ridículo, em que pese ainda a insistência de registro de nomes exóticos. A imutabilidade do prenome encontra guarida no cuidado do legislador em:

evitar que a pessoa, por malícia ou por capricho, esteja a todo instante a mudar de nome. O prenome, para ser alterado, deve trazer constrangimento ou vexame ao portador, impondo-se a alteração porque, nessas circunstâncias, prevalece a dignidade da pessoa humana sobre o interesse público da identificação dos indivíduos e o princípio da imutabilidade dos registros públicos. (MONTEIRO, 2009, p. 115).

O sobrenome revela a procedência da pessoa, simples ou composto, com o nome herdado da mãe ou do pai, de ambos (MONTEIRO, 2009), ou dos ascendentes, em uma forma de preservar o nome familiar, existente na árvore genealógica particular. Ele se presta a identificar “a estirpe da pessoa, sendo adquirido *ipso iure*, com o simples nascimento”. (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 347). No Brasil, em que pese a inalterabilidade do nome, essa regra é relativa e comporta exceções, previstas em lei ou definidas judicialmente, mediante justa motivação.

Convenção Americana de Direitos Humanos). (DA ESCÓSSIA, 2021, p. 36).

⁴ Em relação aos elementos componentes do nome civil, Farias e Rosenvald (2021, p. 346) apontam que o legislador “não adotou uniformidade conceitual” e varia a utilização da “expressão nome, significando o nome por inteiro, ora emprega os termos nome e prenome, ou, ainda, nome e sobrenome”. Mesmo a Lei de Registros Públicos utiliza as expressões nome e prenome de forma variada, às vezes com sentido de nome completo e em outras como nome de família.

Especificamente em relação ao sobrenome, é possível alterar, nos casos de adoção (ECA, art. 47, § 5º); casamento, hétero ou homoafetivo (CC, art. 1.565, § 1º); divórcio (CC, art. 1.571, §2º e 1.578); inclusão de sobrenome de ascendente (ex.: sobrenome avoengo); união estável, homo ou hétero-afetiva e, ainda, nos casos de anulação ou declaração de nulidade de casamento. (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 351-352). É possível ao enteado(a) acrescentar o sobrenome do padrasto ou da madrasta (LRP, art. 57, § 8º), observado o procedimento estabelecido. Ressalte-se que, em caso de multiparentalidade,⁵ reconhecida judicialmente, o filho pode receber o sobrenome de todos os pais, como forma de representar a relação de parentesco existente (*paterno-filial*).

Em que pese à regra da inalterabilidade do nome, permite-se a alteração, quando demonstrada a justa causa, na via judicial, em procedimento voluntário (LRP, art. 109). Nesse sentido, salientam Farias e Rosenvald:

Frise-se, nessa linha de ideias, que múltiplas razões, de ordem psicológica (íntima) e de ordem social, podem confluír para que se detecte, na situação concreta, se a alteração é necessária para assegurar a dignidade humana, em caso não contemplado expressamente em lei. É postura que “abre perspectivas para uma corrente liberal” na alteração do nome, apesar da regra geral da inalterabilidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 354).

Com base na interpretação extensiva, Chaves e Rosenvald (2021, p. 355-356) defendem a possibilidade de inclusão de “sobrenome de ancestral que terminou por se perder na descendência familiar, como na hipótese de patronímico de

⁵ Conforme decisão do STF, no RE 898.060/SC (Repercussão Geral 622), é possível a pluriparentalidade, ou seja, a pessoa pode ter dois, ou mais, pais e mães, concomitantemente à outra filiação (biológica) e, em tais casos, o reconhecimento deve produzir os efeitos jurídicos próprios. (BRASIL, 2016).

bisavô ou trisavô”, e que a parte pretende resgatar para si, como forma de registro do pertencimento àquela entidade familiar e reconhecimento na sociedade.

3 A IDEIA DE PERTENCIMENTO/RECONHECIMENTO DECORRENTE DA IDENTIFICAÇÃO CIVIL

Conforme afirma Axel Honneth (2009, p. 269) ao discorrer sobre condições de intersubjetividades da integridade pessoal e concepção formal de eticidade, “os sujeitos precisam encontrar reconhecimento numa sociedade moderna como seres tanto autônomos quanto individualizados”, pois assim poderão sentir-se parte da sociedade, levando à ideia de pertencimento, seja a uma família, a uma comunidade, a uma cidade ou a um país. Acrescenta Honneth:

O nexó existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades e capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau da auto realização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito: desse modo, está inscrita na experiência do reconhecimento jurídico, a do autorrespeito e, por fim, na experiência da solidariedade, a da autoestima. (HONNETH, 2009, p. 272).

Possuir um documento de identificação, nesse sentido, eleva a autoestima da pessoa que pode ser traduzida em autorrelação positiva, conduzindo à autorrealização individual, na medida em que o reconhecimento de ser sujeito ativo, capaz de comandar

situações da vida cotidiana, renova-lhe o ânimo, abastece a energia para realizar seus sonhos, além de, em determinados casos, indicar o vínculo familiar ancestral. Assim, o reconhecimento social ultrapassa a questão de atribuição de identidades, na medida em que significa a valorização e o respeito ao indivíduo, em diversas dimensões de sua identidade. Advém desse reconhecimento a concretização da autonomia pessoal, que permite ao indivíduo construir relações sociais justas e igualitárias. O reconhecimento é, portanto, uma forma de a pessoa identificar-se como sujeito autônomo e valorizado. (HONNETH, 2009). Nesse sentido, Honneth defende que as lutas por reconhecimento são fundamentais, para a transformação social e a construção de sociedades mais justas e inclusivas e a necessidade do desenvolvimento de um sistema social que permita a livre expressão e desenvolvimento da identidade pessoal, o que inclui o direito à identificação e ao registro civil.

Lado outro, a falta de reconhecimento pode levar a formas de injustiça e exclusão social, como pode ser percebido, em âmbito mais abrangente, nas experiências e perspectivas de grupos marginalizados, como as mulheres, os negros, grupos étnicos minoritários e os LGBTs. (HONNETH, 2009). Essa “ausência” de reconhecimento abre espaço para formas de violência simbólica: a exclusão social, o ostracismo e a marginalização de grupos sociais inteiros. Por isso mesmo, o reconhecimento é, para o autor, prática social que deve ocorrer em ambientes específicos — como a família, o trabalho, a política e a cultura —, mediado por valores, normas e instituições sociais, como forma de se promover a igualdade, a inclusão e a justiça social, imprescindíveis nas sociedades democráticas. (HONNETH, 2009).

Na obra *O Direito da Liberdade: modelo de uma eticidade democrática (Das Recht der Freiheit: Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit)*, Axel Honneth aplica sua teoria do reconhecimento ao campo do direito e da justiça, ao argumentar que o direito tem uma dimensão simbólica, baseada na ideia de que as pessoas têm direito a um reconhecimento social igual e à igual consideração de seus interesses e necessidades. (HONNETH, 2015).

Com base na teoria honnethiana, Matos e Chagas (2021, p. 80) afirmam que “a identidade é reconhecida na comunidade na medida em que ela reconhece as outras” e o acesso a direitos permite ao sujeito conceber-se como membro da comunidade:

O pertencimento a uma comunidade e a construção deste autorrespeito dependem de que as pessoas se vejam como membros e cidadãos seguros de si mesmos. Reconhecer-se como pessoa de direito significa que os sujeitos incorporaram a vontade comunitária intersubjetivamente reconhecida por uma sociedade (HONNETH, 2009, p. 138). O sujeito só pode se autoafirmar na medida em que suas pretensões internas são colocadas em face de uma comunidade social e juridicamente ampliada. (MATOS; CHAGAS, 2021, p. 80).

Extraí-se dessas lições que, para ser reconhecida na sociedade, a pessoa precisa ser identificada ou identificável. E não se trata apenas de uma identificação biológica. Ela precisa ter o reconhecimento do corpo que habita, sendo nomeada adequadamente para efeitos civis, com nome próprio e os sobrenomes familiares. Isso se reflete na vida do indivíduo, pois lhe permite existir plenamente e, dessa forma, pertencer a determinado grupo (família, escola, trabalho) e ser sujeito de direitos, podendo reclamá-los quando necessário.

Significa, outrossim, um reconhecimento da vida, abandonando o lugar do “não-existir” que é próprio daqueles que sequer são contabilizados, exatamente pela falta do documento que lhes identifique.

Muitas pessoas não têm um documento que as identifique: em alguns casos, não possuem a certidão de nascimento; em outros, perderam todos os documentos; alguns se separaram de seus familiares, enfim, não têm como provar que realmente nasceram, onde foi, qual a filiação, não têm qualquer dado que possa provar que realmente existem, não apenas de fato, mas também documentalmente. Também não é incomum essa condição de indocumentados passar de geração em geração, permanecendo sem identificação oficial. A falta de documentos impediu que muitas famílias tivessem

acesso a políticas sociais de transferência de renda, como o Bolsa Escola e o Benefício de Prestação Continuada (BPC). Segundo dados do IBGE (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD) de 2015, cerca de 3 milhões de brasileiros não tinham documentos. (DA ESCÓSSIA, 2021).

Percebe-se, pois, a necessidade de solucionar os problemas identitários, sejam eles pela falta de registros, pela ausência de informações corretas em certidões de nascimento, pela insuficiência de dados familiares em seus registros, enfim, quando a inexistência ou a inexatidão dos registros causam prejuízos e negam direitos básicos aos cidadãos.⁶

⁶ Ressalte-se a importância do documento pessoal, em todo o mundo, o que levou, por exemplo, a Índia a adotar um banco de dados para cadastrar todos os seus cidadãos, padronizando os documentos, por meio do sistema AADHAAR (as informações de cada indivíduo são conectadas a um número único de 12 dígitos), com cadastramento de 1.1 bilhão de indianos, 11 bilhões de digitais e 2,2 bilhões de olhos escaneados em 2017. (BERCITO, 2017; YAMAGUTI, 2020).

Nesse sentido, destaca-se a atuação do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, ao instituir o *Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais*, para regulamentar os procedimentos e os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais, estabeleceu princípios para orientar o serviço e a atividade registral do Ofício de Registro de Títulos e Documentos, com vistas a “conferir autenticidade de data e conteúdo, segurança jurídica, publicidade, conservação e efeito” (Provimento Conjunto nº 93/2020). (BRASIL, 2020).

Em relação ao registro das pessoas naturais, especificamente, a referida norma estabelece que deve ser feito relatório com, entre outros dados, mapa dos nascimentos e encaminhado ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (art. 526, inc. II). Os dados sobre nascimento também devem ser informados ao INSS e à Receita Federal, por meio do Sistema Nacional de Informações de Registro Civil - SIRC. Em relação ao registro de nascimento, dispõe a norma que “é direito inerente à cidadania, devendo o oficial de registro facilitar sua lavratura, desde que atendidos os requisitos legais” (art. 529); o prazo para lavrar o registro é de 15 dias, a partir do nascimento com vida, ou de até três meses, quando os pais residirem a mais 30 quilômetros do Ofício de Registro da respectiva circunscrição (art. 527, § 1º), cuidando o art. 544 de elencar os elementos que devem constar no registro.

A Estônia utiliza a e-identidade, ou identidade digital como documento único para seus cidadãos. (BERCITO, 2017).

Acompanhando a regra civil, o art. 548 do Provimento Conjunto dispõe que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, ou nome de família”, o que garante à pessoa a utilização de sobrenome de ascendentes que provem a relação de consanguinidade e de pertencimento a determinada família. (BRASIL, 2020).⁷

No entanto, nem sempre as pessoas conseguem incluir em seus nomes os patronímicos familiares, restando como opção requerer a intervenção judicial para obter a inclusão em seus registros de identificação. Em situações tais, o Poder Judiciário pode intervir nessa seara, para que, ao ser provocado, responda adequadamente e (re)estabeleça a condição de existência, de pertencimento da pessoa, de forma a possibilitar que sejam apontados, em seus registros pessoais, os dados, os vínculos sociofamiliares, de ancestralidade, e demais informações, para aqueles que lhe batem às portas.

4 O RECONHECIMENTO IDENTITÁRIO NA VIA JUDICIAL

A identificação da pessoa por meio de documentos, conforme foi ressaltado ao longo deste estudo, proporciona ao interessado acesso a serviços e políticas públicas, bem como satisfaz a pretensão de pertencimento a determinado grupo ou família, o que, a depender do envolvimento e subjetividade de cada um, pode transformar as perspectivas de vida.

⁷ Não se olvida que a Lei nº 14.534, de 11 de janeiro de 2023, alterou as leis anteriores, para adotar um número único para os documentos e para estabelecer o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), como número suficiente para identificação do cidadão nos bancos de dados de serviços públicos. No entanto, a abordagem que se faz nesse estudo refere-se à importância de se ter um documento que certifique o nascimento e a ascendência da pessoa, razão pela qual a referida lei não será objeto de análise. (BRASIL, 2023).

O que pode parecer, para alguns, mera satisfação pessoal, para outros tem o condão de incluir o indivíduo em determinado clã familiar, a partir do acréscimo do nome da família de um dos genitores, conforme aconteceu no caso julgado pela 2ª Câmara Cível do TJMG, no qual a genitora suprimiu o nome de família, ao contrair matrimônio, e, desfeito o vínculo conjugal, voltou a usar o nome de solteira. Todavia, seu nome familiar (de sua genitora) não foi transmitido à filha do casal que requereu na justiça o direito de alterar seu registro, para constar o sobrenome que a mãe voltou a usar. A irresignação foi acolhida e, comprovada a existência do nome da genitora e da avó materna nas certidões, entendeu-se ser “conveniente para manter a tradição da família” o acréscimo pretendido. Confira-se a decisão, de relatoria do Desembargador Caetano Levi:

Apelação cível. Ação de retificação de registro civil. Assento de nascimento. Nome. Acréscimo de apelido de família. Possibilidade. Recurso provido. 1. O nome civil, em regra, é imutável. Todavia, a lei admite exceções em determinadas circunstâncias, autorizando a alteração. 2. É possível a alteração no registro de nascimento para acrescer ao nome da apelante o apelido de família de sua genitora. 3. Apelação cível conhecida e provida para reformar em parte a sentença e autorizar o acréscimo de sobrenome da genitora da apelante. (MINAS GERAIS, 2017).

Em caso semelhante, o Desembargador Peixoto Henriques, relator do acórdão, também entendeu pela possibilidade excepcional de alteração, no registro civil da autora, para constar o nome de solteira da mãe em seu registro, que, à época, já não se encontrava sob o vínculo matrimonial (fato superveniente). Referida retificação, conforme apontada, seria o reflexo da verdade atual,

retrataria a linhagem individual e, além de não causar prejuízos a terceiros, também poderia evitar transtornos na prática dos atos na vida civil da requerente. (MINAS GERAIS, 2017).

Cumprressaltarque,naviajudicial,devemserdemonstradas as circunstâncias, ou razões que justificam a pretensão de alterar o nome completo, com a inclusão, por exemplo, do nome avoengo. Nesse sentido, entendeu-se, em determinado caso, que a intenção de homenagear a bisavó italiana não justificava o pedido de retificação, eis que não demonstrada a quebra da ancestralidade na transmissão direta do nome de família. Veja-se no voto de relatoria do Desembargador Corrêa Júnior:

[...] O intento de resgate do patronímico ostentado pela bisavó paterna, com fundamento na preservação da ancestralidade, apresenta-se como fundamentação inidônea para a retificação do registro civil, já que indemonstrada a quebra da ancestralidade na transmissão direta dos nomes familiares [...]. (MINAS GERAIS, 2021).

Em sentido contrário, o Desembargador Marcelo Rodrigues, com base em obra de sua autoria, entendeu que a concepção de definitividade do prenome (LRP, art. 58, com redação pela Lei 9.708, de 1998), não impede a inclusão de sobrenome da estirpe familiar:

O denominado princípio da imutabilidade do nome é adstrito apenas ao sobrenome e não ao prenome, e muitos tribunais, inclusive os chamados superiores, vêm confundindo com frequência esses conceitos. O nome civil é composto pelo prenome e sobrenome. O primeiro tido por definitivo, mas a regra comporta exceção, especialmente, nas hipóteses de inadequação social, sexo psicológico, ridicularia etc. (art. 58 e parágrafo único LRP, com redação da Lei 9.708, de 1998). Com o segundo é diferente. O sistema da lei, com amparo na melhor doutrina e ampla jurisprudência, fomentadas a partir da evolução do direito vigente na Europa Continental

ao longo dos séculos, e ao que consta observado na situação concreta pelo TJSP, é específico e distinto. O sobrenome não pertence ao indivíduo, mas sim a todo o grupo familiar, como entidade, dado que sua função principal é distinguir esse grupo no meio social e perante o estado. Daí que não poderia dele dispor o indivíduo. (RODRIGUES, 2021, p. 126-127).

Adotando a premissa de que “nome de família, patronímico familiar ou simplesmente sobrenome, esta última expressão adotada no Código Civil de 2002, tem a função de revelar e identificar a estirpe familiar do indivíduo perante o meio social” (RODRIGUES, 2021), deu-se provimento ao recurso da requerente, pois “a dignidade da pessoa humana e o complexo de direitos que compõem o rol da personalidade” balizaram a pretensão inicial. Na ementa, considerou-se o direito da personalidade e consignou-se que “o princípio da imutabilidade do nome não obsta a pretensão de se acrescentar sobrenome ou patronímico de ascendentes para preservar a estirpe familiar, desde que não prejudicando aqueles já incorporados ao nome do indivíduo”. (MINAS GERAIS, 2022).

A questão, todavia, nem sempre é incontroversa, pois, enquanto, em alguns julgados do TJMG, admitiu-se a alteração,⁸ em outros, adotou-se o entendimento de não ser possível alterar o registro para acrescentar o nome dos avós.⁹ No Superior Tribunal de Justiça (STJ), também há certa liberalidade na interpretação dos arts. 57 e 58 da LRP, permitindo-se alteração do nome, do sobrenome, e, ainda, inclusão de sobrenomes, desde que preservada a segurança jurídica e com motivações evidentes (VITAL, 2021).

⁸ Citam-se os seguintes julgados: 1.0000.22.100240-5/001, 1.0000.22.008561-7/001, 1.0000.21.082788-7/002, 1.0000.22.021726-9/001, 1.0000.22074010-4/001, 1.0021.047965-5/001, entre outros.

⁹ Veja-se, a título de exemplo, o voto vencedor proferido no acórdão nº 1.0000.20.031148-8/001, o acórdão 1.000.20.031148-8/001, 1.0000.20.563403-3/001, entre outros.

Razões artísticas, no entanto, não são consideradas motivações suficientes para alteração de nome ou de grafia, como no caso do artista Romero Brito, que pretendida acrescer mais um “t” em seu sobrenome, alterando a grafia do nome da família em razão de vontade individual (REsp. nº 1.729.402). (BRASIL, 2022).

Certo é que, tendo em vista tratar-se de situações excepcionais, somente diante da análise do caso concreto e verificadas as provas dos autos, é que poder-se-á definir pela possibilidade, ou não, da retificação do nome da pessoa, considerando o risco, ou não, de prejuízo para a sociedade e para o requerente e, principalmente, a prevalência do princípio da dignidade humana por meio da garantia do direito de personalidade.

A identificação da pessoa por meio de documentos em que conste expressamente seu sobrenome familiar, indicativo de sua ancestralidade, pode, a depender da subjetividade de cada um, influir no sentimento de pertencimento do indivíduo à família e à sociedade.

5 CONCLUSÃO

O nome é bem imaterial de importância ímpar para o sujeito. Serve para o individualizar, para o caracterizar, para reconhecer que ele pertence a determinada família, com seus costumes e tradições.

No Brasil, o Código Civil de 2002 garante o direito ao nome e estabelece as formas de utilização do nome e sobrenome(s) e garante a sua proteção, inclusive quanto aos apelidos, durante toda a vida e mesmo após a morte. A Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), a seu turno, regulamenta os procedimentos que devem

ser adotados para proceder-se ao registro. Na lição honnethiana, a atribuição de nome à pessoa tem o condão de individualizá-la e, da mesma forma, demonstrar seu pertencimento, seja a uma família, ou a uma sociedade.

Essa ideia de pertencimento em relação a determinada família, por vezes, deve ser pleiteada jurisdicionalmente. Diante da análise de fatos concretos, é possível permitir a inclusão de patronímicos no registro da pessoa e, assim, preservar sua ancestralidade e concretizar o sentimento de pertencer e ter direitos passíveis de reconhecimento, por meio do registro civil, como em casos já decididos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Trata-se de ação efetiva do Poder Judiciário, para dar efetividade à lei civil e garantir o reconhecimento da individualidade subjetiva, contribuindo para que os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa sejam preservados, no seio da sociedade democrática.

REFERÊNCIAS

BERCITO, Diogo; OMS, Carolina. Estônia e Índia têm disparada digital com escâner de olho e até voto em casa. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 out. 2017. Disponível em: <https://shre.ink/kOKX>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1973 e retificado em 30 out. 1975, republicado em 16 set. 1975 (Suplemento), de acordo com o art. 2º da Lei nº 6.216, de 1975, com as alterações advindas das Leis nº 6.140, de 28/11/1974 e 6.216, de 30/6/1975 e retificado em 30 out. 1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.708, de 18 de novembro de 1998. Altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre Registros Públicos, para possibilitar a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 nov. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9708.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 14.534, de 11 de janeiro de 2023. Altera as Leis nos 7.116, de 29 de agosto de 1983, 9.454, de 7 de abril de 1997, 13.444, de 11 de maio de 2017, e 13.460, de 26 de junho de 2017, para adotar número único para os documentos que especifica e para estabelecer o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) como número suficiente para identificação do cidadão nos bancos de dados de serviços públicos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2023. Disponível em: <https://shre.ink/kOKF>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.729.402/SP. Relator: Min. Marco Buzzi. *DJe*, Brasília, DF, 1º fev. 2022. Disponível em: <https://shre.ink/kOBa>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 898.060/SC. Repercussão geral 622. Relator: Min. Luiz Fux. *DJe*, Brasília, DF, 24 ago. 2017. Disponível em: <https://shre.ink/kyfu>. Acesso em: 19 mar. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 19. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade: fundamentos para uma eticidade democrática*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MATOS, Saulo Monteiro Martinho de; CHAGAS, Nilton Augusto Duarte das. O conceito de Direito na Teoria Crítica de Axel Honneth: entre reconhecimento e patologia social. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 1, p. 67-94, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/71081>. Acesso em: 16 mar. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.21.033914-9/001. Apelação cível. Ação de retificação de registro de nascimento [...]. Relator: Des. Corrêa Junior. Belo Horizonte, Acórdão de 9 nov. 2021. *DJe*, Belo Horizonte, 12 nov. 2021. Disponível em: <https://shre.ink/kyAJ>. Acesso em: 22 mar. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.055519-7/001. Ação de retificação de registro [...]. Relator: Des. Marcelo Rodrigues. Belo Horizonte, Acórdão de 3 ago. 2022. *DJe*, Belo Horizonte, 4 ago. 2022. Disponível em: <https://shre.ink/kyS7>. Acesso em: 22 mar. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1.0702.14.068352-6/001. Ação de retificação de registro [...]. Relator: Des. Peixoto Henriques. Belo Horizonte, Acórdão de 25 abr. 2017. *DJe*, Belo Horizonte, 5 maio 2017. Disponível em: <https://abrir.link/19wZy>. Acesso em: 22 mar. 2023.

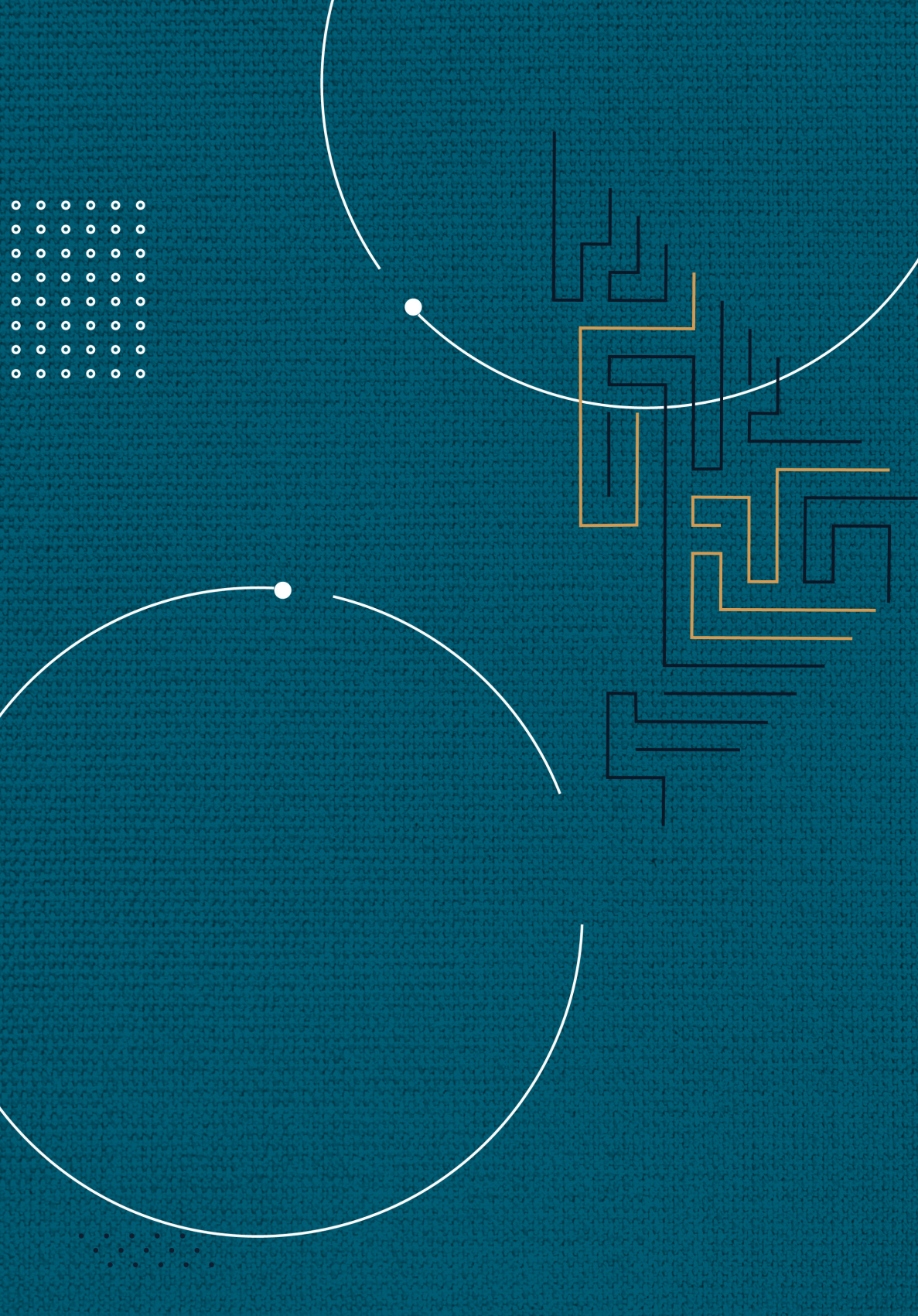
MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Provimento Conjunto nº 93/2020. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais [...]. *DJe*, Belo Horizonte, 2 jun. 2020. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00932020.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2023.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil I: Parte Geral*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

VITAL, Danilo. Caso Romero Britto desafia liberalidade do STJ com mudança de nome civil. *Conjur*, 29 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-29/romero-britto-testa-liberalidade-stj-mudanca-nome>. Acesso em: 28 mar. 2023.

YAMAGUTI, Kate. Um estrangeiro pode ter o documento Aadhaar?. *Brasileiras pelo Mundo*, 9 jan. 2020. Disponível em: <https://www.brasileiraspelomundo.com/um-estrangeiro-pode-ter-o-documento-aadhaar-2201127428>. Acesso em: 19 mar. 2023.



OS 20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A JURISPRUDÊNCIA DO TJMG

Vera Jacob de Fradera¹

RESUMO

Trata-se de artigo que expõe a fisionomia do nosso Código Civil de 2002, com destaque para as influências legislativas e doutrinárias estrangeiras nele presentes (função social do contrato, da empresa, solidarismo), com destaque para o Código italiano de 1942, o BGB de 1900 e a reforma francesa das obrigações de 2016, produzida no Código Napoleão, tendo em vista os 20 anos de sua vigência. Destaca-se a influência da Doutrina na interpretação do atual Código Civil bem como o papel de nossos Tribunais na aplicação do Código de 2002, no caso, a produção jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, atenta às alterações recentes do Código mediante a Lei da Liberdade Econômica de 2019.

Palavras-chave: Influências estrangeiras no CC/02. Convivência harmônica entre três modelos jurídicos. Do individualismo ao solidarismo. A funcionalização do contrato e da empresa. Unificação das obrigações civis e comerciais.

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Paris II. Advogada. Parecerista. Árbitra. E-mail: verafradera.adv@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Ao ensejo das comemorações pelo transcurso dos 20 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002, é com grande júbilo que, atendendo ao honroso convite dos Desembargadores Dresh e Beraldo, ilustrados membros do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, organizadores desta obra comemorativa, trazemos a lume algumas reflexões sobre a evolução desse diploma legal, desde a sua publicação até o momento atual, deixando de lado comentários relativos ao período antecedente, relativo aos últimos anos de vigência do *Código Bevilacqua*, tema já estudado e muito bem comentado por outros autores,² neste momento de festejos em torno das duas décadas de vigência do *Código Reale*.

Uma primeira observação diz com o fato de representar esse *Código* uma efetiva ruptura relativamente à legislação privada anterior, a de 1916, porquanto seus alicerces diferem em suas essências: em primeiro lugar, no tocante à filosofia do *Código*, antes embasada no Positivismo,³ hoje, alicerçada no Culturalismo.⁴

Com efeito, segundo Miguel Reale, a Cultura é o paradigma central de todos os ramos das ciências humanas, percebendo a noção de Cultura como sendo formada pela interdisciplinaridade,

² Ver, por exemplo, MARTINS-COSTA, 2022, p. 20-29.

³ A respeito do positivismo jurídico, sob cuja influência o lugar da filosofia do Direito passa a ser ocupado pela Teoria Geral do Direito e esta passa a representar o nível mais elevado da ciência positiva do Direito, existe copiosa literatura, pois foi estudado largamente e sob variados enfoques por grandes juristas, em todo o mundo e em várias épocas. Exemplos disso temos nas obras de Gustav Hugo, Savigny, Thibaut, Cambacères, Portalis, Bentham, Austin e Bobbio. Sobre esse tema, em português, consultar DIAS, 2010. Em momento mais recuado no tempo, consultar ABREU, 1964.

⁴ Segundo Gustav Radbruch, um dos primeiros jusfilósofos a filiar-se ao Culturalismo, “o Direito não passa de uma realidade referida a valores, ou seja, mero fato cultural”. (RADBRUCH, 1961, v.1, p. 91). Miguel Reale foi adepto e divulgador desse modo de ver o Direito entre nós. Ver, dentre outros, SICHES, 1963, Primer Tomo, Cap. 28, p. 553-576. Mais recentemente, MARTINS, 2004.

o processo, a dialética e a integralidade. (REALE, 1999). Em seguida, no referente à relação entre os privados, abandona o Individualismo para adotar o Solidarismo, vocábulo assimilado e mesmo confundido com solidariedade, pela maioria dos cultores do Direito no Brasil. Outro ponto a ser destacado no atual *Código* diz respeito à união das Obrigações Cíveis e Comerciais (ASCARELLI, p. 23 *et seq.*, 1999), seguindo o modelo do *Codice Civile* de 1942, preconizado, pioneiramente, por Teixeira de Freitas, já em 1867. (CARVALHO, 1988, p. 104).

Por outro lado, visando a dotar o *Código* de uma maior abertura e flexibilidade, o legislador inseriu em seu texto algumas normas muito abertas, as denominadas cláusulas gerais, cuja função é a de promover a sua (dele, *Código*) permanente atualização, sem necessidade ao recurso da revogação das normas, quando elas se tornam desatualizadas.⁵ Ademais, as cláusulas gerais promovem a efetividade do princípio da operabilidade, segundo o qual o Direito existe para ser realizado, do contrário, a lei se tornaria letra morta.

⁵ Os benefícios das cláusulas gerais não constituem um consenso, apesar de alguns autores as considerarem como úteis. Dentre os autores favoráveis à inserção de cláusulas gerais nos Códigos Cíveis, nomeamos DAWSON, 1977. Dentre os que as reputam prejudiciais ao sistema, ver WEBER, 1992. Em França, a Doutrina refere as cláusulas gerais, existentes no *Code*, como uma técnica tendente a dar ao juiz um pouco da liberdade de que ele necessite, embora as considerem com uma certa reserva, em razão da possibilidade de sua aplicação provocar, eventualmente, insegurança jurídica. Consultar BLANC-JOUVAN, 2004, p. 497. Na Doutrina nacional, consultar CACHAPUZ, 2006, p. 186-207; MARTINS-COSTA, 1991, "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico", *Revista de Informação Legislativa*, 139, p. 3-32. Da mesma autora, uma interessante reflexão sobre esse tema, em que considera as cláusulas gerais como fatores de abertura semântica no texto do Código Reale, permitindo a apreensão de três ordens de conexões sistemáticas, a intrassistemática, a intersistemática e a extrassistemática. Ver, dessa autora, o artigo "Culturalismo e experiência no novo Código Civil brasileiro". (MARTINS-COSTA, 2002, p. 603 *et seq.*, especialmente p. 620-623).

Por essa razão, o novo *Código Civil brasileiro* pode ser qualificado como um modelo aberto, ou seja, em face de certos aspectos da vida privada, o juiz deve decidir segundo uma diretiva geral, posta pelo legislador, efetuando a concreção do princípio contido na norma ao caso concreto.

Embora aceitas pela maioria da Doutrina, como antes referido, uma parte dela nelas vislumbra uma problemática aproximação dos Códigos Civis da *Civil Law* ao sistema da *Common Law*.⁶

Ademais, o *Código Civil de 2002* vem sendo, desde a sua publicação, objeto de críticas, em sua maioria descabidas, visando a diminuí-lo em qualidade, críticas perpetradas pelo movimento denominado Direito Civil Constitucional, cuja importância foi inegável, antes de sua (dele) vigência, porque a então recente Constituição de 1988 supriu muitas das lacunas existentes no *Código Civil de 1916*, por exemplo, as existentes no Direito de Família e Sucessões, Direito Contratual e na esfera dos Direitos da Personalidade.

No Brasil, o movimento do Direito Civil Constitucional esteve em alta até a publicação do *Código Civil de 2002*, tendo então sofrido um arrefecimento, embora os seus próceres continuem até hoje a insistir na ideia de que a Constituição seria o centro da ordem jurídica privada.⁷

⁶ Ver, por exemplo, as reflexões de alguns juristas alemães sobre o papel do precedente na concreção das cláusulas gerais e, nesse aspecto, sua aproximação com o sistema da *Common Law*. Consultar, por todos, KAMANA-BROU, 2002, p. 672.

⁷ Esse recurso à Constituição para atualizar Códigos já ultrapassados fora pioneiramente utilizado pela Alemanha e pela França, onde, assim como ocorreu entre nós, vigiam Códigos civis antigos e Constituições novas. Dessa sorte, foi quase um movimento natural, nesses sistemas, recorrer à Constituição para atualizar os textos do BGB e do *Code*. Esse movimento acabou determinando uma publicização do Direito Privado, assumindo a Constituição o papel de renovadora dos textos de códigos desatualizados pelo decurso do tempo.

Atualmente, há uma tendência a criticar esse movimento, apontando sua decadência devido ao fato de o *Código Civil* ser considerado o eixo central do ordenamento.⁸

Outro fator contribuiu, em muito, para um certo descrédito do *Código de 1916*, durante um determinado período, qual seja a publicação do *Código de Defesa do Consumidor* ainda nos anos 90. (Lei nº 8.078/90, de 11/09/1990). Com efeito, dada a defasagem da legislação civil de 1916 e a então atualidade do CDC, este acabou preenchendo, indevida e impropriamente, algumas das lacunas do *Código de 1916*, contribuindo destarte para uma descabida e, sobretudo injusta, desvalorização do *Código Bevilacqua*.⁹

Contudo, uma vez atualizados os códigos, como ocorreu na Alemanha¹⁰ e na França,¹¹ ou publicado um novo, como no caso do Brasil, o Direito Civil retoma a sua natural posição de centro do ordenamento, ou, como afirmado por Von Lhering, a de *espinha dorsal do Direito*.

Dentre os fatores contribuintes para a eclosão desse movimento, lembramos o esgotamento do estado liberal e o consequente desaparecimento da clássica distinção entre Direito Público e Privado; a inserção de uma Ordem Econômica na Constituição e a falência do Direito Privado frente a certas situações, a bioética, por exemplo. Ver estudo precursor de RAIZER, 1979, p. 21 *et seq.* Ver, igualmente, LUCHAIRE, 1992, p. 248 *et seq.*; FRAGI, 1990, *apud* HARMATTY, 1998, p. 45-66; para uma visão geral desse fenômeno, HARMATTY, 1998, p. 45-66.

⁸ Para uma visão crítica sobre o ultrapassado movimento do Direito Civil Constitucional, consultar LEAL, 2015, p. 123-165.

⁹ Esse papel do CDC foi, além de indevido, desastroso sob o ponto de vista da ciência do Direito, causando polêmica e soluções equivocadas. Aliás, ainda hoje, o CDC contribui negativamente para os avanços da nossa Doutrina, pois os consumeristas consideram-no parte do Direito Privado, quando suas normas, em maioria, são de Ordem Pública. Sobre esse tema, ver nosso FRADERA, 2013, p. 255-293.

¹⁰ A Reforma do Direito Alemão das Obrigações, datada de 1º janeiro de 2002, é considerada a mais importante já sofrida pelo BGB. A respeito, ver WITZ, 2000, p. 3.156 *et seq.*

¹¹ Quanto ao *Code*, ver a Ordonnance nº 2016-131, du 10 février 2016, concernant-

nente à reforma dos contratos, do regime geral e da prova das obrigações. Consultar a interessante obra de CHANTEPIE; LATINA, 2016.

Este texto está dividido em duas partes. Na sua primeira parte, apresentaremos, resumidamente, alguns pontos objeto de controvérsia a respeito de alguns dos elementos novos, presentes no *Código de 2002*. Por óbvio, não esgotaremos o assunto, apenas colocaremos em destaque aquilo que mais o distingue do anterior diploma civil e o que mais o coloca ao lado dos diplomas civis da atualidade, por exemplo, no caso, o *Code Napoléon*, após a Reforma de 2016 do Direito das Obrigações, em França, cujas soluções estão muito próximas das do nosso atual diploma civil. Em seguida, na segunda parte, passaremos a expor qual o papel desempenhado pela Doutrina e pela Jurisprudência nacionais, com destaque para a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para a atualização e evolução do *Código Civil de 2002*, decorridos 20 anos de sua vigência.

2 AS CONSEQUÊNCIAS DA RECEPÇÃO DO CODICE CIVILE ITALIANO PELO LEGISLADOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: a introdução de novos conceitos no Direito Civil nacional e a difícil adaptação do passado ao tempo presente e ao futuro

Dando sequência ao nosso texto de cunho histórico-descritivo, passaremos a apresentar alguns aspectos inovadores, se comparados ao *Código de 1916*, introduzidos pelo novel diploma civil, produzindo uma transformação na fisionomia da nossa legislação privada.

2.1 A introdução de novos conceitos jurídicos no vocabulário jurídico-privatista nacional mediante a publicação e vigência do *Código Reale*

O *Código Civil brasileiro de 2002* apresenta muitos aspectos inovadores, alguns deles todavia não percebidos pela maioria da Doutrina nacional, devido a uma espécie de *preconceito*, derivado, muito provavelmente, de sua proximidade, ou parentesco, com o *Código Civil italiano de 1942*, concebido e publicado em pleno regime fascista. Embora seja inegável a presença dessa ideologia no *Codice*, nele podem ser encontrados muitos aspectos interessantes em seu bojo, por exemplo, a funcionalização dos contratos e da empresa, bem como a visão solidarista do contrato, com evidente inspiração na Doutrina de Josserand,¹² ora experimentando um renascimento em França, mediante a já referida importante reforma do Direito das Obrigações de 2016.¹³ Se detivermos nossa atenção no texto do atual *Código*, em suas concepções avançadas para a época, bem como na presença do modelo jurídico alemão no *Codice*, vem à

¹² Há copiosa e muito interessante doutrina de autoria de Josserand e também sobre Josserand, cujo valor vem sendo reconhecido paulatinamente pela Doutrina em geral. Uma observação importante a ser feita diz com sua obsessão com a Moral, mesmo que a sua fosse abertamente social, embora não cristã. Isso explica sua adesão ao solidarismo e sua crítica ao capitalismo e ao socialismo, como bem dito por Chazal (2003, p. 325-332). Aqui se verifica um aspecto importante, descuidado pela Doutrina brasileira, que simplesmente ignora a grande influência da Doutrina francesa, de origem na universidade de Lyon, no *Codice Civile*, fonte de inspiração de nosso legislador. Para um maior conhecimento (melhor seria reconhecimento...) da originalidade da obra de Josserand, consultar Halpérin (2001, p. 188-190).

¹³ Em uma cerimônia *in Memoriam*, ocorrida em 10 de novembro de 1941, em honra de Josserand, Paul Roubier afirmou que a Doutrina francesa reconhece o fato de Josserand e seu pensamento terem marcado o direito civil do século XX, destacando-se duas qualidades essenciais em sua obra, a unidade e a profundidade. Sua vida foi um autêntico protesto contra o espírito superficial. Pelo fato de seu pensamento parecer extremamente familiar aos seus contemporâneos, não foi tão estudado como deveria, na França e na Itália. Importante destacar o fato de Josserand sempre ter se preocupado em manter o equilíbrio entre o respeito da tradição e a necessária evolução do direito.

nossa mente a sempre atual lição de Rodolfo Sacco (1976, p. 225-234), exposta em um artigo deveras inspirado, intitulado *Modèles français et modèles allemands dans le Droit Civil italien*, no qual expõe, magistralmente, a forma como os italianos recepcionaram ambos os modelos, afirmando que o *Codice* permanecia francês (de inspiração francesa), mas o método dos juristas italianos se tornara conceitual, dogmático e sistemático, porquanto baseado na dedução, como usual na Doutrina alemã.¹⁴ O mesmo Rodolfo Sacco esclarece que a observação atenta dos resultados obtidos pela escola pandectista alemã suscitaram uma corrente de admiração entre os juristas italianos. Dessa sorte, conclui o ilustre mestre a Universidade de Turim, o *Code* e a Doutrina alemã puderam conviver na Itália, sem maiores inconvenientes, mostrando uma dissociação de dois dos componentes do Direito italiano, ou seja, o componente legal (o Direito formulado pelo governo italiano) e o componente doutrinário, representado pelo modelo alemão, admirado e imitado pelos juristas italianos, bem como o do *Code Napoléon*, há muito recepcionado pelo *Codice*.

Diante do exposto, é fácil identificar, em nosso *Código Civil de 2002*, cujo projeto data de 1975, uma configuração muito próxima à do *Codice Civile* de 1942. A razão disso repousa no fato de o legislador do então futuro *Código Civil brasileiro*, perseguido politicamente no Brasil, ter se exilado na Itália, onde frequentou o ambiente intelectual da época, privando com figuras exponenciais da cultura jurídica local, merecendo menção a impressão causada,

¹⁴ A linguagem do BGB é hermética, refletindo a concepção de direito ainda vigente entre os juristas alemães, expressa na frase, citada por muitos autores, ao tratarem desse tema: “O Direito é um assunto de especialistas.” Com efeito, o legislador alemão preocupou-se em utilizar cada palavra num sentido imutável e jamais alterar o vocábulo designando a mesma noção, “renunciando, desta sorte, a toda elegância de estilo para não criar incertezas sobre o conteúdo das regras legais”, cf. ARMINJON; NOLDE; WOLFF, 1950, tome 2, n. 473.

no então jovem Miguel Reale, pelo pensamento de Del Vecchio e de sua Escola.

Como bem pontuado por vários comparatistas do século passado, a adoção de um certo modelo de código tem origem, muitas vezes, nas influências que embasaram a cultura jurídica do futuro legislador e em outros aspectos suscetíveis de aproximar duas culturas no referente ao âmbito do Direito.¹⁵ Aliás, o fenômeno da imitação e da inspiração em modelos estrangeiros é tão antigo como o Mundo e desde muito considerado válido, tal como afirmado por Georges Maridakis,¹⁶ ao referir o pensamento de Platão, que se perguntava: por que não tomar (no sentido de incorporar) as leis de outras cidades (Pólis) se elas são melhores, sem levar em consideração seu caráter estrangeiro? Nesse sentido, foi muito feliz o comparatista húngaro, Zajtay (1957, p. 706), ao afirmar que a “recepção de um modelo jurídico estrangeiro representa um verdadeiro encontro cultural”.

No mesmo sentido, manifestava-se, em relação ao Brasil, o comparatista francês René David.¹⁷ O culto e a prática do Direito Comparado podem explicar essa escolha, pois, segundo ensinam os cultores dessa disciplina, em cada sistema jurídico, em cada

¹⁵ Segundo Del Vecchio (1938, p. 591), consiste em uma propriedade das normas jurídicas pela qual elas podem ser transmitidas de um povo a outro. Ela existe graças à unidade do espírito humano, tornando possível a aproximação entre os sistemas jurídicos, pois o Direito não é apenas um fenômeno nacional, é sobretudo um fenômeno humano. Em consequência, percebem-se duas espécies de semelhanças entre as ordens jurídicas: as nativas, devidas à unidade de espírito humano, e as dativas, resultantes da comunicação das ideias ou dos costumes. Sobre esse assunto, ver PAPACHRISTOS, 1975, p. 5.

¹⁶ Ver “La tradition européenne et le Code Civil Hellenique”, em *Studi Koschaker*, II, p. 159-178, citado por ZAJTAY, 1957, p. 686, note 60. Esse autor evoca as lições de Rheinstein, para quem a recepção abrange três aspectos de um mesmo fenômeno: a recepção voluntária, a involuntária e o transplante. A recepção voluntária — a verdadeira recepção — tem lugar pela importação de um Direito estrangeiro. Dessa sorte, podemos afirmar que o Brasil *receptionou* o modelo italiano do Código Civil de 1942, o qual constituiu o alicerce do Projeto de seu Código Civil de 1975.

¹⁷ Ver nosso Fradera (2012, p. 48 et seq.).

código civil, há sempre um traço da personalidade de seu legislador, representado por sua formação, suas leituras, suas preferências filosóficas ou políticas e também do momento histórico vivenciado, quando da elaboração de uma legislação. Inegável tampouco a questão da imitação de um modelo, fundada na admiração pelo modelo imitado, tal como aconteceu em relação ao *Code*, tendo inspirado, com maior ou menor intensidade, a maioria dos legisladores dos séculos XIX e XX.¹⁸

Como mencionado linhas acima, o *Código brasileiro de 2002* assimilou grande parte dos avanços da jurisprudência e da doutrina nacionais, além de atualizar o então Projeto de acordo com os ditames da Constituição Federal de 1988.

Assim, inspirado pelo *Codice*, o legislador Reale unificou as obrigações civis e comerciais e acrescentou novos conceitos centrais ao vocabulário dos civilistas nacionais, tais os de funcionalção¹⁹ e de solidarismo.²⁰

¹⁸ Não foi esse o caso do Brasil, pois o projeto de Freitas, apresentado em 1868, não poderia tomar como exemplo o *Code*, porque então a liberdade e a igualdade não existiam para todos em nosso país, dado então todavia vigorar o regime da escravidão e a Monarquia como sistema de Governo. De outro lado, o próprio Freitas tinha muitas reservas em relação ao *Code Napoléon*. Ver a respeito nosso Fradera (2010, p. 101-103).

¹⁹ Segundo Miguel Reale, “a função social do contrato representa uma justa com posição de interesses individuais e coletivos, de tal forma que, se ele se rescinde, devido ao inadimplemento de uma das partes, também pode ser resolvido se acontecimentos imprevisíveis tornarem por demais onerosa a prestação de um dos contratantes”. (REALE, 2003, p. 37). Vale citar também WALD, 2004, p. 9; SALOMÃO FILHO, 2004, p. 6 *et seq.*; FONSECA, 2007; BERALDO, 2011.

²⁰ De acordo com o pensamento (atual) de Yves Lequette, pode-se identificar, no seio desta escola, uma pluralidade de tendências, daí referirem-se os seus seguidores aos *solidarismos* contratuais, pois, embora concordando em vários aspectos, discordam no ponto essencial, sobre qual seria a essência de sua doutrina. A título de exemplo, citamos duas correntes, a 1ª, de inspiração social, e a 2ª, de inspiração moral. Haveria ainda uma 3ª corrente, uma espécie de síntese das duas anteriores. Na verdade, é possível sintetizá-las todas, a partir de seu objetivo comum, o de ser implantada uma melhor justiça contratual, dado estarem seus partidários convictos de que, mediante a intervenção do juiz no contrato, seu objetivo seria atingido. Para maior aprofundamento, consultar JAMIN, 2004, p. 445 (desta obra existe nova tiragem, pela mesma editora, datada de 2015). Ver, igualmente, JAMIN, 2004, p.

Com efeito, em razão da adoção do solidarismo, o legislador Reale enfatizou a função social do contrato e da empresa, destacando o valor da pessoa humana. Ao aprofundar o estudo do *Código Civil* e de suas características mais inovadoras em face do anterior *Código de 1916*, tais a socialidade, a eticidade e a operabilidade,²¹ percebemos a verdadeira natureza do art. 421 do atual *Código*, bastante difícil de ser interpretado e aplicado corretamente, por vários motivos, com destaque para o desconhecimento de suas origens²² por doutrinadores e operadores do Direito em geral. O solidarismo reside na busca de uma melhor justiça contratual, a ser alcançada mediante a intervenção do juiz no contrato. Esse teria sido o pensamento do legislador brasileiro de 1975, ao adotá-lo no seu *Código*.²³ Mas o que se viu recentemente foi a frustração desse seu objetivo, poucos anos após sua entrada em vigor, diante dos termos da Lei nº 13.874/2019, a denominada *Lei da Liberdade Econômica*, LLE, na qual o parágrafo único do art. 421 do Código Civil

5. Uma reflexão solidarista de contrato em nosso direito, tendo como fundo a ocorrência da Covid-19, ver ANDRADE, 2020, p. 421-437.

²¹ Segundo revelado pelo legislador Miguel Reale, ao considerar a *operabilidade* como um dos elementos do Código, teria se inspirado em Rudolph von Ihering, conforme se lê em sua obra *O projeto de novo Código Civil* (REALE, 1999, p. 10): “O Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa — já dizia Ihering na sua imaginação criadora — é como chama que não aquece, luz que não ilumina”. Interessante, nesse aspecto, a coincidência entre o pensamento de Reale e o de Josserand, que assim se manifestou: “[...] o direito que tomamos como objeto de nosso estudo é, antes de tudo, o direito jurisprudencial, isto é, aquele que se realiza [...]” (JOSSEMAND, 1929).

²² Com efeito, a maioria dos doutrinadores nacionais confunde a socialidade com solidariedade e buscam, erradamente, a sua origem na Constituição de 1988. Ora, basta atentar para os dados cronológicos para desmentir essa afirmativa. Com efeito, o projeto de CC data de 1975, a CF, de 1988. Felizmente, esse movimento visando a colocar CF no centro do ordenamento tem os dias contados, pois a boa Doutrina já aponta para os seus defeitos. Ver a respeito, dentre outros, LEAL, 2015 e ALMEIDA, 2019.

²³ Ao justificar sua simpatia pelo conceito solidarista de contrato, M. Reale afirmou: “Não acreditamos na plenitude da norma positiva, é preferível, em certos casos, prever o recurso aos critérios ético-jurídicos, objetivando atingir a concreção jurídica, atribuindo mais poder ao juiz, tendo em vista a descoberta da solução mais justa e equidosa.” (REALE, 1999, p. 8, nota 7).

passa a ter a seguinte redação: “Nas relações privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.” (BRASIL, 2019).

Assim, a concepção solidarista do legislador, relativamente aos contratos, exposta no art. 421 do Código Civil e seu parágrafo único, agora alterado pela mencionada LLE, revela-se antitética, porque o *caput* do artigo adota uma postura favorável à intervenção do juiz, de acordo com o sentido do solidarismo contratual, mas o parágrafo único desfaz essa construção, introduzindo um texto de feição liberal. Essas nossas ponderações não significam que sejamos avessos ou contrários às ideias liberais, longe disso. O que nos causa espécie é a falta de cuidado do legislador da LLE/2019 e o descaso em, ou manter a filosofia do *Código*, tal como idealizada pelo seu legislador, ou em adotar uma posição mais liberal acerca do assunto, quando, nesse caso, deveria ter modificado também os termos do *caput* do art. 421.²⁴

No próximo segmento, trataremos da dificuldade em conciliar os avanços do passado com o texto da legislação privatista atual: a persistência da leitura de certos conceitos provinda da contribuição da Doutrina e da Jurisprudência elaboradas durante a vigência do *Código Beviláqua*, por exemplo, o caso da noção de obrigação como um processo, conceito originado da Doutrina nacional, produzida a partir dos anos 60, na Faculdade de Direito da UFRGS, por Clóvis do Couto e Silva.

²⁴ A respeito, vide nossa contundente crítica à forma como efetuada essa alteração em *Comentários à Lei da Liberdade Econômica, Lei 13.874/2019* (FRADEIRA, 2019, p. 293 et seq.).

2.2 A difícil convivência entre o antigo e o novo no referente à compreensão de certos aspectos do Direito Civil brasileiro atual

No referente à sua estrutura, o *Código Civil de 2002* conservou a do antigo *Diploma Civil de 1916*, adotando o denominado *método do enxerto*, ou seja, mudança do conteúdo e conservação da estrutura, como dito por Jean L. Halpérin (*apud* PONCELET, 2004, p. 7), em relação às alterações do *Code Napoléon* ao longo de dois séculos.

Nosso *Código* é composto por uma *Parte Geral*, dividida em três livros, relativos às pessoas, aos bens e aos fatos jurídicos; uma *Parte Especial*, composta por cinco livros, quais sejam o das *Obrigações*, o do *Direito da Empresa*, o *Livro das Coisas*, o do *Direito de Família*, o das *Sucessões*. Há, ainda, o livro complementar, contendo as disposições transitórias.²⁵

Na *Parte Geral*, disciplinam-se as pessoas, os bens e os fatos jurídicos.²⁶ Por outro lado, a previsão do abuso de direito,²⁷ na *Parte Geral*, como uma espécie de ato ilícito, provocou várias reações, estando a polêmica ainda em curso.

²⁵ Interessante comentário sobre a feição de nosso atual Código Civil, consultar Fabio Siebeneichler de Andrade, “O Modelo de Código Civil brasileiro de 2002 sob a perspectiva das funções atuais da Codificação”, *Direitos Fundamentais e Justiça* - out./dez. 2000, p. 155-170.

²⁶ A *Parte Geral*, cuja adoção nos aproxima do *BGB* desde 1916, recebeu algumas inovações interessantes no texto do Código de 2002. A esse respeito, consultar o excelente volume de autoria do Ministro Moreira Alves (1986), *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. Existe nova edição dessa obra, adaptada ao novo Código Civil.

²⁷ “Art. 187: Comete também 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.” A respeito, ver nosso “La Partie Générale du Code Civil brésilien” (FRADERA, 2005, p. 203-222); ver, igualmente, PINHEIRO, 2002; RODOVALHO, 2011.

O segundo livro do *Código Civil* disciplina os bens, contudo, esse livro vem merecendo algumas críticas, fundadas no fato de o legislador ter adotado, segundo alguns, “uma concepção fundada sobre uma base axiológica demasiado orientada em direção a uma lógica patrimonial e proprietária, colocando-se em contradição com os princípios fundantes do *Código Civil*, que dão maior relevo à pessoa”. (TEPEDINO, 2005, p. 287 *et seq.*). A nosso ver, trata-se de posição demasiado extremada e calcada no movimento civil constitucional.

Com relação ao terceiro Livro, em que estão disciplinadas as Obrigações, pairam sérias dúvidas acerca de qual teria sido a concepção de Obrigação adotada pelo legislador de 2002. A maioria da Doutrina entende ter havido a recepção de uma concepção cooperativa de obrigação, qual seja, aquela exposta na obra de Clóvis do Couto e Silva (2006), *A obrigação como processo. Data venia*, ousamos discordar dessa opinião, a começar pela circunstância da data da apresentação do projeto de *Código*, em 1975, quando a tese de Clóvis não havia sido nem defendida nem publicada; dessa sorte, o legislador deste *Livro do Código*, o ilustrado professor Arruda Alvim, não teve contato com a obra de Clóvis, logo, não poderia ter adotado a concepção de obrigação como um vínculo dinâmico, cujo desenvolvimento é pautado pela incidência do princípio da boa-fé objetiva, desde a sua formação até o seu adimplemento. Contudo, inspirado do *Codice* de 1942, precisamente no seu art. 1.175,²⁸ nosso legislador, Miguel Reale, adotou a concepção da relação obrigacional como sendo dominada pelas regras da *correttezza*, entendida essa palavra como lealdade, honestidade, imparcialidade e equidade. Assim, dispõe o art. 422

²⁸ “Il debitore e il creditore devone comportarsi secondo le regole de la correttezza.”

do CC/2002: “Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. (BRASIL, 2002). Por outro lado, seguindo a diretriz solidarista imprimida à relação contratual, devem as partes colaborar uma com a outra, objetivando o melhor cumprimento possível do contrato. Sob essa ótica, a aproximação entre esse texto e a noção da obrigação como um processo torna-se possível, pelo menos na exigência de colaboração entre os contratantes.

Quanto às obrigações derivadas de atos ilícitos, a responsabilidade civil é igualmente um campo vasto e fértil para discussões, pois o codificador introduziu modificações expressivas nesse campo, alterando a nossa tradição canonista, herdada também do *Code*, no sentido de considerar a culpa como a fonte mais importante de responsabilidade civil. Já à primeira vista, percebemos que o *Código de 2002* previu um certo número de hipóteses de responsabilidade fundadas no risco, acompanhando uma natural evolução das legislações em geral, a começar pelo *Código de Defesa do Consumidor*, no qual apenas os profissionais liberais respondem por culpa.²⁹

Com relação aos contratos, o art. 421 do *Código Civil de 2002*, após a alteração efetuada pela Lei nº 13.874/2019, dispõe que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. (BRASIL, 2002).³⁰ Esse artigo é, de longe, o mais controvertido do *Código Civil de 2002*, alvo de discussões de toda a ordem, algumas com fundamento científico, outras nem tanto. A primeira grande dúvida respeita a natureza dessa norma: será

²⁹ Cf. § 4º do art. 14 do CDC: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (BRASIL, 1990).

³⁰ Na redação original de 1975: “A liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Vide nosso comentário supra sobre o parágrafo acrescido a esse artigo pela citada Lei da Liberdade Econômica.

um princípio, será uma norma cogente, ou simplesmente uma diretriz posta ao julgador. Mas, atenção: se ela tem a natureza de norma cogente, não poderia ter sido escrita de maneira tão vaga e imprecisa. A maioria dos juristas brasileiros concorda em classificá-la como uma cláusula geral, dada a feição de seu texto. Não obstante, há unanimidade em reputar ter esse artigo operado uma *revolução* no que tange à noção clássica de contrato, porquanto um de seus elementos essenciais, qual seja a sua relatividade, expressa no antigo adágio “o contrato é a coisa das partes”, não mais subsiste como um axioma, porque, em razão da exigência de uma função social, o contrato pode, eventualmente, apresentar uma eficácia transubjetiva, para além dos cocontratantes, e, eventualmente, contra a sua vontade. Este constitui um aspecto do *Código Civil de 2002* que somente a passagem do tempo trará luz sobre o seu acerto e valor. Não obstante, o legislador assegurou o exercício da autonomia privada, tal como consta do art. 425 do *Código*: “As partes podem estipular contratos atípicos, desde que as regras gerais, estabelecidas por este Código, sejam observadas”. (BRASIL, 2002).

O legislador recebeu o princípio da boa-fé em sentido objetivo, nesse caso, a doutrina, os operadores do Direito em geral, assim com os tribunais nacionais já o consideravam, há longos anos, como um *princípio pressuposto*, inscrito no interior do sistema do *Código Civil de 1916*. Nesse caso, portanto, o art. 422³¹ apenas reconhece os acervos doutrinário e jurisprudencial nacionais, formados desde os anos 80. Ainda em relação ao amplo reconhecimento do princípio da boa-fé, no novo *Código*, devemos lembrar os termos do art. 113 do *Código Civil*, em que a boa-fé serve

³¹ “Os contratantes são obrigados a obedecer, tanto na conclusão do contrato quando de sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL, 2002).

como critério interpretativo do negócio jurídico.³²

Em seguida, passamos a nomear outras alterações efetuadas pelo legislador Reale, quais sejam, a unificação das *Obrigações* civis e comerciais, bem como a introdução das noções de empresa e a de empresário, fato que aproximou o Direito Civil do Direito Comercial.³³

Essa unificação determinou uma civilização do Direito Comercial e uma comercialização do Direito Civil, porquanto há uma forte inclinação de nossa sociedade atual a visar em demasia o lucro, bastando observar o grande número de ações visando a indenizações por dano moral. Diversamente, o Direito Comercial torna-se, a cada dia, mais ancorado em valores morais, algo que pode ser comprovado pelos deveres impostos às partes, nos contratos de cunho empresarial, tais os de informação, de confidencialidade, de minimização do próprio prejuízo também pelo credor.

Com relação ao Direito de Família, as inovações foram quase imperceptíveis e as críticas se dirigem sobretudo à falta de igualdade quanto aos direitos dos companheiros vivendo em união estável, em comparação com os casais legalmente casados. Nesse ponto, a jurisprudência tem realizado um exemplar trabalho de interpretação das regras, visando a apagar as desigualdades entre as duas formas de relação conjugal.

Os mesmos comentários valem para o direito das sucessões, salvo no que se refere à inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, conforme disposto no seu art. 1.845.³⁴

³² Sobre este assunto, ver NITSCHKE, 2019; também o nosso “A Interpretação dos contratos” (FRADERA, 2021, v. 2, p. 41 *et seq.*).

³³ Em razão dessa unificação, nosso Código Civil Comercial, publicado em 1850, não mais está em vigor, salvo no referente ao Direito comercial marítimo. Outras matérias comerciais são reguladas por leis especiais. Os transportes aéreos são regulados pelo *Código brasileiro da Aeronáutica*, Lei nº 7.565, de 19/12/1986.

³⁴ A doutrina mais abalizada refere que nem sempre o cônjuge é herdeiro, pois, conforme ensina Cahali, “sua vocação hereditária está sujeita ao regime de

Expostas, sumariamente, as principais inovações introduzidas em nosso Direito Civil pelo *Código de 2002* e as discussões suscitadas em torno delas, passaremos à segunda parte deste artigo, em que será demonstrado o quanto a Doutrina e a Jurisprudência vêm contribuindo para o aperfeiçoamento de sua construção e aplicação.

3 A contribuição da Doutrina e da Jurisprudência nacionais para a interpretação e aplicação do *Código Civil de 2002*

Ao tratarmos desse assunto, lembramos um verso do poeta andaluz Antonio Machado, que assim se expressa: “Caminante, no hay camino, se hace camino al andar.” Quanto ao tema ora em tela, esse pensamento é plenamente válido, pois tanto a Doutrina como a Jurisprudência nacionais vêm percorrendo um já longo caminho na busca da interpretação e aplicação corretas do novo *Código*, ou seja, abrindo um espaço em meio aos meandros do *Código*, na busca de sua melhor e mais justa compreensão e justiça em sua aplicação.

Antes de tudo, conforme muito bem dito por Daniel Gutmann (2002), deve-se fazer uma clara distinção entre esses ofícios. Para esse autor, o juiz está em uma situação muito peculiar, porquanto, quando um litígio lhe é submetido, é obrigado a tomar um partido, estando essa obrigação comandada por sua submissão política e institucional ao legislador. Ainda segundo o mesmo autor, isso explica por que o juiz deve buscar, na falta de norma legislativa

bens adotado no casamento, com toda a multiplicidade de questões decorrentes dessa provisão contida no art. 1.829”, local em que o legislador estampou a ordem de vocação hereditária. Consultar as pertinentes críticas do Prof. Francisco José Cahali (CAHALI; NANNI, p. 2.249 - art. 1.829, ordem sucessão legítima - e p. 2.289 - art. 1.845, herdeiros necessários).

clara, uma solução que se insira na coerência do conjunto do Direito, pois esse é o horizonte regulador da atividade judiciária, "justificada pelo lugar ocupado pelo juiz no tabuleiro dos poderes." (GUTMANN, 2002, p. 461).

Já em relação à Doutrina, segue o mesmo autor, "ela está dispensada da obrigação de julgar" (GUTMANN, 2002, p. 461), e, nesse distanciamento em relação ao julgamento, reside sua especificidade.

Iniciemos, pois, nossas reflexões acerca do papel da Doutrina.

3.1 O papel da Doutrina na construção da interpretação do Código Civil de 2002

A Doutrina é conceituada pelo Professor G. Cornu como "a opinião comumente professada por aqueles que ensinam o Direito (*communis opinio doctorum*) ou mesmo por aqueles que, sem ensiná-lo, escrevem sobre o Direito. Nesse sentido, a Doutrina se opõe à Jurisprudência". (CORNU, 2011, p. 360).

Essa definição, embora considerada clássica, não abrange, em sua plenitude, o real significado do que seja a Doutrina. Com efeito, há muito tempo, desde os romanos, a Doutrina vem construindo e utilizando uma espécie de *método*, o qual é apropriado pelos discípulos de um professor, que buscam imitá-lo. E assim ao longo dos tempos.

Nesse aspecto, não é possível evitar a menção ao Direito Romano, porquanto, em Roma, o termo *jurisprudência* significava uma ciência e também uma arte. Como notório, o jurisconsulto romano contribuiu para a formação da jurisprudência, pois, conhecendo profundamente o Direito, tinha por missão dar

consultas, colimando auxiliar e facilitar a tarefa do juiz. Em geral, naqueles tempos, o juiz não era obrigatoriamente uma pessoa dedicada ao estudo do Direito, havendo pouco conhecimento a esse respeito.³⁵

O fim da República em Roma marca o início de uma alteração no recrutamento dos jurisconsultos, e, sob o Império, ocorre uma funcionalização da carreira jurídica, perceptível no fato de que os jurisconsultos mais notáveis³⁶ (em oposição aos *juris periti*) passaram a ocupar elevados postos administrativos devido à sua excelente formação, consagrando-se ao estudo dos problemas fundamentais do Direito e à exposição das grandes questões jurídicas, por exemplo, a criação de novas regras em face do silêncio da lei, ou então deduzindo novas regras de leis já existentes.

Sob o Império, as respostas dos jurisconsultos adquirem força de lei e, sob Adriano, chegaram a constituir uma fonte importante de Direito escrito.

Alçado Augusto ao Império, pretendeu obter o apoio dos jurisconsultos, atribuindo caráter oficial às respostas de alguns deles.

Em 426 A.D., a *Lei das Citações* reconheceu a autoridade dos grandes jurisconsultos romanos. Dessa sorte, Gaius, Papinianus, Paulus, Ulpianus e Modestinus deveriam ser invocados nos tribunais, por serem as maiores autoridades no campo jurídico,

³⁵ Segundo escreveu Bruno Oppetit, este é um traço distintivo que, desde os primórdios, opôs o Direito romano e a *Common Law*: enquanto nesta última o juiz aparece como o personagem central, diversamente, no sistema romano, a função mais eminente incumbia aos prudentes, grupo de jurisconsultos que aconselhavam o pretor na elaboração de seu edito e as partes na busca de uma fórmula satisfatória. Ver OPPÉTIT, 1993, tome III, p. 346.

³⁶ Os jurisconsultos ocupavam altos postos devido à sua excelente formação, enquanto os denominados *juris periti* eram relegados a funções menos relevantes, como a redação de atos e assistência às partes. A respeito do papel dos magistrados e dos jurisconsultos na elaboração do Direito romano, consultar PETIT, 1958, p. 53-80.

enquanto outros só o seriam se houvessem sido citados por um dos cinco juristas antes referidos. Havendo divergência de opinião entre os juristas, o juiz decidia conforme a opinião da maioria, e, em caso de igualdade, pela de Papinianus.³⁷

Já bem mais tarde, ao projetar a elaboração do *Digesto*, Justiniano cuidou para que os grandes jurisconsultos tivessem um lugar de destaque nessa obra, por muitos considerada como uma Codificação, no sentido atual do termo. Daí a obra de Justiniano ser por muitos qualificada muito mais como uma obra doutrinária do que prática.

Diversamente do que acontece hoje em dia, o juiz romano contava com poucas leis à sua disposição, apenas alguns preceitos particulares, reservando aos detentores do saber um papel preponderante na elaboração do Direito. Assim, na concepção clássica, a competência legítima para *dizer* o Direito incumbia ao detentor da *auctoritas* (a ciência), e não ao detentor da *potestas* (o poder).

Uma decisão sobre o justo ou o injusto valia em razão da ciência de seu autor, e somente mereciam o qualificativo de fonte do Direito as regras determinadas por aqueles cuja *prudentia juris* fosse comprovada. Para o direito natural clássico, a Doutrina constituiu a fonte do Direito por excelência, e o período no qual esse pensamento predominou é considerado o mais brilhante de sua História.³⁸

³⁷ *Code Théodosien*, I,4,3, trad. para o francês por J. Imbert, M. Boulet-Sautel, G. Sautel, *Textes et Documents*, t. I, collection des Universités de France; ver a esse respeito, a reprodução do texto dessa lei em OPPETIT, 1993, III, tome 234, note n. 12, p. 347.

³⁸ Na Alemanha, ainda hoje, parece predominar esse pensamento em relação à missão da Doutrina. Com efeito, conforme muito bem descrito pelo prof. Claude Witz (2013), os juristas desse país concebem o Direito como uma ciência e sua produção tem cunho autenticamente científico. Segundo reporta o professor de Strasbourg, a erudição que todo universitário alemão tem em vista é muito valorizada na Alemanha, desde a época de Hegel, tendo em vista a

Retornando à nossa época e ao nosso país, a influência da Doutrina tem passado por fases diversas, desde uma relevante contribuição para o progresso do Direito Civil, como ocorreu no passado, a um momento de grande decadência na sua qualidade, a ponto de não mais poder ser qualificada como ciência.

Com efeito, descortinamos atualmente, em nosso país, um panorama doutrinário muito desigual, em que alguns poucos produzem realmente Doutrina, enquanto outros apenas preenchem requisitos com base na quantidade, sem a devida atenção à qualidade e originalidade.³⁹

Tal situação “produz um vazio doutrinário, em razão da desimportância da produção, não por quantidade” (MARTINS-COSTA, 2014, p. 24 *et seq.*), em desacordo com a “finalidade da Doutrina, que é a de fazer progredir, fazer avançar o Direito”. (MARTINS-COSTA, 2014, p. 27).

Contudo, malgrado o panorama desanimador acima descrito, a boa Doutrina nacional, embora escassa, tem desempenhado um relevante papel na interpretação e atualização do atual *Código Civil*, contribuindo com algumas manifestações realmente valiosas para a sua leitura atual, tal como ocorrera com o anterior *Código de 1916*.

realização do *Staatsexamen*, quando é exigido um domínio perfeito de todo o Direito. Assim sendo, a produção dos juristas alemães é de excelente qualidade e muito variada, pois o professor alemão não hesita em propor teorias iconoclastas, sem temer o desencadear de uma tempestade. Ver, desse autor, *Le Droit Allemand* (WITZ, 2013, p. 186 *et seq.*).

³⁹ Exemplo disso é o critério (ou falso critério) adotado pela Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) para classificar as faculdades de Direito das Universidades, fundado na quantidade da produção acadêmica, o que prejudica a verificação da sua qualidade, ainda mais carecendo esse órgão de pessoal apto para isso, dado que, normalmente, o critério de escolha dos julgadores é meramente político. Além disso, os avaliadores são em número insuficiente para avaliar a enorme produção gerada nas diferentes Universidades. Para uma visão realista da qualidade da produção acadêmica nacional, tendo como exemplo a pós-graduação da UFRGS, consultar HECK, 2019.

É preciso ressaltar o fato de um dos aspectos do novo *Código* ter tido um extraordinário desenvolvimento, mediante a contribuição permanente da melhor Doutrina nacional, especializada no campo do Direito empresarial, logrando grandes avanços e motivando uma permanente discussão relativamente a esse tema,⁴⁰ trazendo um desenvolvimento jamais antes alcançado nesse âmbito por nosso Direito privado.

Tampouco se pode omitir a menção a um dos instrumentos mais importantes para uma interpretação mais adequada dos requerimentos da nossa sociedade contemporânea, no que tange ao Direito, qual seja a utilização do Direito Comparado, recurso ao qual o Brasil, como notório, lança mão há longo tempo.⁴¹

Da mesma forma, não se pode ignorar a grande contribuição da Doutrina internacional mediante a importação, por nossos autores, de certos conceitos e soluções, posteriormente adotados pelos operadores do Direito e magistrados brasileiros, visando à solução de conflitos e dando melhor fundamento à utilização de modelos importados.

Ao finalizar essas brevíssimas reflexões acerca da Doutrina, concluímos, a partir do exposto, que esta desempenha, primordialmente, duas funções, uma, de opinião, e outra, de legitimação, daí sua relevância no mundo jurídico.

Passemos, no segmento a seguir, a uma análise da jurisprudência produzida, no plano do Direito Civil, a partir da vigência do novo *Código*, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, organizador desta obra comemorativa, da qual, com muita honra, ora participamos.

⁴⁰ Nomeamos os mais destacados, Arnoldo Wald, Modesto Carvalhosa, Fábio Konder Comparato, José Alexandre Guerreiro.

⁴¹ Sobre esse assunto, ver nosso "René David et le droit brésilien" (FRADERA, 2012, p. 43 *et seq.*).

3.2 A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e a aplicação do *Código Civil de 2002*

Tendo nosso *Código Civil* recebido, pela via do *Codice* italiano, a doutrina de Josserand, pareceu-nos interessante iniciar esta parte de nosso artigo por uma sua conhecida reflexão, assim expressa:

A jurisprudência constitui a matéria prima a que devem ser submetidas nossas pesquisas; o Direito é tal como o compreendem e ordenam os documentos legislativos, sendo esses apenas materiais, cuja aplicação lhes é confiada. (JOSSEAND, 1929, Préface).⁴²

Pesquisando julgados do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, deparamo-nos com decisões interessantes, aplicando, de forma correta, atualizada e justa as normas de nosso *Código Civil*, comprovando a assertiva de Josserand.⁴³

Entre inúmeros e excelentes votos de desembargadores, membros do egrégio TJMG, por nós examinados, optamos comentar um voto recente, de autoria do Des. Leonardo Beraldo, no qual são aplicados, com maestria, os ditames da Lei da Liberdade Econômica, Lei nº 13.874, de 20/09/2019, especificamente, o parágrafo único do seu novo artigo, 421-A, em decisão unânime, sob a epígrafe

⁴² No original: “La jurisprudence constitue la matière première sur laquelle doivent s’exercer nos recherches; le droit est tel qu’elle le comprend et l’aménage, les documents législatifs n’étant que des matériaux dont l’assemblage et la mise en oeuvre lui sont confiés.” (JOSSEAND, 1929, Préface).

⁴³ Neste sentido, nosso sistema de 2002 está mais próximo do sistema alemão do que do francês, pois, neste, o juiz desempenha um papel muito discreto. Quanto à figura do juiz em face do processo envolvendo litígio contratual, interessante a diferença de vocábulo empregado numa e noutra doutrina, os alemães referem-se ao *papel* do juiz (*Richterrolle*) enquanto os franceses, ao seu *poder* (*Pouvoir*), embora esse poder, na verdade, se aproxime mais de *função*, atribuída ao magistrado.

“afastamento da onerosidade”, cuja ementa segue abaixo:

Apelação cível. Ação ordinária. Contrato de subempreitada. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Error *in procedendo*. Despacho saneador. Pontos controvertidos. Não verificação. Preço unitário acima da média de mercado. Livre pactuação. Comprovação. Demandas na justiça do trabalho. Compensação. Não comprovação do desembolso. (MINAS GERAIS, 2022).

Como notório, uma vez publicada a LLE/2019, foi adotado entre nós o princípio da liberdade contratual, de acordo com a perspectiva liberal, em uma norma vazada em termos extremamente amplos, utilizando conceitos com conteúdo indeterminado, requerendo, em consequência, a busca de seu sentido jurídico, como primeiro passo para a tentativa de sua compreensão.

O inciso III do novo art. 421-A expressa, fielmente, sem deixar dúvidas, uma disposição de retorno a uma concepção liberal de contrato, malgrado a contrariedade ao posicionamento até agora esposado pelo *Código* e pela doutrina.

É de ser mencionado o fato de não constituir novidade a oposição entre os dois modos de ver a mesma questão.

Apenas para ilustrar a discussão, e remontando a épocas mais recuadas, trazemos à baila um exemplo, consistente em manifestação do Professor Niboyet (1937), em seu relatório preparatório à *Semaine Internationale du droit*,⁴⁴ no qual se manifestou nos seguintes termos: “A regra *pacta sunt servanda* permanece uma muralha inviolável!” (NIBOYET, 1937, p. 11).⁴⁵ Acrescentando: “[...] o contrato revisado tem de contrato apenas

⁴⁴ NIBOYET, J.-P. La révision des contrats par le juge: rapports préparatoires et discussions. In: SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. *Semaine internationale de droit*. Paris: Sirey, 1937. p. 1 et seq.

⁴⁵ No original: “La règle *pacta sunt servanda* reste un rempart inviolable.”

a denominação e é sobre os seus escombros que se estabelece a regulamentação do juiz.” (NIBOYET, 1937, p. 11).⁴⁶

A denominada LLE/2019 dispõe:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (BRASIL, 2019, grifos nossos).

Com efeito, a partir dessa lei, não há como negar a presunção de serem paritários os contratos civis e empresariais, pois as partes são iguais, e é consenso que não o são os de consumo e de trabalho, sendo as partes desiguais.

Na verdade, o contrato, considerado instrumento de liberdade das partes e suporte necessário da iniciativa econômica, consiste em um ato de previsão, produtor de efeitos jurídicos desejados e aceitos.

Como bem disse o professor Didier Ferré ao prefaciar obra relativa à imputação de riscos entre contratantes, “o contrato é um instrumento de previsão e nisto traduz um ato de prudência. Ele se conjuga no futuro e por isto manifesta uma audácia”. O mesmo professor, citando outro mestre francês, Jean-Marc Mousseron, define risco de uma maneira muito feliz, merecendo ser transcrita: “todo desvio em relação à linha traçada no projeto inicial o qual as

⁴⁶ No original: “Le contrat révisé n’a plus de contrat que le nom et c’est au milieu de ses décombes que vient s’établir la réglementation du juge.” (NIBOYET, 1937, p. 11).

partes haviam inicialmente acordado". (MOUSSERON *apud* FERRÉ, 2009).⁴⁷

Camille Jauffret-Spinosi (2005), no seu relatório geral, exarado durante as *Journées brésiliennes de l'Association Henri-Capitant*, ocorridas em 2005, tendo como tema central o contrato, ao explicar a proliferação e as modificações das relações contratuais, em detrimento da regulamentação ou da lei, apresentou justificativas, perfeitamente válidas, para o momento atualmente atravessado pelo mundo ocidental, no referente ao tema do contrato.

Em primeiro lugar, a influência de países da *Common Law*, tradicionalmente hostis à lei, nos quais o Estado deixa às partes o cuidado de organizar suas relações.

O avanço do liberalismo econômico, impulsionado pela globalização, fenômeno incontestável, acabou por seduzir até mesmo os países antes adotantes do socialismo, requerendo, por isso, uma maior liberdade contratual. Assim, tendo acatado corretamente a concepção do contrato como ato de previsão, ao longo de seu voto, o Desembargador Beraldo comprova a aplicação dessa concepção de contrato, permitindo às partes a oportunidade de se apropriarem do futuro, porquanto a previsão constitui a essência do contrato.⁴⁸

Importante ressaltar a atualidade do voto do Desembargador Relator e o fato de ter sido seu voto acompanhado pelos demais membros de sua Câmara, comprovando a disposição dos juízes do TJMG de decidir de acordo com os ditames da atual lei civil.

⁴⁷ Essa definição não visa à prevenção do risco, a qual impõe uma nova aposta no futuro, mas a sua imputação, cujo objetivo é o de manter a comutatividade pretendida na conclusão do contrato, apesar dos azares, sobretudo os de cunho econômico, que não podemos, ou não queremos, prevenir.

⁴⁸ Sobre esse tema, ver P. Hébraud, "Observations sur la notion du temps dans le droit civil", em *Études Offertes à P. Kaiser*, PUAM, Aix-Marseille, 1979, t. II, p. 1 *apud* LÉCUYER, 1999, p. 643, nota 2.

Contudo, a previsão das possíveis, ou eventuais, vicissitudes do contrato pelas partes, vai demandar, entre nós, uma mudança cultural muito forte, ou seja, um desvio de uma mentalidade típica da *Civil Law*, resguardada pela lei e pelo juiz, para outra, bastante próxima da *Common Law*, avessa à intervenção do magistrado, confiando, quase exclusivamente, no tirocínio e na capacidade dos redatores do contrato, para evitar futuros problemas.

Para obtermos êxito nessa mudança, inegavelmente favorável a certos nichos da comunidade (o mundo empresarial), será preciso um intenso investimento na formação dos estudantes de Direito, para, posteriormente, atuarem no mercado como advogados e consultores em grandes empresas.

4 CONCLUSÃO

Ao finalizar nossa contribuição à obra organizada pelos eminentes Desembargadores Dresch e Beraldo, trazemos, mediante uma comparação entre Direito e Música, uma citação que julgamos bem apropriada à temática aqui apresentada, qual seja da introdução de uma lei modificando radicalmente o que havia sido posto pelo legislador originário, mas, não obstante, produzindo resultados muito positivos para a sociedade:

O interlúdio pode representar um momento inesperado segundo as regras sinfônicas, quando ele visa a introduzir um novo som musical e nos habituar a uma nova forma de apreender os acordes. Por analogia, o Direito pode nos preparar para uma execução inovadora, sem, contudo, contrariar as exigências da Justiça. (TZITZIS, 2021).⁴⁹

⁴⁹ No original: "L'interlude peut représenter un moment insoupçonable pour les règles symphoniques lorsqu'il porte à introduire un son musical nouveau et nous habituer à une nouvelle façon de saisir les accords. Par analogie, le droit peut nous préparer pour une exécution novatrice sans contrevenir pour autant aux exigences de la Justice." (TZITZIS, 2021).

REFERÊNCIAS

ABREU, Joao Leitão de. *A validade da ordem jurídica*. Porto Alegre: Of. Graf. da Livraria do Globo S.A., 1964.

ALMEIDA, Vítor Duarte. *O contrato e a Constituição*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ALVES, Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O impacto da pandemia da Covid-19 para a teoria do contrato no Direito Civil brasileiro: uma oportunidade para um modelo solidário de relação contratual? *BDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, n. 1, p. 421-437, jul./set. 2020.

ARMINJON; NOLDE; WOLFF. *Traité de droit comparé*. Paris: LGDJ, 1950, tome 2, n. 473.

ASCARELLI, Tulio. O desenvolvimento histórico do Direito Comercial e o significado da unificação do Direito Privado. Tradução de Fabio Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 114, p. 237-252, 1999.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato, contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BLANC-JOUVAN, Xavier. L'influence du Code Civil sur les Codifications étrangères. In: *LE CODE Civil, 1804-2004: Livre du Bicentenaire*. Paris: Dalloz Litec, 2004. p. 477-512.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: jul. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica;

estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set. 2019 - Edição extra-B. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura ordenada no Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2006.

CAHALI, Francisco José; NANNI, Giovanni Ettore. (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do Direito privado em *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, a cura de Sandro Schipani. *Cedam-Padova*, Padova, p. 101-153, 1988.

CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*. Paris: Dalloz, 2016.

CHAZAL, J. P. Louis Josserand et le nouvel ordre contractuel. *RDC*, p. 325-332, 2003.

CODE Théodosien, I, 4, 3. Tradução para o francês por J. Imbert, M. Boulet-Sautel, G. Sautel. *Textes et Documents*, t. I. (Collection des Universités de France).

CORNU, G. *Vocabulaire juridique*. 9. ed. Paris: Association Henri Capitant, PUF, 2011.

DAWSON, John. The general clauses viewed from a distance. *Rabel's Z.*, Hamburg, B. 41, H. 3, 1977.

DEL VECCHIO. La communicabilité du droit et les doctrines de G.B. Vico. *Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, v. II, p. 591-601, 1938.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a Teoria Geral do Direito, na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora RT, 2010.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio, São Paulo e Recife: Renovar, 2007.

FERRÉ, Didier. Prefácio. In: MARTIN, Anne-Cécile. *L'imputation des risques entre contractants*. Paris: LGDJ, 2009.

FRADERA, Vera Jacob de. A Interpretação dos contratos. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A evolução do direito empresarial e obrigacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 2, p. 417- 441.

FRADERA, Vera Jacob de. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica, Lei 13.874/2019*. São Paulo: Editora RT, 2019.

FRADERA, Vera Jacob de. La Partie Générale du Code Civil brésilien. In: WALD, Arnaldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Le Droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain* (Dir.). Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 203-222.

FRADERA, Vera Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do Direito Comparado para a elaboração do Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRADERA, Vera Jacob de. René David et le droit brésilien. In: HOMMAGE à René David. Paris: Dalloz, 2012. p.43-54.

FRADERA, Vera Jacob de. Superposição de contratos. In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 255-293. (Série GVLaw).

GUTMANN, Daniel. La fonction sociale de la doctrine juridique. *RTDciv*, p. 455- 461, jui./sep. 2002.

HALPÉRIN, J. L. *Histoire du droit privé depuis 1804*. Paris: PUF, 2001.

HARMATTY, A. Droit Civil-Droit Constitutionnel. *RIDC*, v. 1, p. 45-66 1998.

HECK, Luís Afonso. *A pós-graduação de Direito no Brasil: discussão e oportunidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2019.

JAMIN, C. Plaidoyer pour le solidarisme contractuel. *In: LE CONTRAT au début du XXIe siècle: études offertes à Jacques Ghestin*. Paris: LGDJ, 2004. p. 441-475.

JAMIN, C. Le solidarisme contractuel: un regard franco-québécois. *In: 9e. CONFÉRENCE ALBERT-MAYRAND*, Éditions Thémis, Montréal, 2005.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Le Contrat*, Relatório geral. *In: JOURNÉES brésiliennes de l'Association Henri-Capitant*, São Paulo, Tome LV, p. 2-22, 2005.

JOSSERAND, L. Prefácio. *In: JOSSERAND, J. K. Cours de droit civil*. Paris: Librairie du Recueil Sirey-Dalloz, 1929.

KAMANABROU, Sudabeh. *AcP*, Tuebingen, Mohr, v. 202, p. 662 -688, 4º e 5º cadernos, 2002.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos Fundamentais & Justiça*, [s. l.], ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

LÉCUYER, Hervé. *L'avenir du droit: mélanges offertes en hommage à François Terré*. Paris: PUF, 1999.

LUCHAIRE, François. Les fondements constitutionnels du droit civil. *RTDciv*, v. 80, p. 248-283, 1992.

MACHADO, Antônio. Proverbios y cantares, XXIX. *In: CAMPOS de Castilla*.

MARTINS, Flávio Alves. *A ideia de experiência no pensamento jusfilosófico de Miguel Reale*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fator de flexibilização do sistema. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, v. 28, n. 112, p. 3-32, out./dez. 1991.

MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Os 20 anos do Código Civil. *In: JORNADAS DE DIREITO CIVIL*, 9., 2022, Brasília, DF. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2022. p. 20-29.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.170589-0/001. Relator: Des. Leonardo de Faria Beraldo. *DJe*, Belo Horizonte, 1º dez. 2022.

NIBOYET, J.-P. La révision des contrats par le juge: rapports préparatoires et discussions. *In: SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. Semaine internationale de droit*. Paris: Sirey, 1937.

NITSCHKE, Guilherme. *Lacunas contratuais e interpretação, história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

OPPETIT, Bruno. Le droit international privé, droit savant. *Recueil des Cours de la Haye*, tome III, 1993.

PAPACHRISTOS, A. C. *La réception des droits étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique*. Paris: LGDJ, 1975.

PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. República Argentina: Editorial Albatros, 1958.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Renovar, 2002.

PONCELET, Christian. Message de Monsieur Christian Poncelet, président du Sénat. *In: LE CODE Civil livre du centenaire*. Paris: Dalloz, Litec, 2004. p. 6-10.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução e prefácio de Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1961. v.1.

RAIZER, Ludwig. O futuro do Direito Privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RGS*, Porto Alegre, n. 9, p. 11-30, 1979.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora RT, 2003.

REALE, Miguel. *O projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: RT, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, [s. l.], v. 823, p. 67-86, maio 2004.

SACCO, Rodolfo. Modèles français et modèles allemands dans le Droit Civil italien. *RIDC*, n. 2, p. 225-234, 1976.

SICHES, Luís Recasens. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. México: Editorial Porrúa, S/A, 1963. Primer Tomo.

SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Les droits réels dans le nouveau Code civil. In: WALD, Arnaldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Le Droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain* (Dir.). Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 287-306.

TZITZIS, Stamatios. *Les interludes de droit dans la symphonie de justice*. [S. l.]: Presses de l'Université Laval, 2021. Collection Dikè.

WALD, Arnaldo. A dupla função econômica e social do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 17, ano 5, p. 3-10, jan./mar. 2004.

WEBER, Ralph. Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklausen durch Fallgruppen. *Archiv für die civilistische Praxis*, 192/520, Heft 6, Tübingen, Mohr, 1992.

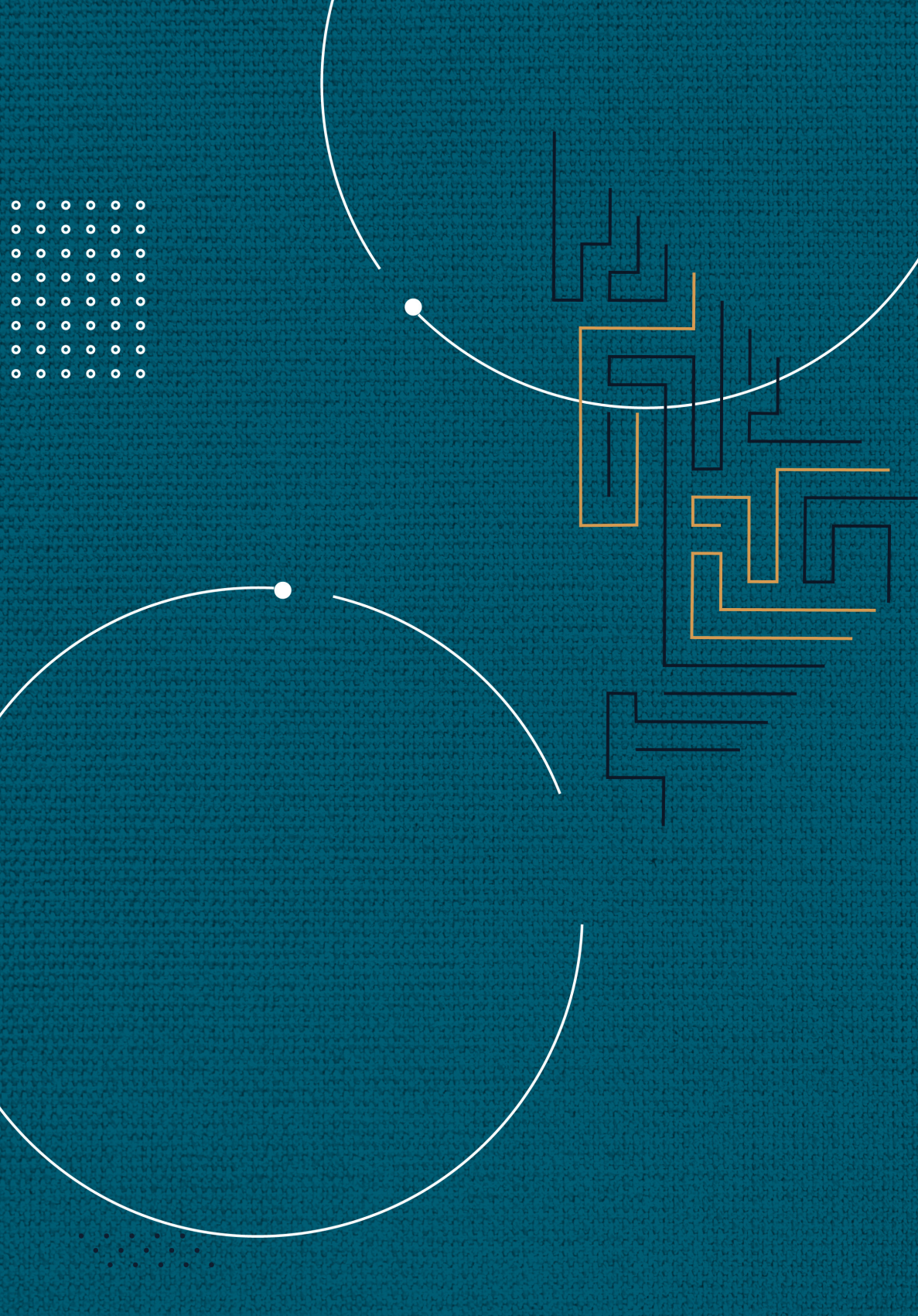
WITZ, Claude. La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations. *Recueil Dalloz*, p. 3.156 et seq. 2000.

WITZ, Claude. *Le Droit Allemand*. Paris: Dalloz, 2013.

ZAJTAY, Imre. La réception des droits étrangers et le droit compare. *RIDC*, p. 687-713, 1957.

Título II

Direito das Obrigações



ALGUMAS ANOTAÇÕES SOBRE A CLÁUSULA RESOLUTÓRIA E A GRAVIDADE DO INADIMPLEMENTO: uma referência ainda à reforma do sistema francês sobre o tema

Claudio Luiz Bueno de Godoy¹

RESUMO

Análise da questão da incidência da cláusula resolutória de contratos bilaterais e da gravidade do inadimplemento que a justifica, conforme o CC brasileiro e a partir de precedente da Corte estadual mineira, cotejado, ainda, com o tratamento recente que a matéria recebeu no Código Civil francês, nesse ponto reformado.

Palavras-chave: Contratos bilaterais. Cláusula resolutiva. Inadimplemento. Inexecução. Interpelação. Mora. Purgação. Boa-fé objetiva. Adimplemento substancial.

1 NOTA INTRODUTÓRIA

Por ocasião desta iniciativa da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF), do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, de publicação de trabalho que comemora o vigésimo aniversário da vigência do Código Civil de 2022, pareceu oportuna breve referência à questão da cláusula resolutória contratual e da

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *E-mail:* claugodoy@terra.com.br.

gravidade do inadimplemento do devedor nos contratos bilaterais, ainda laborando relação, de um lado – consoante formato projetado para a obra – com precedente da Corte Estadual mineira e, ao mesmo tempo, alusão ao tratamento recente que a matéria recebeu na reforma do Código Civil francês.² Neste caso, anote-se, em razão da comum associação que se faz do sistema brasileiro acerca de resolução com o modelo francês tradicional, mas que, justamente, vem de ser alterado e com o estabelecimento de regras que podem bem inspirar diversa solução para o Direito brasileiro, incluindo a gravidade do inadimplemento que a autoriza, posto que, como se verá, já de algum outro modo assumido no Brasil, ainda que por outra via, e mesmo conforme se colhe do acórdão colacionado.

2 O PRECEDENTE DO TJMG

Seguindo, como se disse, a proposta do projeto desta obra coletiva, assim em conformidade com o formato dos estudos que o compõem, traz-se à colação precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que decidiu caso de resolução de contrato de compromisso de venda e compra de imóvel – embora tipo negocial que, em certa medida, atrai regime característico, o que adiante se referirá –, por inadimplemento do comprador, ao que se assentou necessária ação judicial, mesmo diante de cláusula resolutória expressa. Veja-se a ementa do julgado:

²O assunto foi por mim tratado, inicialmente, em conferência proferida no *III Colloque* realizado em conjunto pela Universidade de São Paulo e pela *Université Jean Moulin – Lyon 3*, que teve lugar, em novembro de 2019, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e cujo objeto foi a transformação do direito das obrigações no *Código Civil* francês, introduzida pela *Ordonnance n. 2016-131* (10 de fevereiro de 2016); depois a palestra foi transcrita e levada a artigo em obra coletiva. (GODOY, 2020, v. 1, p. 135-139).

Apelação cível. Ação de rescisão. Contratual - contrato de compra e venda de imóvel - inadimplência do comprador. Cláusula resolutória. Rescisão automática. Invalidade. Necessidade de declaração judicial. Critérios de reajuste de prestações. Índice de remuneração básica dos depósitos de poupança e juros remuneratórios. Cumulação indevida. *Bis in idem*. Capitalização mensal de juros. Inexistência de previsão no contrato e de prova de efetiva cobrança. Multa. Redução. Impossibilidade. Devolução de valores pagos pelo comprador desistente. Juros de mora. Termo inicial. Trânsito em julgado da sentença que declarar a rescisão por iniciativa/desistência do comprador. Devolução em dobro de valores indevidamente cobrados. Requisitos dos arts. 42, parágrafo único, do CDC, e 940 do Código Civil não preenchidos. A inadimplência do comprador não é suficiente para que o contrato de compra e venda seja considerado rescindido automaticamente, ainda que isso esteja previsto em cláusula resolutória expressa, sendo imprescindível a declaração judicial da rescisão, mediante verificação dos pressupostos que a justifiquem. Tendo a ré sido notificada extrajudicialmente sobre a intenção dos autores de rescindir o contrato de compra e venda firmado entre as partes, deve tal rescisão ser declarada a partir da data do recebimento de referida notificação. É ilegal, para fins de correção monetária das prestações do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, a aplicação dos índices de remuneração dos depósitos de caderneta de poupança, acrescidos dos juros remuneratórios, tendo em vista que estes já são considerados nos cálculos dos referidos índices (TR + 0,5%). Não estando prevista no contrato sob discussão a capitalização mensal de juros, e não havendo nos autos prova da efetiva cobrança de juros na forma capitalizada, tampouco a periodicidade de tal cobrança, deve ser afastada a discussão sobre tal questão. Já tendo o magistrado de primeiro grau reduzido a multa para o importe de 20% do valor pago, sendo tal valor razoável, descabida se mostra qualquer redução. Tendo o contrato de compra e venda sido rescindido por iniciativa/desistência dos promissários compradores, os valores a serem restituídos pela promissária vendedora a título de sinal e parcelas pagas devem ser acrescidos de juros moratórios, contados a partir do trânsito em julgado da sentença, momento em que surgiu a obrigação de restituição, uma vez que não há mora antes do surgimento da obrigação. A devolução em dobro, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, e no art. 940 do Código Civil, é condicionada à comprovação

de má-fé do credor, pressupondo o preenchimento de dois requisitos indissociáveis, quais sejam cobrança indevida e ação consciente do credor. (MINAS GERAIS, 2022).

Mas, e o que releva, fundamentalmente à condição imposta para a resolução, argumentou-se com a necessidade de que se aferissem os requisitos próprios de atuação da cláusula resolutória, assim a ocorrência do inadimplemento e – frise-se – *mesmo a sua gravidade*, considerada aqui a boa-fé objetiva, e no que citado precedente da Corte Superior. Colhe-se do corpo do julgado

que a inadimplência do comprador não é suficiente para que o contrato de compra e venda seja considerado rescindido automaticamente, ainda que isso esteja previsto em cláusula resolutória expressa, sendo imprescindível a declaração judicial da rescisão, mediante verificação dos pressupostos que a justifiquem. Sobre o assunto, confira-se trecho do voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar no REsp 237.539/SP: ‘Logo, o litígio há de ser solucionado em Juízo, e no processo será apreciada não apenas a existência de cláusula, mas também a verificação das circunstâncias que justifiquem a resolução do contrato, pois bem pode acontecer que o inadimplemento não tenha a gravidade suficiente para extinguir o contrato. Com isso quero dizer que a cláusula de resolução expressa não afasta, em princípio, a necessidade da manifestação judicial, para verificação dos pressupostos que justificam a cláusula da resolução. [...] No sistema brasileiro, a regra é que a resolução ocorra em juízo, uma vez que somente ali poderá ser examinada a defesa do promissário, fundada, entre outras causas, em fato superveniente e no adimplemento substancial, as quais, se presentes, impediriam a extinção do contrato.’

Pois tal o que se relaciona bem com a questão do modelo brasileiro da resolução contratual, conforme a existência de cláusula resolutória expressa ou tácita, bem assim com a intromissão na matéria de imperativo ético traduzido pelo princípio da boa-fé

objetiva, hoje sabidamente de nível positivo no Direito brasileiro. É o que se passa a examinar.

3 O TEMA

O sistema da resolução contratual por inadimplemento, no Direito brasileiro, como já se acentuou ao início, foi sempre associado ao modelo francês anterior, em particular quando se tratasse de contrato somente com cláusula resolutória tácita.³

Aliás, a bem dizer, no *Código Civil* brasileiro de 1916, a cláusula resolutória expressa nem mesmo se previa textualmente. Ao menos não de modo geral. Era comum o recurso ao artigo 119, mas que dispunha sobre a *condição* resolutiva (expressa e tácita) e que, com a cláusula resolutiva, afinal não se confunde. A condição define a modalidade do negócio jurídico, subordinando-o – acidentalmente – a um evento futuro e incerto, não ligado de maneira necessária ao descumprimento, enquanto a cláusula resolutiva atua em razão, propriamente, do descumprimento, ou, hoje, também da onerosidade excessiva. O próprio regramento da condição, por exemplo, sobre a potestatividade, ou sobre o implemento maliciosamente obstado, não se aplica à causa extintiva em que a cláusula resolutória se consubstancia.⁴

A rigor, o que havia no *Código* anterior (art. 1.163), embora a doutrina já o admitisse para os contratos bilaterais em geral,⁵ era a estipulação do chamado *pacto comissório*, especificamente disposto na disciplina da compra e venda, permitindo ao vendedor *desfazer* o contrato, uma vez inadimplido o preço, até a data

³ Ver, por todos: GOMES, 2007, p. 207.

⁴ Para um apanhado geral das distinções entre os institutos, vale conferir: AGUIAR JUNIOR, 2011, v. VI, t. II, p. 370-371.

⁵ Por todos: BESSONE, 1987, p. 318.

avençada. O parágrafo único explicitava que, não pago o preço, e se, em dez dias do vencimento, o vendedor não o cobrasse, ficava a venda *desfeita de pleno direito*.

O atual *Código Civil* brasileiro, por sua vez, acabou por expandir o que é – agora sim – verdadeira cláusula resolutória expressa, estatuinto que ela opera de pleito direito (art. 474, primeira parte), portanto no que já se convencionava chamar de *resolução extrajudicial*, embora, claro, não se impeça ação judicial para declaração de sua ocorrência e composição de seus efeitos. Contudo, cabe acentuar, fê-lo sem os mesmos requisitos, ao menos forçosamente, que na reforma do direito das obrigações se levou ao *Código Civil* francês.

Com efeito, sabida a transformação do direito das obrigações no *Código Civil* francês, introduzida pela *Ordonnance n. 2016-131* (10 de fevereiro de 2016). Particularmente na matéria relativa à extinção do contrato por inadimplemento, reorganizou-se o gênero da dissolução do contrato e a sua espécie resolutiva, assim para o caso de inexecução.

Na atual redação do seu artigo 1.224,⁶ dispôs o CC francês que a resolução resulta seja da aplicação de uma cláusula resolutória (expressa, portanto), seja de uma notificação do credor – e desde que em razão de uma inexecução *suficientemente grave* – ou, ainda, de uma decisão da Justiça. Bem se vê, superou-se o sistema dos artigos 1.183 e 1.184, em particular quando, neste último, previa-se a resolução judicial no caso de inexecução dos contratos que fossem dotados apenas da cláusula resolutória tácita.⁷

⁶“Art. 1.224. La résolution résulte soit de l’application d’une clause résolutoire soit, en cas d’inexécution suffisamment grave, d’une notification du créancier au débiteur ou d’une décision de justice.”

⁷“Art. 1.183. La condition résolutoire est celle qui, lorsqu’elle s’accomplit, opère la révocation de l’obligation, et qui remet les choses dans l’état que si l’obligation n’avait pas existé. Elle ne suspend point l’exécution de l’obligation: elle oblige

Mas, com isso, marca-se relevante diferença para o sistema brasileiro, em que não se prevê a possibilidade de resolução chamada extrajudicial, sem cláusula resolutória expressa, e, mais, nem alusão – frise-se, ao menos não no capítulo da resolução do contrato – a que a resolução dependa de inadimplemento suficientemente grave. Assunto ao qual se tornará logo adiante.

Porém, ainda mais, o atual artigo 1.225 do *Code*⁸ determina que a cláusula resolutória, assim mesmo quando explicitada, *precise* – portanto, individualize – as obrigações ou prestações cuja inexecução levará à dissolução do contrato. Pois veja-se que, no CC brasileiro, ainda que em doutrina igual exigência já se tenha defendido,⁹ nada se dispôs a respeito.

Depois, o mesmo preceito do CC francês subordinou a resolução a ato prévio de notificação do credor ao devedor, expressamente remissivo à cláusula resolutória, a não ser que se tenha previsto a resolução como resultado já direto da inexecução, quando então esta prévia cientificação se dispensa. No sistema brasileiro – em que a interpelação relaciona-se com a tipificação da mora, *ex persona* ou *ex re* –, é comum cláusula em que os

seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive."

"Art. 1.184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances."

⁸"Art. 1.225. La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire."

⁹Conforme observa Orlando Gomes, "o pacto deve indicar as obrigações cujo inadimplemento determina a resolução, mas na prática é uma cláusula de estilo atinente ao efeito resolutivo do descumprimento sem especificação da infração contratual, prescindida a sua gravidade". (GOMES, 2007, p. 209).

contratantes já dispõem que o não cumprimento da prestação no tempo devido, e pela inutilidade de sua efetivação tardia ao credor, levará à resolução – ressalvadas as relações de que cuida e conforme o que preceitua o artigo 54, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Mas, ao contrário, e em geral, não se impõe necessariamente ato prévio de cientificação (interpelação, notificação ou protesto) para exercício do direito potestativo à resolução. A cientificação prévia, de novo, liga-se, no Brasil, antes à modalidade de configuração da mora que pode levar à resolução, uma vez convertida em inadimplemento absoluto, assim conforme se constitua de modo automático (*mora ex re*), em que se dispensa ato precedente praticado pelo credor, ou quando justamente ele se faça pressuposto da constituição (*mora ex persona*). E sempre ressalvadas as hipóteses em que, apesar de se tratar de *mora ex re*, mesmo assim a lei exija ato prévio de cientificação, dado o interesse social da relação e, por isso, ainda a oportunidade, que se quer assegurar, de purgação da mora.

Aliás, aqui entra bem o exemplo do compromisso de venda e compra, sobre o que versa o precedente de início citado. A rigor, a particularidade (antes já anunciada) aí está – como em outras hipóteses excepcionais, tal qual a da propriedade fiduciária, por exemplo – na necessidade de prévia interpelação, a fim de que se possa resolver o contrato, mesmo se tratando de *mora ex re*. Porém, ainda assim, a interpelação nessas hipóteses nem mesmo é pressuposto para constituição em si da mora. Com efeito, o não pagamento das parcelas contratuais, certas no seu objeto e determinadas na sua extensão, por isso líquidas, no tempo, lugar e forma convencionados, é suficiente para a caracterização da mora, na dicção do CC, art. 397 (antigo art. 960). Apenas que, no campo

do compromisso de venda e compra, dada a legislação especial de regência, a diferença que importa fazer é entre a constituição e a comprovação da mora, aqui sobretudo em função da consequência de conversão em inadimplemento absoluto e resolução do contrato.

Com efeito, tratando-se de compromisso de venda e compra, a despeito da redação contida no artigo 14 do Dec.-Lei 58/37, artigo 1º do Dec.-Lei 745/69 e artigo 32 da Lei 6.766/79, a mora do promissário, devedor do pagamento das parcelas do preço, não deixa de ser *ex re*, uma vez estabelecido termo certo para cumprimento de prestação líquida. Apenas para efeito de conversão em inadimplemento absoluto e de resolução do contrato é que o legislador exigiu interpelação. Se se preferir, os demais efeitos da mora (incidência de juros, por exemplo) resultam, de logo, do não pagamento. Mas o efeito conversivo ao inadimplemento absoluto, de sorte a autorizar posterior resolução, prendeu-se à necessidade de interpelação premonitória.

A rigor, a intenção do legislador, claramente, foi a de, pela relevância social do contrato, conceder ainda uma oportunidade ao devedor para purgar a mora, mesmo depois do não pagamento de prestação líquida, no tempo e lugar devidos. De resto, nada diferente, reitere-se, do que se estabeleceu, por exemplo, para a alienação fiduciária, bem dispondo – para os móveis financiados pelo sistema financeiro – os artigos 2º, par. 2º, e 3º do Dec.-Lei 911 que a mora decorre do simples vencimento do prazo do pagamento, mas deve ser provada por carta registrada ou protesto. Note-se, sem por isso perder sua natureza *ex re*. Do mesmo modo a busca e apreensão do bem alienado com reserva de domínio (art. 1.071 do CPC), sendo relevante anotar o quão sintomático não se ter efetuado igual exigência para a execução (art. 1.070 do CPC).

Calha, a propósito, a lição de José Osório de Azevedo Júnior, segundo a qual, nos compromissos, mesmo de imóveis não loteados,

os efeitos da mora propriamente dita continuam a decorrer segundo o direito comum e esses efeitos são, como visto, a reparação dos danos que a mora causou e a transferência para o devedor dos riscos da impossibilidade da prestação. Assim, a mora, ou o inadimplemento relativo, verifica-se com o vencimento do prazo, nos termos do artigo 960 do Código Civil, acarretando, a partir daí, os efeitos supramencionados. Mas essa mora só vai transformar-se em inadimplemento absoluto após o vencimento do prazo de 15 dias da interpelação. (AZEVEDO JÚNIOR, 1998, p. 169).

Sem dúvida, porém, a alteração central da matéria no *Código Civil* francês foi a possibilidade de resolução unilateral e extrajudicial pelo credor, mesmo quando a cláusula resolutiva seja apenas tácita. Mas, note-se – e este o ponto – com a condição da gravidade da inexecução (*“em caso de inexecução suficientemente grave”*), o que se há de tomar, e assim também no direito brasileiro, como a densidade ou relevância da obrigação descumprida em face da integralidade do projeto contratual.

O fato, todavia, é que, no Brasil, à míngua de igual explicitude na regra do artigo 474, a mesma ressalva do CC francês sobre a gravidade da inexecução acaba por se fazer com recurso ao princípio da boa-fé objetiva, em sua função de limitação do exercício dos direitos subjetivos, no caso do direito à resolução. É o controle da faculdade potestativa de resolução conforme a gravidade da falta.¹⁰ Como também idêntica limitação se faz, uma vez havido adimplemento substancial da obrigação contratual

¹⁰ Por exemplo, Fernando Noronha (1994, p. 180) recorda o excesso do resultado resolutório diante do que chama de *pequenas faltas*. Ou o que Menezes Cordeiro (1984, v. 2, p. 859), no direito português, chama de *faltas insignificantes*.

(*substantial performance*).¹¹ Ou ainda quando haja desnaturação da cláusula pelo próprio comportamento contraditório do credor diante do inadimplemento.¹²

No precedente citado de início, justamente – e com relação à promessa de venda –, o que se fez foi afastar a resolução automática, mesmo havida cláusula resolutiva expressa, bem para que estas circunstâncias todas se pudessem se apreciar. Mas, a propósito, não se há de olvidar referência à alteração da jurisprudência da Corte Superior, a partir do julgamento do Resp. nº 1.789.863/MS, em 21 de agosto de 2021, bem como da edição da Lei 13.097/2015 – mercê de cujo art. 62 o Dec.-Lei 745/1969, em seu art. 1º, e parágrafo único, recebeu nova redação¹³ (e lembrando que para os imóveis loteados já havia o art. 32 da Lei 67.66/1979, tanto quanto o Dec.-Lei 58 para os loteamentos rurais) –, a fim de assentar que

Inexiste óbice para a aplicação de cláusula resolutiva expressa em contratos de compromisso de compra e venda, porquanto, após notificado/interpelado o promissário comprador inadimplente (devedor) e decorrido o prazo sem a purgação da mora, abre-se ao promissário vendedor a faculdade de exercer o direito potestativo concedido pela cláusula resolutiva expressa para a resolução da relação jurídica extrajudicialmente. (BRASIL, 2021).¹⁴

¹¹ Por todos: AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 59.

¹² Nesse sentido, e remetendo a precedente do Superior Tribunal de Justiça: TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, v. II, p. 120. De se anotar aqui inclusive a recente alteração do art. 113 do CC, por força da edição da Lei 13.784/2019 (chamada *Lei de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*), que impõe observar na interpretação “o comportamento das partes posterior à celebração do negócio” (cf. parágrafo 1º, inciso I).

¹³ “Art. 1º. Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação. Parágrafo único. Nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no *caput*, sem purga da mora.”

¹⁴ No mesmo sentido, reforçando e remetendo ao precedente: STJ, AgInt no REsp 1.966.946, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26/4/2022.

Segundo se crê, doutrina¹⁵ e jurisprudência anterior (esta detalhadamente esgrimida no aresto que se vem de mencionar) tomavam por pressuposto do afastamento da resolução automática, por força de cláusula expressa neste sentido disposta, a necessidade legal de interpelação prévia, mesmo havido termo certo para cumprimento da obrigação, mas, como se viu, para comprovação da mora, antes que para sua constituição, porém o que não se opõe à possibilidade admitida, em contratos paritários, de as próprias partes ajustarem que, ausente cumprimento tempestivo da prestação, ela já se dá por inútil ao credor.¹⁶

¹⁵ Ver, por todos, inclusive no sentido de que mesmo aos imóveis loteados – acerca do que dispõe a regra do art. 32 da Lei 6.766/1979 – não incidiria a cláusula resolutiva expressa, de modo a determinar a dissolução automática do compromisso, dada a previsão imperativa de interpelação prévia e discussão sobre a conversão da mora em inadimplemento absoluto, de inviável disposição prévia pelas partes: AZEVEDO JÚNIOR, 1998, p. 120-148.

¹⁶ A propósito, colhe-se da fundamentação do acórdão paradigma do STJ, o Resp. nº 1.789.863/MS; logo antes colacionado: “Aqui, cabe frisar que, em análise profunda aos precedentes jurisprudenciais do STJ acerca da matéria ora em foco, a discussão não perpassou pelas diferenciações existentes entre esses regimes jurídicos frente às diversas naturezas jurídicas dos objetos prometidos à venda, tampouco atentaram, de modo categórico, para a natureza da relação jurídica firmada entre as partes (se comum ou consumista). A discussão limitou-se, em larga medida, à frequente confusão, inclusive existente na doutrina, no tocante à interpelação para a constituição em mora do devedor e para a conversão da mora em inadimplemento absoluto, fosse o compromisso de compra e venda registrado ou não junto ao Cartório e, de modo absolutamente preponderante, a verificação, *in concreto*, acerca da existência de razão plausível para o desfazimento do contrato entabulado – ainda que cumpridos os requisitos para a resolução mediante notificação da mora via interpelação extrajudicial – quando o promitente comprador tivesse defesas para apresentar, tais como inexistência de mora ou adimplemento substancial. [...] Em outras palavras, após a necessária interpelação para constituição em mora, deve haver um período no qual o contrato não pode ser extinto e que o compromissário comprador tem possibilidade de purgar sua mora - como visto, para os compromissos de compra e venda de imóvel não loteado, o período é de 15 dias, e para os compromissos de compra e venda de imóvel não loteado, 30 dias. Entretanto, não há óbice para a aplicação da cláusula resolutiva expressa, porquanto após o decurso do prazo *in albis*, isto é, sem a purgação da mora, nada impede que o compromitente vendedor exerça o direito potestativo concedido pela cláusula resolutiva expressa para a resolução da relação jurídica extrajudicialmente. [...] Dito isso, afirma-se que a alteração jurisprudencial é necessária para tornar prescindível o intento de demanda/ação judicial nas hipóteses em que existir cláusula resolutória expressa e tenha a parte

Por fim, prevê-se, no atual artigo 1.226 do *Code*,¹⁷ que o credor possa resolver diretamente o contrato, por sua conta e risco, malgrado antes, e salvo em caso de urgência, deva estabelecer um prazo razoável para que o devedor satisfaça a obrigação, evidentemente, desde que a prestação ainda seja possível. Se isto não ocorrer, isto é, persistindo o descumprimento, então o credor manifesta sua vontade resolutória ao devedor, veja-se, de maneira motivada.

De se reconhecer a vicissitude de discussão que se poderá travar a respeito da gravidade do inadimplemento; ou mesmo da razoabilidade do prazo estabelecido para a sua emenda, e mesmo assim desde que ela seja possível na espécie. Pois tal o que autoriza recurso do devedor ao juiz, de resto o que se ressalva no preceito citado, ao menos para a primeira hipótese, porém, decerto igualmente cabível na segunda. E com o acréscimo de que é ônus do credor demonstrar a gravidade do descumprimento, se por isso for demandado.

cumprido os requisitos para a resolução da avença, ou, ao menos, o que se cogita apenas subsidiariamente caso mantido o entendimento do STJ, que esse seja considerado inaplicável à hipótese, diante das especificidades que lhe dizem respeito, notadamente quando não cuidou a parte inadimplente em purgar a mora, tampouco comprovar qualquer das alegações tecidas a título de defesa. [...] Por fim, ressalta-se que se fosse essa a pretensão da sociedade (legislador) e do mercado – de inviabilizar a resolução extrajudicial das avenças quando inadimplente o devedor e devidamente notificado de sua mora, decorrido o prazo para purgá-la – jamais teria sido admitida a execução extrajudicial de contratos imobiliários tal como os regidos pelo Decreto 70/66, o qual, frise-se, foi objeto de expressa deliberação pelo plenário do STF em sede de repercussão geral, tendo ficado estabelecido: “É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66.” O acórdão ainda remete, de sorte a amparar a tese asentada, a: LOUREIRO, Francisco Eduardo. Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM//Publicacoes/ObrasJuridicas/cc36.pdf?d=636808166395003082>.

¹⁷ “Art. 1.226. Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.”

No *Código Civil* brasileiro, o artigo 474 dispõe que a cláusula resolutória tácita depende de *interpelação judicial*. Mas por esta expressão vem-se entendendo a necessidade, para resolução por inadimplemento, ausente cláusula expressa, de real *intervenção judicial*.¹⁸ Tal o que já se dava no CC anterior, quando se previa que “a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos” (art. 1.092, parágrafo único).¹⁹

Concluindo, interessante verificar então que, desde o *Código* anterior, apoiado o direito brasileiro no chamado *sistema francês* da resolução judicial dos contratos, em oposição ao dito *sistema germânico*, da resolução extrajudicial, o próprio regime jurídico de origem das disposições pátrias hoje se altera, enquanto o art. 474 do CC, afinal editado em 2002, portanto em data recente (se se pensar no que é a vigência de um código), persiste a exigir o que ele impropriamente chamou de *interpelação*, mas que, sem razão de ser *judicial*, se não se tratasse de verdadeira *intervenção* do juiz, desconstitutiva de um contrato em caso de inadimplemento. Mais, omite qualquer menção à gravidade do inadimplemento para autorizar a solução resolutória, a exemplo do quanto, hoje, justamente levado à explicitude do CC francês.

¹⁸ Por todos: TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, v. II, p. 120. Segundo os autores, “esta intervenção significa, como já foi dito, que o prejudicado diante de uma cláusula resolutiva tácita, não pode proceder diretamente, declarando ele próprio a resolução do contrato, antes terá de promover a intervenção do juiz, que apreciará a conduta do contraente acusado de inadimplência e proferirá a correspondente sentença.” Remetem inclusive à lição de Caio Mario da Silva Pereira, no sentido de que ao credor apenas se defere “a legitimidade *ad causam* para iniciar o processo judicial visando a este objetivo”, isto é, de resolução do contrato.

¹⁹ Comentando o preceito, acentuava Clóvis Beviláqua (1934, v. IV, p. 265) que “o Código Civil brasileiro não deu à cláusula resolutiva tácita, que se pressupõe em todo contrato sinalagmático, o efeito legal de operar *ipso jure*”.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Gonçalves. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI, t. II.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. AIDE, 2003.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1934. v. IV.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.789.863/MS. Relator: Min. Marco Buzzi. *DJe*, Brasília, DF, 4 out. 2021.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Breves anotações sobre a reforma do direito das obrigações na França: as transformações relativas à extinção dos contratos por inadimplemento e um paralelo com o sistema brasileiro. In: FERRI, Carlos Alberto; ALMEIDA, José Luiz Gavião de; LELLIS, Lelio Maximo. (Coord.). *Direito, ética e cidadania*. Estudos em homenagem ao professor Jorge Luiz de Almeida. Curitiba: Ed. CRV, 2020. v. 1, p. 135-139.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 2.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.16.085527-6/002. Relator: Des. José de Carvalho Barbosa. *DJe*, Belo Horizonte, 23 jun. 2022.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.



20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL: direito das obrigações em tempos de pandemia

Marcelo de Oliveira Milagres¹

RESUMO

A partir da indagação sobre a necessidade de uma codificação em face da dinamicidade da vida, discute-se a possível perturbação das obrigações causada pela alteração superveniente das circunstâncias, com destaque para o contexto disruptivo da pandemia.

Palavras-chave: Codificação. Perturbação das obrigações. Impossibilidade. Dificuldade. Resolução. Revisão.

1 INTRODUÇÃO

A marcante data de 20 anos de vigência do Código Civil brasileiro nos traz importantes reflexões sobre a sua efetividade, a necessidade de uma codificação em face da dinamicidade dos fatos da vida.

Buscando participar de tão relevante debate, neste artigo, de início, retoma-se a discussão sobre a necessidade de um código, tendo em vista a mutabilidade dos fenômenos sociais, situação essa agravada pela dinamicidade proporcionada pela tecnologia. O nosso tempo justificaria a manutenção de um código civil ou

¹ Desembargador no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: milagres@tjmg.jus.br.

deveríamos fomentar o caminho dos microssistemas? (GOMES, 1984, p. 161-170).

Segundo Orlando Gomes, o

Código Civil foi o estatuto orgânico da vida privada, elaborado para dar solução a todos os problemas da vida de relação dos particulares. Não é mais, a olhos vistos. Perdeu, com efeito, a generalidade e a completude. Suponho que jamais conseguirá recuperá-las. (GOMES, 1984, p. 165).

Na década de 1980, Michele Giorgianni chegou a prever a morte dos códigos oitocentistas. Segundo ele, haveria um equívoco na noção do código como um modelo absoluto, capaz de açambarcar todas as hipóteses e de resolver todos os problemas. (GIORGIANNI, 1980, p. 52).

O segundo ponto destacado, neste artigo, é a efetividade da codificação em face de situações trazidas por um dos maiores desafios da nossa geração, a pandemia de Covid-19. Diversas e aflitivas foram as situações vivenciadas. Em um recorte metodológico, discutiremos a perturbação das obrigações causada pela alteração superveniente das circunstâncias, com destaque para o contexto disruptivo da pandemia. Para conferir densidade jurisprudencial e prática a tal discussão, apresentam-se algumas decisões prolatadas em significativos julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nas quais se enfrentou essa matéria.

Adotando a premissa de que a dinamicidade dos processos hermenêuticos está associada aos elementos espaciais e temporais, evoca-se Gadamer (1996, p. 330), para quem a hermenêutica tem a missão de adaptar o sentido de um texto para e dentro da situação concreta à qual a mensagem se dirige.

Assim, busca-se, de forma paralela, responder à seguinte questão: diante de um cenário de crise, também estaria vulnerável o ideal de codificação?

2 A CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL ESTÁ EM CRISE?

Um dos mais instigantes questionamentos dos nossos dias é quanto à abrangência e possíveis limites da codificação.

Conquanto se reconheça, a relevância do movimento de codificação, não se pode desconsiderar a perspectiva histórica do Direito. A ciência jurídica é também histórica, a experiência de um povo deve ser considerada fonte do direito.

A codificação, não é obra da decadência; os códigos, prenes de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, podem e devem acompanhar a dinamicidade e a complexidade da vida. O desafio é do intérprete, que deve compreender que toda norma possui certo grau de incerteza, cuja lacuna deve ser preenchida pela sua historicidade e finalidade social. A temporalidade do Direito requer a coexistência crítica da jurisprudência dos conceitos, dos interesses e, também, dos valores.

É preciso ligar e desligar passado e futuro na realização do presente.

A afirmação de Kirchmann (1949), segundo a qual a jurisprudência não tem valor como ciência, merece ser recebida com muitas reservas. A jurisprudência não se restringe ao que está, previamente, estabelecido; ao revés, deve estar voltada para os problemas de hoje e do amanhã sem perder a sua historicidade. E isso não reduz o Direito a um jogo, a uma relação de meras probabilidades.

Como bem contestou Jhering (2002), na primeira de suas três grandes conferências realizadas na Universidade de Viena, intitulada "É o Direito uma ciência?", a cientificidade permeia todas as perspectivas do Direito: filosófica, histórica e até dogmática. É o Direito uma ciência que reflete os três aspectos: jurídico, como ordem estabelecida; histórico, como produto do encadeamento de ações sociopolíticas; e filosófico, como expressão das formas de vida das pessoas.

Nesse contexto, pergunta-se: o código, na condição de sistema de regras organicamente subordinadas e coordenadas, com pretensões de generalidade e plenitude, agrupadas em institutos e redigidas de modo conciso, no dizer de Tobeñas (1971), estaria ultrapassado diante da complexidade e mutabilidade dos fenômenos sociais?

Se consideramos a crise como uma condição da realidade em que são constantes as mudanças de paradigmas e as transformações, entenderemos que elas propiciam reflexões e melhor percepção de nossas legítimas necessidades. Assim, podemos concluir que o fenômeno da codificação sempre se sujeitou a crises.

Como bem acentua João Baptista Villela (1961, p. 224), "vão seria contestar a presença de lacunas no ordenamento jurídico. Valeria pela pretensão absurda de querer aprisionar em um código todas as manifestações e infinitas virtualidades do homem e dos grupos sociais".

A codificação é fenômeno histórico frequente na vida dos povos, havendo, todavia, grande diferença entre as codificações antigas e as modernas.

Ao longo da história da humanidade, sempre houve a busca de um instrumento normativo lógico, sistemático, homogêneo que pudesse alcançar todas as relações da vida, proporcionando segurança e estabilidade às relações sociais. Nesse processo evolutivo, podemos distinguir as fases da Antiguidade (direito romano), medievo, modernidade e contemporaneidade.

O direito civil é, antes de tudo, um fenômeno cultural em que predominam as notas da historicidade e da continuidade. Historicidade no sentido de que se veio formando gradativamente, desde os primórdios da civilização ocidental, até se transformar em um dos mais importantes ramos da ciência jurídica. Continuidade, por ter-se mantido como processo constante e, de certo modo, uniforme na maneira de solucionar os problemas que lhe são próprios, revelando a existência de princípios fundamentais a orientar a gênese e a realização de suas normas. Remanescendo princípios, laços conceituais e vínculos institucionais, as distinções históricas não configuram interrupções, mas interlúdios.

A grande vantagem da codificação reside na simplificação do sistema jurídico, o que facilita o conhecimento e a aplicação do direito, permitindo, ainda, elaborar os princípios gerais do ordenamento jurídico. Como inconveniente, afirma-se que a codificação limita o desenvolvimento do direito, produto da vida social que não pode ficar circunscrito, limitado, aprisionado por estruturas formais e abstratas.

Entre nós, prevaleceram, internamente, as disposições das Ordenações Filipinas até a edição do Código Civil de 1916, que resultou de um longo processo de legislativo, acentuando-se a importância dos trabalhos de Teixeira de Freitas, que elaborou a Consolidação das Leis Civis e o Esboço —, uma das maiores glórias da

cultura jurídica nacional e estrangeira. Nada obstante a envergadura dessa obra, por inúmeras circunstâncias, particularmente, políticas, restou acolhido o trabalho de Clóvis Beviláqua.

O Código Civil de 1916 foi um normativo de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade pós-colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionada pela circunstância histórica, física e étnica.

No entanto, a industrialização crescente, a eclosão de movimentos sociais e as duas Grandes Guerras suscitaram a necessidade de modificações.

Os reflexos no direito positivo brasileiro se fizeram sentir, de tal forma que, quase imediatamente após a promulgação do Código Civil, o legislador teve que fazer uso de leis chamadas excepcionais ou extravagantes, que logo passaram a dissentir dos princípios insculpidos no corpo codificado, mas ainda corroborando o *primado da lei*.

A disciplina codificada deixou de ter a exclusividade na regulamentação das relações patrimoniais privadas, e a legislação extravagante começou a apresentar características de especialização, criando um direito especial, paralelo ao direito comum, inscrito no Código Civil. Uma das consequências das mudanças acima referidas foi o surgimento de *microsistemas jurídicos* ou *microcódigos*.

A necessidade de ressystematização da matéria civil levou a um novo processo de codificação, que culminou com a publicação, em 11 de janeiro de 2002, de um novo Código Civil.

Como toda obra humana, as imperfeições e as lacunas estão presentes. Em veemente crítica ao anteprojeto do Código Civil, Caio Mário da Silva Pereira apontou que, em “suas linhas

gerais, o Anteprojeto revela-se tímido e passadista. Apegado demasiadamente às soluções tradicionalistas”. (PEREIRA, 1973, p. 17).

À evidência que a atual codificação, também, é produto de uma época, e a sua efetividade requer um olhar atual para os problemas do nosso tempo. A abertura proporcionada pelas cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios permite a interpretação, a integração e a realização do direito no caso concreto.

Para Larenz,

[...] é manifesto que ao juiz não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. Este é desde logo o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais. Aqui, apresenta-se somente um quadro muito geral que o juiz, no caso concreto, terá de preencher mediante uma valoração adicional. (LARENZ, 1997, p. 164).

A prudência, contudo, é sempre necessária. Como adverte o próprio Larenz, “não existe uma concretização do Direito pura e simplesmente livre, porque isso seria arbítrio, e portanto o contrário do Direito”. (LARENZ, 1997, p. 150).

Como afirmado, as *crises* fazem parte da nossa vida. De outro lado, se problemas nos surpreendem, não se pode responsabilizar por isso apenas a incompletude da ordem jurídica. As soluções precisam ser construídas com base em critérios de racionalidade e de coerência.

A interpretação e a aplicação do direito pressupõem uma investigação histórica, objetivando a incidência de interesse presente, previamente, instituído, com a produção de efeitos futuros.

Segundo Heck, “a verdadeira vontade, em sentido normativo, não é vontade histórica, mas a vontade presente”. (HECK, 1947, p. 60).

O grande desafio da aplicação do direito é, a partir do reconhecimento do interesse presente, efetivá-lo, garantindo a produção de efeitos futuros e resguardando, igualmente, os interesses das gerações vindouras.

É esta a contribuição do Direito, segundo François Ost: ligar e desligar o tempo. Consequentemente, a missão do juiz é dizer “o sentido atual dos textos e a versão contemporânea dos acontecimentos dos fatos de ontem”. (OST, 2005, p. 146).

E o tempo nos trouxe diversos e enormes desafios. A pandemia foi um deles. De uma forma ou de outra, construímos respostas aos problemas relativos à perturbação das prestações no âmbito das mais diversas relações obrigacionais. Para tanto, apoiamo-nos no Código Civil vigente.

3 EFETIVIDADE DO CÓDIGO CIVIL E O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES EM TEMPOS DE PANDEMIA

O contexto disruptivo da pandemia não poderia significar — como não significou — a corrosão da ordem jurídica. É inquestionável que a vida mudou de forma abrupta, intensa e inimaginável. Contudo, dentre os fatores que resguardaram a ordem jurídico-social e econômica, destacam-se os institutos estabelecidos no Código Civil.

No plano econômico, a cadeia produtiva foi impactada de diversas formas. Produtos e serviços não puderam ser oferecidos, na forma e no modo previamente ajustados. Como salvaguarda, institutos jurídicos da força maior, do fortuito, do fato do príncipe,

do fato da administração, da impossibilidade ou da dificuldade do cumprimento dos contratos foram reavivados.

A análise do programa contratual, em razão das possíveis consequências da pandemia, correu paralelamente a discussões sobre superveniente impossibilidade (temporária e definitiva) do cumprimento das prestações. Em resposta, teorias sobre revisão e resolução dos contratos foram trazidas à baila, com evocação de conceitos como: imprevisão, onerosidade excessiva, base objetiva dos contratos, impraticabilidade, pressuposição, frustração do fim do contrato. (COGO, 2021).

Ainda que se defendesse a tese de que as prestações pecuniárias não seriam impossíveis (PIRES, 2021),² a dificuldade no pagamento, em razão da diminuição da renda, também passou a ser objeto de intensos debates. Nesse sentido, afirma Mafalda Miranda Barbosa que “não pode ser a mera dificuldade financeira de um dos contraentes a determinar a resolução ou a modificação do contrato e que só em concreto, atento o específico negócio celebrado, se poderá oferecer uma resposta ao problema”. (BARBOSA, 2021, p. 157).

O Código Civil brasileiro, ao contrário de outros modelos, não estabelece um capítulo específico sobre a impossibilidade ou a dificuldade no cumprimento das prestações, subsistindo regras esparsas em seu texto – com destaque para o regime dos riscos das obrigações (art. 234 a 251), da imprevisibilidade (art. 317), da irresistibilidade do evento (art. 393), da utilidade da prestação e

² Segundo Catarina Monteiro Pires: “as prestações pecuniárias não são, em si mesmas, impossíveis, nem sequer parcialmente, e só se reduzem enquanto contraprestação, isto é, não são reduzidas si mesmas, mas por efeito da relação de reciprocidade com outra prestação contratual. Os problemas de tesouraria e a falta momentânea de liquidez não tornam a prestação temporariamente impossível, mas, por força da ‘legislação de crise’, podem ser aplicadas moratórias [...]”. (PIRES, 2021, p. 18).

do interesse do credor (art. 395 e parágrafo único), da excessiva e superveniente onerosidade (art. 477), da exceção de insegurança no direito brasileiro (art. 477),³ da frustração do fim do contrato de locação (art. 567), da revisão e suspensão dos contratos de empreitada (arts. 620 e 625), da imprevisibilidade no contrato de transporte (art. 741). Não obstante, respostas foram construídas, nos casos concretos, em face das mais diversas situações de perturbação ou de frustração dos contratos.

E a efetividade do Código Civil nesse momento de pandemia pode ser reafirmada pela Lei nº 13.874, de 2019 (Lei da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica), que deu nova redação ao art. 421 e introduziu o art. 421-A. Em síntese, reconheceu-se que o contrato é o referencial, a autonomia privada é o seu fundamento. A heteronomia, pois, é a exceção. Nesse sentido, dispõe o inciso III do referido art. 421-A que a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (BRASIL, 2019).

Os limites ao diálogo de fontes normativas legais, com respeito à natureza contratual, foram objeto da legislação de emergência (Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020), que, em seu art. 7º, § 2º, dispôs que “as normas de proteção ao consumidor não se aplicam às relações contratuais subordinadas ao Código Civil, incluindo aquelas estabelecidas exclusivamente entre empresas ou empresários”. (BRASIL, 2020).

Nessa ordem de ideias, destaca-se a atuação do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

³ Nesse tópico, merece relevo a obra de BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *Exceção de insegurança no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2022.

4 A PERTURBAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES POR ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

O TJMG, em vários julgados, enfrentou a problemática da impossibilidade e da dificuldade do cumprimento das prestações em razão dos efeitos da pandemia.

Da análise de várias e significativas decisões, percebe-se que os magistrados dessa Corte houveram-se com a necessária prudência na análise do nexo de causalidade, ou seja, buscaram verificar se a alegada perturbação obrigacional, efetivamente, ocorreu e, principalmente, se decorreu do contexto disruptivo da pandemia. Nesse contexto, destaca-se a máxima trazida por Catarina Monteiro Pires, segundo a qual, em contexto de crise, “ninguém pode ficar, por força de regras corretivas, melhor do que estaria se não tivesse havido pandemia”. (PIRES, 2021, p. 19).

Como bem destacado pelo eminente Desembargador Cavalcante Motta, relator no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.22.112962-0/005, julgada em 04.04.2023:

O cumprimento das disposições contratuais decorre do princípio “*pacta sunt servanda*”, que estabelece que o contrato tem força de lei entre as partes. Aquilo que está pactuado no contrato deve ser cumprido [...].

Não obstante pública e notória a pandemia da COVID-19, com surgimento de novas variantes, referido fato não autoriza, por si só e automaticamente, a interferência do Poder Judiciário nos contratos. É necessário apresentar indício objetivo dos efeitos para amparo da sustentação. Por outro lado, a pandemia não atingiu somente um polo do contrato. Nesse sentido, é preciso avaliar, no caso concreto, o efetivo efeito da pandemia sobre o equilíbrio do contrato. (MINAS GERAIS, 2023a).

No julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.22.283150-5/001, julgada em 28.02.2023, o eminente Desembargador Arnaldo Maciel, apreciando, como relator, os possíveis efeitos da pandemia na execução de contrato de locação não residencial, destacou que a revisão judicial dos contratos é medida excepcional, devendo haver prova do desequilíbrio contratual, bem como das suas causas:

[...] válido consignar que este Relator não desconhece que tal evento [pandemia] afetou negativamente a vida financeira da grande maioria da população, não apenas brasileira como também mundial. Todavia, não chegaram a ser produzidas nos autos provas concretas de que tal evento teria sido o responsável por impedir que a apelante honrasse com o pagamento das prestações contratualmente assumidas. (MINAS GERAIS, 2023b).

Nesse caso, além da interessante discussão sobre o causa do inadimplemento, subsiste a tese da impossibilidade de natureza puramente subjetiva.

O eminente Desembargador Sérgio André da Fonseca Xavier, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.21.021891-3/002, julgada em 09.11.2021, no âmbito de obrigação de natureza consumerista, também afastou a alegação genérica de crise econômica decorrente da pandemia como fundamento de revisão de contrato de financiamento. (MINAS GERAIS, 2021).

Quanto à pretensão de redução do valor contratado de prestação de serviço educacional, em razão de possível abalo trazido pela pandemia, o eminente Desembargador Habib Felipe Jabour, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.22.020928-2/001, julgada em 26/4/2022, bem destacou que “à míngua de provas de desequilíbrio contratual em razão da mudança do ensino presencial para *on-line* por causa da pandemia da covid-19, não

procede o pleito de redução do valor das mensalidades escolares” (MINAS GERAIS, 2022b).

No mesmo sentido, foi a conclusão do eminente Desembargador João Cancio, Relator da Apelação Cível nº 1.0000.21.210738-7/001, julgada em 16.08.2022:

não se ignora a situação mundial em razão da pandemia do Covid-19, que inevitavelmente refletiu nas atividades empresariais em diversos ramos. No entanto, vale frisar que o pedido de afastamento da multa rescisória de locação ou sua redução deve ser analisado pontualmente, de acordo com a situação específica de cada contrato. (MINAS GERAIS, 2022a).

Com base nesse exemplar compilado jurisprudencial, conclui-se que não se pode desconsiderar os riscos próprios da atividade econômica e aqueles que extrapolam o esperado. O cenário de incertezas é diverso daquele de riscos projetados.

Como bem destaca Enzo Roppo:

A lógica, em suma, é sempre esta: cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados; a lei tutela o contraente face aos riscos anormais, que nenhum cálculo racional econômico permitiria considerar; mas deixa a seu cargo *os riscos tipicamente conexos com a operação*, que se inserem no andamento médio daquele dado mercado. É óbvio, então, que o nível de risco correspondente à “*álea normal do contrato*” não se pode identificar, de modo geral e abstracto, para todo o tipo de relação contratual, mas varia em relação *aos particulares tipos de negócio, aos particulares mercados, às particulares conjunturas econômicas*. Em regra, cabe ao juiz efectuar esta verificação (e, portanto, avaliar se a onerosidade surgida posteriormente no contrato submetido ao seu juízo pode considerar-se “excessiva” (destaque do original). (ROPPO, 1988. p. 262-263).

Os julgados do TJMG demonstram essa adequada verificação.

O conteúdo obrigacional não é estático. Os contextos de sua formação, do seu desenvolvimento e de sua execução interessam ao olhar do intérprete, que vai do fato à norma e da norma ao fato-contexto.

5 INTERLÚDIO

Não há uma conclusão, se os debates a respeito da codificação são atuais e profícuos. Temos uma pausa. O tempo segue: 20 anos de vigência do Código Civil.

O contrato,⁴ como uma projeção no futuro de um interesse presente, também se sujeita aos efeitos temporais.

A virtuosidade do Código Civil de 2002 não está nesta ou naquela regra, mas na totalidade da obra que se desprende do momento de sua elaboração e se projeta na dinâmica construção de respostas a problemas imprevistos ou de consequências imprevisíveis.

No âmbito da dinâmica obrigacional, a codificação nacional, a partir de uma hermenêutica situada, mostrou-se eficiente no virulento cenário de pandemia. Se as circunstâncias se modificam, o intérprete-juiz se atualiza e busca a efetividade da ordem jurídica. Se o contrato é um referencial de organização de interesses, é dele que se extraem a adaptação e a solução para as diversas patologias trazidas pelo tempo.

⁴ Não se trata, aqui, de obrigação instantânea; mas de contratos pluriprestacionais e de trato sucessivo.

Para François Ost,

[...] a teoria da linguagem demonstrou a inevitabilidade da interpretação; a teoria do direito apropriou-se do caráter normativo da produção jurisprudencial. Se se tornou claro, portanto, que o juiz não se limita a repetir uma norma preexistente, mas contribui para configurá-la (adaptando-a, às vezes criando-a), então se recoloca o problema da retroatividade. (OST, 2005, p. 180).

Em magnífica síntese, escreveu Heck que o “juiz pode então comparar-se ao apreciador dum quadro, que, ora se aproxima para examinar um detalhe, ora se afasta para colher o efeito de conjunto”. (HECK, 1947, p. 102). A lógica jurídica é analógica, pressupõe o ir e o vir do olhar do intérprete. (KAUFMANN, 1976). É com essa dinâmica que a codificação se projeta no tempo.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *Exceção de insegurança no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2022.

BARBOSA, Mafalda Miranda. *Direito (Civil) em tempos de pandemia*. Coimbra: Gestlegal, 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: jul. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set. 2019 - Edição extra-B. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jun. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: jul. 2023.

CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Comum y Foral, tomo primeiro*. Endecima edición, com adiciones di José Luis De los Mozos. Madri: Editorial Reus, 1971.

COGO, Rodrigo Barreto. *Frustração do fim do contrato*. São Paulo: Almedina, 2021.

GADAMER, Hans-Georg. *Vérité et méthode: les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*. Tradução de Étienne Sacre, Jean Grondin e Pierre Fruchon. Paris: Éditions du Seuil, 1996.

GIORGIANI, Michele. La morte del Codice Otocentesco. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, [s. l.], anno XXVI, p. 52-55, 1980.

GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: ESTUDOS jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 161-170.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1947.

JHERING, Rudolf Von. *Es el derecho una ciencia?* Tradução de Frederico Fernández-Crehuet López. Granada: Colmares, 2002.

KAUFMANN, Arthur. Analogia y “naturaleza de la cosa”: hacia una teoría de la comprensión jurídica. Tradução de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 1976.

KIRCHMANN, Julio Germán Von. *El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho*. Tradução de Werner Goldschmidt. Primera edición castellana, 1949.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.21.021891-3/002. Relator: Des. Sérgio André da Fonseca Xavier. *DJe*, Belo Horizonte, 9 nov. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.21.210738-7/001. Relator: Des. João Cancio. *DJe*, Belo Horizonte, 16 ago. 2022a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.020928-2/001. Relator: Des. Habib Felipe Jabour. *DJe*, Belo Horizonte, 26 abr. 2022b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.112962-0/005. Relator: Des. Cavalcante Motta. *DJe*, Belo Horizonte, 4 abr. 2023a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.283150-5/001. Relator: Des. Arnaldo Maciel. *DJe*, Belo Horizonte, 28 fev. 2023b.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Crítica ao anteprojeto de Código Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 69, v. 242, abr./jun. 1973.

PIRES, Catarina Monteiro. *Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

VILLELA, João Baptista. O problema das lacunas do ordenamento jurídico e os métodos para resolvê-lo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 221-230, out. 1961.



MORA COMO FUNDAMENTO DA RESOLUÇÃO NEGOCIAL *LATO SENSU*

Marcos Bernardes de Mello¹

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar, mediante uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, as espécies de resolução *lato sensu* do negócio jurídico, suas causas e pressupostos. Com rigor científico, a resolução *lato sensu* atua unicamente no plano da eficácia atingindo a relação jurídica criada, e não no plano da existência do mundo jurídico. A resolução *lato sensu* do negócio jurídico pode se dar *ex voluntate* do credor lesado pela mora do devedor, ou *ex lege*, da ocorrência de circunstâncias extraordinárias que não podem ser imputadas ao devedor. Em caso de resolução por mora do devedor, são controversos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, os pressupostos necessários para sua realização. O presente artigo analisa os pressupostos necessários para o exercício do direito à resolução negocial por mora do devedor, demonstrando-se que a prévia constituição do devedor em mora, independentemente de a cláusula resolutiva ser expressa ou tácita, bem como a necessidade de decisão judicial resolutiva do negócio jurídico são pressupostos necessários para a resolução do negócio jurídico.

¹ Doutor em Direito pela PUC/SP. MSc. em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor Emérito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Membro efetivo da Academia de Letras de Alagoas. Membro efetivo do Instituto Histórico e Geográfico de Alagoas. Ex-Consultor Geral do Estado de Alagoas. Ex-Procurador-Geral do Estado de Alagoas. Advogado (OAB/AL 512). Ex-Conseheiro Federal da OAB. Ex-Presidente da OAB/AL. Autor da trilogia *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia. Conferencista. Parecerista. E-mail: mbmello@uol.com.br.

Palavras-chave: Mora. Resolução *lato sensu*. Negócio jurídico.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as cinco possíveis consequências da incidência da norma jurídica (MELLO, 2022, § 19), duas delas consistem na geração de fatos jurídicos cuja eficácia se limita, exclusivamente, à função de desconstituir e/ou deseficacizar *ope legis* atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos, ou de atribuir aos seus figurantes o poder de, *sponte sua*, unilateral ou bilateralmente, fazê-lo. Nesse campo, tanto em doutrina, nacional e estrangeira, quanto na legislação, com natural reflexo na jurisprudência, grassa imprecisão conceptual e terminológica, notadamente no que respeita à conceituação e identificação das espécies e à eficácia de cada uma, como observa Pontes de Miranda (2012, t. XXV, § 3.078.1).

Em verdade, embora cada um desses modos de deseficacização de negócios e atos jurídicos, desconstituindo-os ou não, mesmo eventualmente, tenha características próprias e eficácias diferentes, em doutrina, são tratados com indistinção, muitas vezes, por influência de autores estrangeiros. Essa imprecisão conceptual e terminológica, embora não pareça, acarreta graves consequências negativas, quando, em leis, decisões judiciais e obras jurídicas em geral, se precisa lidar com essas categorias. Neste trabalho, buscaremos dar à matéria um tratamento sistemático, porém, sem maior aprofundamento, limitando-o à categoria resolução *lato sensu*, suas espécies (resolução *stricto sensu ex voluntate* e *ex lege* e resilição), causas (mora e fatos supervenientes) e pressupostos.

2 RESOLUÇÃO *LATO SENSU*: CONCEITO E ESPÉCIES

É usual, na doutrina nacional, o emprego da expressão *rescisão*² do *negócio jurídico* para designar a desconstituição de negócio jurídico (a) como consequência da mora de um dos seus figurantes ou (b) por força de circunstâncias fácticas previstas em disposições normativas.³ Esse entendimento e também a terminologia empregada, porém, não nos parecem corretos por dois motivos: (a) primeiro, o vocábulo *rescisão*, rigorosamente, designa a desconstituição de um ato jurídico *lato sensu* por defeito de seu objeto (exemplo típico: a ação rescisória de sentenças e outras decisões judiciais); (b) depois, resolução é negócio jurídico unilateral que, embora, aparente desconstituir o ato jurídico *lato sensu*, em verdade, implica tão somente o desfazimento de toda a eficácia jurídica por ele gerada (resolução *stricto sensu*) ou a interrupção da geração dessa eficácia, preservando a eficácia já produzida até ele (resilição). Resolução *lato sensu* atua, portanto, unicamente, no plano da eficácia, atingindo a relação jurídica por ele criada e nunca no plano da existência do mundo jurídico. (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXV, § 3.054.6, *passim*).

A resolução de negócio jurídico, em sentido lato, com precisão conceptual:

(a) dá-se *ex voluntate* do credor lesado pela mora do devedor, como efeito de exercício de direito formativo extintivo (potestativo) que implica a *deseeficacização*, *ex tunc* ou *ex nunc*, do negócio jurídico, extinguindo (re-solvendo, desmanchando) a relação jurídica negocial por ele gerada, sem, contudo, atingir-

² Esse emprego inadequado é condenado por Pontes de Miranda no já citado *Tratado de direito privado*, 2012, t. XXV, § 3.078.1.

³ Neste artigo, limitar-nos-emos ao estudo da resolução *stricto sensu* por mora no cumprimento de obrigações.

lhe a *existência* (embora pareça atingir). Nesse caso, tem natureza sancionatória, uma vez que se funda na mora do devedor que constitui eficácia do ato-fato ilícito do inadimplemento de prestação imputável ao devedor; ou

(b) resulta, *ex lege*, da ocorrência de circunstâncias extraordinárias de que decorram, sem imputabilidade ao devedor: (b.i) a impossibilidade superveniente, jurídica ou fáctica, de adimplemento da obrigação negocial; (b.ii) a perda ou expressiva deterioração do bem objeto da prestação que acarrete a sua imprestabilidade para o credor; ou (b.iii) a substancial e imprevisível mudança das circunstâncias que determine (b.iii.a) o desaparecimento da base (fundamento) do negócio, ou (b.iii.b) a onerosidade excessiva da prestação; ou, finalmente, ainda, (b.iv) do implemento de condição resolutiva ou termo final (Código Civil, arts. 121/130). Nesses casos, não havendo ilicitude, uma vez que apenas atende a supervenientes circunstâncias fácticas insuperáveis e à natureza das coisas, não há falar em sanção.

3 AS ESPÉCIES DE RESOLUÇÃO *LATO SENSU EX VOLUNTATE*: RESOLUÇÃO *STRICTO SENSU* E RESILIÇÃO

Duas são as espécies de resolução *ex voluntate lato sensu* por mora do devedor: (i) resolução *stricto sensu*, quando sua eficácia consiste na desconstituição *ex tunc* dos efeitos do negócio jurídico, e (ii) resilição,⁴ que tem eficácia *ex nunc*, exclusivamente, de

⁴ O vocábulo resilição não é empregado pela doutrina em geral de modo unívoco. Vários são os significados que lhe são dados pelos autores. Em rigor terminológico, segundo Pontes de Miranda (2012, t. XXV, § 3.093), *resilição* constitui espécie do gênero resolução *lato sensu*. O Código Civil de 2002, incautamente, procurou defini-la, dizendo: “Art.473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.”

maneira que não são desconstituídos os efeitos jurídicos gerados pelo negócio resilido até o momento da constituição em mora do devedor.

Em rigor, na amplitude da eficácia de cada uma, portanto, reside, exclusivamente, a distinção entre resolução *ex voluntate stricto sensu* e resilição.

4 DA RESOLUÇÃO EX VOLUNTATE STRICTO SENSU

A resolubilidade negocial *ex voluntate* pode ser consequência: (a) da impossibilidade superveniente, fáctica ou jurídica, da prestação não imputável a qualquer dos figurantes da relação obrigacional; ou (b) da mora do devedor. Na espécie (a), a ausência de *imputabilidade* (culpa, no Código Civil) elimina qualquer traço de ilicitude; diferentemente, em (b), há ilicitude relativa uma vez que tem por fundamento a mora daquele que deve prestar (eficácia do ato-fato ilícito relativo do inadimplemento da obrigação).

No sistema jurídico nacional, o Código Civil de 1916 dispunha, empregando terminologia inadequada ao referir-se à rescisão:⁵

Art. 1.092. [...]

Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.

Art. 1.163. Ajustado que se desfaza a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço.

Embora boa parte da doutrina repita essa definição, os equívocos nela contidos são evidentes, a saber: (a) não há resilição *bilateral* (resilição bilateral é *distrato*); (b) *denúncia* é um dos modos de extinção de negócio jurídico, também unilateral, não instrumento da resilição.

⁵ A inadequação terminológica está no emprego do vocábulo rescisão quando o correto seria resolução, conforme já nos referimos na nota 2.

Parágrafo único. Se, em 10 (dez) dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda. (BRASIL, 1916).

Em face desses dois dispositivos, para referir-se às espécies de resolubilidade (*lato sensu*) do negócio jurídico, Pontes de Miranda (2012) empregava as expressões (a) direito *legal* e (b) direito *negocial* de resolução, para destacar, em (a), quando estivesse prevista taxativamente em lei (Art. 1.092, parágrafo único), e, em (b), quando convencionada em *pacto comissório*, conforme a terminologia empregada no Código Civil/1916, admitido, especificamente, nos contratos de compra e venda para o caso de falta de pagamento do preço.⁶

O Código Civil de 2002, no art. 474, deu melhor tratamento à matéria da resolubilidade *lato sensu* fundada em mora ao permitir, sem restrições, as duas espécies, resultantes: (i) de disposição normativa (*ex lege*), que opera quando não convencionada, expressamente, em negócio jurídico, seja qual for a espécie, donde dizer-se haver em todos os negócios jurídicos uma *cláusula resolutiva tácita* (Código Civil, art. 474, 2ª parte); ou (ii) de pacto negocial expresso (*ex voluntate*) avençado no próprio instrumento negocial ou em instrumento autônomo em que os figurantes estipulam normas que regerão o exercício do poder de resolver o negócio jurídico: são as *cláusulas resolutivas expressas* (Código Civil, art. 474, 1ª parte).

⁶ Embora a melhor doutrina o admitisse em outros contratos. A expressão *pacto comissório* (a *lex commissoria* do Direito Romano) não era empregada apenas com esse sentido; também nomeava cláusulas que, em contratos de penhor, *e.g.*, permitiam ao credor apropriar-se do bem empenhado na falta de pagamento, o que era proibido pela própria lei e pela jurisprudência. No Código Civil/2002 (que não reproduziu o art. 1.163 do Código de 1916), corresponde à *cláusula resolutiva expressa* prevista no seu art. 474, 1ª parte, com a diferença de que não se restringe à compra e venda, mas é aplicável a todos os contratos.

Salvo quanto à necessidade de atender aos pressupostos para o exercício do direito formativo extintivo (potestativo), o ser tácita ou expressa a cláusula resolutiva não influi no poder de resolver ou resilir o negócio jurídico que tem o figurante lesado pela mora do devedor.

5 OS PRESSUPOSTOS PARA A RESOLUÇÃO POR MORA DO DEVEDOR

Sob a égide do Código Civil de 1916, apesar da omissão legislativa, a doutrina pacífica se firmara no sentido de que, qualquer que fosse a natureza da cláusula resolutiva, tácita ou expressa, o inadimplemento negocial permitiria ao figurante lesado promover a *resolução* do negócio jurídico, desde que atendidos dois pressupostos: (a) a prévia interpelação do devedor para constituí-lo em mora e (b) *sentença* decretando a resolução negocial. Esse posicionamento era absolutamente condizente com a sistemática seguida pelo legislador civil de 1916.

Com a vigência do Código Civil de 2002, em face de seu art. 474, 1ª parte, combinado com o princípio *dies interpellat pro homine* reproduzido no art. 397,⁷ doutrinadores passaram a sustentar duas teses quando se tratasse de cláusula resolutiva expressa, a saber:

(a) uma, afirmando a desnecessidade de prévia interpelação para constituição do devedor em mora, bem como de decisão judicial quando houvesse, no negócio jurídico, *cláusula resolutiva expressa*. O argumento fundante dessa conclusão consiste em que, nas obrigações a termo ou a prazo fixo (decorrentes de negócios fixos,

⁷ Princípio já constante do art. 960 do Código Civil de 1916, *in litteris*: “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.”

os *Fixgeschäften* dos alemães), o puro e simples inadimplemento da prestação implicaria incorrer o devedor em mora (mora *ex re*), independentemente de interpelação promovida pelo credor, como também dispensar a necessidade de sentença resolutiva. Assim, apenas a ocorrência do inadimplemento da obrigação implicaria, *de pleno iure*, a resolução extrajudicial do negócio jurídico;

(b) outra, sustentando a imprescindibilidade de prévia constituição do devedor em mora e a necessidade de sentença resolutiva do negócio jurídico, repetindo a solução admitida na vigência do Código de 1916; e, finalmente,

(c) outra, entendendo ser imprescindível a prévia constituição do devedor em mora por meio de interpelação.

Quando, porém, o inadimplemento se desse em negócio jurídico em que sua resolubilidade não estivesse pactuada expressamente, o entendimento era unânime em manter inalteradas a doutrina e jurisprudência, exigindo-se a prévia interpelação para constituição em mora e a sentença resolutória (tese b).

A jurisprudência nacional, seguindo os passos do STJ, apesar das novas disposições do Código Civil de 2002, se manteve inalterada e fiel ao sistema do Código Civil de 1916, sustentando a tese (b), continuando a afirmar que, fosse qual fosse o fundamento da resolução, cláusula tácita ou expressa, seriam imprescindíveis prévia interpelação para a constituição do devedor em mora e sentença proferida em “*ação*” de resolução contratual.⁸

⁸ Vejam-se, como exemplos: AgRg no REsp 1337902 / BA – AgRg no REsp 2012/0167526-0. Rel. Min. Luis Felipe Salomão - T4, j. 07.03.2013, *DJe* 14.03.2013; REsp 620787/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão - T4, j. 28.04.2009, *DJe* 27.04.2009; REsp. 8877/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, T4, j. 27.05.1997. AgRg no REsp 969596 / MG, AgRg no REsp 2007/0169262-2, Ministro João Otávio de Noronha, T4, *DJe* 27.05.2010. REsp 620787 / SP – REsp. 2003/0232615-7 – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – T4 – j. 28.04.2009 – REP *DJe* 15.06.2009. Quando se trata de cláusula resolutiva tácita, não há divergência na jurisprudência do STJ, sendo exemplo o REsp 10384 / PR - REsp 1991/0007769-0 – Rel. Ministro Waldemar Zveiter-3ª T, j. 28.06.1991. *DJ* 26.08.1991, p. 11400.

No TJMG, a jurisprudência não se pacificou; há decisões conflitantes em que as teses (b) e (c) foram adotadas, conforme mostram os acórdãos a seguir, citados como exemplos:

(a) Exigência de ação resolutória e prévia constituição em mora (tese b):

1º) Ap. Cv. nº 1.0079.12.003025-3/001 – 003253-71.2012.8.13.079
(1)

Relator: Des. Fernando Lins - j. em 22/4/2020, p. súmula em 9/6/2020
Ementa: Apelação cível. Ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse. Loteamento. Promessa de compra e venda. Constituição do promitente-comprador em mora. Irregularidade. Carência de ação. Extinção do processo sem resolução de mérito. [...] -Verificada a irregularidade da constituição em mora do promitente-comprador, ante a inobservância das exigências legais pelo promitente-vendedor, que não se valeu da via adequada para alcançar os fins almejados, a ação que visa à rescisão contratual e à reintegração na posse do imóvel fundada na inadimplência do promitente-comprador deve ser extinta, sem resolução de seu mérito, for falta de pressuposto necessário e válido ao desenvolvimento regular do processo.

2º) Ap. Cv. nº 1.0231.14.015562-4/001 - 0155624-06.2014.8.13.0231
(1)

Relator: Des. Newton Teixeira Carvalho - j. em. 6/8/2015, p. súmula em 14/8/2015

Ementa: Apelação cível. Ação de rescisão contratual. Compra e venda imóvel. Necessidade de notificação ou interpelação prévia. Notificação sem assinatura do destinatário. Certificação do tabelião

da recusa. Comprovação da ciência, pelo devedor, do teor da notificação. Validade. Existência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo. Prosseguimento do processo. A notificação prévia é pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, relativo à rescisão contratual, por inadimplência, considerando-se válida a constituir em mora, aquela em que houver certificação, do tabelião, de que o destinatário se recusou a assiná-la, entretanto, ele, o devedor, teve ciência do inteiro teor da mencionada notificação.

(b) Exigência só de constituição em mora e desnecessidade de sentença resolutória (tese c)

1º) Ag. In. Cv nº 1.000.22.020198-2/001 - 0201990-39.2022.8.13.0000(1)

Relator: Des. Marco Aurelio Ferenzini - j. em 14/7/2022 - p. súmula em 14/7/2022

Ementa: Agravo de instrumento. Ação ordinária. Reintegração de posse. Possibilidade. Contrato de compra e venda de imóvel com cláusula resolutiva expressa. Inadimplência do promitente comprador. Mora comprovada. Prévia rescisão contratual. Desnecessidade. [...] É sabido que a cláusula resolutiva é um direito da parte vendedora, que, em caso de inadimplência das obrigações contratualmente pactuadas por parte do promitente comprador, poderá exigir a execução dessas obrigações ou até mesmo a extinção do contrato. Segundo entendimento adotado pelo STJ no julgamento do REsp. nº 1.789.863, não há óbice para a aplicação da cláusula resolutiva expressa, porquanto, após o decurso do prazo sem a purgação da mora, nada impede que o promitente vendedor

exerça o direito potestativo previsto na cláusula resolutiva expressa para a resolução da relação jurídica extrajudicialmente.

2º) Ag In. nº 1.0000.21.200974-0/001 – 2009757.2021.8.13.0000(1)

Relator: Des. Leonardo de Faria Beraldo - j. em 18/10/2022 - p. súmula: em 20/10/2022

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de resolução de contrato com pedido liminar de reintegração de posse. Contrato particular de compra e venda. Inadimplemento do comprador. Cláusula resolutiva expressa. Resolução do pacto de pleno direito. Reintegração de posse com pedido liminar. Presença dos requisitos. Possibilidade. Pagamento de impostos e taxas. Ônus do comprador desde a imissão na posse. Obrigação contratual. 1. É cabível o deferimento de liminar de reintegração de posse fundada em cláusula resolutiva expressa decorrente de inadimplemento de contrato de compromisso de compra e venda, conforme recente entendimento do STJ. 2. Se o contrato firmado entre as partes consigna expressamente cláusula resolutiva e o vendedor interpelou o comprador sobre a sua intenção de resolver o liame contratual, a resolução do pacto ocorre de pleno direito por inadimplemento, haja vista que se trata de mora *ex re*. 3. Diante da resolução do contrato, por inadimplemento, a posse do comprador foi maculada de vício bastante a autorizar o deferimento da liminar de reintegração de posse, mormente porque preenchidos os requisitos do art. 561 do CPC. 4. Existindo obrigação contratual de pagamento de impostos e taxas pelo comprador desde a data de sua posse no imóvel, deve ele arcar com tal ônus até efetiva desocupação.

6 A MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Recentemente, porém, por maioria, vencido o Ministro Luis Filipe Salomão, a Quarta Turma do STJ, no REsp. nº 1789863/MS - Relator Ministro Marco Buzzi - T4 – DJ de 10.08.2021 - DJe de 4/10/2021 – RSTJ, v. 263, p. 706, modificou esse entendimento, decidindo que, em havendo cláusula resolutiva expressa, embora imprescindível a prévia interpelação para constituir o devedor em mora, não seria necessária decisão judicial resolutiva do negócio jurídico, uma vez que a resolução negocial seria *ipso iure*; ementa *in litteris*:

Recurso especial. Ação de reintegração de posse. Compromisso de compra e venda de imóvel rural com cláusula de resolução expressa. Inadimplemento do compromissário comprador que não efetuou o pagamento das prestações ajustadas. Mora comprovada por notificação extrajudicial e decurso do prazo para a purgação. Instâncias ordinárias que julgaram procedente o pedido reintegratório reputando desnecessário o prévio ajuizamento de demanda judicial para a resolução contratual. Insurgência do devedor. Reclamo desprovido. [...] (BRASIL, 2021, p. 706).

7 O NOVO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ

Esse último posicionamento do STJ, ao afirmar que o exercício do poder conteúdo do direito à resolução negocial, deve atender a pressupostos que lhe são próprios, quais sejam: (i) prévia constituição do devedor em mora, qualquer que seja a espécie de cláusula resolutiva, expressa ou tácita; e (ii) necessidade também de decisão judicial resolutiva do negócio jurídico, exclusivamente quando se tratar de cláusula resolutiva tácita, sem dúvida, trouxe a

questão da resolubilidade para seu rumo correto, estando conforme ao sistema adotado pelo legislador civil de 2002. Vejamos.

a) A essencialidade de prévia constituição do devedor em mora, não o puro inadimplemento⁹

Baseada em interpretação puramente literal do art. 475 do Código Civil (*a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos*), ponderável parcela da doutrina¹⁰ se refere ao inadimplemento obrigacional como o fundamento da resolubilidade negocial *ex voluntate*. Essa concepção, porém, nos parece equivocada, uma vez que, em rigor, à resolução negocial não basta a ocorrência do puro e simples inadimplemento obrigacional, mas, sim, exige algo mais: a constituição do devedor em mora, que é eficácia jurídica do ato jurídico *stricto sensu* reclamativo da interpelação.¹¹

Em verdade, nas relações jurídicas obrigacionais (que são de direito relativo), o inadimplemento da prestação pelo devedor no tempo, forma ou lugar convencionados, tem a natureza jurídica de ato-fato jurídico¹² que tanto pode configurar (a) um ilícito

⁹ Aqui nos referimos a devedor em sentido que inclui o credor, que, por não cumprir o dever ínsito no seu direito, torna-se *inadimplente*. Vide a nossa concepção dos *deveres ínsitos nos direitos e direitos ínsitos nos deveres* já exposta no artigo intitulado “A dupla face do direito” (EHRHARDT JÚNIOR, 2021).

¹⁰ Vejam-se, apenas como exemplos, Dantas (1978, v. II, p. 98 *passim*); Pereira (1974, v. III, p. 95); Gonçalves (2013, v. 3, p. 182 *passim*).

¹¹ Sobre a classificação dos atos jurídicos *stricto sensu*, vide Mello (2022, § 44).

¹² Não é questão pacífica em doutrina a natureza de ato-fato do adimplemento. Há opiniões muito divergentes ao classificá-lo, como mostra a resenha feita por Diniz (2004, v. 2, p. 218-219 e notas 4 e 5). Em Mello (2022, § 32), acompanhando lição de Pontes de Miranda, porém, demonstramos que o *adimplemento* de uma obrigação tem a natureza de ato-fato jurídico, porque, na configuração de seu mínimo existencial (ontológico), embora seja essencial a presença de conduta humana, essa pode não ser voluntária e, também, não há necessidade de que seja capaz aquele que efetua o adimplemento. Por isso, o inadimplemento da prestação — que é o inverso do adimplemento — também constitui um ato-fato jurídico, em razão de não lhe ser essencial à concreção do suporte fáctico a *vontade consciente de inadimplir*, apesar de necessária a

relativo, se imputável ao devedor, ou (b) diferentemente, ser lícito se decorrente (b.b) de fato ou omissão não imputável ao devedor (Código Civil, art. 396), (b.c) de excludente de ilicitude (Código Civil, art. 188), (b.d) de impossibilidade superveniente de cumprimento da obrigação não imputável ao devedor (Código Civil, arts. 234, 248, 250), (b.e) de circunstâncias impeditivas do adimplemento, como caso fortuito ou de força maior (Código Civil, art. 393).

Disso se conclui, à evidência, que, somente quando seja *imputável* ao devedor (*culposo*, na terminologia imprópria do Código), o inadimplemento negocial se reveste de ilicitude e o expõe a *ser constituído em mora*, mediante *interpelação, judicial ou extrajudicial* (ato jurídico *stricto sensu* reclamativo), conforme disponha a lei ou a convenção negocial, em que o credor lesado concede-lhe prazo para que *purgue a mora* (adimpla a obrigação, Código Civil, art. 401, I) e o notifica de sua intenção de resolver o negócio jurídico, caso não seja sanado o inadimplemento. A *mora*, em essência, já mencionamos, não é um fato jurídico (como muitos doutrinadores entendem), mas *eficácia jurídica* do ato jurídico *stricto sensu* da interpelação, de que o ato-fato do inadimplemento constitui elemento cerne. É efeito, não causa, razão por que, apesar do princípio *dies interpellat pro homine* expresso na disposição do Código Civil, *in verbis*: “Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor” (BRASIL, 2016), para que se concretize, necessita, além da interpelação, o transcurso *in albis* do prazo concedido pelo credor para que seja adimplida a prestação (não se purgue a

conduta omissiva. A inadimplência, porém, tanto pode ser um ato-fato jurídico *lícito* — quando resultante de circunstâncias impeditivas (impossibilidade superveniente, fática ou jurídica, da prestação, *e.g.*) ou excludentes de ilicitude, ou *ilícito*, se imputável ao devedor (inexistência de circunstâncias impeditivas ou excludentes de ilicitude).

mora) e a inexistência de causas excludentes de imputabilidade do inadimplemento. Em face disso, parece-nos não haver, em direito nacional, *mora ex re*, propriamente, mas, sim, *inadimplemento ex re*.¹³

É pacífica a jurisprudência do STJ quanto à essencialidade de prévia interpelação para constituição em mora do devedor para que o credor possa exercer seu poder de resolução negocial, seja tácita ou expressa a cláusula resolutiva.¹⁴ Nesse mesmo sentido, é firme a jurisprudência do TJMG, como deflui dos muitos acórdãos por ele proferidos (os exemplos acima citados deixam clara essa orientação). Ao contrário do que pode parecer, esse entendimento não contraria a expressa disposição do citado art. 397¹⁵ do Código Civil, uma vez que o próprio Código Civil, art. 401, prevê a denominada *purgação da mora*, como também que esta nem se constitua, como anotado acima. A exigência jurisprudencial de prévia interpelação com concessão de prazo para purgação da mora, portanto, se mostra condizente com a necessidade de segurança jurídica no trato negocial, uma vez que, conforme mostramos acima, abre ao devedor a oportunidade de evitar os transtornosque lhe podem ser causados, ou permitir-lhe saná-la.¹⁶

b) A necessidade de resolução judicial pressuposto exclusivo da *cláusula resolutiva tácita*

¹³ A nosso ver, o art. 397 do Código Civil deveria ter a seguinte redação: *Considera-se inadimplente o devedor que não cumprir obrigação, positiva e líquida, no seu termo, no local ou pela forma pactuados.*

¹⁴ Embora, que seja de nosso conhecimento, esse entendimento não resulte da fundamentação como a que aqui desenvolvemos.

¹⁵ “Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.” (BRASIL, 2016).

¹⁶ No Direito alemão, há norma explícita, BGB, § 323, que regula a necessidade de interpelação, bem como quando é desnecessária.

Conforme já mencionado antes, (i) quando se trata de *cláusula resolutiva tácita*, além da exigência de prévia interpelação da parte inadimplente, há necessidade de decisão judicial resolvendo (desfazendo) a relação jurídica resultante do negócio jurídico; (ii) diferentemente, no caso de *cláusula resolutiva expressa*, embora imprescindível a interpelação para constituição do devedor em mora, não há necessidade de decisão judicial desconstituindo os efeitos do negócio jurídico, em razão de sua eficácia *de pleno iure* (art. 474, 1ª parte, do Código Civil).

Por isso, desde que o devedor não purgue a mora, o credor estará *autorizado* a exercer o direito formativo extintivo de promover a resolução extrajudicialmente (sem necessidade de decisão judicial), uma vez que a resolução opera *de pleno iure*.¹⁷

A extrajudicialidade da resolução *lato sensu*, porém, não exclui, necessariamente, a legitimidade do credor de exercer seu direito formativo por meio judicial (ingressar em juízo para efetivar a resolução), como se, *e.g.*, o credor pretender, cumulativamente, indenização por perdas e danos. Também a resistência do devedor em reconhecer a resolução extrajudicial impõe ao credor exercer sua pretensão à tutela jurídica para efetivar sua pretensão, uma vez que não lhe é facultado o exercício da justiça de mão própria (autotutela do direito).

¹⁷ O exercício desse direito formativo, porém, se extingue se seu titular tiver conduta contrária à resolução, como, por exemplo, se aceita a purgação da mora pelo devedor após o prazo dado na interpelação, se avença uma transação ou uma novação, se há remissão da dívida ou, finalmente, se tolera a continuação do negócio, apesar da mora.

8 CONCLUSÕES

A pacífica orientação da jurisprudência, ao exigir a prévia constituição em mora do devedor, para que possa o credor, lesado pelo inadimplemento da obrigação, resolver o negócio jurídico, afirma, talvez, sem querer, nossa concepção de que é a mora, e não o simples inadimplemento, a causa fundante da resolução negocial, seja tácita ou expressa a cláusula que a reja no negócio jurídico.

O STJ, ao rever seu posicionamento jurisprudencial, reconhecendo a extrajudicialidade da resolução negocial, quando fundada em cláusula resolutória expressa, dispensando, portanto, a exigência de prévia sentença judicial resolutória do negócio jurídico, corrigiu um equívoco que o fazia em desacordo com o sistema da Codificação Civil de 2002. Muito corretamente agiu o TJMG, ao seguir de imediato e definitivamente essa nova orientação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm#art1806. Acesso em: jul. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.789.863/MS. Relator: Min. Marco Buzzi. *DJe*, Brasília, DF, v. 263, p. 706, 4 out. 2021.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978. v. II.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). A dupla face do direito. In: *DIREITO Civil: futuros possíveis*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021, p. 173-189.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.200974-0/001 – 2009757.2021.8.13.0000(1). Relator: Des. Leonardo de Farias Beraldo. *DJe*, Belo Horizonte, 20 out. 2022a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.000.22.020198-2/001 - 0201990-39.2022.8.13.0000(1). Relator: Des. Marco Aurelio Ferenzini. *DJe*, Belo Horizonte, 14 jul. 2022b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0079.12.003025-3/001 – 003253-71.2012.8.13.079 (1). Relator: Des. Fernando Lins. *DJe*, Belo Horizonte, 9 jun. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0231.14.015562-4/001 - 0155624-06.2014.8.13.0231 (1). Relator: Des. Newton Teixeira Carvalho. *DJe*, Belo Horizonte, 14 ago. 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: contratos*. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974. v. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. t. XXV.

Título III

Contratos



O CONSENTIMENTO ELETRÔNICO NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: usos e abusos da tecnologia e a segurança jurídica dos leigos

André Ladeira da Rocha Leão¹

RESUMO

O presente artigo pretende, a partir do método dedutivo com análise bibliográfica e documental, recuperar as formas do consentimento negocial ao longo do tempo, bem como a evolução legislativa que culminou com a formulação da noção de consentimento eletrônico. Em seguida, pretende-se tratar da abordagem perfeccionista para distingui-la de um paternalismo moderado. O passo seguinte será uma reflexão sobre o uso abusivo da tecnologia e a noção de segurança jurídica para os leigos. Como conclusão, sustenta-se que a profusão de contratos eletrônicos requer salvaguardas para as diversas situações de consentimento eletrônico, que não inviabilizem a referida contratação, mas que ofereçam segurança jurídica aos leigos que realizam este tipo de negócio jurídico.

Palavras-chave: Consentimento eletrônico. Perfeccionismo e paternalismo estatais. Segurança jurídica.

¹ Juiz de Direito do TJMG. *E-mails:* andre.leao@tjmg.jus.br; ladrleao@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Durante suas férias na aprazível cidade de Cancún (México), o proprietário de um estabelecimento comercial recebeu ligação de seu preposto informando que o saldo da conta-corrente da sociedade empresarial não seria suficiente para as despesas com a aquisição dos insumos indispensáveis para o exercício de sua empresa. Passado o susto, entrou em contato com a gerente de seu banco e pediu informações. Tudo esclarecido, acessou o estabelecimento virtual com sua senha e seguiu os passos para a obtenção de empréstimo pessoal. Após quatro “cliques”, completou a contratação do empréstimo com uma *selfie*.

No mesmo dia, uma diarista idosa caminhava pelo calçadão da rodoviária de Belo Horizonte. Sua presença foi notada pela preposta de uma financeira, que avançou sobre o alvo. Com uma conversa amável e tomada de um otimismo inigualável, a preposta informou a idosa que seus problemas financeiros poderiam ser resolvidos rapidamente. Sem entender muito bem o que estava acontecendo, a idosa aceitou acompanhar a preposta até o escritório da correspondente financeira do banco em que tem conta-corrente. Diante da dificuldade em manusear seu celular, a preposta, muito prestativa, ajudou a autora a efetuar os “cliques” necessários à contratação de um empréstimo consignado. O processo foi concluído com uma *selfie*. A imagem retrata uma pessoa assustada e apreensiva com o que viria a seguir.

As duas situações descritas retratam duas “caricaturas” que serão úteis para a compreensão do que vai ao texto. A tecnologia atualmente disponível oferece inúmeras vantagens negociais para empresários e pessoas esclarecidas. Oferece, ainda, uma opção muito mais rápida e redutora dos custos da manutenção de estabelecimentos financeiros físicos.

Pessoas menos esclarecidas, também, podem se beneficiar com a simplicidade das operações bancárias que dispensam a utilização de diversas vias do instrumento contratual em papel. Mas, aqui, é preciso muito mais cautela. Pessoas idosas precisam de uma abordagem diferente diante da natural dificuldade que possuem com a tecnologia.

O uso da tecnologia para representar o consenso nos negócios jurídicos é matéria que dá seus primeiros passos. O direito tenta acompanhar a evolução tecnológica, mas a regulação da contratação eletrônica ainda é incipiente, demandando grande esforço hermenêutico para incentivar boas práticas e inibir o uso abusivo da tecnologia nos negócios jurídicos.

Este artigo pretende contribuir para jogar luzes sobre o uso da tecnologia na conclusão dos negócios jurídicos, tanto os que são regidos pelo Código Civil quanto aqueles regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

A partir do método dedutivo e da análise bibliográfica e documental, o primeiro tópico tratará de fixar conceitos iniciais como consentimento e suas modalidades. Em seguida, será feita uma distinção entre o perfeccionismo e o paternalismo protetivo nas relações contratuais. O passo seguinte tratará do uso abusivo da tecnologia nos contratos e proporá uma reflexão sobre a complexa noção de segurança jurídica no ambiente negocial. Por derradeiro,

a título de conclusão, pretende-se destacar que a tecnologia, uma vez que inevitável e extremamente útil, deve ser limitada nos casos em que seu uso criar ambiente propício para fraudes e outros abusos por parte de agentes financeiros inescrupulosos, especialmente diante da exposição de pessoas mais vulneráveis.

2 O CONSENTIMENTO ONTEM E HOJE

O consentimento, na perspectiva aqui retratada, diz respeito ao encontro de duas vontades. À manifestação de vontade do proponente vem se somar a aceitação do oblato resultando um negócio jurídico.

O Código Civil de 2002 regula os requisitos dos negócios jurídicos (art. 104 a 120), seus elementos acidentais (art. 121 a 137) e seus vícios (art. 138 a 184). Mais adiante, trata da teoria geral dos contratos (art. 421 a 480) e dos contratos em espécie (art. 481 a 839). Descreve, assim, o regime jurídico dos contratos paritários entabulados por indivíduos livres e iguais. Mas não é só. Particularmente importante para o que vai neste texto, a necessidade de manifestação de vontade esclarecida e inequívoca que constitui requisito de existência de todo negócio jurídico.

Infere-se do art. 422 do Código Civil (CC/2002) importante regra hermenêutica impondo a observância do princípio da boa-fé nos contratos. A doutrina costuma ver, aqui, uma ampla proteção contratual, inclusive na fase pré-contratual. Nesse sentido o enunciado nº 170 do Conselho da Justiça Federal: "A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato." (BRASIL, 2002a).

A boa-fé objetiva exige um especial dever de cuidado presente em todo contrato bilateral sinalagmático. É preciso informar adequadamente o aceitante sobre todos os elementos essenciais à contratação, especialmente em contratos de adesão, prevenindo-se danos desnecessários. Nesse sentido, tratando dos contratos paritários submetidos ao regime do Código Civil de 2002, leciona Nelson Rosenvald sobre o dever anexo de cuidado que se infere do enunciado normativo do art. 422 da Lei nº 10.406/02, nos seguintes termos:

Os deveres de proteção foram sugeridos por Heinrich Stoll – em obra de 1932 – como forma didática de contraposição aos demais deveres de conduta. Os deveres de proteção pretendem proteger a contraparte dos riscos de danos a sua pessoa e ao seu patrimônio, na constância da relação complexa. São amplamente aceitos pela doutrina, justamente pela facilidade de destaque de suas hipóteses daquelas relacionadas ao cumprimento dos deveres específicos relacionados à prestação. (ROSENVALD, 2019, p. 198).

O Código Civil dialoga com o Código de Defesa do Consumidor, agregando normatividade aos contratos consumeristas e recebendo desenvolvimentos de institutos afins, como na questão da boa-fé, das espécies de consentimento e dos vícios dos contratos.

O cuidado com a prestação de informações suficientes e prévias ao consentimento necessário à prática de atos paritários dialoga com o regime dos contratos consumeristas. No regime consumerista, deve o fornecedor apresentar todas as informações necessárias para que se possa reconhecer um consentimento livre, informado e inequívoco com relação aos elementos essenciais da contratação que se pretende.

O meio mais comum de manifestação do consentimento é a assinatura física dos instrumentos contratuais. Entretanto, a tecnologia propiciou um grande incremento de formas contratuais inimagináveis ao tempo em que o projeto do Código Civil foi elaborado. Para além da assinatura física, dos gestos e do silêncio, surgiriam novas formas de aquiescência para propostas e ofertas públicas, tanto em contratos paritários regidos pelo Código Civil de 2002 (CC/2002) quanto para contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

No ano de 2001, ainda antes da entrada em vigor do CC/2002, foi editada medida provisória que criou a infraestrutura de chaves públicas Brasileira. Criaram-se as autoridades certificadoras e de registro, que viabilizariam a assinatura de contratos por meio digital, a partir da utilização de um *token*, ou certificado digital. No ponto que interessa ao presente artigo, convém destacar:

Art.10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil.

§2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento. (BRASIL, 2001).

O passo seguinte foi a regulamentação setorial pelo Banco Central do Brasil (Resolução nº 4.656, de 26 de abril de 2018) dos contratos eletrônicos praticados no sistema financeiro. Essa

normativa setorial, mais ambiciosa, pretendeu convalidar contratos eletrônicos e manifestações de vontade obtidas por meio da tecnologia disponível, independentemente da intervenção de autoridades certificadoras. Destaca-se:

Art. 11. Na realização das operações de que trata o art. 8º, devem ser observados, sucessivamente, os seguintes procedimentos:

I - *manifestação inequívoca de vontade* dos potenciais credores e devedores, em plataforma eletrônica, de contratarem a operação de empréstimo e de financiamento; [...]. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Para além da assinatura digital, a referida diretriz normativa passou a permitir outras formas de manifestação de vontade por meio digital, no mercado financeiro. Nesse sentido, adota-se, aqui, distinção ressaltada no Recurso Especial nº 1.495.920/DF, de acordo com a qual a assinatura com a utilização de *token* retrataria assinatura digital e a assinatura por outro meio eletrônico estaria compreendida em um conceito mais amplo de assinatura eletrônica.

A referida regulamentação pretendeu permitir o uso da tecnologia na contratação de operações financeiras de empréstimo e financiamentos. A função social de tal regulamentação seria a facilitação do acesso ao crédito mediante o incremento das relações contratuais, incentivando o desenvolvimento econômico, bem como reduzindo os custos das operações relacionadas aos referidos contratos. No estágio atual da legislação, como regra, são possíveis diversos tipos de assinatura de contratos digitais, desde que se assegure a integridade e a autenticidade da manifestação de vontade ou, como quer a normativa do BACEN: “manifestação inequívoca de vontade”.

Assinaturas eletrônicas (abrangidas a digital e a eletrônica *stricto sensu*) vieram revolucionar o mercado de crédito por meio de uma infinidade de plataformas digitais. Doravante, os brasileiros poderiam usufruir da comodidade e da tecnologia disponível para realizar negócios com a rapidez que o mercado financeiro exige. Nesse sentido, tanto a medida provisória quanto a resolução do BACEN vieram estabelecer normas genéricas para a contratação eletrônica para diversos fins, regulando, ainda que de maneira incipiente, os contratos digitais. Entretanto, o tratamento normativo de tais operações de crédito deve se acomodar na rede jurídica que regula a proteção das partes vulneráveis nos negócios jurídicos, como nos casos do empresário e da empregada doméstica supra-assinalados.

3 PERFECCIONISMO E PATERNALISMO LEGISLATIVO

Perfeccionismo seria a tutela do cidadão pelo Estado que passaria a interferir em escolhas existenciais dos indivíduos, induzindo o comportamento social para a realização de fins estatais reputados relevantes. No Brasil, a tutela dos indígenas e a estratégia de assimilação de sua cultura é um exemplo histórico que retrata a preocupação de se garantir uma vida boa para as pobres almas dos povos originários. Assimilados à moral positiva dominante, poderiam os indígenas viver uma vida plena. Sobre o paradigma da assimilação dos povos originários brasileiros, destaca-se:

O paradigma da assimilação cultural iniciou-se como derivação da Contrarreforma e da ordem papal de expansão da fé católica. A assimilação cultural passava primeiro pelo ensino da língua portuguesa e em seguida pela adoção da crença cristã. Mas, para a Coroa, a ação dos jesuítas facilitava a integração do

território bem como permitia a colonização de terras até então dominadas pelos nativos hostis. Desse modo tanto a atitude de eliminação quanto a atitude de integração confluíam para o interesse primordial de ocupação de terras e apoderamento de riquezas. A violência não desaparece neste paradigma, assumindo uma perspectiva insidiosa de aniquilação cultural trazida por uma perspectiva etnocêntrica dos padres jesuítas. Uma ação preconcebida de negar aos originários sua cultura, sua religião, suas tradições, punindo aquele que resiste, a título de correção pedagógica, inclusive com castigos físicos e premiando aquele primeiro que traísse suas origens. (SOUZA CRUZ, 2018, p. 157-158).

O perfeccionismo embota a autonomia do indivíduo e retira-lhe a responsabilidade de decidir sobre suas escolhas existenciais. Nesse sentido, vedar o acesso de pessoas vulneráveis às novas ferramentas tecnológicas seria uma forma de perfeccionismo estatal que se deve evitar. A preocupação com a infantilização de pessoas vulneráveis foi ressaltada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) no julgamento da apelação cível nº 1.000.23.009231-4/001, nos seguintes termos:

No caso concreto, negar aos aposentados e pensionistas em geral a possibilidade de contratar um cartão de crédito com as características do Cartão Sênior, ao invés de promover uma isonomia material, acaba por cercear, indevidamente, a liberdade contratual desses que lhes deve ser preservada. Presumir que a sistemática de funcionamento do Cartão Sênior se aproveita do pouco esclarecimento ou discernimento desse público, ou então que os idosos não são plenamente capazes de gerir suas obrigações financeiras e bancárias apenas reforça o estigma e o preconceito que, infelizmente, já é difundido na sociedade. [...] Ora, não há como presumir, geral e abstratamente, que todos os idosos, por sua constituição física mais frágil, sejam intelectualmente débeis e, por isso, vítimas fáceis da armadilha alegadamente criada pelo UNIBANCO e pelo UNICARD de modo a se lhes interditar a contratação do Cartão Sênior. (BRASIL, 2023).

O acórdão suscita uma questão complexa e extremamente relevante. Poderia o direito estatal intervir em uma relação contratual para proteger pessoas capazes de praticarem negócios jurídicos a luz do regime das incapacidades do Código Civil? Não haveria aqui uma pretensão perfeccionista de infantilizar o contratante idoso a ensejar uma decisão solipsista do julgador a partir de sua empatia com pessoas mais humildes e com menos informações? Para responder a estas perguntas, pretende-se colocar as coisas em outra perspectiva.

Não obstante, concordar-se com a premissa de que a vulnerabilidade deve ser aferida no caso concreto e que o fator idade não é capaz de gerar, por si só, um embotamento da autonomia individual, questiona-se se uma intervenção estatal protetiva seria de todo inconveniente, ou mesmo inconstitucional.

É que se deve distinguir o perfeccionismo do paternalismo estatal moderado. Normas protetivas, de ordem pública, procuram levar mais segurança para pessoas vulneráveis. Sobre a distinção entre perfeccionismo e paternalismo estatal, convém ressaltar:

Paternalismo e perfeccionismo têm em comum o fato de que envolvem limitações à liberdade que visam tutelar os interesses do próprio agente. A diferença entre eles está em que o perfeccionismo se baseia no propósito de ajustar a vida e a conduta do indivíduo a modelos de virtude e vida boa [...] O perfeccionismo, segundo a definição de Carlos Santiago Nino, é a concepção segundo a qual é uma missão legítima do Estado fazer com que indivíduos aceitem e materializem ideais válidos de virtude pessoal. Já o paternalismo visa a proteção do próprio agente. [...] Pode-se dizer que o paternalismo se situa em uma esfera maior, em cujo interior se situa o perfeccionismo. [...] Existem várias classificações relativas a tipos de paternalismo. Como visto acima, há o paternalismo perfeccionista e o não perfeccionista. Outra distinção, bastante empregada distingue o paternalismo forte, que incide sobre a

Desde o começo do século, percebeu-se que o livre mercado não seria capaz de resolver suas falhas. A exploração do outro e a perspectiva do lucro máximo ensejaram uma reação do direito, que passou a desenvolver a proteção de diversos tipos de vulnerabilidades, a fim de propiciar um mínimo de dignidade aos hipossuficientes.

Normas protetivas de crianças e adolescentes, dos povos originários, do homem trabalhador, dos idosos, das mulheres em situação de violência doméstica, dos consumidores, entre outros segmentos sociais, passaram a limitar a autonomia da vontade e a vincular os negócios jurídicos envolvendo tais pessoas dispondo sobre um mínimo de proteção.

É relevante notar que mesmo pessoas capazes podem merecer tutela protetiva por parte do Estado em razão de escolhas pouco prudentes e que possam lhes causar danos. A obrigatoriedade da utilização de capacetes representa uma intervenção estatal forte que impede a circulação de motociclistas sem o referido apetrecho. Trata-se de uma intervenção estatal protetiva com preocupações paternalistas, que não provoca maiores questionamentos.

Da mesma forma, pessoas capazes, mas abaladas por sua situação econômica, podem ficar mais sensíveis ao assédio de prepostos de instituições financeiras. Como consequência, tais pessoas podem realizar negócios que não lhes trazem quaisquer vantagens. É preciso dosar a proteção do consentimento, que pode ser mais ou menos intensa, seja para proteger pessoas incapazes ou mesmo pessoas capazes, mas que podem tomar decisões irrefletidas, ou pouco prudentes.

Os fatos sempre se antecipam à regulação estatal. No caso dos contratos eletrônicos, não foi diferente. A massificação dos contratos, os custos de manutenção de agências bancárias, as vantagens da terceirização da oferta de produtos e serviços e a facilidade do acesso aos meios digitais propiciaram um incremento de contratos eletrônicos que passaram a ser concluídos com alguns “cliques” e uma “*selfie*” do contratante.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já reconheceu não apenas a validade de contratos assinados eletronicamente como atribuiu a tal documento digital eficácia de título executivo (Resp. nº 1.495.920/ DF). No referido precedente, a 3ª Turma do STJ conferiu exequibilidade a um título de crédito eletrônico firmado com assinatura digital certificada por entidade particular. Embora tenha sido apenas um acórdão de um órgão fracionário do STJ, é possível intuir que tanto o órgão regulador do setor quanto o STJ admitem, como regra, a possibilidade de contratos eletrônicos, como não poderia deixar de ser.

Não obstante, as vantagens da incorporação tecnológica na seara contratual, especialmente no que se refere a contratos regidos pelo CC e pelo CDC, a massificação dos contratos propiciou terreno fértil para fraudes e oferta abusiva do crédito. O ponto que será desenvolvido a seguir, mas, antecipa-se, que a resposta do direito será gradual e dependerá da quantidade de informações, bem como da conduta dos agentes econômicos que levam adiante a prática de oferta do crédito.

4 USO ABUSIVO DA TECNOLOGIA E A SEGURANÇA JURÍDICA

Toda intervenção estatal protetiva interfere na seara econômica provocando um rearranjo de preços e um reposicionamento dos agentes econômicos do mercado. Alguns agentes econômicos podem questionar a necessidade de um protecionismo estatal em razão da vulneração da segurança e previsibilidade indispensáveis a um ambiente negocial. Aqui, faz-se necessária uma reflexão sobre ser a segurança jurídica um fenômeno gradual e complexo.

Segundo Isabel Lifante (2018), a segurança jurídica é um fenômeno gradual em todas as sociedades complexas. Há setores do ordenamento jurídico nas quais há mais estabilidade e previsibilidade, e outros suscetíveis de dinâmica interpretativa mais complexa, que propicia uma nova dimensão à formalidade inerente ao direito. Em suas palavras:

[...] la previsibilidad que el derecho debe proporcionarnos no es sólo una propiedad graduable, que puede darse em mayor o menor medida, sino también “compleja”, em el sentido de que se proyecta em diversas dimensiones. Una de ellas, a la que acabamos de hacer referencia, seria la dimensión objetiva, que se ocupa por determinar qué nos permite prever el Derecho. Pero junto a ella, hay también una dimensión subjetiva que seria la que se refiere a quién puede prever. El grado de previsibilidad dependerá aquí de qué individuos estén en situación de poder llevar a cabo las previsiones. Si distinguimos – como hizo Llewellyn (1933, p. 58) – entre la seguridad de los legos y la seguridad de los juristas, habria que admitir que la primera no depende tanto de una predeterminación total del contenido de las decisiones judiciales em reglas jurídicas preexistentes. Lo que permite orientarse a la población em general, y lo que por tanto contribuye a generar la previsibilidad necesaria para que puedan desarrollar satisfatoriamente sus planes de vida, es fundamentalmente la capacidad de

reconocer los principios que subyacen a las reglas y, em último término, la congruencia entre las normas jurídicas y los modos de vida. (LIFANTE, 2018, p. 224).

A partir da lição destacada, pode-se dizer que previsibilidade e estabilidade não são uma exigência, apenas, dos agentes econômicos. Tanto o empresário quanto a empregada doméstica, citados no início deste trabalho, devem ter a segurança jurídica de que estão realizando operações vantajosas. E o direito deve garantir que os agentes econômicos, que oferecem serviços e produtos no mercado, observem as diferentes capacidades de compreensão dos contratantes.

Um ambiente negocial envolvendo duas partes informadas e devidamente assistidas ensejam menos turbulências contratuais e propicia uma regulação mais estável. Nos contratos paritários, diante da igual situação negocial, busca-se a intenção das partes para dirimir conflitos ou incidentes contratuais, art. 112 do CC/2002. Aqui, há mais previsibilidade e estabilidade. Mesmo nos contratos consumeristas, como no caso do empresário de férias em Cancún orientado pelo seu contador e por sua gerente, a quantidade de informações e o comportamento da preposta do banco, de antecipar as vantagens ou desvantagens de tal contratação, permite que se saiba exatamente os efeitos econômicos da relação negocial que está prestes a entabular.

Noutros ambientes, em que novos mecanismos contratuais propiciam a massificação dos contratos com o uso da tecnologia disponível, a previsibilidade e estabilidade dependerão de uma boa regulação e do comportamento dos agentes econômicos envolvidos nas negociações. Aqui, pode-se pensar no caso da senhora abordada no calçadão de Belo Horizonte. Ela recebeu algumas in-

formações da preposta. Acreditou que a negociação seria algo positivo para seu patrimônio e que conseguiria resolver seus problemas financeiros. Mas ela não conseguiu entender, ao certo, a complexa operação de renegociação retratada nos termos e condições contratuais que aderiu como quatro “cliques” e uma *selfie*.

Em ambientes nos quais pessoas vulneráveis possuem dificuldades de contratação por meio da tecnologia disponível, é preciso que se criem cautelas que assegurem o consentimento livre, informado e inequívoco. Aqui é preciso ter em consideração a segurança jurídica, da perspectiva do indivíduo concreto que adere a contratos de massa, ou seja, a segurança jurídica, aqui, deve ser da perspectiva dos leigos. E cabe aos agentes econômicos adotar boas práticas, que não se resumem à perspectiva mais rápida e lucrativa. Rapidez e simplificação do ambiente negocial é uma exigência dos agentes econômicos, que, entretanto, devem desenvolver ferramentas que forneçam as informações necessárias às diversas situações que circundam os interessados no crédito.

Um ambiente negocial bem regulado, preocupado com a proteção de vulneráveis trará mais previsibilidade e estabilidade para os contratos entabulados, bem como para as partes envolvidas, na medida em que todos disporão das informações contratuais adequadas para um consentimento claro, inequívoco e informado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) manifestou preocupação com o volume de processos relativos a fraudes em empréstimos consignados. Segundo levantamento feito no âmbito do referido tribunal, no ano de 2019, havia 2,2 mil processos relativos a fraudes em empréstimos consignados. No ano de 2021, 6 mil processos. Por fim, no ano de 2022, esse número já havia sido superado. A facilitação da contratação de empréstimos

consignados, a terceirização do serviço de oferta para milhares de financeiras conveniadas e a natural dificuldade de os idosos valerm-se da tecnologia disponível, criou um ambiente ideal para fraudes bancárias, ou o uso abusivo da oferta de crédito.

O caso de empréstimos consignados contratados por idosos, que são hipervulneráveis por acumularem a condição de consumidor e idoso, aponta para a dificuldade de se precisar o consentimento informado nesses casos. Se a boa-fé objetiva impõe uma reflexão sobre os contratos paritários regidos pelo Código Civil, nos contratos consumeristas, tal reflexão é o resultado de diversos dispositivos legais.

Para além do dever anexo de proteção, decorrência do princípio da boa-fé objetiva que informa os contratos paritários regidos pelo CC, no regime do CDC, há diversas regras expressas que pretendem oferecer mais segurança aos hipervulneráveis. Destacam-se o art. 54, “c” (vedação do assédio ao consumidor, especialmente o idoso); o art. 54, “d” (informação prévia e adequada dos termos do contrato); e o art. 54, “g” (recusa de entregar cópia do contrato em papel ou em suporte equivalente).

Do conjunto de tais disposições, infere-se que, na fase pré-contratual, é dever do fornecedor de crédito: impedir o assédio a pessoas idosas; informar corretamente mediante entrega do contrato escrito ou em outro suporte permanente; bem como, desenvolver abordagens de oferta de crédito específicas para o idoso. O conjunto de tais diretivas praticamente inviabiliza, do jeito que está, o modelo atual de “terceirização” da oferta de empréstimos consignados por agentes cadastrados. Com efeito, se não inviabiliza, aumenta o ônus e a carga probatória dos fornecedores quando demandados em juízo, cabendo às instituições financeiras

a prova da contratação de tais empréstimos, na linha do que vem decidindo o STJ (Resp. nº 1.846.649/MA, Segunda Seção do STJ. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze).

Diante da enorme dificuldade da aferição do consentimento dos empréstimos consignados fora dos estabelecimentos bancários, o estado da Paraíba fixou a obrigatoriedade de assinatura física mesmo na contratação eletrônica de empréstimos consignados por idosos. O texto foi impugnado pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro-CONSIF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.027/Paraíba, Rel. Min. Gilmar Mendes, mas o STF entendeu que se trataria de competência concorrente dos entes federados para estabelecer a proteção do consumidor, convalidando o referido texto legislativo.

No Estado de Minas Gerais e no Município de Belo Horizonte, na linha da regulação criada pela Lei da Paraíba, tramitam, respectivamente, os Projetos de Lei nº 2.756/2021 e 374/2022, que também pretendem exigir assinaturas físicas mesmo nos contratos entabulados por telefone ou por aplicativo de celular.

A referida exigência pretende interferir no ambiente que propicia fraudes, é dizer: atividade terceirizada; informações insuficientes (quatro cliques e uma *selfie*); e completa ausência de vestígios reais de um consentimento esclarecido, livre e inequívoco. A exigência de assinatura física nestes casos não impede a contratação de serviços e produtos com a utilização da tecnologia disponível.

Não se pretende infantilizar os idosos presumindo-se sua pouca capacidade cognitiva para entabular negócios jurídicos. O que se pretende é reduzir o uso abusivo da contratação eletrônica em sintonia com as melhores práticas e as diretrizes normativas do

CDC. Como já sustentado, proteger o consentimento de pessoas capazes é não só possível como recomendável. Exigir capacete dos motociclistas ou exigir a contratação física de empréstimos consignados são medidas que protegem os destinatários de tais normas de suas próprias decisões imprudentes.

5 CONCLUSÃO

O dirigismo contratual e a imposição de deveres contratuais, como regra, ofende a livre iniciativa e pode redundar em um perfeccionismo legislativo pernicioso, que pretende dizer as pessoas como viver uma vida boa. O excesso de normas protecionistas infantiliza os protegidos. O processo de assimilação dos povos originários ilustra o ponto.

Decotada a perspectiva excessiva, pode-se pensar em um modelo compatível com a autonomia individual que propicie intervenção limitada a corrigir falhas do mercado e que permita o acesso seguro de pessoas vulneráveis à utilização racional da tecnologia disponível.

Viver em um Estado Democrático de Direito importa na consideração de todos os integrantes da comunidade política como pessoas livres e iguais, devendo ser tratadas dessa forma. Nesse ambiente normativo, quando tudo vai bem, o indivíduo deve ter assegurado o direito de exercer sua autonomia privada livre de interferências ou dirigismos contratuais que impeçam o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Sustenta-se, por outro lado, diretriz normativa que proteja pessoas hipervulneráveis nos casos de contratos eletrônicos. O direito deve intervir nesses casos para equilibrar os polos da relação contratual. Trata-se de uma incidência da necessidade de tratamento desigual para situações desiguais.

Não se trata de infantilizar o contratante idoso, tal como revela a preocupação do precedente do TJMG. Ao contrário, trata-se de incluí-lo na crescente utilização da tecnologia, com segurança, bem como de protegê-lo de práticas predatórias que vêm causando transtornos para todos os envolvidos em tais contratações, bem como ao Poder Judiciário, para onde fluem as controvérsias sobre esse tipo de contratação.

Nos contratos paritários, regidos pelo CC/2002, permite-se ampla utilização de meios tecnológicos atendendo-se aos diversos fins econômicos perseguidos pelos contratantes. Trata-se de uma injunção do contexto atual do mercado financeiro. Como ressaltado, em caso de dúvida, a intenção das partes joga luzes sobre o caminho a seguir.

O precedente que reconhece a validade de contratos eletrônicos do TJMG, bem como o precedente da 3ª Turma do STJ, confirma a possibilidade e a conveniência deste tipo de contratação, a reclamar um novo olhar para o consentimento eletrônico. Entretanto, o citado precedente do TJMG não levou em consideração as novas diretrizes dos arts. 54, “c”, “d” e “g” do CDC, que minudenciaram a proteção que deve ser dispensada ao idoso e passaram a compor o direito consumerista.

Também, após o referido acórdão, o STF reconheceu a constitucionalidade de norma que exige assinatura física mesmo nas contratações eletrônicas de empréstimos consignados no

estado da Paraíba. Nesse precedente, reconheceu-se que normas protetivas corrigem falhas do mercado e procuram amenizar distorções não percebidas inicialmente pelos agentes reguladores do mercado financeiro.

O empresário e a empregada doméstica devem gozar da mesma tranquilidade. Devem estar certos de que o consentimento eletrônico será vantajoso e vai incrementar algum aspecto de sua existência. Para que situações tão desiguais propiciem as almejadas previsibilidade e estabilidade, deve a facilitação negocial vir acompanhada de salvaguardas que demonstrem igual respeito e consideração aos envolvidos, tanto em contratos paritários quanto em contratos regidos pelo CDC.

Por fim, tem-se que a contratação eletrônica transfere para o agente econômico uma grande carga probatória para comprovar sua boa-fé objetiva na fase pré-contratual. Os elementos disponíveis, diante de sua singeleza (quatro cliques e uma *selfie*), não garantem que o contratante foi informado sobre todos os aspectos do negócio que está prestes a concluir.

Cabe ao órgão regulador e aos agentes econômicos propiciarem meios seguros de contratação para que todos possam ter acesso aos benefícios da tecnologia disponível. Eis o grande desafio. Caso não façam sua parte, todos sabem a quem procurar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.027/ Paraíba. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. *DOU*, Brasília, 19 nov. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=500202&ori=1>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Apelação Cível nº 1.0000.23.009231-4/001. Relator: Des. Fernando Caldeira Brant. *DJe*, Belo Horizonte, 16 mar. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&ototalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0000.23.009231-4/001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Diário. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 e outubro de 1988. *DOU*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta o Código de Defesa do Consumidor. *DOU*, Brasília-DF, 15 mar. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Enunciado nº 170 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. *DOU*, Brasília-DF, 10 jan. 2002a. Disponível em: [https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/302.tipo=PL&num=2756&ano=2021&expr=\(PL.202102756045\[codi\]\)\[txmt\]&utm_source=WhatsApp&utm_medium=Btn-Compartilhar&utm_campaign=Compartilhar](https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/302.tipo=PL&num=2756&ano=2021&expr=(PL.202102756045[codi])[txmt]&utm_source=WhatsApp&utm_medium=Btn-Compartilhar&utm_campaign=Compartilhar). Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002b. Código Civil Brasileiro. *DOU*, Brasília-DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. *DOU*, Brasília-DF, 24 ago. 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Normativo SARB (Sistema de Autorregulação Bancária da Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN) nº 015/2014. Disponível em: https://cmsarquivos.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/4_3%20Normativo%20SARB%20015%20VF%20-%20alterado%20pela%20Delibera%C3%A7%C3%A3o%2022-2019.pdf. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 373/2022. Câmara Municipal de Belo Horizonte. *Câmara Municipal de Belo Horizonte*, 27 jun. 2022. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-proposicoes/projeto-de-lei/374/2022>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2.756/2021. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. *Diário do Legislativo*, Belo Horizonte, 10 de jun. 2021. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/atividade-parlamentar/projetos-de-lei/documento/>?. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Recurso Especial nº 1.495.920/ Distrito Federal. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *DOU*, Brasília-DF, 15 maio 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=78697795&tipo=5&nreg=201402953009&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180607&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Recurso Especial nº 1.846.649/MA. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. *DOU*, Brasília-DF, 09 dez. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&num_processo_classe=1846649. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Recurso Especial nº 1.907.394/MT. Relatora: Min. Nancy Andrighi. *DOU*, Brasília-DF, 04 maio 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205150593/inteiro-teor-1205150603>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Recurso Especial nº 1.954.424. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. *DOU*, Brasília-DF, 10 maio 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201954424>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. *Resolução n. 4.656*, de 26 de abril de 2018, do Banco Central do Brasil. Brasília, 2018. Disponível em: https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/50579/Res_4656_v1_O.pdf. Acesso em: 12 jul. 2023.

CREPALDI, Thiago. Escalada de fraudes no sistema bancário preocupa Tribunal de Justiça de SP. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-27/escalada-fraudes-bancarias-preocupa-tj-sp>. Acesso em: 12 jul. 2023.

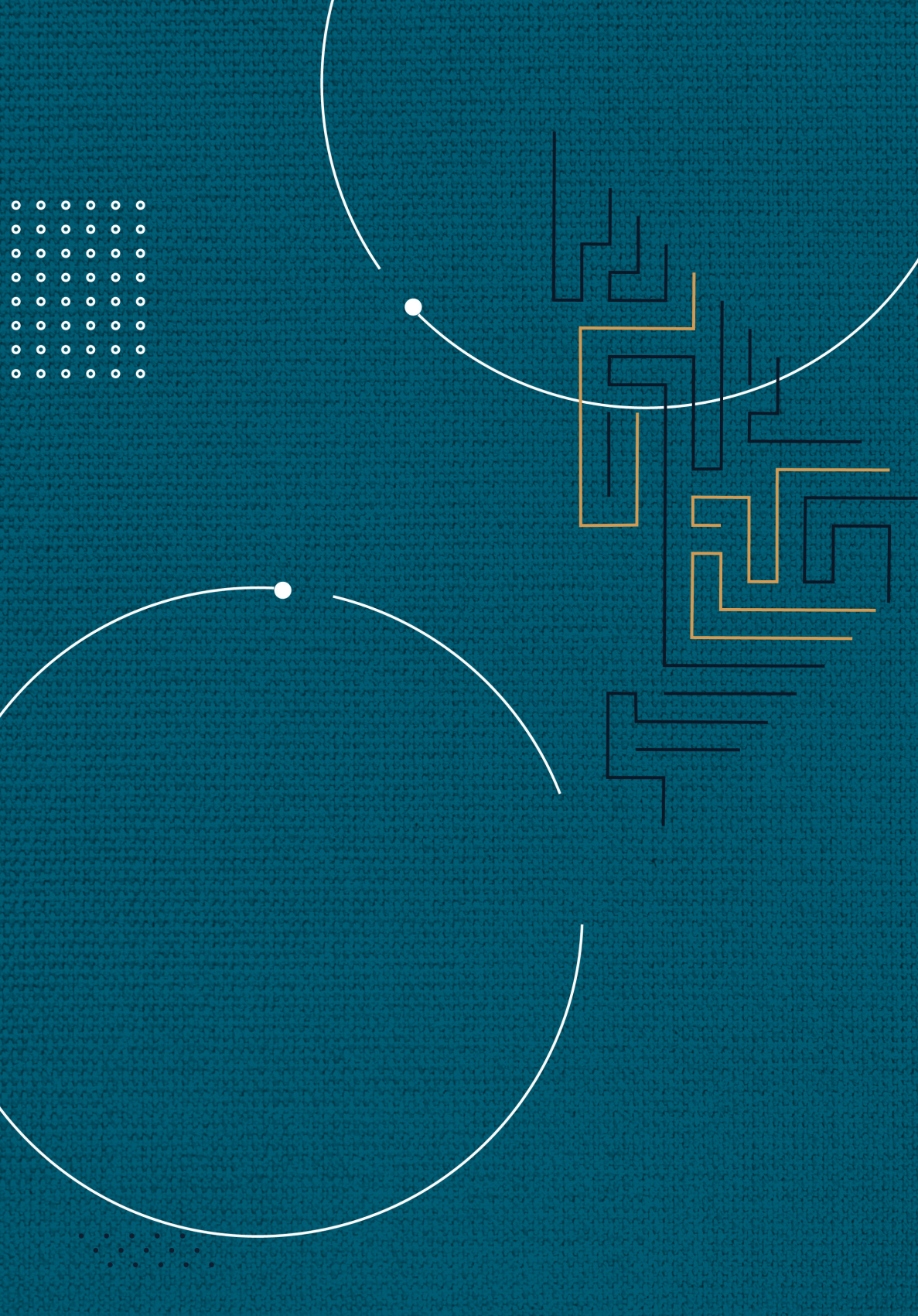
CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. *Relatório Figueiredo: genocídio brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CRUZ, Erica de Souza. Contrato eletrônico tem sua validade reconhecida pelo STJ. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/353994/contrato-eletronico-e-sua-validade-reconhecida-pelo-stj>. Acesso em: 12 jul. 2023.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

VIDAL, Isabel Lifante. *Argumentación e interpretación jurídica*. Valência: Ed. Tirant lo Blanch, 2018.



RELAÇÕES CONTRATUAIS E A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Gustavo Tepedino^{1,2}

RESUMO

A alteração da noção de autonomia repercute profundamente na teoria dos contratos. Na medida em que o espectro e os limites (das categorias e institutos jurídicos, e especialmente) da autonomia atribuída aos particulares não são mais uniformes e abstratos (vontade individual submetida unicamente ao limite negativo da ilicitude), mas dependem dos valores que lhes servem de fundamento (para promoção de interesses socialmente relevantes), verifica-se a funcionalização dos institutos de Direito Civil, notadamente do contrato. Nessa direção, entra em cena o debate acerca do conteúdo e do papel da função social do contrato, no ordenamento jurídico brasileiro, a garantir a adequada incidência normativa a cada arranjo negocial concebido pelas partes, além de ampliar o controle social sobre a atividade econômica, merecedora de proteção na medida em que concretize simultaneamente os interesses patrimoniais de seus titulares e os de toda a coletividade, ou seja, interesses extracontratuais socialmente relevantes. A tais relevantes questões se dedica o presente ensaio.

¹Professor titular de Direito Civil e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Membro titular da Academia Internacional de Direito Comparado e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ). E-mail: gt@tepedino.adv.br.

² O autor agradece vivamente à prof^a. Danielle Tavares Peçanha, mestra em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ, pela pesquisa bibliográfica, interlocução na preparação do trabalho e revisão dos originais.

Palavras-chave: Autonomia privada. Função social. Contrato. Liberdade. Solidariedade.

1 INTRODUÇÃO: a dogmática do Direito Civil — da estrutura à função

Todo negócio jurídico é composto por uma estrutura e uma função. A identificação da função que se pretende alcançar e sua compatibilidade com os valores constitucionais precedem e definem a estrutura a ser utilizada. Não será, pois, a estrutura do negócio, ou seja, o *modus operandi* (os dispositivos do *Código Civil* previstos para determinada tipologia ou modelo), que definirá a função a ser desempenhada, mas, ao contrário, é a função que se pretende desempenhar que indicará a estrutura a ser utilizada diante de determinado arranjo negocial (PERLINGIERI, 1997, p. 60). Tal perspectiva funcional é informada pela tábua axiológica do ordenamento e se associa à utilidade social das relações jurídicas, de modo a justificar a promoção dos interesses socialmente relevantes dos respectivos titulares de direitos. Daqui decorrem diversas consequências para a teoria do direito, em particular, a reformulação das categorias jurídicas em perspectiva funcional (ou dinâmica), que necessariamente requer a sua contextualização histórica e a compreensão da relatividade dos conceitos jurídicos, de acordo com as circunstâncias fáticas – e históricas – em que se inserem.

A análise dos institutos e categorias jurídicas, em perspectiva histórica, funcional e relativizada, estabelece, assim, renovadas bases teóricas que, abandonando o dogmatismo estático do passado, impõem a reconstrução de todo o arcabouço teórico do

Direito privado. Adota-se como dogmática, vale advertir, concepção teórica essencialmente dinâmica, que não se confunde com o dogmatismo, do qual se deve afastar (TEPEDINO, 2021).

Norberto Bobbio (2007), de modo pioneiro, entreviu e estabeleceu bases teóricas para o que consagraria como “função promocional do direito”, o que, em certa medida, redimensiona o debate em torno da função social do contrato ou da propriedade, já que todos os negócios e atividades, analisados em concreto e incidentes sobre bens jurídicos, devem ser compreendidos como projeção de liberdade e responsabilidade. Dessa maneira, autonomia privada e solidariedade convergem e interagem na promoção dos valores que, apreendidos pelo constituinte, definem a identidade cultural da sociedade. Liberdade e solidariedade, portanto, caminham de modo integrado, como binômio inseparável.

Por outro lado, a repercussão da perspectiva funcional mostra-se particularmente intensa na teoria dos bens e dos negócios jurídicos.³ Nessa direção, o aproveitamento racional e funcional dos bens exige esforço especial do intérprete diante do surgimento de novas funções desempenhadas pelos negócios, por conta do desenvolvimento das tecnologias,⁴ suscitando instigantes

³ O Supremo Tribunal Federal examinou, por exemplo, no ano de 2017, a temática em torno do livro eletrônico, com o escopo de determinar se a imunidade tributária, tradicionalmente incidente sobre livros impressos, deveria ser aplicada também aos bens jurídicos em análise. O STF excluía até então a imunidade de uma série de acessórios que não eram exatamente previstos na Constituição como sujeitos a imunidade, como os equipamentos acessórios às publicações e a impressora. A interpretação restritiva da imunidade condiz com sua índole de excepcionalidade. No julgamento em referência, contudo, o STF decidiu, por unanimidade, que o que caracteriza o livro é o seu conteúdo, não seu invólucro, e, portanto, o livro eletrônico, independentemente da base física na qual se insere, deveria ser abarcado pela imunidade tributária constitucional. (BRASIL, 2017).

⁴ Como anotado em outra sede: “Com a evolução científica e tecnológica, novas coisas passam a ser incluídas no mundo jurídico, em número impressionante, tornando-se objetos de situações subjetivas: o *software*, o *know-how*, a informação veiculada pela mídia, os papéis e valores de mercado mobiliário, os elementos utilizados na fertilização assistida, os recursos do meio ambiente, incluindo o ar, mais e mais protegido como in-

controvérsias nos tribunais brasileiros.⁵ Ao analisar a repercussão de tal construção na metodologia do Direito, observou-se, argutamente, que “a atividade interpretativa necessariamente envolve valores – e, portanto, é necessário revelá-los –”, tornando-se, por isso mesmo, indispensável “priorizar, na análise de um instituto, seu perfil funcional, seus efeitos, passando, assim, do *como ele é* para o *para que ele serve*” (KONDER, 2010, p. 33-75). Tal perspectiva funcional, se por um lado impõe a identificação e qualificação dos negócios jurídicos, a partir de sua função prático-social,⁶ por outro lado, subordina-se à promoção da utilidade social da atividade econômica e da autonomia privada.⁷

teresse difuso, dentre outros. A cada dia surgem novos bens jurídicos, ganhando significativa importância a distinção entre bens materiais, formados por coisas corpóreas, e os bens imateriais, constituídos por coisas incorpóreas que passam a integrar, quotidianamente, o patrimônio das pessoas” (TEPEDINO, 2006, p. 135-146).

⁵ Conforme observado anteriormente, ainda quanto ao livro eletrônico: “Por desempenhar a mesma finalidade e função, o livro eletrônico é modalidade contemporânea de livro, a atrair as mesmas normas que disciplinam o livro impresso, do qual somente se distingue pelo modo de consulta e de acesso ao seu conteúdo. Nesta perspectiva, o conceito de livro não pressupõe o papel, podendo apresentar diversas formas de exteriorização, desde que se preservem a sua finalidade e função.” (TEPEDINO, 2015, p. 269-287).

⁶ A designação de causa ou função prático-social, ou ainda função prático-individual, é utilizada pela doutrina para designar a causa *in concreto*, ou seja, no específico negócio que se pretende qualificar, e não somente a função do tipo negocial em abstrato, conforme previsto pelo legislador. Ao propósito, como leciona Pietro Perlingieri, “a função é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante. A razão justificadora é ao mesmo tempo normativa, econômica, social, política e por vezes também psicológica (assim é, por exemplo, em muitos atos familiares com conteúdo não patrimonial). É necessária uma avaliação circunstanciada e global do fato. Avaliação e qualificação são uma coisa só, porque o *fato se qualifica com base na função prático-social que realiza*.” (PERLINGIERI, 2002, p. 96, grifo nosso).

⁷ Como destacado pela doutrina italiana, o negócio é tutelado por atender não somente o interesse do titular, mas também por atender o interesse da coletividade (PERLINGIERI, 2002, p. 106-107). Para o autor: “*ogni fatto è giuridicamente rilevante, ma la sua attitudine ad incidere sulla realtà dipende dalla valutazione che di esso esprime il sistema normativo*” (PERLINGIERI, 1997, p. 429). Em tradução livre: “qualquer fato é juridicamente relevante, mas a sua aptidão para incidir na realidade depende da valoração que lhe imprime o sistema normativo”.

Trata-se de expressão do princípio da solidariedade social, que se traduz, entre suas mais relevantes manifestações, na concepção de função social dos contratos e da propriedade.⁸ Particularmente no âmbito dos contratos, avulta a necessidade de identificar a função perseguida em cada negócio *in concreto*, “de forma a aferir mais cuidadosamente se há compatibilidade com aqueles interesses em razão dos quais a própria liberdade de contratar é tutelada” (KONDER, 2010, p. 34).

Em tal cenário, e tendo em conta o desmedido apego à dogmática tradicional – estática e essencialmente estrutural – por grande parte da parte da civilística brasileira do século passado, não foi sem polêmica que o tema da função social se desenvolveu no Brasil. Embora o princípio tenha sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República de 1967, por meio da função social da propriedade, e há mais de cinquenta anos fosse objeto de estudo por parte da doutrina italiana, no Brasil, o princípio, inicialmente, apresentou tímidos contornos, associado à ciência política ou ao plano metajurídico. Com efeito, a função social, sob a ótica individualista característica das codificações oitocentistas, não era entendida como princípio jurídico, reduzido à genérica admissão do papel que o contrato e a propriedade deveriam desempenhar no fomento às trocas e à prática comercial como um todo.⁹

⁸ Sobre a necessária interação interpretativa entre a função prático-individual e a função social dos contratos, v. KONDER, 2010, p. 33-75.

⁹ A longa transição da função social do plano filosófico para a ciência jurídica pode ser percebida em Orlando Gomes: “A função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica. Sustenta-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social. Em consequência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil.” (GOMES, 2019, p. 20).

Provavelmente por tal circunstância histórica, arraigada intensamente à cultura jurídica dominante – associada ao excessivo apego à técnica regulamentar –, a função social afigura-se tema até hoje polêmico. Note-se que nem mesmo o advento do *Código de Defesa do Consumidor*, que deu ensejo a acalorado debate acerca da boa-fé objetiva, suscitou o aprofundamento da discussão sobre a função social. De fato, a categoria somente passou a ser objeto de maior reflexão a partir de sua introdução no art. 421 do *Código Civil* de 2002, em cuja redação original se lia: “A liberdade de contratar será exercida *em razão* e nos limites da função social do contrato”.

Mostram-se eloquentes as severas críticas sofridas pelo dispositivo, que resultaram na supressão da expressão “*em razão de*”, pela Lei n. 13.874 de 2019,¹⁰ conferindo-lhe a redação atual: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. A aludida alteração legislativa denota a injusta preocupação, por parte da doutrina liberal, quanto à possível contaminação dos fundamentos da liberdade de contratar, a qual, segundo seus autores, seria conceito pré-jurídico associado à liberdade humana, à qual ao codificador seria dado tão somente reconhecer e limitar.

2 DEBATE ATUAL ACERCA DO CONTEÚDO E ALCANCE DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Com o acolhimento pelo codificador civil da função social do contrato, acirraram-se as divergências doutrinárias, sendo possível identificar, *grosso modo*, três principais correntes que buscaram delimitar o conteúdo e alcance do instituto.

¹⁰ Para análise da lei e das mudanças por ela implementadas nos dispositivos do Código Civil, permita-se remeter a TEPEDINO, 2020, p. 487-514.

A primeira delas sustenta que a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação de política legislativa, que revela sua importância em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas, tais como a resolução por excessiva onerosidade (CC, art. 478), a lesão (CC, art. 157), a conversão do negócio jurídico (CC, art. 170), a simulação como causa de nulidade (CC, art. 167), e assim por diante.¹¹

Como se vê, tal posição acaba por esvaziar a importância da função social, uma vez que esta se expressaria por meio de institutos já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento, prescindindo, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma. Assim, acabar-se-ia interpretando a Constituição à luz do *Código Civil*, vale dizer, o princípio da função social, de matriz constitucional, à luz da disciplina (conferida pelo legislador infraconstitucional) dos diversos institutos codificados, reduzindo a sua relevância, já que os demais institutos, por estarem suficientemente regulados, dispensariam a sua existência.

¹¹ Assim, conforme Humberto Theodoro Júnior, “a lei prevê a função social do contrato, mas não a disciplina sistemática ou especificamente. Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 93). E remata: “O grande espaço da função social, de certa maneira, deve ser encontrado no próprio bojo do Código Civil, ou seja, por meio de institutos legalmente institucionalizados para permitir a invalidação ou a revisão do contrato e assim amenizar a sua dureza oriunda dos moldes plasmados pelo liberalismo. Parece, portanto, que a função social vem fundamentalmente consagrada na lei, nesses preceitos e em outros, mas não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio instituto do contrato. O campo propício ao desempenho da função social, assim como à realização da equidade contratual é o da aplicação prática das cláusulas gerais com que o legislador definiu os vícios do negócio jurídico, os casos de nulidade ou de revisão. Seria pela prudente submissão do caso concreto às noções legais com que o Código tipificou as hipóteses de intervenção judicial do contrato que se daria a sua grande adequação às exigências sociais acobertadas pela lei civil” (p. 106).

A segunda corrente de pensamento afirma que a função social do contrato expressa o valor social das relações contratuais, enaltecendo a importância dessas relações na ordem jurídica. Tal concepção, nesta esteira, concebe a função social do contrato como forma de reforçar a proteção do contratante, mesmo em face de terceiros, alçando-a a fundamento de tutela na lesão contratual provocada por terceiro cúmplice. Dito por outras palavras, a função social do contrato imporia aos terceiros o dever de colaborar com os contratantes, de modo a respeitar a situação jurídica obrigacional anteriormente constituída da qual têm conhecimento. Assim, o princípio da relatividade dos contratos seria lido e interpretado à luz do princípio da função social dos contratos.¹²

Todavia, a despeito da relevância do “valor social da livre iniciativa”, um dos fundamentos constitucionais da República (art. 1º, IV, C.F.), esta posição acaba por reduzir a função social a instrumento adicional de garantia da posição contratual, sem se dar conta de que a função social se destina, a rigor, a impor deveres aos contratantes – e não o contrário. Tal orientação, portanto, desvirtua o princípio da função social, em favor dos interesses patrimoniais contidos na avença contratual, já suficientemente tutelados.¹³

¹² Negreiros (2006, p. 244) sintetiza: “A partir de agora, o princípio da relatividade será enfocado, sempre à luz da função social do contrato, mas não mais a propósito da extensão da responsabilidade em favor de um terceiro e, sim, a propósito da responsabilidade do terceiro que contribui para o descumprimento de uma obrigação originária de um contrato do qual não seja parte”.

¹³ Como observado em outra sede, o princípio não há de representar a “ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinhará a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato.” (TEPEDINO, 2006, p. 241-274). E, na mesma direção, destaca-se: “A função social não se presta, portanto, à tutela dos interesses de qualquer dos contratantes, ainda que técnica ou economicamente mais fraco. [...] A função social está para o interesse da sociedade assim como a função econômica está para o interesse das partes, cuja promoção se garante por instrumentos próprios, como a boa-fé objetiva e o equilíbrio das posições contratuais.” (TERRA, 2017, p. 95-113).

Em outras palavras, tal posição doutrinária acabaria por transformar o instituto em – mais um – instrumento de constituição de direitos para os contratantes, e não já de deveres, o que desvirtuaria a própria perspectiva funcional na qual o contrato deve estar inserido (TEPEDINO *et al.*, 2023). (Deste modo, verifica-se que a responsabilidade do terceiro cúmplice não encontra fundamento no princípio da função social, uma vez que os interesses em questão se restringem à esfera privada e patrimonial dos contratantes, não já aos interesses extracontratuais socialmente relevantes.¹⁴

Já a terceira linha de entendimento mencionada concebe a função social do contrato como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, alcançados pelo contrato.¹⁵

¹⁴ Com efeito, é o princípio da boa-fé objetiva, não já a função social do contrato, o fundamento para a proteção do crédito em face de terceiros: “[...] o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Por isso mesmo, fundamenta-se na boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros, não já no princípio da função social.” (TEPEDINO, 2006, p. 251).

¹⁵ “Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio-ambiente, às relações de trabalho.” (TEPEDINO, 2006, p. 3-20).

3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E ORDEM PÚBLICA

Mostra-se, de fato, consentânea com a legalidade constitucional, a percepção de que o princípio da função social do contrato impõe aos contratantes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica. Desse modo, a função social amplia para as relações patrimoniais entre particulares a noção de ordem pública. A função destina-se à promoção de valores inderrogáveis para cuja promoção se justifica a imposição de preceitos inafastáveis pela vontade das partes. Por isso mesmo, dispõe o parágrafo único do art. 2.035 do *Código Civil* que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Na perspectiva funcional assim delineada e acolhida pelo *Código Civil*, de acordo com a função que a situação jurídica desempenha, serão definidos os poderes atribuídos ao titular do direito subjetivo e das situações jurídicas subjetivas. De outra parte, os interesses patrimoniais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida que interesses socialmente relevantes, visto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. A proteção dos interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública contratual. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos).

Nessa esteira, o princípio da função social dos contratos enseja a mitigação da relatividade dos contratos, ou a relativização da relatividade,¹⁶ por meio da imposição de deveres aos contratantes, não devendo ser entendido como mera ferramenta para ampliação das garantias contratuais, na hipótese de lesão contratual provocada por terceiro cúmplice – o que seria um contrassenso.

Tal visão costuma gerar reações de duas espécies. A primeira é que esta perspectiva funcional seria contrária à liberdade individual. O sentido técnico de função, contudo, decorre da tábua axiológica constitucional, que associa visceralmente as relações patrimoniais a valores existenciais. Significa dizer que, longe de teorias comunitárias de matrizes autoritárias, que subordinaram, ao longo da história, as liberdades individuais a interesses supraindividuais ou estatais, a função social, no ordenamento jurídico brasileiro, impõe ao exercício das relações patrimoniais deveres indispensáveis à promoção da pessoa humana. Igualdade, solidariedade e justiça distributiva, portanto, são princípios constitucionais que enaltecem a liberdade – de todos – e visam à redução das desigualdades regionais e sociais, à sustentabilidade e à dignidade humana. A invocação da função social, portanto, não comprime a liberdade, reduzindo-a quantitativamente, mas serve-lhe de contorno qualitativo à luz dos valores constitucionais.

A segunda reação à funcionalização das situações jurídicas subjetivas pretende preservar a autonomia privada como uma garantia pré-legislativa, apenas reconhecida pelo constituinte, como tradução das liberdades individuais.

¹⁶ Cf., para ampla análise do tema: KONDER, 2019, p. 81-100.

Assim, os limites à liberdade de contratar jamais poderiam ser essenciais ou internos ao negócio, mas, ao contrário, seriam sempre externos, contrapondo à liberdade os interesses de ordem pública. Nessa ótica individualista, uma vez respeitados os limites externos pontuais fixados pelo Estado-legislador, a atividade contratual poderia desenvolver-se livre de qualquer restrição ou condicionamento. Ou seja, uma vez considerado válido o ato jurídico – porque não colidente com as normas imperativas de intervenção – os contratantes disporiam de uma espécie de salvo-conduto, que lhes daria a prerrogativa de exercerem a liberdade contratual em termos qualitativamente absolutos, embora quantitativamente delimitados.

Tais objeções, contudo, referem-se a conceito de função inteiramente defasado do sistema constitucional brasileiro. O recurso à função social deve revelar o mecanismo dinâmico de vinculação das estruturas do direito, em especial dos fatos jurídicos, dos centros de interesse privado e das relações jurídicas, aos valores da sociedade consagrados pelo ordenamento, a partir de seu vértice hierárquico, o texto constitucional. Por isso, a função consiste em elemento interno e razão justificativa da autonomia privada. Não para subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supraindividuais, mas para instrumentalizar as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, permitindo o controle dinâmico e concreto da atividade privada.

Torna-se fundamental, nessa direção, a releitura dos conceitos e categorias do Direito civil a partir dos preceitos constitucionais, pois “as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora

do sistema.” (TEPEDINO, 2006, p. 1.137-1.142).

Se assim é, nos termos do art. 421 do *Código Civil*, toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social. Como ocorrido em relação à propriedade, opera-se uma transformação qualitativa do contrato, que passa a consubstanciar instrumento para a concretização das finalidades constitucionais (TEPEDINO, 2006, p. 10). Dessa feita, a função social – elemento interno do contrato – impõe aos contratantes a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional.

Busca-se, nessa direção, tutelar com o contrato não apenas os interesses dos contratantes, mas, também, o interesse da coletividade.¹⁷ Como sublinhado em doutrina,

em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. (PERLINGIERI, 2002, p. 226).

Ilustrativamente, no caso das relações de consumo, a função intrínseca à destinação dos bens a seu destinatário final, o consumidor, que se encontra em posição de vulnerabilidade, define a disciplina jurídica a ser aplicada, diferentemente da normativa aplicável às relações paritárias.

¹⁷ “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade” (PERLINGIERI, 2002, p. 121).

A partir da análise funcional do contrato e dos direitos subjetivos, a grande dicotomia do Direito privado deixa de ser baseada na estrutura dos direitos subjetivos – como ocorre na distinção entre direitos reais e obrigacionais –, dando lugar à distinção funcional entre as relações patrimoniais e existenciais.¹⁸ Tais relações são dicotômicas porque desempenham funções díspares, promovendo valores distintos, de maneira a atrair, por conseguinte, disciplinas diferenciadas.

Além disso, a autonomia privada não pode mais ser concebida como direito subjetivo absoluto, o qual sofreria restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República.

4 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.874/2019 NO ART. 421 DO CÓDIGO CIVIL. PROJEÇÕES DA FUNÇÃO SOCIAL ENTRE LIBERDADE E SOLIDARIEDADE.

A chamada Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, não ofereceu contribuição consistente para a pretendida objetivação da noção de função social dos contratos. Na nova redação do *caput* do art. 421, lê-se: “A liberdade contratual será exercida nos limites

¹⁸ “De um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos [...]. No ordenamento dito privatístico, encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário” (PERLINGIERI, 2002, p. 106).

da função social do contrato”. Inseriu-se, ainda, parágrafo único, segundo o qual, “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. O intuito do legislador parece ter sido a preservação do contrato imune à valoração subjetiva pela magistratura, relançando a autonomia privada. Todavia, como já se pôde observar, a função social do contrato tem fundamento na Constituição da República, e a nova redação evidentemente não possui o condão de afastar o controle de utilidade social das relações patrimoniais, incidente sobre o conteúdo do contrato.¹⁹

A alteração promovida pela referida lei, nessa direção, parece ignorar o deslocamento assistido pelo Direito civil de seus princípios fundantes para a Constituição, em contexto de profunda transformação social, em que a autonomia privada, embora altamente prestigiada pelo sistema, passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública.

Como antes realçado, propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da Constituição brasileira de 1988 (TEPEDINO *et al.*, 2016, p. 227-248).

A proteção das vulnerabilidades deflagrou intervenção específica destinada à redução das desigualdades, seja nas relações de consumo e nos contratos de massa, seja no exercício do direito de propriedade e do controle das empresas, seja no seio das entidades familiares e de todas as relações contratuais. Informado pelos princípios da solidariedade social e igualdade substancial, o

¹⁹ Nessa mesma direção, KONDER, 2019, p. 5-22.

Direito civil preocupa-se com a pessoa humana, e não mais com o sujeito de direito abstrato, anônimo e titular de patrimônio. A pessoa humana, portanto, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social da atividade desenvolvida e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do Direito privado.²⁰

Da mesma forma, a autonomia privada, informada pelo valor social da livre iniciativa, encontra limites não somente negativos (art. 170, parágrafo único, CR), como positivos, vinculando o seu titular à promoção de valores, fundamentos e objetivos fundamentais da República.²¹ Em consequência, no exercício da autonomia privada, de acordo com a função que a situação jurídica subjetiva desempenha, serão definidos os poderes atribuídos ao seu titular e tuteladas as pretensões individuais dos titulares da atividade econômica que promovam, concomitantemente, interesses socialmente relevantes (socialização das situações jurídicas subjetivas) (PERLINGIERI, 2002, p. 106-107).

²⁰ Na preciosa lição do Professor Stefano Rodotà, trata-se de promover a compatibilidade entre o sujeito abstrato e o reconhecimento das diferenças, sempre funcionalizados à tutela da dignidade humana, vale dizer, *“il soggetto non si presenta più come compotto, unificante, risolto. È, più che problema, enigma. Si fa nomade. Esprime una realtà frantumata e mobile. Non è approdo, ma processo”* (RODOTÀ, 2012, p. 147). Tradução livre: “o sujeito não se apresenta mais como um compacto, unificante, explicado. É, mais que problema, enigma. Faz-se nômade. Exprime uma realidade fragmentada e móvel. Não é chegada, mas processo.” E, nessa mesma direção, já se afirmou em outra sede acerca da necessidade de compatibilização entre as duas construções (sujeito e pessoa): “o primado da dignidade humana comporta o reconhecimento da pessoa a partir dos dados da realidade, realçando-lhe as diferenças, sempre que tal processo se revelar necessário à sua tutela integral. A abstração do sujeito, de outra parte, assume grande relevância nas hipóteses em que a revelação do dado concreto possa gerar restrição à própria dignidade, ferindo a liberdade e a igualdade da pessoa.” (TEPEDINO, 2016, p. 17-35).

²¹ “Significa dizer que a livre iniciativa, além dos limites fixados por lei, para reprimir atuação ilícita, deve perseguir a justiça social, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais e com a promoção da dignidade humana. A autonomia privada adquire assim conteúdo positivo, impondo deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade” (TEPEDINO, 2014).

Por isso mesmo, em que pese à alteração realizada pelo legislador ordinário, a função social permanece consistindo em elemento interno da liberdade contratual. A legitimidade de tal perspectiva funcional depende, assim, fundamentalmente da aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas, como núcleo normativo hierarquicamente superior e prevalente na unificação do sistema.²² Evita-se, assim, que os princípios constitucionais possam ter a sua força prescritiva desintegrada em favor de regras infraconstitucionais, dotadas de maior densidade normativa (detalhamento regulamentar).²³

Caracteriza-se, nesse sentido, transformação qualitativa do contrato, o qual, unindo liberdade e solidariedade, passa a consubstanciar instrumento para a concretização da legalidade constitucional. (TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2023, v. 3, p. 37). A autonomia privada, embora valiosa e fundamental ao sistema, não poderia ser concebida como princípio absoluto, livre do controle axiológico da Constituição da República, como parece pretender declarar, ingenuamente, a Lei nº 13.874/2019. Ao revés, há de ser compreendida a partir da associação com outros valores constitucionais, não havendo espaço de subjetividade imune ao raio de incidência do ordenamento jurídico, unitário e complexo. Sob esse prisma, a autonomia privada molda-se a princípios e

²² “A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e, todavia, não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores” (PERLINGIERI, 2002, p. 12).

²³ Torna-se fundamental, por isso mesmo, a releitura dos conceitos do direito privado (não somente à luz, mas) incorporados aos valores constitucionais, afirmando-se nessa direção que “as normas constitucionais se afiguram parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, com notável capacidade de reunificação do sistema (TEPEDINO, 2006, p. 1.137-1.142).

valores aos quais se subordina.²⁴

Por outro lado, o parágrafo único do art. 421 do *Código Civil* estabelece “o princípio da intervenção mínima” e consigna a excepcionalidade da revisão contratual. A rigor, não se trata de reduzir a intervenção nos contratos, ou declarar a sua natureza excepcional, mas de conter a atuação judicial aos princípios e valores da ordem pública constitucional. Do ponto de vista técnico, não existe, na ordem jurídica, o chamado princípio de intervenção mínima (TEPEDINO *et al.*, 2020, p. 487-514). Ao contrário, há um conjunto de pressupostos e requisitos, autorizados pela Constituição da República e incorporados ao *Código Civil*, para a intervenção judicial. De outra parte, a revisão e a resolução contratual encontram-se previstas nos arts. 317 e 478 do *Código Civil*, sendo esses os parâmetros norteadores da intervenção judicial nos contratos e que a tornam, só por si, pelo rigor dos requisitos ali previstos, limitada e excepcional.²⁵ Ou seja, a previsão de excepcionalidade da revisão contratual nada adicionou ao

²⁴ Nessa direção, ressalta Pietro Perlingieri: “Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções que merecem tutela e são socialmente úteis [...] a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais” (PERLINGIERI, 2002, p. 18-19 e 277). Na mesma direção, em outra sede, cfr. TEPEDINO *et al.*, 2023, p. 53.

²⁵ Ao propósito, alude-se em doutrina que a mudança legislativa, na tentativa de combater, de forma repetida e redundante, o perigo de intervenção estatal de modo discricionário nas relações contratuais acabou produzindo verdadeiro “efeito placebo sobre as inseguranças das intervenções estatais no campo dos contratos”. Vale dizer, “afirmar isso sem indicar critérios para identificar quando se está diante da excepcionalidade poder ser inútil, inclusive, porque, reconheça-se, um dos poucos estudos quantitativos existentes já indica que, na prática, a revisão dos contratos é excepcional. Com efeito, limitar-se a prever a excepcionalidade da intervenção cria para os contratantes uma loteria às avessas: enquanto alguns podem ser sorteados para serem vítimas da exceção arbitrária, outros, que talvez merecessem a intervenção dependendo dos critérios adotados, cairiam na regra geral.” (KONDER; COBBET, 2019, p. 5-22). Também em crítica às alterações promovidas pelo legislador no art. 421 do Código Civil: SOUZA, 2019, p. 1-53.

ordenamento, uma vez que os requisitos exigidos para tanto permanecem os mesmos. Não se trata de impedir posições de vantagem (ou alocações de risco) estabelecidas consensualmente pelas partes, mas de coibir desproporções contingenciais que não merecem tutela do ordenamento.²⁶

5 CONCLUSÃO

O debate acerca do conteúdo e papel da função social do contrato, no ordenamento jurídico brasileiro, insere-se no âmbito do processo de funcionalização dos fatos jurídicos, impondo-se ao intérprete, por um lado, qualificar os modelos contratuais, a partir da função prático-social pretendida em determinada atividade negocial. A qualificação em concreto das situações jurídicas subjetivas, a partir de sua função, permite a adequada incidência normativa e amplia o controle social da atividade econômica, cuja utilidade social, de outra parte, há de ser perseguida, em favor dos interesses de seus titulares e, de forma mais ampla, de toda a coletividade. Nesse particular, a autonomia privada e a liberdade contratual recebem especial proteção do ordenamento, impondo aos contratantes, ao lado da perseguição de seus legítimos interesses patrimoniais, o dever de tutelar os interesses extracontratuais socialmente relevantes alcançados pelo negócio jurídico.

²⁶ A análise dos critérios de revisão contratual à luz dos fundamentos constitucionais tem sido ressaltada em doutrina: “A correspectividade ou comutatividade consiste no liame funcional entre as obrigações reciprocamente assumidas pelos contratantes. Trata-se do sinalagma que, por indicar o escopo funcional, revela o equilíbrio pretendido entre as prestações. Percebe-se, assim, a relevância do princípio do equilíbrio das prestações para a garantia da comutatividade, que se associa à função contratual e cuja preservação, por isso mesmo, torna-se imperativo da boa-fé objetiva. [...]” (TEPEDINO, 2012, p. 451-472). Cfr., também, sobre o tema, SCHREIBER, 2018, p. 52-54.

Nessa esteira, a Lei nº 13.874/2019, a chamada Lei de Liberdade Econômica, não produziu o pretendido impacto na teoria contratual, sendo certo que o princípio da função social, previsto no texto constitucional e no *Código Civil*, produz alteração qualitativa na dogmática contratual. Por conseguinte, a intervenção legislativa e jurisdicional nos contratos atende a valores e princípios de ordem pública, que permeiam a leitura de todas as normas do ordenamento. Em última análise, a funcionalização da autonomia negocial mostra-se decorrência direta da legalidade constitucional, e a função social, por isso mesmo, incide não apenas como limite externo, mas também como limite interno da liberdade contratual, subordinando a liberdade dos contratantes aos princípios da igualdade substancial e da solidariedade social.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos incompletos*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 330.817/RJ. Relator: Min. Dias Toffoli. *DJ*, Brasília, DF, 31 ago. 2017.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; KONDER, Carlos Nelson de Paula; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. São Paulo: Editora Foco, 2019.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. A 'relativização da relatividade': aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 81-100, mar. 2019. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/34287>. Acesso em: 18 nov. 2022.

KONDER, Carlos Nelson de Paula; COBBET, Lucas Goldfarb. A função social do contrato após a lei de liberdade econômica. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, Porto Alegre, v. 1, n.7, p. 18-19, out./dez. 2019.

KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principalização" da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 39-59, 2017.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale de diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODOTÀ, Stefano. Dal soggetto alia persona. In: RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma: Laterza, 2012. 2ª parte, capítulo 5.

SCHREIBER, Anderson. Alterações da MP 881 ao Código Civil – Parte I. *Carta Forense - Jusbrasil*, 02 maio 2019. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/703475518/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil-parte-i>. Acesso em: 26 set. 2021.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Revista Eletrônica de Direito Civil, Civilística*, v. 2, p. 1-43, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 3-20.

TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e ordem pública na legalidade constitucional. In: ANTONIAZZI, Nelcir (Org.). *República, poder e cidadania*: anais da XIX Conferência Nacional dos Advogados. Brasília: OAB: Conselho Federal, 2006. v. 2, p. 1.137-1.142.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 8-37, 2014. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129>. Acesso em: 4 abr. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Hermenêutica contratual no equilíbrio econômico dos contratos. pp. 461-462. In: TEPEDINO, Gustavo. *Soluções práticas de direito: relações obrigacionais e contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 2, p. 451-472.

TEPEDINO, Gustavo. Livro (eletrônico) e o perfil funcional dos bens jurídicos na experiência brasileira. In: VICENTE, Dário Moreira Vicente et al. (Org.). *Estudos de direito intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 269-287.

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 241-274.

TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3, p. 443-446.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Coord.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-35.

TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 135-146.

TEPEDINO, Gustavo. Texto e contexto na teoria da interpretação. Editorial. *Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil)*, Belo Horizonte, v. 29, n. 3, p. 11-13, 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/788>. Acesso em: 18 nov. 2022.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Org.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 487-514.

TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do Direito Civil: contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 3.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 227-248.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp. 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Rio de Janeiro, v. 11, n.1, p. 95-113, 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/10>. Acesso em: 18 nov. 2022.



CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO

(TEMA Nº 73 IRDR - TJMG):

a tutela do consumidor quando não

caracterizado o erro

Juliana Mendes Pedrosa¹

RESUMO

O artigo tem por objetivo propor a discussão acerca da tutela do consumidor no endividamento pelo crédito rotativo, quando não caracterizado o erro substancial no uso do cartão de crédito consignado, tema central IRDR nº 1.0000.20.602263-4/001 – Tema nº 73 do TJMG. Para isso, apresenta como contraponto o princípio da isonomia, ante a distinção injustificada de consumidores realizada pela Resolução CMN nº 4.549/17. Utiliza análise de relatórios e pesquisas empíricas realizadas pelo Banco Central do Brasil na base de dados do Sistema de Informações de Crédito – SCR para identificação do perfil dos tomadores do crédito no Sistema Financeiro Nacional, análise literária, de atos normativos que circunscrevem o tema e o próprio IRDR nº 1.0000.20.602263-4/001.

Palavras-chave: Consumidor. Cartão de crédito consignado. Erro substancial. Superendividamento. Isonomia.

¹ Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mestranda em Poder Judiciário pela Enfam. Especialista em Direito da Proteção de Uso de Dados pela PUC Minas e Direito Público pela Universidade Salesiana. Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero, Direitos Humanos e Acesso à Justiça, bem como do de Gestão de Unidades, Redes Organizacionais e Design Organizacional da Enfam. Integrante da Comissão Temática de Demandas Estruturais e Litígios de Alta Complexidade - Celac do Centro de Inteligência do TJMG. *E-mail:* juliana.pedrosa@tjmg.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

A cidadania financeira, originada da cidadania em sentido amplo, pressupõe “o exercício de direitos e deveres que permite ao cidadão gerenciar bem seus recursos financeiros” (BCB, 2018, “c”, p.29), dentro de um contexto que envolve, além de outros aspectos, acesso ao crédito facilitado, à proteção contra abusividades do sistema financeiro, à educação financeira e ao tratamento não discriminatório. O superendividamento, todavia, afasta os consumidores dessa realidade.

O cartão de crédito consignado, criado como uma opção para facilitar o acesso ao crédito em meio à crise financeira, ante a redução do risco do negócio, vem sofrendo distorções em seu uso, especialmente na modalidade saque.

As distorções com o uso do cartão consignado vêm acarretando o ajuizamento de inúmeras ações judiciais, com destaque para o erro substancial como fundamento para a busca da anulabilidade da contratação, que foi o ponto central do IRDR nº 1.0000.20.602263-4/001 – Tema nº 73 do TJMG. Contudo, necessita-se de verificação da configuração do vício de consentimento em cada caso concreto. Se não configurado, é possível que o consumidor do crédito consignado fique sujeito à rolagem da dívida sem previsão de término para quitação.

O presente trabalho tem por escopo trazer o princípio da isonomia como um contraponto e um fundamento possível para a tutela do consumidor quando não aplicáveis as teses firmadas ao Tema nº 73 do TJMG. Para o objetivo proposto, a pesquisa utiliza dados dos relatórios e pesquisas empíricas realizados pelo Banco Central do Brasil, que inclui informações do Sistema de Informações

de Crédito – SCR, com identificação do perfil dos tomadores do crédito consignado no Sistema Financeiro Nacional, comparação das séries temporais de juros remuneratórios, além da revisão literária e de atos normativos.

2 TEMA Nº 73 IRDR – TJMG

2.1 Histórico do cartão de crédito consignado

O crédito consignado, modalidade de crédito cujo pagamento é concretizado por meio de desconto, no todo, ou em parte, na folha de pagamento, ou no benefício previdenciário do contratante (BCB, 2018, “a”), é gênero do qual são espécies: o empréstimo consignado e o cartão de crédito consignado.

Inicialmente prevista apenas a modalidade de empréstimo consignado com o limite de 30% (trinta por cento) do pagamento,² denominada como margem consignável, com a Medida Provisória nº 681, de 10 de julho de 2015, convertida na Lei nº 13.172/15, foi autorizada a inclusão de 5% (cinco por cento) na margem consignável com destinação exclusiva à amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito consignado, tanto para compras como para saques, dando origem ao cartão de crédito consignado. A fração destinada ao empréstimo consignado foi elevada para 35% (trinta e cinco por cento) no curso da pandemia da Covid-19,³ além dos 5% (cinco por cento) destinados ao cartão de crédito.

² Instituído por meio da Medida Provisória nº 130/03, convertida na Lei nº 10.820/03.

³ Medida Provisória nº 1.006/20, convertida na Lei nº 14.131/21.

Na modalidade cartão de crédito consignado, o valor da fatura é debitado automaticamente na folha de pagamento, ou de benefícios, até o limite da margem consignável de 5% (cinco por cento). Se o valor da fatura ultrapassar esse limite, o que não for descontado em folha, deve ser pago pelo consumidor até a data do vencimento de forma apartada, sob pena de incidência dos juros do crédito rotativo sobre o saldo remanescente (BCB, 2021).

A Medida Provisória nº 1.106/22, convertida na Lei nº 14.431, de 03 de agosto 2022, promoveu alteração significativa ao elevar em mais 5% (cinco por cento) a margem para pensionistas e aposentados, dispondo que o total consignado poderá ser de até 45% (quarenta e cinco por cento), divididos em 35% (trinta e cinco por cento) para empréstimos, financiamentos, arrendamentos mercantis, e 10% (dez por cento) para amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito consignado, dos quais 5% (cinco por cento) para o cartão de crédito consignado “comum” e 5% (cinco por cento) para o cartão consignado de benefício, criando uma nova modalidade.

No cenário atual, portanto, o cartão de crédito consignado comporta as subdivisões: cartão de crédito consignado e cartão consignado de benefício, conforme a espécie de tomador do crédito.⁴ (PEDROSA, 2022).

⁴ O cartão consignado de benefício é regulado pela Resolução nº 1.348/22 do Conselho Nacional de Previdência Social, da qual se observa pouca diferença em relação ao já previsto cartão de crédito consignado, salvo quanto à obrigatoriedade de previsão mínima de “auxílio funeral e seguro de vida, sem limite de idade, no valor de, no mínimo, R\$ 2.000,00 cada, atualizado anualmente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, independente da *causa mortis*, bem como descontos em redes de farmácias conveniadas” (art. 3º, V, “a”) e por poder ser operada tanto por instituições financeiras, como por entidades fechadas de previdência complementar “que cumpram o objeto principal de administração de planos de benefícios de natureza previdenciária e atuem acessoriamente com operações de empréstimo consignado” (art. 3º, II).

O cartão de crédito consignado é uma “opção pertinente para lidar com a contração do mercado de crédito sem trazer maiores riscos para as instituições financeiras e nem onerar demasiadamente os tomadores” (BRASIL, 2015, “a”, p.1) Quando da sua criação, esperava-se que a medida permitisse “a substituição de dívidas de custo mais elevado, tais como as de cartão de crédito comuns” (BRASIL, 2015, “a”, p. 1).

De fato, o uso do cartão de crédito consignado viabiliza o pagamento de produtos e serviços sem juros (com ou sem parcelamento diretamente no estabelecimento do fornecedor), a participação de programas de pontos e vantagens, bem como a realização de saques emergenciais, quando não for possível a tomada de crédito mais vantajoso por outros meios, notadamente para as pessoas de baixa renda que não possuem fácil acesso ao crédito comum.

Contudo, está havendo um deslocamento disfuncional dos consumidores do empréstimo consignado (com taxas menores) para o saque consignado (taxas maiores), que deveria ser de uso apenas emergencial, acarretando a rolagem da dívida por meio do crédito rotativo e prejudicando o uso da margem consignável do cartão de crédito para utilização em sua principal função, que são as compras e pagamento de serviços sem juros.

É preciso, ainda, um olhar cuidadoso para os consumidores hipervulneráveis, especialmente os idosos, principal alvo do cartão consignado, potencializado pela Lei nº 14.431/22, por se tratar da carteira de crédito mais utilizada nesse grupo (BCB, 2021).

No final de 2020, “havia, no Brasil, cerca de dezenove milhões de pessoas utilizando o crédito consignado e cerca de 5,7 milhões utilizando o cartão de crédito consignado”, em ambas

as modalidades, os idosos figuraram no grupo consumidor “que representa 55% (cinquenta e cinco por cento) dos tomadores do crédito consignado e 68% (sessenta e oito por cento) dos tomadores do cartão de crédito consignado”. (BCB, 2021, p. 101).

Se os dados forem analisados sob uma perspectiva de gênero, as idosas “utilizaram 33% (trinta e três por cento) mais o cartão de crédito (à vista e com encargos) e 25% (vinte e cinco por cento) mais o crédito consignado que os idosos em 2020” (BCB, 2021, p.99), dos quais se extrai “que o endividamento e a hipervulnerabilidade consumerista ganha contornos até mesmo interseccionais”. (PEDROSA, 2022, p. 88).

Essa disfuncionalidade do uso do cartão de crédito consignado tem acarretado repetição de demandas judiciais, com risco à segurança jurídica, por causa de decisões conflitantes envolvendo a mesma questão de direito, a ponto de diversos tribunais instaurarem incidentes de resolução de demandas repetitivas,⁵ com destaque para os autos do IRDR nº 1.0000.20.602263-4/001 – Tema nº 73 do TJMG, que será objeto de melhor análise em subtópico específico, com o escopo de aplicação a todos os processos individuais e coletivos pendentes ou futuros, que versem sobre idêntica questão de direito.

2.2 Admissão e teses fixadas

A convivência em uma sociedade massificada traz consequências ao mundo jurídico, que são as demandas repetitivas, de modo que o Poder Judiciário necessita criar e utilizar mecanismos que viabilizem a entrega da tutela jurisdicional de forma simétrica,

⁵ À guisa de exemplo, a edição da Súmula nº 63 TJGO; os autos nº 1.747.355-5 do TJPR; e 0005217-75.2019.8.04.0000 TJAM.

para que haja segurança jurídica, e o resultado do acesso à justiça não seja aleatório. (SOUZA; BARBOZA, 2019).

Na busca de uniformização de teses, dada à multiplicação de demandas envolvendo a mesma questão de direito, aos 13/5/2021,⁶ o TJMG entendeu por admitir o IRDR nº 1.0000.20.602263-4/001, Tema nº 73, submetendo a julgamento a discussão a respeito da “existência de erro substancial quando da contratação de cartão de crédito consignado em detrimento da contratação de empréstimo consignado e suas consequências legais”(TJMG, 2021, “b”), dentre outros pontos.⁷

Após intenso debate, que contou com a participação da FEBRABAN, do Banco BMG, do Instituto Defesa Coletiva, da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e ABBC – Associação Brasileira de Bancos, foi firmado o seguinte entendimento, ainda não transitado em julgado⁸ (TJMG, 2022):

⁶ Data do julgamento que consta do espelho do acórdão da primeira fase do incidente (TJMG, 2021a)

⁷ Mais especificamente: “1. existência de erro substancial quando da contratação de cartão de crédito consignado em detrimento da contratação de empréstimo consignado e suas consequências legais tais como: a) possibilidade ou não de reversão do contrato de cartão de crédito consignado para a modalidade de empréstimo consignado com aplicação de tarifas correspondentes a este último; b) possibilidade de restituição do indébito em dobro ou não; c) possibilidade de nulidade do contrato por erro substancial; d) ocorrência de danos morais pela retenção de proventos alimentícios decorrentes de erro substancial e falha na prestação de serviços pela ausência de informação clara ao consumidor. 2. Legitimidade da contratação de cartão de crédito consignado com a retenção do benefício previdenciário por meio da Reserva de Margem Consignável (RMC), a depender do uso do cartão de crédito para compras ou existência de erro substancial na contratação, independentemente da forma de utilização do cartão, quando os contratos demonstram titulação e cláusulas que confundem o consumidor que, ao contratarem, entendem estar adquirindo o empréstimo consignado e não um cartão de crédito consignado que afeta sua Reserva de Margem Consignável” (MINAS GERAIS, 2021, a).

⁸ Até a data da consulta das informações eletrônicas (8/3/2023).

Ementa: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Preliminar de inadmissibilidade do incidente. Questão já superada. Contratação de cartão de crédito consignado. Validade. Anulabilidade. Dano moral. Quando ocorre. Erro substancial. Quando se verifica. Consequências. Há que se rejeitar a preliminar de inadmissibilidade do IRDR, suscitada na fase de julgamento do mérito do incidente, uma vez que tal questão já foi superada na fase de admissibilidade do incidente. - Deve ser anulado o contrato de cartão de crédito consignado gerador das consignações em folha de pagamento, se assim pedido pelo consumidor, quando configurado o erro substancial. - Se o consumidor pretendia, de fato, contratar um empréstimo consignado e, induzido a erro pelo banco, contratou o cartão de crédito consignado, em havendo pedido nesse sentido e em possuindo o consumidor margem consignável para suportar o empréstimo consignado, cabe converter o contrato em contrato de empréstimo consignado, ficando o banco obrigado a aplicar a taxa média, indicada pelo Banco Central, para contratações da espécie, na época em que firmada a avença. - Se o consumidor não possui mais margem consignável para suportar o empréstimo consignado, cabe converter, assim mesmo, o contrato de cartão de crédito consignado em contrato de empréstimo consignado, com aplicação da taxa de juros aplicada, à época da contratação, para empréstimos dessa natureza (que era o contrato visado pelo consumidor), prorrogando-se a dívida, que deverá respeitar a ordem cronológica dos empréstimos já assumidos, de modo a que, assim que houver margem consignável disponível, se passe então a cobrá-la. - Se a parte consumidora, que foi induzida a erro (questão fática a ser examinada em caso concreto), pede na ação apenas que seja substituída a taxa de juros do cartão de crédito consignado pela taxa média divulgada pelo Banco Central do Brasil para 'as operações de crédito com recursos livres - Pessoas físicas - Crédito pessoal consignado para trabalhadores do setor público', deve o pedido ser acolhido, mas somente em relação aos empréstimos obtidos por meio do cartão de crédito consignado. - Não se deve reduzir a taxa de juros para o pagamento das faturas referentes ao uso regular do cartão de crédito como tal, que consiste nas compras efetuadas à vista e de forma parcelada. - Examinado o caso concreto, se a prova dos autos indicar que a instituição financeira impingiu ao consumidor um contrato de cartão de crédito consignado ou se a referida instituição omitiu informações relevantes e induziu realmente o

consumidor a erro, fica evidenciado o dano moral. - Para se reconhecer a ocorrência do erro substancial, não é pressuposto que a parte não tenha feito uso do cartão de crédito como tal, isto é, na função compras. - Examinado o caso concreto, se comprovada a ocorrência do erro substancial, não é legítima a contratação de cartão de crédito consignado. - Os valores descontados em conta bancária do consumidor, na hipótese de conversão do contrato de cartão de crédito consignado em contrato de empréstimo consignado, deverão ser compensados com o saldo devedor, quando este passar a ser pago, devendo sobre os valores de tais descontos incidir correção monetária desde a data de cada desconto e juros de mora desde a citação da parte ré na ação. - Na hipótese de rescisão do contrato de cartão de crédito consignado firmado pela parte sem sua conversão em empréstimo consignado, os valores descontados em conta bancária do consumidor deverão ser devolvidos pela instituição financeira, incidindo sobre tais valores correção monetária desde a data de cada desconto e juros de mora desde a citação da parte ré na ação, ao passo que o valor do capital emprestado deverá ser devolvido pelo consumidor, mas apenas com correção monetária desde o depósito em sua conta [...] (MINAS GERAIS, 2021a).

Extrai-se que o ponto central da discussão é o erro substancial, vício de consentimento. A partir do referido julgamento, se, no caso concreto, for verificada a intenção de contratar empréstimo consignado e ocorrência de erro, aplicam-se as teses consolidadas.

3 A TUTELA DO CONSUMIDOR NA AUSÊNCIA DO ERRO

Quando se trata de cartões de crédito consignado, o erro substancial, vício de consentimento sem o qual o negócio não se concretizaria, é um dos temas principais em discussão, mas que depende do caso concreto.

De acordo com a Instrução Normativa nº 28/INSS/2008, que dispõe sobre os critérios e procedimentos relativos à

consignação nos benefícios da Previdência Social, as autorizações de descontos relativos aos cartões de crédito consignado devem estar acompanhados, por força de decisão da Ação Civil Pública nº 0106890-28.2015.4.01.3700, do Termo de Consentimento Esclarecido – TCE em documento apartado.

No TCE, além de outras informações, deve conter a “imagem em tamanho real do cartão de crédito contratado, ainda que como gravura meramente ilustrativa” (BRASIL, 2008), e de relevo para este estudo as seguintes inscrições em fonte com tamanho doze:

a) Contratei um Cartão de Crédito Consignado; b) Fui informado que a realização de saque mediante a utilização do meu limite do Cartão de Crédito Consignado ensejará a incidência de encargos e que o valor do saque, acrescido destes encargos, constará na minha próxima fatura do cartão; c) A diferença entre o valor pago mediante consignação (desconto realizado diretamente na remuneração/benefício) e o total da fatura poderá ser paga por meio da minha fatura mensal, o que é recomendado pelo (nome da instituição financeira), já que, caso a fatura não seja integralmente paga até a data de vencimento, incidirão encargos sobre o valor devido, conforme previsto na fatura; d) Declaro ainda saber que existem outras modalidades de crédito, a exemplo do empréstimo consignado, que possuem juros mensais em percentuais menores; e) Estou ciente de que a taxa de juros do cartão de crédito consignado é inferior à taxa de juros do cartão de crédito convencional; f) Sendo utilizado o limite parcial ou total de meu cartão de crédito, para saques ou compras, em uma única transação, o saldo devedor do cartão será liquidado ao final de até (número de meses), contados a partir da data do primeiro desconto em folha, desde que: 1. eu não realize outras transações de qualquer natureza, durante todo o período de amortização projetado a partir da última utilização; 2. não ocorra a redução/perda da minha margem consignável de cartão; 3. os descontos através da consignação ocorram mensalmente, sem interrupção até o total da dívida; 4. eu não realize qualquer pagamento espontâneo via fatura; e não haja alteração da taxa dos juros remuneratórios [...].

Se o TCE for observado pelas instituições financeiras e exigidos por todos os entes consignantes,⁹ é possível minimizar, ou até mesmo afastar, a configuração do erro, notadamente porque, além das informações e declarações previstas, conforme já mencionado, é exigido um desenho ou foto do cartão de crédito, importante instrumento do ponto de vista da ciência comportamental ou da arquitetura da escolha (*nudges*).

Afastado o erro no caso concreto, é lícito perpetuar a rolagem da dívida na margem consignável por longo período ou, conforme o caso, por período ilimitado, com juros do crédito rotativo? Vale mencionar que o IRDR sob análise afastou a aplicação das teses em caso de uso do cartão de crédito em sua função regular de compras efetuadas à vista e de forma parcelada (TJMG, 2022), o que também dá ensejo à rolagem da dívida pelo crédito rotativo, quando não quitado o valor que extrapola a margem consignável.

A Resolução nº 4.549/17 do Banco Central do Brasil, que versa sobre o financiamento do saldo devedor das faturas dos cartões de crédito é pouco explorada. De acordo com essa resolução, a fatura que não for quitada integralmente poderá ser objeto de financiamento na modalidade do crédito rotativo por uma única vez, isto é, apenas na fatura subsequente ao não pagamento integral. Não quitada essa fatura subsequente integralmente, o saldo remanescente da operação deve ser financiado por meio de uma linha de crédito mais vantajosa para pagamento parcelado, incluindo os encargos financeiros.

⁹ Os entes consignantes subdividem-se em setor público, setor privado e Instituto Nacional do Seguro Social, Todavia, o TCE tal como previsto na Instrução Normativa nº 28/INSS somente é exigível pelo INSS, embora nada impeça previsão em lei local, convênio ou convenção coletiva de trabalho.

Para edição da resolução, como uma medida da Agenda BC+, dentro do pilar “Crédito mais barato”, foi considerada a preocupação acerca da “contínua rolagem observada nos pagamentos de faturas, sem horizonte determinado para o término dos empréstimos” (BCB, 2018, “b”, p. 54), o que guarda relação com a busca da cidadania financeira pelo consumidor, cujo exercício pressupõe o planejamento, a boa gerência dos recursos financeiros e dos créditos (BCB, 2018, “c”).

Ocorre que constou no ato normativo a vedação expressa de aplicação dessa regra aos cartões de crédito consignado,¹⁰ sem qualquer esclarecimento acerca da distinção de consumidores, o que merece reflexão à luz do princípio da isonomia. De acordo com Nery e Abboud, “deve buscar-se na norma ou no texto legal a razão da discriminação: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional” (2019, RB-1.36). O senso de justiça é afeito à ideia de igualdade (SOUZA; BARBOZA, 2019).

O princípio da isonomia constitui-se um direito fundamental previsto na Constituição Federal e um direito básico previsto no Código de Defesa do Consumidor. A igualdade nas contratações, contudo, deve ser analisada sob o aspecto material, para considerar as peculiaridades do caso concreto, como o custo específico, a forma de celebração e grau de risco (PEDROSA, 2022), pois seu conceito não é estático, deve-se buscar “corrigir as desigualdades ilegítimas, conferindo tratamento diferenciado aos desiguais” (NERY; ABBoud, 2019, RB-1.36).

¹⁰ “Art. 4º O disposto nesta Resolução não se aplica aos cartões de crédito e aos demais instrumentos de pagamento pós-pagos cujos contratos prevejam pagamento das faturas mediante consignação em folha de pagamento” (Resolução BCB nº 4.549/17).

Na Recomendação do Conselho de Defesa do Consumidor em matéria de Crédito ao Consumo (OCDE, 2019), instrumento jurídico da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que auxilia na construção de políticas públicas para o desenvolvimento saudável das nações, também ganha destaque o tratamento equitativo e justo dos consumidores, inclusive no tratamento de atrasos e inadimplências.

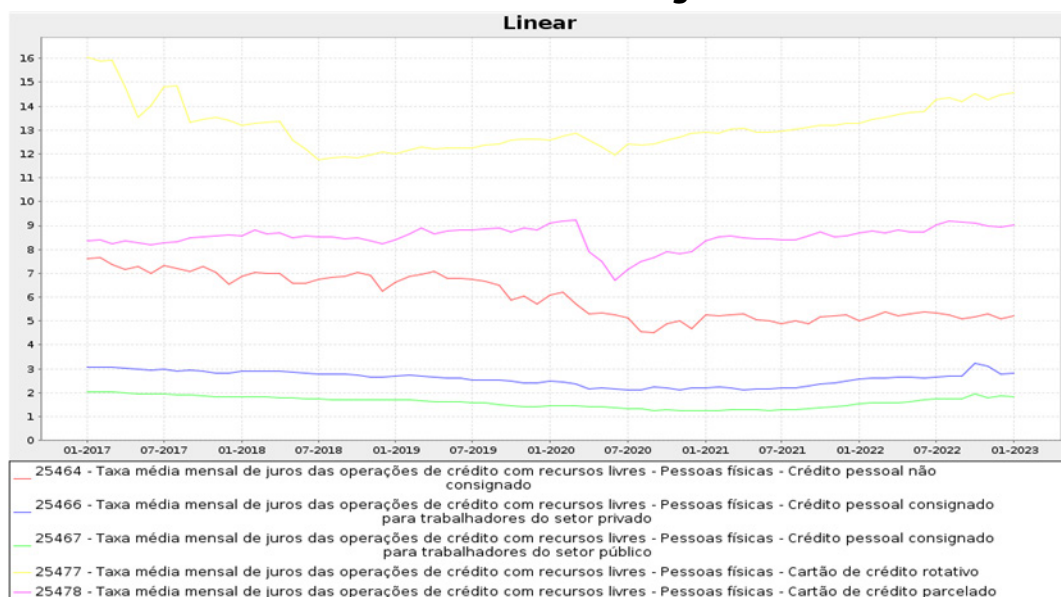
Quando da exposição de motivos da MP nº 130/03, marco do crédito consignado, constou o intuito de reduzir o risco do negócio para que as instituições financeiras proporcionassem juros menores aos tomadores do crédito.¹¹ Não há dúvida de que o crédito consignado “leva a uma redução do risco de inadimplência, já que o colateral do empréstimo é parte do salário, o que permite ao prestador uma redução na taxa de juros cobrada” (BCB, 2018, a, p. 110). Portanto, não há sentido lógico estarem sujeitos, justamente os tomadores do crédito que proporcionam menor risco, a situação desvantajosa.

É possível observar, na figura abaixo, as taxas médias dos empréstimos consignados para o setor público e privado, empréstimos não consignados, cartão de crédito parcelado e rotativo, desde 2017, ano da edição da Resolução nº 4.549/17

¹¹ “[...] 3. Conforme é do conhecimento de Vossa Excelência, um dos principais componentes do elevado custo dos empréstimos e financiamentos disponíveis aos cidadãos está relacionado ao risco potencial de inadimplência por parte dos tomadores. Tais riscos são estimados pelas instituições financeiras com base em modelos estatísticos próprios, e repassados às taxas de juros exigidas nas diversas formas de crédito oferecidas à clientela. 4. Neste sentido, a possibilidade de consignação das prestações em folha de pagamento, em caráter irrevogável e irreatável, por parte do empregado, virtualmente elimina o risco de inadimplência nessas operações, permitindo a substancial redução deste componente na composição das taxas de juros cobradas. 5. De outra parte, a segurança proporcionada por este tipo de operação deverá garantir um grande interesse na sua realização por parte das instituições financeiras, induzindo forte competição entre estas, e melhorando as condições oferecidas aos tomadores [...]” (BRASIL, 2003a).

do Banco Central, indicando a discrepância que os usuários do cartão de crédito consignado podem estar sujeitos, sem definição temporal, por não se encaixarem no campo de aplicabilidade da resolução mencionada e do Tema nº 73 do TJMG, à míngua de uma regulação específica local:¹²

Figura 1 – Níveis das taxas médias de cartão de crédito e crédito consignado



Fonte: Sistema Gerenciador de Séries Temporais do Banco Central do Brasil.

Os tomadores de crédito vinculados à Previdência Social, ao contrário dos demais, possuem limitação dos juros do cartão de crédito por força da Instrução Normativa nº 28/INSS/2008. Todavia, apesar do limite de juros, ainda assim estão afastados da regra da Resolução nº 4.549/17 que proporcionaria parcelamento

¹² Não foi localizada uma série do Banco Central específica para cartão de crédito consignado até o dia 21/3/2023.

mais vantajoso, sujeitando-se ao superendividamento pelo comprometimento da renda por longo período, associado ao baixo valor do benefício recebido.¹³ Em um levantamento sobre o perfil dos endividados de risco,¹⁴ o maior percentual foi observado na população acima de 65 (sessenta e cinco) anos (BCB, 2020).

Portanto, apesar da relevância do IRDR nº 1.0000.20.602263-4/001 – Tema nº 73 do TJMG para evitar julgamentos conflitantes, não se tratando das hipóteses contempladas nas teses firmadas, sem prejuízo da análise ulterior de eventual abusividade da taxa de juro contratada, é possível a tutela do consumidor em relação à rolagem da dívida pelo uso do crédito rotativo à luz do princípio da isonomia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cartão de crédito consignado foi criado para facilitar o acesso ao crédito em meio à crise financeira. Todavia, as distorções de seu uso têm levado ao ajuizamento de inúmeras ações judiciais discutindo a validade da contratação.

¹³ Segundo levantamento sobre o crédito consignado “mais da metade dos idosos (55%) comprometem entre 21% e 40% da sua renda, enquanto a maior parte da população com menos de 60 anos (55%) compromete sua renda entre 11% e 30%” (BCB, 2021, p. 103).

¹⁴ É considerado endividado de risco o tomador de crédito que se enquadra em pelo menos dois dos seguintes critérios: “I. inadimplimento de parcelas de crédito, isto é, atrasos superiores a 90 dias no cumprimento das obrigações creditícias; II. comprometimento da renda mensal com o pagamento do serviço das dívidas acima de 50%; III. exposição simultânea às seguintes modalidades de crédito: cheque especial, crédito pessoal sem consignação e crédito rotativo (multimodalidades); IV. renda disponível (após o pagamento do serviço das dívidas) mensal abaixo da linha de pobreza” (BCB, 2020, p. 10).

No IRDR nº 1.0000.20.602263-4/001 – Tema nº 73 do TJMG foram fixadas teses a serem aplicadas no caso de configuração de erro substancial na contratação do cartão consignado, em casos típicos de empréstimo consignado.

O presente trabalho demonstrou que nas hipóteses não contempladas pelas teses firmadas no IRDR sob destaque, considerada a discriminação de consumidores promovida por meio da Resolução nº 4.549/17 do Banco Central e os objetivos da criação do crédito consignado, a tutela do consumidor pode ser feita à luz do princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. O que é cidadania financeira? Definição, papel dos atores e possíveis ações. *DOU*, Brasília, DF, 2018c. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/Informacoes_gerais/conceito_cidadania_financeira.pdf. Acesso em: 2 out. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de cidadania financeira: 2018. *DOU*, Brasília, DF, 2018a. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio%20Cidadania%20Financeira_BCB_16jan_2019.pdf. Acesso em: 2 out. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de cidadania financeira: 2021. *DOU*, Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 2 out. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de estabilidade financeira. v 17, n. 1. *DOU*, Brasília, DF, abr. 2018b. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/ref/201804/RELESTAB201804-refPub.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 4.549, de 26 de janeiro de 2017. Dispõe sobre o financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos. *DOU*, Brasília, DF, 2017. Disponível em: https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/50330/Res_4549_v1_O.pdf. Acesso em: 2 mar. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Série cidadania financeira: estudos sobre educação, proteção e inclusão – endividamento de risco no Brasil. *DOU*, Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/serie_cidadania/serie_cidadania_financeira_6_endividamento_risco.pdf. Acesso em: 2 out. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. SGS – Sistema Gerenciador de Séries Temporais.– v2.1, módulo público. *DOU*, Brasília, DF. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. Instrução Normativa INSS nº 28 de 16/05/2008. Estabelece critérios e procedimentos operacionais relativos à consignação de descontos para pagamento de crédito consignado, contraído nos benefícios da Previdência Social. *DOU*, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=77549>. Acesso em: 8 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003. Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências. *DOU*, Brasília, DF, 2003b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.820.htm. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.172, de 21 de outubro de 2015. Altera as Leis nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, 8.213, de 24 de julho de 1991, e 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para dispor sobre desconto em folha de pagamento de valores destinados ao pagamento de cartão de crédito. *DOU*, Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13172.htm. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.131, de 30 de março de 2021. Dispõe sobre o acréscimo de 5% (cinco por cento) ao percentual máximo para a contratação de operações de crédito com desconto automático em folha de pagamento até 31 de dezembro de 2021; e altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. *DOU*, Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14131.htm. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.431, de 3 de agosto de 2022. Altera as Leis nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, 8.213, de 24 de julho de 1991, e 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para ampliar a margem de crédito consignado aos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, aos segurados do regime próprio de previdência social dos servidores públicos federais, aos servidores públicos federais e aos segurados do Regime Geral de Previdência Social e para autorizar a realização de empréstimos e financiamentos mediante crédito consignado para beneficiários do benefício de prestação continuada e de programas federais de transferência de renda. *DOU*, Brasília, DF, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14431.htm. Acesso em: 5 de abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Previdência Social, Ministério da Fazenda. EMI nº 00176/2003 – MF/MPS. Justifica a elaboração de Medida Provisória. *DOU*, Brasília, DF, 16 set. 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/EMI-176-mf-mps--03.htm. Acesso em: 8 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Previdência Social, Ministério do Planejamento, Ministério da Fazenda. EMI nº 00039/2015 – MPS MF MP. Justifica a elaboração de Medida Provisória, de 10 de julho de 2015. *DOU*, Brasília, DF, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP%20681-15.pdf. Acesso em: 8 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. Resolução CNPS nº 1.348, de 12 de abril de 2022. *DOU*, Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cnps-n-1.348-de-12-de-abril-de-2022-394613421>. Acesso em: 8 out. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. IRDR nº 1.0000.20.602263-4/001. Incidente de resolução de demandas repetitivas – presença dos requisitos legais - admissão do processamento do incidente. Relator: Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira. *DJe*, Belo Horizonte, 17 nov. 2021a. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0000.20.602263-4/001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso em: 8 out. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Tema nº 73 IRDR – Admitido: determinação de suspensão de processos. *Diário do Judiciário Eletrônico*, Belo Horizonte, 9 jun. 2021b. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/tema-73-irdr-admitido.htm#.ZAilEnbMLIU>. Acesso em: 8 mar. 2023.

NERY JUNIOR, Nelson; ABBoud, Georges. *Direito constitucional brasileiro*: curso completo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Recommendation of the Council on Consumer Protection in the field of Consumer Credit*. OCDE Legal Instruments, 2019. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0453#:~:text=RECOMMENDS%20that%20Adherents%20take%20measures%20to%20promote%20responsible%20business%20conduct,may%20be%20misleading%20or%20abusive>. Acesso em: 11 maio 2022.

PEDROSA, Juliana Mendes. Cartão de crédito consignado: uma análise da distinção dos consumidores realizada na Resolução nº 4.549/17 do Banco Central do Brasil sob a ótica do princípio da isonomia e da cidadania financeira. In: COSTA, Ilton Garcia da; SANTIN, Janaína Rigo; MORELLA JUNIOR, Jorge Hector. *Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo I. Anais*. Florianópolis: COMPEDI, 2022. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/906terzx/kf1a1g5u/xY88FUEh1vV5RUI0.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2023.

SOUSA, Cássio Vinícius Steiner; BARBOZA, Maytê Ribeiro Tamura Meleto. *Direito processual civil II*. Porto Alegre: SAGAH, 2019.



O IMPACTO DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA NO CÓDIGO CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA DO TJMG

Luciano Benetti Timm¹

Eduardo Coelho²

RESUMO

Este artigo apresenta uma análise do Código Civil brasileiro, a partir do exame de importantes precedentes judiciais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e do diálogo com a Constituição Federal, com suas influências para a dinâmica jurídica e empresarial. Pretende explorar o impacto duradouro do Código Civil após duas décadas de vigência, especialmente considerando as modificações introduzidas pela Lei de Liberdade Econômica e, com isso, oferecer uma compreensão mais profunda das implicações práticas dessas mudanças no cenário jurídico, com foco no campo do Direito Civil. O artigo constitui, portanto, uma abordagem holística e analítica das interações entre fatores econômicos, históricos, demográficos e legais que moldam o contexto das práticas cíveis de Minas Gerais e do Brasil como um todo.

Palavras-chave: Direito Civil. Código Civil. Análise econômica do Direito. Direito Empresarial. Constituição Federal. Liberdade econômica.

¹ Professor da FGVSP. Advogado e Doutor em Direito. Foi presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia. *E-mail:* ltimm@bmbtarbitragens.com.br.

² Bacharel em Direito pela USP. Assistente de pesquisa. *E-mail:* ecoelho@bmbtarbitragens.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Minas Gerais é um estado com grande importância econômica, histórica e cultural para o Brasil. Com uma forte tradição de mineração, o estado é responsável por uma grande parte da produção de minério de ferro, ouro, nióbio e outros minerais. Além disso, é um importante polo agroindustrial, com destaque para a produção de café, leite, carne e outras *commodities* agrícolas.

Em termos de história e cultura, Minas Gerais é um estado riquíssimo em patrimônio histórico, arquitetônico e artístico. A cidade histórica de Ouro Preto, por exemplo, é considerada Patrimônio Cultural da Humanidade pela Unesco e é um importante destino turístico do país.

Demograficamente, a importância se mantém. Segundo dados do Censo 2022, Minas Gerais é o segundo estado da região sudeste com maior número de habitantes, superando a marca de 20 milhões de pessoas — cerca de um décimo de toda a população brasileira.

Em um contexto como esse, a efervescência da iniciativa privada e das relações entre particulares promovem a relevância de uma norma em particular: a Lei nº 10.406/2002 — ou simplesmente “Código Civil”, para os íntimos.

Neste artigo, discorreremos brevemente sobre a importância do Código Civil brasileiro (CC), que completou 20 anos, renovado pelas mudanças recebidas da Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei de Liberdade Econômica (LLE).

Ao final, faremos alguns comentários sobre recentes julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), oferecendo nossa análise sobre a influência efetiva que tais mudanças vêm desempenhando no cenário jurídico brasileiro, especialmente no Direito Civil.

2 PERSPECTIVA HISTÓRICA

A história dos códigos civis brasileiros é longa e complexa. Mas, de modo geral, sabe-se que o primeiro Código Civil brasileiro foi promulgado em 1916, durante o governo de Epitácio Pessoa. Ele foi inspirado, entre outros, pelos Códigos Civis francês e alemão, tendo sido elaborado por Clóvis Beviláqua, jurista de Recife, com o objetivo de unificar as leis civis do país. O Código de Beviláqua foi um marco na história do direito brasileiro e teve grande importância para a consolidação da República, promovendo a modernização do país e a consolidação da ordem jurídica nacional. No entanto, com o passar do tempo, o Código de 1916 foi se tornando, na visão de parte da doutrina jurídica, obsoleto e insuficiente para as demandas da sociedade brasileira.

Em 2002, foi criada a Comissão de Juristas encarregada de elaborar um novo Código Civil. O novo Código Civil brasileiro (CC), resultando daquele trabalho, baseou-se em fontes como um antigo projeto da década de 1970 conduzido por Miguel Reale, além dos Códigos Civis português e italiano. A ideia foi atualizar os ditames do Direito Civil frente à Constituição Federal de 1988 e aproximar-se de legislações mais contemporâneas, além de promover uma discutível unificação do Direito Civil e Comercial.

Sendo a sociedade um organismo vivo em constante (in) evolução, seja cultural, tecnológica ou científica, a verdade é que, a cada dia, novas ideias são criadas, novas tecnologias são desenvolvidas e novas formas de relacionamento e interação econômica são estabelecidas. Essa evolução é parte intrínseca da natureza humana, e é o que nos permite progredir e avançar como espécie.

As leis, muitas vezes, têm dificuldade em acompanhar essa evolução. Elas são criadas por seres humanos, que, por sua própria natureza, são limitados e falíveis. Assim, é importante que as leis sejam constantemente revisadas e atualizadas para garantir que elas estejam alinhadas com as necessidades e realidades da sociedade em constante mudança. É somente assim que podemos garantir que as leis cumpram sua função de promover desenvolvimento econômico, a justiça e a igualdade.

Com essa preocupação em mente, o legislador soube estabelecer na ordem econômica constitucional os princípios liberais econômicos garantidores desse desenvolvimento: a livre iniciativa e a livre concorrência, que vieram a ser reforçados posteriormente com a promulgação da Lei de Liberdade Econômica e suas adições ao Código Civil, de que trataremos mais adiante.

3 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

A ordem econômica brasileira repousa sobre o regime de livre iniciativa ou livre mercado, como já tivemos oportunidade de defender. (TIMM, 2019). Sobre o tema, esclarece Forgioni: “Livre mercado significa poder conquistar novos consumidores, praticando o comércio e a indústria como bem aprouver ao

agente econômico. E tudo isso não é possível sem que haja a livre concorrência". (FORGIONI, 1998, p. 59, 229). E, mais adiante, complementa:

É bastante natural, entretanto, que, quando nos referimos à 'livre iniciativa', tenhamos em mente o conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado) e pensem no agente econômico atuando no mercado, com o mínimo de 'repressão' estatal. (FORGIONI, 1998, p. 229).

De acordo com a autora em comento, três são os elementos característicos da livre concorrência: (i) liberdade de estabelecimento; (ii) liberdade de fabricação; e (iii) liberdade de circulação de mercadorias, em conformidade com as leis econômicas, principalmente, a lei da oferta e da procura.

Já do ponto de vista da teoria econômica,

[...] numa economia de livre iniciativa, nenhum agente econômico (indivíduo ou empresa) se preocupa em desempenhar o papel de gerenciar o bom funcionamento do sistema de preços. Preocupam-se em resolver isoladamente seus próprios negócios. (PINHO; VASCONCELLOS, 1998, p. 18).

Por ser uma extensão da liberdade humana, a livre iniciativa é um direito fundamental. Em realidade, em uma economia de mercado, não há como existir dignidade humana sem liberdade econômica. Se, num regime democrático, a liberdade se manifesta na participação do cidadão pelo voto, no sistema econômico capitalista, o seu acesso ao mercado que lhe garantirá dignidade e outros direitos fundamentais, como o trabalho.

É nesse caráter de direito fundamental que o constituinte fez constar do texto da Constituição Federal a livre iniciativa. Em realidade, o direito fundamental à livre iniciativa é tão importante na ordem jurídica brasileira que foi escrita em três passagens da Constituição de 1988. Veja-se o teor dos arts. 10, inciso IV, e 5º, inciso XIII, em conjunto com o parágrafo único do art. 170, *in verbis*:

Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

[...]

Art. 5º [...]

XIII - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988).

É, portanto, a livre iniciativa, descrita dessa forma, um direito fundamental contra o Estado, um verdadeiro direito de abstenção contra o Poder Público, bem como contra particulares. Como qualquer direito ou mesmo princípio, a livre iniciativa não é um princípio absoluto e encontra limitações em outros direitos e princípios — por exemplo, o interesse público em áreas estratégicas como saúde coletiva, meio ambiente, etc.

Dependendo do modelo regulatório constitucional, essas limitações serão maiores ou menores.

Nesse sentido, cumpre-nos mencionar interessante precedente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, em 2020, negou provimento a agravo de instrumento interposto pelo Município de Patrocínio, preservando, naquele caso, os limites de atuação do Poder Público em face do particular. (MINAS GERAIS, 2020).

Na ocasião, a empresa Silva e Silva Promoções e Eventos Ltda. insurgiu-se contra restrições legislativas do Município à realização de eventos. Muito acertadamente, concluiu o relator que:

[...] a Constituição Federal arrola como um dos fundamentos da República a livre iniciativa, estimulando a constituição de empresas para estimular o crescimento econômico do país, bem como resguardando sua atividade econômica.

Neste sentido, tem-se que a restrição à realização do evento denominado 'Feira Nacional de Malhas e Artesanato' afronta diretamente o artigo 170, inciso IV e parágrafo único da Constituição Federal, que assegura o princípio da livre concorrência, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que norteia a atividade econômica. Igualmente, há clara violação ao art. 3º, IV, da Lei 13.874/19, o qual garante o tratamento paritário na liberação dos atos de atividade econômica.

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: IV - receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento;

Ressalte-se que o Município não alegou qualquer justificativa para o tratamento diferenciado dado às feiras itinerantes, limitando-se a afirmar que

visa proteger o mercado local, demonstrando a arbitrariedade da restrição, a qual realiza reserva de mercado. (MINAS GERAIS, 2020).

A decisão reconheceu os princípios da livre iniciativa e livre concorrência no cerne da ordem econômica constitucional. A LLE, invocada no precedente acima para afastar tratamento diferenciado injustificado pelo Estado, atuou de modo a reforçar e reafirmar tais princípios.

Apenas um ano após a sua promulgação, portanto, a LLE já evidencia sua forte presença nos julgados não só no TJMG, mas na Jurisprudência brasileira como um todo. Ela representa um fenômeno de mais ampla e profunda incorporação institucional dos ensinamentos da economia para o âmbito do saber jurídico tradicional, cristalizando um conhecimento que há muito tempo define as instituições dos países desenvolvidos.

Nesse diapasão, e em homenagem aos 20 anos celebrados pelo Código Civil no ano passado, passamos à análise das valiosas mudanças que essa lei trouxe ao Código Civil e seus reflexos na jurisprudência do TJMG, em especial sua contribuição para o direito contratual.

4 LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E O CÓDIGO CIVIL

O propósito garantidor da LLE não se restringe à liberdade negativa dos particulares em relação ao Estado, como agente regulatório e capaz de promover falhas de governo que atrapalham o exercício das liberdades econômicas. Parte fundamental da referida lei são as inovações trazidas ao Código Civil, que vão desde regras e critérios para a desconsideração da personalidade jurídica,

critérios de interpretação contratual e disposições sobre fundos de investimento.

Essas mudanças revelam uma preocupação com a liberdade econômica dos particulares, mas direciona seus efeitos normativos não propriamente ao Estado regulatório, mas ao Estado jurisdicional — ou, simplesmente, ao Poder Judiciário em sua função interpretativa. Portanto, a LLE veicula também uma preocupação com liberdade contratual, que complementa a livre iniciativa, mas com ela não se confunde.

Na parte contratual, a LLE também adicionou o art. 421-A, fortalecendo, especialmente no âmbito do Direito Comercial, o princípio da *pacta sunt servanda*. O sucesso e aderência dessa lei podem ser aferidos a partir de recentes julgados do TJMG. Exemplo disso está no precedente julgado recentemente pela 12ª Câmara Cível do TJMG, AC nº 1.0000.22.093426-9/001, em 03.03.2023, de relatoria da Des.^a Lílian Maciel.

A demanda subjacente é relativa a contrato de apólice de seguro de penhor rural, em que se discutia a suposta abusividade de cláusulas do contrato que afastavam a cobertura em caso de furto ou roubo do bem segurado. Embora o juízo de 1ª Instância tenha julgado procedente a demanda ajuizada pelo produtor rural, declarando nula as referidas cláusulas contratuais, a 12ª Câmara Cível do TJMG corretamente deu provimento à apelação da seguradora, nos seguintes termos:

Observa-se que a questão de direito relevante subsume-se à validade da cláusula do contrato de seguro que exclui a cobertura para casos de furto/roubo parcial do equipamento segurado. Analisando a apólice do seguro e as condições gerais do contrato, verifica-se haver cláusula contratual expressa com

previsão de exclusão da cobertura securitária no caso de furto ou roubo parcial de equipamentos [...]. A Lei 13.874/2019, denominada de Lei da Liberdade Econômica, resgatou o conceito liberal de economia para propor relativo afastamento da ingerência do Estado nas relações privadas, com fito de trazer maior segurança jurídica à atividade privada ao implementar nova sistemática de interpretação judicial dos contratos privados. Senão vejamos os seguintes dispositivos do Código Civil modificados e inseridos pela Lei da Liberdade Econômica:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019) Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

Depreende-se que o legislador estatuiu dispositivos legais interpretativos que prestigiam a independência e liberdade das partes além de reforçar a obrigatoriedade de cumprimento dos contratos, prevendo a revisão apenas de maneira excepcional e limitada, bem como estabelecendo a prevalência da intervenção mínima e subsidiária do Estado.

Na mesma esteira o art. 3º, VIII do diploma em

espeque estabeleceu como direito de toda pessoa a garantia de que os negócios empresariais paritários - como se presume o contrato objeto da lide (Art. 421-A do CC) - serão objeto de livre estipulação e as dúvidas de interpretação, serão resolvidas de forma a prestigiar a autonomia privada [...]. (MINAS GERAIS, 2023).

O teor do acórdão mencionado acima demonstra que a Lei de Liberdade Econômica impactou enormemente o texto e mesmo a interpretação do Código Civil pelos Tribunais brasileiros, conferindo um sentido econômico de vertente liberal às relações privadas. Afinal, como nenhum sistema jurídico subsiste apenas com princípios gerais, é preciso instituir regras específicas que regulem comportamentos. Disso se visualiza o efeito da Lei de Liberdade Econômica no Código Civil, restringindo a liberdade do intérprete estatal, que, muitas vezes, não está em condições de compreender a lógica econômica das transações viabilizadas pelo Direito Comercial, sendo mais eficiente que excessos interpretativos sejam limitados, a fim de permitir a criação de riqueza por agentes privados de mercado (afinal, o contrato cria riqueza na sociedade).

É fácil visualizar por que o princípio (do qual derivam inúmeras regras no Código Civil), no direito contratual, é pela não intervenção na liberdade contratual das partes. De acordo com o Teorema de Coase, o acordo das partes tende, de fato, a soluções socialmente eficientes, ou seja, que aumentam o bem-estar social. Assim, a intervenção estatal (inclusive a judicial) somente fará sentido quando ela levar a soluções melhores e mais eficientes do que o acordo das partes sozinho conseguiria atingir.

Vale dizer, a incompletude contratual pode ser a simples falta de previsão sobre um tema, ou pode ser intencional, tratando-

se de um silêncio eloquente (a ausência de acordo específico sobre determinada alocação de riscos e obrigações e, que, portanto, não poderia lhes ser imposto por terceiros).³

Vale dizer, o Poder Judiciário somente deveria interferir criando obrigações que não poderiam ter sido pactuadas pelas partes em razão de elevados custos de transação, sobretudo no âmbito empresarial, que presume a sofisticação dos contratantes — sob pena de ineficiência econômica e injustiça sinalagmática (agentes econômicos que visam ao lucro e que, justamente por isso, não precisam de proteção estatal).

Logo, a função geral da intervenção jurídica nos contratos é superar os erros e ineficiências que surgem a partir de falhas de mercado, em especial os custos de transação. A função do direito contratual seria, nesse caso, reduzir esses custos de transação, vale dizer, *lubrificar* as relações. Conforme preceituam os professores Robert Cooter e Thomas Ulen:

O Teorema de Coase postula que a lei pode incentivar a barganha pela diminuição dos custos de transação. A diminuição dos custos de transação lubrifica a barganha. [...] Podemos formalizar este princípio através do teorema normativo de Coase: Estructure a lei de modo a remover os impedimentos aos acordos privados. [...] Assume-se que as trocas privadas podem alocar eficientemente os direitos. [...] Além de incentivar a barganha, o sistema jurídico tenta minimizar os desajustes e as falhas de cooperação, que são custosas à sociedade. [...] Estructure a lei de modo a minimizar o dano causado pelas falhas nos acordos privados. (COOTER; ULEN, 2003, p. 93 *et seq.*).

³ "It should be noted that such interpretation can be carried out by courts only when the reason for incompleteness was the effort to anticipate or the expense for parties of specifying more terms. When the reason for incompleteness is that the court cannot verify a term (such as the wedding photographer's level of effort), then the courts by assumption cannot attempt to complete the contract (by taking into account the photographer's effort level)." (SHAVELL, 2004, p. 301).

Isso inclui diversos objetivos particulares que regem e inspiram as normas do direito contratual, como: induzir os indivíduos a empreender ações cooperativas e honestas que promovam efeitos benéficos à sociedade (ações eficientes); neutralizar ações oportunistas que promovam o bem-estar individual em detrimento do bem-estar comum (ações ineficientes); prevenir erros evitáveis; suplementar contratos incompletos; atribuir, a título supletivo ou imperativo, riscos às partes, etc.

De modo geral, uma intervenção corretora do direito será justificada sempre que o custo da intervenção seja inferior ao benefício que ela trouxer ao acordo das partes. A intervenção estatal pode se dar de diversas formas: normas mandatórias, normas dispositivas, normas estruturantes, intervenção judicial, etc.

Nesse sentido, a Ciência Econômica contribui para uma correta interpretação e aplicação das normas de direito contratual aos casos concretos, especialmente aqueles que envolvam relações empresariais. Afinal, o Direito deve ser entendido, entre outros conceitos, como o conjunto de regras e princípios juridicamente vinculantes. (TIMM; COOTER; SCHAEFER, 2006).

Esse modelo, como dito, define o contrato como a expressão da vontade das partes, assumindo que cada contratante tenha consciência do que seja melhor para si e, por isso, deve livremente barganhar. Sustenta, ainda, que os tribunais (leia-se o Estado) devem interferir na relação contratual tão somente se o acordo entabulado não foi o resultado da vontade das partes (em razão de fraude, coerção, erro, etc.) ou na ocorrência de descumprimento.⁴

⁴ O que Prof. Eisenberg chama de modelo estático de direito contratual. (Cf. ELSENBERG, 2001, p. 1).

5 CONCLUSÃO

Em comemoração aos 20 anos de vigência do Código Civil brasileiro, celebramos também a sua dinâmica evolução em linha com os princípios liberais que norteiam a economia brasileira. A Lei de Liberdade Econômica, conforme entendemos, não propriamente transformou o direito contratual brasileiro tal qual foi imaginado no início do terceiro milênio, por Miguel Reale e os demais codificadores. Mas, em verdade, reforçou os princípios constitucionais privatistas que já haviam sido estabelecidos em nossa Constituição Federal.

O Poder Judiciário mineiro vem demonstrando profunda compreensão do sentido jurídico e econômico da Lei de Liberdade Econômica e merece nosso reconhecimento pela aplicação sóbria e ponderada da legislação. Essa é com certeza uma contribuição que levará ao desenvolvimento econômico e social do Estado de Minas Gerais e também do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set. 2019 - Edição extra-B. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Law and economics*. Boston: Addison Wesley, 2003.

EISENBERG, Melvin. The emergence of dynamic contract law. *Theoretical Inquiries in Law*, [s. l.], v. 2, p. 1, 2001.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0000.19.129114-5/001. Relator: Des. Fábio Torres de Sousa. *DJe*, Belo Horizonte, 5 mar. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.093426-9/001. Relatora: Des.^a Lílian Maciel. *DJe*, Belo Horizonte, 3 mar. 2023.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio (Org.). *Manual de Economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Harvard University Press, 2004.



AUTONOMIA PRIVADA E FUNÇÃO JUDICIÁRIA DE RESGUARDO DA JUSTIÇA CONTRATUAL: a suposta crise do contrato

Mônica Silveira Vieira¹

RESUMO

O artigo investiga a autonomia privada em sua feição jurídica atual, tendo como base sua evolução a partir da autonomia da vontade e os influxos sofridos dos valores priorizados pelo Estado Social e pelo Estado Democrático de Direito. Avalia os efeitos da constitucionalização do Direito Privado em relação à liberdade negocial e investiga se há crise ou mesmo supressão da autonomia privada e do contrato, à luz de dois julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. A pesquisa, de cunho jurídico-dogmático e exploratório, efetuada por meio de análise de conteúdo de decisões judiciais e artigos jurídicos, especialmente das áreas do Direito Civil, Empresarial, Processual Civil e Econômico, reflete, ainda, sobre a intervenção do Poder Judiciário nos contratos e sobre tentativas de limitação de sua atuação. Ao final, conclui-se que a autonomia privada não foi suprimida e nem mesmo enfrenta crise e que tem o Judiciário o poder-dever de resguardar a justiça contratual, segundo as normas constitucionais.

Palavras-chave: Autonomia privada. Função social. Cláusulas gerais. Liberdade econômica.

¹ Juíza de Direito do Estado de Minas Gerais. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-Graduada em Gestão Judiciária pela Universidade de Brasília. *E-mail:* monica.silveira@tjmg.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

Muitos doutrinadores e alguns magistrados mencionam suposta “crise do contrato” e mesmo possível desaparecimento da categoria “negócio”, o que decorreria da intervenção do Estado nas relações privadas, por meio da progressiva previsão de normas de conformação da liberdade negocial e, particularmente, da atuação do Poder Judiciário ao empreender a revisão e extinção de contratos.

Diante dos diversos estudos a respeito, alguns de tom alarmista, a impulsionar tentativas legislativas ou no mínimo interpretativas de restringir as possibilidades de atuação do Judiciário nesse campo, é relevante investigar, especialmente neste simbólico momento em que se comemoram 20 anos de vigência do Código Civil de 2002, se tal crise realmente se configura ou se chegou a se insinuar em algum momento e se é necessária alguma contenção da atividade judiciária, ainda que na modalidade de autocontenção.

2 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

No período do auge do liberalismo, em que foi editado o Código de Napoleão, o momento sociopolítico vivido caracterizava-se por intensa necessidade de garantir espaços de atuação dos cidadãos em face do Estado, que até pouco tempo antes tinha feição absolutista e intensamente autoritária. É compreensível, pois, que tal codificação tenha consagrado noção de liberdade no âmbito privado praticamente intocável, baseada na premissa de que os indivíduos eram os senhores de seus interesses e que

a melhor forma de garantir seus direitos subjetivos era permitir a plena produção dos efeitos das declarações de vontade. Acreditava-se na possibilidade de se exprimir, por meio de negócios jurídicos, a pura vontade interna dos sujeitos (voluntarismo), e que, expressa tal vontade intocada, os efeitos dos pactos deveriam ser absolutamente respeitados. (NEVES; MACHADO, 2022).

Com o passar dos anos, a percepção de que o Estado Liberal e seu ideal de quase nenhuma intervenção nas relações econômico-sociais resultaram em grandes desigualdades, somadas aos diversos outros fatores sociais, culturais e políticos, conduziu à progressiva afirmação do modelo de Estado Social, que incorporou às funções estatais vertentes de atuação promocionais de valores e interesses (BOYADJIAN; BIZELLI, 2014) e corretivas de desigualdades, as quais ainda se fazem presentes no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Esse movimento foi acompanhado, no Direito Privado, pela progressiva substituição da ideia de autonomia da vontade pela autonomia privada, baseada na teoria da declaração (não mais de moldes voluntaristas). As cláusulas e efeitos das relações negociais passaram a ser buscados a partir das declarações emitidas pelas partes, inclusive por se compreender impossibilidade de captar os desígnios psíquicos de cada contratante e seus móveis internos.

Percebe-se, hoje, que a liberdade de se autorregular e os limites jurídicos que a conformam têm o mesmo fundamento maior: o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa dupla função do princípio decorre a conclusão de que os negócios jurídicos não apenas são expressão da autonomia privada, mas também devem se prestar à realização de outros valores igualmente relevantes resguardados pelo ordenamento jurídico, como a justiça social (em

sua específica modalidade justiça negocial ou contratual, como as lições de Tomasevicius Filho (2015) apontam), a boa-fé e a livre concorrência. É esse um dos fundamentos principais do poder-dever de intervenção do Judiciário nos negócios jurídicos em geral, de modo a restaurar equilíbrios estremecidos e a preservar valores jurídicos em risco ou violados.

3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E SUA RELEVÂNCIA EM MATÉRIA NEGOCIAL

Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a afirmação jurídica da dignidade da pessoa humana, como sobreprincípio, conquista civilizatória fundante dos ordenamentos jurídicos ocidentais, conduziu à configuração, nos sistemas jurídicos de filiação romano-germânica, da chamada constitucionalização do Direito Privado. Dela decorreu a progressiva redução de aspectos essenciais que o distinguiam do Direito Público, a ponto de se falar em publicização daquele (HIRONAKA, 2011), principalmente em razão do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de sua aplicabilidade direta e imediata às relações entre particulares. A incidência direta dos direitos fundamentais sobre a relações privadas se compreende como forma de humanização das relações jurídicas e de correção de excessos na manifestação da liberdade negocial. (MOREIRA; BUNCHAFT, 2014).

O Código Civil Brasileiro (CCB) de 2002 foi editado sob esses influxos, o que não foi suficiente para acarretar imediata aplicação de suas normas pelos intérpretes em geral à luz dessa ótica constitucionalizada, pois tinha havido radical mudança de cultura jurídico-social, de modo que foram necessários vários anos para que

a tônica privatista fosse substituída, na prática hermenêutica, pela nova feição do Direito Privado, com profunda e direta influência das normas constitucionais. Tal influência é mais facilmente perceptível — e aplicável — no tocante às relações de cunho eminentemente pessoal — mas a chamada constitucionalização do Direito Civil também se operou em relação às relações patrimoniais. Nesse campo, entretanto, houve maior resistência a incorporar as mudanças. E ainda há.

O Código do Consumidor, ao densificar o disposto no art. 170, V, da Constituição, já havia estabelecido, em 1990, diversas normas tendentes ao reequilíbrio de relações negociais. Diante do expresso mandamento constitucional (reforçado pelo art. 48 dos ADCT) e da restrição de sua aplicabilidade às relações de consumo, houve progressiva e menos difícil acomodação dos agentes sociais, especialmente dos econômicos, à sua aplicação.

No que diz respeito ao Código Civil e às suas disposições normativas conformadoras da autonomia privada, especialmente as estabelecidas por meio da técnica das cláusulas gerais — que, segundo Martins-Costa (2018), são “estruturas normativas parcialmente em branco, [...] completadas por meio da referência às regras extrajurídicas, ou a regras dispostas em outros *loci* do sistema jurídico” cujo “preenchimento de sentido em relação a cada caso concreto exige [...] que o julgador seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração” —, como as que positivaram os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva (arts. 113, 187, 421 e 422), a reação à intervenção judicial na economia negocial ainda se mostra bastante intensa.

4 CRISE DO CONTRATO E DA AUTONOMIA PRIVADA?

Em virtude da progressiva intensificação da intervenção do Estado nos negócios jurídicos, principalmente a partir de previsões normativas que admitem a revisão ou extinção negocial pelo Poder Judiciário, quando violados determinados princípios de ordem pública, diversos autores e mesmo magistrados chegam a sustentar que houve um declínio do próprio instituto do negócio jurídico e da autonomia privada. Na ementa da Apelação Cível nº 1.0000.17.093160-4/009, julgada pela 14ª Câmara Cível do TJMG, em janeiro de 2023, afirmou-se que “a concepção clássica do contrato, baseada nos princípios da autonomia privada e intangibilidade do contrato (*pacta sunt servanda*), foi superada” e que teria sido “substituída pela cláusula geral da boa-fé objetiva, pelo princípio do equilíbrio econômico e pela função social do contrato”. (MINAS GERAIS, 2023a). Na fundamentação do voto do Desembargador Relator, sustentou-se que o CCB, ao regular os contratos, tutelou “as partes vulneráveis no tratamento do princípio da liberdade contratual” e limitou “o exercício dessa mesma liberdade aos parâmetros da função social do contrato e da sujeição dos contratantes à cláusula geral da boa-fé e da probidade”. (MINAS GERAIS, 2023a).

Alguns anos antes, no final de 2019, a 18ª Câmara Cível do mesmo tribunal, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.18.083022-6/001, havia adotado o posicionamento de que, embora a autonomia privada “tenha cedido espaço para princípios como a boa-fé e a função social do contrato, apresenta-se, ainda, como a pedra angular do sistema de direito privado”. (MINAS GERAIS, 2019).

Tais acórdãos encerram posições claramente divergentes, pois foram proferidos sob a vigência de arcabouço normativo semelhante, sem que as alterações socioeconômicas e normativas ocorridas entre 2019 e 2023 pudessem justificar qualquer mudança relevante de entendimento jurídico sobre o tema. Afinal, com a constitucionalização do Direito Privado, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a previsão, no CCB atual, de cláusulas gerais autorizativas da intervenção judicial para reequilibrar as relações negociais, inclusive com possibilidade de decretar sua extinção em casos de desequilíbrio ou injustiça particularmente intensos, configurou-se crise da autonomia privada? E, se houve, seu declínio foi intenso a ponto de se poder falar em sua supressão?

O reconhecimento jurídico de uma reserva de liberdade aos indivíduos para regerem seus interesses particulares, especialmente os de natureza eminentemente patrimonial, representou um avanço civilizatório de imensa relevância, fundamental para que fosse protegido dos excessos até então praticados pelo Estado Absolutista um espaço de regulação privada. Superado tal modelo de Estado, consagrada a proteção das liberdades individuais, a proteção jurídica da autonomia negocial (inicialmente fundada na vontade e posteriormente nas declarações dos sujeitos) significa o resguardo de espaço existencial de autorregramento de interesses, em que a pessoa pode exercer sua liberdade. Na lição de Amaral (2010), a autonomia privada é “verdadeira projeção, na ordem jurídica, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada”. Caso não fosse resguardada pela ordem jurídica, “a pessoa humana [...] nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade”.

O estabelecimento de contornos jurídicos para a autonomia privada, seja por meio de normas específicas, seja através da técnica das cláusulas gerais, longe de representar supressão ou mesmo de representar crise da autonomia e do negócio jurídico, configura reconhecimento de sua relevância e esforço no sentido de sua compatibilização com o atual estágio socioeconômico e político da civilização.

Como sustenta Vicente (2016), a vontade humana, por si só, não é intrinsecamente apta a produzir efeitos jurídicos. Tal eficácia decorre do Direito, que, ao atribuir poder jurígeno às declarações de vontade, estabelece seus requisitos, os quais envolvem, claro, limitações: “Nenhuma vontade, por mais esclarecida que seja, pode [...] ponderar e querer todos os efeitos jurídicos dela derivados”.

A previsão de princípios contratuais como a boa-fé e a função social, no CCB vigente, sob a técnica das cláusulas gerais, permite ao intérprete avaliar, em cada caso concreto e à luz dos valores éticos prevalentes a cada fase vivenciada pela sociedade (como ocorreu no peculiar período da pandemia da Covid-19), sem demanda de alterações legislativas casuísticas, a compatibilidade das disposições contratuais com as funções próprias dos contratos (justiça interna) e com a ordem pública e os direitos da coletividade (externalidades). Assim, viabiliza-se a permanente atualização da conformação jurídica da autonomia privada. Essa plasticidade é ressaltada por Martins-Costa:

As cláusulas gerais têm por função auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, propiciando o seu progresso mesmo se ausente a inovação legislativa. A abertura diz respeito ao ingresso no *corpus* legislativo de princípios, máximas de conduta, *standards* e diretivas sociais e econômicas, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a “adequação valorativa” do

sistema (abertura ou permeabilidade do sistema). A mobilidade diz respeito à acomodação no interior do sistema desses novos elementos, conectando-os, num movimento dialético, com outras soluções sistemáticas (ressistematização). (MARTINS-COSTA, 2018,).

A função social atua como “limite ético jurídico ao livre exercício da autonomia privada”. Constitui “preceito de ordem pública, de obrigatória observância pelas partes, [...] critério apto a aferir a validade ou não de convenções particulares” e ainda desempenha o papel de “instrumento de equilíbrio contratual” (MAIA JÚNIOR, 2016). Explicita Fachin (2012) que, travada relação jurídica entre indivíduos em situação fática desigual, de modo a que um deles se mostre vulnerável em face do outro, dificilmente haverá efetiva realização do princípio da autonomia privada. Assim, a atuação corretiva do Estado se dá não para suprimir ou reprimir a liberdade dos sujeitos de autorregulação de seus interesses, mas para viabilizar que ela de fato se concretize, para ambas as partes da relação.

Assim, conforme salienta Fernandes (2019), a função social do contrato protege a autonomia privada e atua também como parâmetro interpretativo, “na medida em que qualquer intromissão não justificada em interesses sociais relevantes será vedada ao julgador”.

Na realidade, não há tanta novidade assim na previsão de normas jurídicas limitativas da autodeterminação dos particulares no regramento de seus interesses privados. Pode-se citar como exemplo de norma com essa função há muito vigente o art. 17 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, que ainda mantém sua redação original e estabelece que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como

quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. (BRASIL, 1942). Note-se que o sentido conferido à expressão ordem pública se altera segundo “as valorações da comunidade concreta de que se trate, na sua organização jurídica, econômica e social”, de modo que “a intervenção legislativa e jurisprudencial no domínio da autonomia privada se justifica de variadas maneiras, conforme o relevo e significado que se dê aos objetivos da ordem pública”. (GUILHERME, 2003).

Não há que se falar, pois, em superação, nem mesmo em crise, da autonomia privada, nem em sua substituição por princípios contratuais como boa-fé objetiva e função social. A autonomia privada continua a ser resguardada pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive em razão do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), do qual decorre a inviabilidade de se submeterem os indivíduos ao jugo estatal. Os “limites” a que está submetida, como os decorrentes da boa-fé, da função social, da ética (bons costumes), da ordem pública, nada mais significam do que a definição de seus contornos jurídicos, os quais, na verdade, viabilizam seu resguardo em conformidade com o Direito vigente. Em um Estado Democrático de Direito, inexistente direito subjetivo absoluto ou ilimitado, e a autonomia privada não foge à regra. Correta, pois, a conclusão de Donnini:

O contrato não morreu. Ao contrário. Como previu Grant Gilmore, o vento de primavera o ressuscitou, pois sua evolução é constante e nos atinge diretamente, diuturnamente. Para sua constante adaptação à realidade social é mister, muitas vezes, a interferência do Poder Público para que a base do negócio jurídico, que deve estar pautada na ideia de comutatividade e na boa-fé objetiva, seja preservada. (DONNINI, 2004).

5 INTERVENÇÃO REEQUILIBRADORA DO PODER JUDICIÁRIO E TENTATIVAS DE LIMITAÇÃO

O Poder Judiciário é o garantidor último do Estado Democrático de Direito, ao qual incumbe particularmente a atuação contramajoritária, uma vez que os grupos sociais minoritários, muitas vezes constituídos por pessoas em situação de vulnerabilidade, dificilmente conseguem obter a proteção de seus interesses por meio de políticas públicas eficazes.

Em relação aos negócios jurídicos em geral e aos contratos em particular, a atuação judicial deve visar ao restabelecimento da justiça interna (reequilíbrio, respeito a expectativas, cumprimento da função própria de cada espécie de negócio jurídico, entre outras finalidades) e externa (conformação a normas cogentes, especialmente de matriz constitucional) à relação jurídica.

Evidentemente, não se defende aqui a possibilidade de aplicação judicial de ideais subjetivos de justiça contratual. O valor “justiça” deve ter seu sentido preenchido segundo as normas constitucionais e legais vigentes e também em consideração aos precedentes vinculantes. Ao apreciar demandas judiciais que veiculem pedidos de revisão ou extinção contratual fundados em desequilíbrio ou em violação de princípios como o da função social e o da boa-fé objetiva, ao Judiciário cumpre avaliar a conformidade do autorregramento estabelecido pelas partes e de seus efeitos em relação às normas jurídicas que estabelecem os contornos de validade e eficácia da autonomia privada.

Muitas críticas são dirigidas à atuação judicial, relativamente a matérias diversas, que vão do campo da política à economia dos contratos, mediante alegações de ativismo e de intervenção

juridicamente inadmissível. A respeito, é preciso sempre lembrar que, salvo raríssimas exceções bem delimitadas na legislação vigente, o Judiciário não age de ofício; desse modo, se precisa se pronunciar sobre a atuação de agentes políticos, sobre a execução de políticas públicas ou sobre a validade de disposições contratuais, quer de cunho empresarial, quer tipicamente civis ou de consumo, tais situações concretas decorrem de provocação daqueles que se alegam titulares de direitos subjetivos violados ou submetidos a risco, os quais têm, em princípio, o direito fundamental de acionar o sistema de justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição). Observa-se também que vem se delineando importante entendimento, inclusive do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de que o ativismo judicial, por si só, não é antijurídico, apenas assumindo tal caráter quando afrontados os limites constitucionalmente postos à atuação do Poder Judiciário, o que se verifica, por exemplo, em caso de violação ao princípio da separação de poderes.

Também são frequentes críticas negativas à atuação judicial incidente sobre negócios jurídicos e suas cláusulas que apontam suposta criação de ambiente de mercado pouco atrativo a investimentos, com surgimento de insegurança jurídica e de imprevisibilidade. Esse posicionamento, que busca limitar ao mínimo a intervenção judicial nos contratos empresariais e civis, baseia-se nas premissas de que os agentes econômicos, em regra, reúnem melhores condições de reger seus próprios interesses do que qualquer ente externo, e de que a intervenção corretiva do Estado, por meio ou não do Judiciário, deve ser excepcional. É adotado por muitos expoentes das Ciências Econômicas e também do Direito Econômico, particularmente, no caso, estes, por

doutrinadores que, ao analisarem a interação entre os fenômenos jurídico e econômico, entendem que a este deve ser dada a ênfase, e que, mesmo em se tratando de manifestações judiciais, devem prevalecer as considerações sobre os efeitos econômicos de cada possível decisão a ser prolatada em cada caso concreto, em relação à análise de outros bens e valores sociais e juridicamente relevantes.

Timm (2008) assevera que a análise de decisões judiciais que resultaram em intervenção em negócios jurídicos evidenciaria que “a interferência estatal no espaço privado do contrato” resulta em favorecimento dos “interesses da parte mais fraca no litígio”, com prejuízo para “os interesses coletivos, ao desarranjar o espaço público do mercado, que é estruturado sobre as expectativas dos agentes econômicos”. Aduz que “o benefício da redistribuição via contrato é todo destinado à parte protegida no litígio sem nenhum resultado coletivamente benéfico àqueles que não propuseram demandas judiciais” e que é provável que os custos decorrentes dessa intervenção sejam repassados à coletividade. Acrescenta que “a excessiva intervenção judicial nos contratos pode trazer instabilidade jurídica e insegurança ao ambiente econômico, acarretando mais custos de transação às partes, para que negociem e façam cumprir os pactos”.

De fato, efeitos econômicos como os apontados pelo autor podem realmente advir de decisões judiciais das quais resulte intervenção em negócios jurídicos privados, especialmente quando essas decisões são proferidas recorrentemente. No entanto, se, por um lado, o Judiciário não pode deixar de levar em conta os efeitos econômicos de suas decisões, essa é apenas uma das ordens de fatores constitucionalmente relevantes a serem considerados, e que se submetem a valores e princípios priorizados pela Constituição.

Os fatores econômicos são, pois, relevantes, mas não os únicos que devem ser avaliados; em regra, como determina a Constituição e as normas que a densificam, nem mesmo serão os prevalentes. Ao lado deles, é preciso, por exemplo, zelar pela proteção dos direitos do consumidor, da justiça em sociedade, da solidariedade social, da propriedade privada e de sua função social, da livre concorrência, tudo sob o influxo da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento jurídico brasileiro. Considerar apenas os efeitos econômicos das decisões, ou posicioná-los acima de outros valores constitucionalmente protegidos, constitui, portanto, reducionismo incompatível com o ordenamento jurídico vigente.

Ainda assim, verificam-se frequentes tentativas, inclusive por meio de normas legisladas, de limitar o âmbito de atuação do Poder Judiciário, inclusive (embora não apenas) em relação aos negócios jurídicos privados, sob alegação de excessos, os quais decorreriam especialmente da ampla possibilidade de preenchimento do sentido das cláusulas gerais contidas no CCB. Os defensores dessas limitações parecem se esquecer de que, no contexto do sistema de freios e contrapesos que caracteriza a tripartição dos poderes estatais constituídos, a atividade judicial está amplamente sujeita a controle, o qual se operacionaliza, em relação às decisões proferidas em cada caso concreto, a partir da fundamentação das decisões judiciais, exigência constitucional (art. 93, IX, da Constituição) que torna passíveis de questionamento, por meio de recursos, todos os pronunciamentos de tal Poder, ao se evidenciarem as razões que levaram o magistrado a decidir em determinado sentido, após a ampla participação das partes da relação processual, em amplo contraditório.

Alterações introduzidas no Decreto nº 4.657/1942 pela Lei nº 13.655/2018 foram defendidas por alguns estudiosos, particularmente das áreas empresarial e econômica, como necessárias para conter o Poder Judiciário. Referiam-se, inclusive, ao art. 21, segundo o qual a decisão, inclusive judicial, que invalidar ato ou contrato, deverá indicar, de modo expresso, suas consequências jurídicas e administrativas. O parágrafo único exige indicação das condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, além de proibir a imposição de ônus ou perdas anormais ou excessivos.

Apesar do que se sustentou a respeito, a norma inscrita no *caput* nada mais fez do que detalhar exigências que já decorriam da normatização da atividade judicial e do ato de julgar. Cabe às partes da relação processual, em obediência ao princípio da cooperação e ao dever de participar amplamente da construção da solução para cada caso concreto levado à apreciação do Judiciário, discutir amplamente os possíveis efeitos da invalidação ou revisão do ato jurídico. As normas contidas no parágrafo único não constituem verdadeira inovação, pois já compunham o ordenamento jurídico, ainda que tacitamente, em decorrência dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade e dos princípios do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato e da propriedade.

Posteriormente, editou-se a Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, a qual, segundo o *caput* do art. 1º, “estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador”. (BRASIL, 2019). De acordo com o § 2º, “interpretam-se em favor da liberdade

econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”. (BRASIL, 2019). O art. 2º incluiu entre os princípios norteadores da lei a liberdade como garantia do exercício das atividades econômicas e o da intervenção subsidiária e excepcional do Estado nas atividades econômicas.

A mencionada lei alterou a redação dos arts. 113 e 421 do CCB e incluiu no texto do Código o art. 421-A. Uma leitura apressada e isolada dos dispositivos legais modificados e inseridos na ordem jurídica pela Lei nº 13.874/2019 poderia levar à conclusão de que teria prevalecido, no Brasil, vertente jurídica marcadamente liberal, com consagração jurídica do caráter excepcional da revisão judicial dos negócios jurídicos empresariais e civis. Nesse sentido, parece ser a visão de Neves e Machado:

[...] a alteração promovida no *caput* do artigo 421 suprimiu a expressão em razão da função social, mantendo somente a expressão no limite da função social. O propósito é manifestamente promover uma mudança na interpretação dos contratos, restringindo a intervenção judicial, uma vez que o conteúdo do contrato já não mais precisaria promover um resultado de ganho social, mas tão somente não prejudicar os interesses sociais existentes. A redução do poder intervencionista do julgador foi, aliás, destacado com a inclusão de um parágrafo único, anteriormente inexistente, a consagrar a intervenção mínima e a revisão excepcional.

Tal perspectiva pode levar ao reforço da tese de que os contratos empresariais perseguem a lucratividade da operação e promovem estímulos ao funcionamento dos mercados, não necessariamente resultando em um instrumento direto de justiça social distributiva. Essa justiça social seria resultado do recolhimento de tributos e da posterior distribuição pelo Estado. (NEVES; MACHADO, 2022).

Os autores podem até estar corretos em relação ao diagnóstico de que a intenção do legislador foi a de buscar a prevalência dos interesses empresariais. No entanto, a *mens legislatoris* não é verdadeiro critério de interpretação legislativa, mas apenas dado de interpretação histórica. A par disso, é fundamental, em hermenêutica, realizar-se interpretação sistemática, inserindo-se a norma em análise no todo do ordenamento jurídico e compatibilizando-a com a Constituição. E esta, repita-se, além de fundar o ordenamento jurídico na dignidade da pessoa humana, estabeleceu como fundamentais a solidariedade, a função social do contrato e da propriedade, a defesa do consumidor, a livre concorrência, entre outros valores e princípios com os quais as regras presentes na Lei nº 13.874/2019 devem ser compatibilizadas.

Andrade, Gonçalves e Milagres (2021) identificam em tal diploma legislativo “valorização da autonomia privada”, o que, como demonstrado, não é incompatível com a noção de limitações, já que a liberdade de atuação do indivíduo tem os contornos que o ordenamento jurídico-constitucional lhe confere.

Acertado o magistério de Brito (2022), ao sustentar que contraria a Constituição a tese do caráter excepcional da intervenção estatal na economia, em geral, e no regime jurídico dos negócios privados, em particular. Para a autora, interpretações que confirmam às normas da Lei nº 13.874/2019 sentido de retorno a um “Estado mínimo”, de feição liberal, são reducionistas e ignoram diversos valores constitucionais norteadores da ordem econômica e também que o próprio Estado, como hoje compreendido, é “instituição jurídica, necessária ao bem-estar de todos”. Defende que o art. 2º, III, da referida lei deve ser interpretado como previsão

de intervenção subsidiária (e não excepcional) do Estado na atividade econômica, a qual será admissível sempre que violados princípios constitucionais e legais e normas de ordem pública, sejam de interesse da coletividade, sejam destinados a preservar a própria função interna do contrato como expressão da autonomia privada.

6 CONCLUSÃO

A garantia jurídica da autonomia privada pelas codificações oitocentistas, como espaço existencial do indivíduo, de modo a resguardá-lo da interferência do Estado, representou importante avanço civilizatório. A insuficiência do modelo liberal e voluntarista de viabilização da liberdade negocial, especialmente diante das desigualdades materiais reveladas pela realidade social, levou a que, no Estado Social, fosse admitida a intervenção do Estado no domínio econômico, especialmente para reequilíbrio dos contratos. No contexto do Estado Democrático de Direito, por meio especialmente do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a autonomia privada assume feição compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, com a função social do contrato e da propriedade, com a livre iniciativa, com a livre concorrência e com a solidariedade.

O estabelecimento de contornos jurídicos para a autonomia privada não significa sua supressão, nem mesmo crise da liberdade negocial e do contrato, mas reforço de sua relevância, além de ser essencial à sua compatibilização com o atual estágio socioeconômico e político da civilização. A autonomia privada continua a ser resguardada pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro,

inclusive em decorrência do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. Os limites a que está submetida consistem em definição de seus contornos jurídicos e viabilizam seu resguardo em conformidade com a ordem jurídica vigente, já que, em um Estado Democrático de Direito, inexistente direito subjetivo absoluto ou ilimitado.

Os fatores econômicos e os efeitos econômicos das decisões constituem apenas um dos vários aspectos a serem considerados pelos magistrados ao proferirem suas decisões, e não se sobrepõem aos princípios e valores constitucionais, nem aos de ordem pública contidos na legislação infraconstitucional. A correta interpretação da Lei nº 13.874/2019 leva à compreensão de que a intervenção do Estado na atividade econômica não é excepcional, mas subsidiária, admissível sempre que violados princípios constitucionais e legais e normas de ordem pública, sejam de interesse da coletividade, sejam destinados a preservar a própria função interna do contrato como expressão da autonomia privada.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Doutrinas essenciais de Direito Civil*, [s. l.], v. 2, p. 579-606, 2010. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

ANDRADE, Érico; GONÇALVES, Gláucio Maciel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? *Revista de Processo*, [s. l.], v. 322, p. 437-476, dez. 2021. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral da função social dos contratos: enfoque específico na sua eficácia externa, sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito Privado*, [s. l.], v. 54, p. 111-137, abr.-jun. 2014. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. In: BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990 e retificado em 10 jan. 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set. 2019 - Edição extra-B. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Lei de introdução ao Código Civil brasileiro. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942, retificado em 8 out. 1942 e retificado em 17 jun. 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Presidente da República. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942.

BRITO, Beatriz Gontijo. Ordem econômica constitucional, intervenção do Estado e a (in)constitucionalidade material do art. 2º, inciso III, da Lei 13.874/2019. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, [s. l.], v. 131, p. 73-88, maio-jun. 2022. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

DONNINI, Rogério José Ferraz. Revisão de contratos bancários. *Revista de Direito Bancário e do mercado de capitais*, [s. l.], v. 26, p. 41-54, out.-dez. 2004. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

FACHIN, Luiz Edson. Autonomia privada e estipulação contratual. *Soluções Práticas*, [s. l.], v. 1, p. 321-343, jan. 2012. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Impactos da Lei 13.874/2019 no princípio da função social do contrato: a liberdade econômica em foco. *Revista dos Tribunais*, [s. l.], v. 1.010, p. 149-179, dez. 2019. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida. A limitação da autonomia privada nos direitos reais e pessoais. *Revista de Direito Privado*, [s. l.], v. 14, p. 281-299, abr./jun. 2003. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. Doutrinas essenciais - obrigações e contratos. *Revista dos Tribunais on-line*, [s. l.], v. 3, p. 739-754, jun. 2011. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A função social como instrumento de equilíbrio contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Privado*, [s. l.], v. 72, p. 17-47, dez. 2016. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Kindle).

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.17.093160-4/009. Relator: Des. Estevão Lucchesi. *DJe*, Belo Horizonte, 27 jan. 2023a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.18.083022-6/001. Relator: Des. Estevão Lucchesi. *DJe*, Belo Horizonte, 27 jan. 2023b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.18.083022-6/001. Relator: Des. Mota e Silva. *DJe*, Belo Horizonte, 4 dez. 2019.

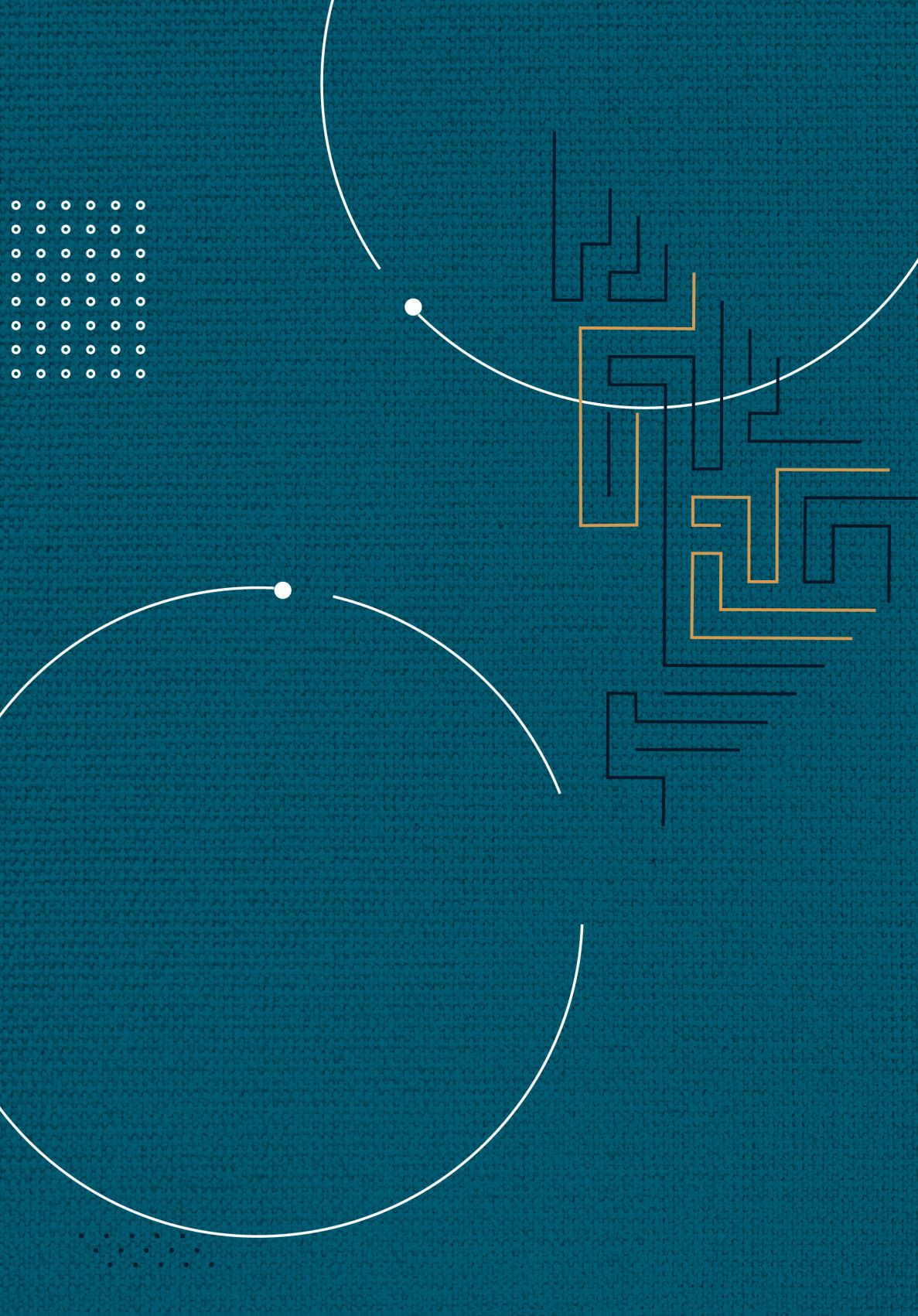
MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHRAFT, Maria Eugenia. A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, [s. l.], v. 86, p. 105-124, jan./mar. 2014. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

NEVES, Edson Alvisi; MACHADO, André Roberto. A função social do contrato e a lei da liberdade econômica. *Revista de Direito Civil contemporâneo*, [s. l.], v. 30, p. 163-185, jan./mar. 2022. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

TIMM, Luciano Benetti. Função social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, [s. l.], v. 876, p. 11-28, out. 2008. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Resolução e revisão contratuais por violação da função social do contrato. *Crise econômica e soluções jurídicas*, [s. l.], n. 61, dez. 2015. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).

VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e seus diferentes significados à luz do Direito comparado. *Revista de Direito Civil contemporâneo*, [s. l.], v. 8, p. 275-302, jul./set. 2016. (Revista dos Tribunais *on-line* – Edições Thomson Reuters).



A TUTELA DA CONFIANÇA E O DIREITO DOS CONTRATOS NA CONTEMPORANEIDADE: reflexões sobre as teses firmadas pela Corte Mineira no Tema nº 73/TJMG

Paulo Sérgio Velten Pereira¹

Rodrigo Dutra da Silva²

RESUMO

Este estudo analisa as teses construídas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no bojo do Tema nº 73/TJMG, firmado na sistemática das demandas repetitivas, tendo em vista a função do direito de proteger consistentemente as expectativas sociais relativas às operações econômicas. Tem-se em vista a problemática surgida através de múltiplas demandas de consumidores, em face de instituições bancárias, relativas a contratos integrantes do sistema de crédito, a saber, contratos de empréstimos consignados e de cartão de crédito com margem consignável. Trata-se de pesquisa que se utiliza do método de abordagem jurídico-sistêmico, à luz da teoria das fontes e dos modelos jurídicos de Miguel Reale, tendo o raciocínio estruturado pelo método hipotético-dedutivo, tudo a partir de fontes primárias e de bibliografia especializada. Ao final, conclui-se que o precedente qualificado estudado oferece teses

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Professor da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA). *E-mail*: paulovelten@tjma.jus.br.

² Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Advogado e assessor jurídico. *E-mail*: contato@rodrigodutra.adv.br.

consistentes com o contexto fático-jurídico apreciado, dotado de elevada base informacional, distribuindo os riscos e interesses em conflito, de maneira consentânea com as fontes e modelos jurídicos de direito privado contemporâneos.

Palavras-chave: Tema nº 73/TJMG. Precedente qualificado. Empréstimos consignados. Cartão de crédito com margem consignável. Fontes e modelos jurídicos.

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é analisar as teses firmadas pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na sistemática das demandas repetitivas, relativas às lides entre consumidores e instituições financeiras, acerca de contratos de empréstimos consignado e de cartão de crédito com margem consignável (Tema nº 73/TJMG).

O propósito é compreender em que medida as teses assentadas pela Corte Mineira contribuem para o fortalecimento do sistema de crédito, para a segurança jurídica e para o fomento de confiança objetiva no âmbito das relações paritárias.

O estudo se estrutura em duas etapas, sendo a primeira destinada à compreensão do sistema de mercados e da função do direito de estabilizar, de modo consistente, as expectativas econômicas, enquanto a segunda visa apresentar o sistema de crédito e a problemática submetida ao exame do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no bojo do Tema nº 73/TJMG, a fim de, ao final, trazer considerações sobre as teses vinculantes construídas através do precedente qualificado em questão.

Trata-se de trabalho que se utiliza do método de abordagem jurídico-sistêmico, à luz da teoria das fontes e dos modelos jurídicos de Miguel Reale, tendo o raciocínio estruturado pelo método hipotético-dedutivo, tudo a partir de fontes primárias e de bibliografia especializada.

2 O SISTEMA DE MERCADOS E A ATUAÇÃO DO DIREITO

As sociedades contemporâneas são marcadas pela elevada complexidade e pela interação cada vez mais próxima e impessoal entre os agentes sociais, decorrendo disso a premente necessidade de atuação consistente dos sistemas do direito e da economia, para o atendimento das mais diversas necessidades humanas, inclusive materiais.

Por isso, deve-se assentar que a atuação do direito em relação à economia é, antes de tudo, instrumental. O atual estágio do Estado Constitucional de Direito denota que os agentes econômicos são livres, para afirmar e perseguir os seus próprios interesses, reputados dignos de igual respeito e consideração pela comunidade política, o que não pode ser desconsiderado, em vista dos valores constitucionais de liberdade econômica e de segurança jurídica. (SILVA, 2005, p. 27). Assim, cabe ao direito estabilizar as expectativas que surgem dos vínculos que tais agentes estabelecem entre si, na busca desses exatos interesses, assegurando aos particulares um horizonte de previsibilidade, em relação às condutas que devem nutrir, na consecução daquilo que lhes convém. (LISBOA, 2012, p. 15).

Noutra senda, não se pode descuidar que a juridicidade que permeia as escolhas livres e as avenças firmadas pelas pessoas

para o atingimento de fins, econômicos, ou não, tem também uma conotação substantiva. O amplo espaço de liceidade conferido aos particulares, como instrumento à consecução de seus objetivos pessoais, também serve para afirmar a capacidade do indivíduo de fazer escolhas, assumir riscos e responsabilidades. (PINTO, 1995, p. 430). Quer dizer, o indivíduo tem reconhecida sua condição de autonomia, para definir e buscar sua própria concepção de bem viver (PEREIRA, 2018, p. 125), conforme a estratégia social que reputar mais eficaz para tanto, de modo a dar eficácia aos direitos constitucionalmente assegurados no plano das capacidades humanas. (NANNI, 2004, p. 170).

Nesse sentido, o contrato é o mecanismo utilizado por excelência às atuações instrumental e substantiva do direito, na economia, pelos particulares em suas relações intersubjetivas. Através do contrato, as pessoas podem, impessoal e rotineiramente, estabelecer relações de troca entre si, instrumentalizando um concurso de vontades que decorre de uma capacidade de agir dotada de valor intrínseco. Na hipótese de não cumprimento do pacto, por isso, atribui-se às instituições judiciárias a tarefa de fazer valer a vontade primitiva, em favor da execução da avença, compelindo que se atenda a expectativa decorrente das vontades livres e desembaraçadas mutuamente validadas. (GOMES, 2011, p. 23-24).

Da situação acima explanada, surge a relevante orientação dogmática, no sentido de que a intervenção judicial na economia dos contratos deve ser vedada, ou, ao menos, considerada excepcional. O raciocínio que justifica o entendimento tem basicamente três pressupostos, que serão adiante explicados, os quais são organizados em ordem sucessiva de prejudicialidade.

O primeiro pressuposto relaciona-se com a crença na igualdade procedimental, o segundo com a responsabilidade individual e o terceiro com o prudente respeito à sistemática espontânea da cooperação social.

A crença na igualdade procedimental reputa esclarecido todo e qualquer exercício individual de emanção de vontades em concurso. Isso porque presume que os contratantes, iguais em dignidade de respeito e consideração pelo Estado, devam ser considerados igualmente esclarecidos acerca dos termos do vínculo que estabeleceram entre si. Com efeito, as manifestações de vontade recíprocas, por emanarem de refletida e livre convicção, não podem ser supridas ou revogadas por um terceiro estranho à relação jurídica.

O segundo pressuposto é a exortação relativa ao binômio liberdade-responsabilidade, segundo o qual deve ser garantida coercitivamente a palavra empenhada livremente pelas pessoas aos seus iguais, sendo vedada qualquer forma de privação das partes, em relação às consequências de suas próprias escolhas, sob pena de favorecimento injusto de um indivíduo sobre as expectativas do outro. (NORONHA, 1994, p. 18). Por isso, pacífico “é o direito e unânime a doutrina ao enunciar [...] o princípio da responsabilidade, proclamando, sem contradita e sem rebuscos, que a vítima de uma ofensa a seus direitos e interesses receberá reparação por parte do ofensor”. (PEREIRA, 2016, p. 21).

Por fim, pode-se assentar que o terceiro pressuposto da orientação dogmática favorável à não intervenção judicial, em matéria de contratos, é a crença de que as pessoas estabelecem um sistema cooperativo espontâneo, difuso e autorregulável, quando atuam livremente e em condição de igualdade procedimental,

num sistema que garanta a execução das palavras empenhadas em situações de descumprimento, sendo inoportuna e desequilibradora quaisquer espécies de intervenções heterônomas.

Assim, numa situação concreta, o conteúdo das cláusulas contratuais decorre, em princípio, de esclarecido exercício de ponderação de interesses e riscos pelas partes interessadas, presumindo-se que os termos avençados justificam-se pelas condições objetivas e subjetivas constatadas pelas partes, quando da constituição do vínculo, de modo que representam, em todo caso, o produto de uma convergência de interesses insuscetível de ulterior desequilíbrio. (ROPPO, 2005, p. 7). Exatamente por essa razão, considerando as consequências sociais da vulneração da confiança, na obrigatoriedade dos contratos, entende-se que:

Toda vez que um magistrado, diante de uma demanda de revisão judicial de contrato, ao invés de atenuar, simplesmente despreza o princípio da força obrigatória, ele quebra expectativas legítimas, gera incertezas e desvirtua a própria função econômica e social do contrato, transferindo para toda a sociedade o ônus de uma operação econômica indevidamente modificada e desfeita. (PEREIRA, 2018, p. 42).

Evidentemente, a consequência prática do contexto intelectual acima mencionado é que a intervenção judicial na economia contratual representa medida excepcional, sendo o operador jurídico exortado à autocontenção. (PEREIRA, 2018, p. 31-32). Contudo, atrelado ao referido suporte teórico está a inescapável constatação de que a referida orientação de entendimento dobra-se quando vulnerados seus pressupostos de base.

Por um lado, defende-se firmemente que não pode a atuação dos agentes jurídicos embarçar o exercício da atividade econômica, com restrições arbitrárias que desanimem a prática de

contratar, de modo a violar direitos fundamentais correspondentes às liberdades negociais dos indivíduos em sentido amplo. (BRANCO, 2014, p. 270). Em verdade, as instituições judiciárias devem se adaptar ao complexo contexto contemporâneo, para ofertar uma prestação jurisdicional efetivamente adequada aos particulares, não limitando o engenho humano e a autonomia privada. Por outro, é exatamente do direito a responsabilidade de indicar a licitude dos comportamentos individuais e econômicos, a fim de assegurar uma sistemática de liberdades individuais e procedimentais concretamente compatíveis em situações de concorrência de interesses, garantindo um ambiente econômico confiável e propício ao desenvolvimento pleno das capacidades individuais e da eficiência alocativa dos mercados. (SEN, 2000, p. 299).

Por exemplo, não é contraintuitivo reconhecer que não há igualdade procedimental, se a manifestação de vontade exarada por uma das partes numa negociação qualquer for defeituosa, especialmente em razão da malícia da contraparte, que negou à primeira a base informacional devida ao consentimento esclarecido. Nesse caso, em razão da conduta de uma das partes, a outra foi tolhida de sua plena capacidade de agir, manifestando querer contrário ao que externalizaria numa situação em que tivesse informação plena. Com efeito, nesses casos, a interpretação jurídica exige um redimensionamento de perspectiva, sob pena de vulnerar a liberdade individual, em sua feição substantiva, em prol de uma presunção absoluta de igualdade procedimental.

Em tais contextos, portanto, constatadas assimetrias informacionais, ou de poder de barganha entre particulares negociantes, convém que a intervenção judicial não seja

peremptoriamente vedada, ainda que deva se manter parcimoniosa e prudente, partindo da declaração externalizada pelo sujeito. (PEREIRA, 2018, p. 150). Isso porque é imperativo que seja obstada a atribuição de cogência a interesses sociais indignos de tutela jurídica (PERLINGIERI, 2002, p. 95), especialmente aqueles aptos a vulnerarem a confiança objetiva que se pretende estabelecer através do direito entre os agentes sociais, tudo a partir da lógica responsável e cooperativa idealizada ao sistema econômico. (FORGIONI, 2009, p. 36-37). É no interesse da preservação da economia, da ampliação das capacidades humanas, da eficiência alocativa dos recursos sociais e do sistema de mercados que o direito privado deve atuar. (PEYREFITTE, 1999, p. 23-25).

Logo, o controle da higidez e da validade das manifestações de vontade que perfazem os vínculos contratuais representa tarefa a que os juristas em geral não podem eventualmente se furtar. No direito brasileiro, por exemplo, a referida tarefa é orientada pela sistemática legal das invalidades dos negócios jurídicos, na qual os vícios de consentimento, determinados por questões exógenas ao querer do agente declarante, assume papel fundamental. (PEREIRA, 2017, p. 431). No presente estudo, dar-se-á destaque a dois vícios de consentimento cuja breve exposição se revela oportuna, a saber, o dolo e o erro fático quanto ao objeto da prestação.

Preliminarmente, assenta-se que o ato jurídico de consentir veicula vontade jurígena que pode ser avaliada em três níveis sucessivos, quais seja, o da *solicitação*, da *deliberação* e da *ação*. (PEREIRA, 2017, p. 403-404). Nas estipulações pré-contratuais, as partes exteriorizam interesses e propostas entre si, estimulando a reflexão da contraparte, o que configura o nível da solicitação. Em seguida, o agente reflete sobre a atuação exógena, em deliberação

psíquica, puramente subjetiva. Por fim, em resposta ao estímulo, o agente age para exteriorizar o produto de sua deliberação, a saber, sua vontade consubstanciada no instrumento objetivo da declaração.

Nesse passo, o dolo representa vício, no consentimento de uma parte, que decorre imediatamente do induzimento malicioso da contraparte na fase primeira. Em síntese, “consiste nas práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito”. (PEREIRA, 2017, p. 441). Trata-se de vício que decorre de conduta comissiva ou omissiva, dotada de elevado grau de reprovabilidade social, uma vez que importa falseamento da verdade, ou omissão consciente, que devem ser comprovados pelo declarante. (OLIVEIRA, 2019, p. 22-23).

Noutra senda, o erro de fato representa vício de consentimento que ocorre quando “o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias fáticas, age de um modo que não seria sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação”. (PEREIRA, 2017, p. 434). Tal desconhecimento, quando referente ao objeto da prestação, deve necessariamente recair sobre elemento essencial da obrigação contraída, afetando substancialmente a declaração receptícia de vontade por fato prévio. No Brasil, ocorre erro substancial quanto às circunstâncias objetivas de fato, quando o vício interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração e/ou às suas qualidades essenciais. (Código Civil, art. 139, I).

Vale dizer, o erro substancial sobre o objeto da prestação somente ocorre quando houver efetiva “falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada”. (PEREIRA, 2017, p. 434). Não se induz erro pelo mero desconhecimento de todo o alcance da vontade manifestada, ou pela inconveniência de seus motivos, por exemplo. O erro há de incidir sobre o elemento principal e determinante da convenção para ensejar o efeito de anulá-la, fazendo com que as partes retornem ao *status quo ante*. (PEREIRA, 2017, p. 436-439).

Outro requisito à configuração do erro é a sua cognoscibilidade. “Diz-se que o erro é cognoscível quando é possível ao declaratório reconhecer que o declarante se encontrava em erro no momento da declaração de vontade” (OLIVEIRA, 2019, p. 22), tudo em vista das circunstâncias do caso, da base informacional das partes e do sinalagma obrigacional. Não importa que o erro do declarante seja conhecido, tal como ocorre no dolo, mas apenas que seja reconhecível nas circunstâncias apresentadas, sendo desnecessário ainda que seja reputado escusável.³

Por fim, cumpre acrescentar à discussão que, no contexto contemporâneo, verificam-se também hipóteses de desconhecimento legal de algumas disparidades de poder negocial entre os sujeitos em relações privadas, o que enseja a perfectibilização de tutelas jurídicas diferenciadas. A consideração dessas vulnerabilidades pode ser determinante na justificação da intervenção judicial em contratos, inclusive para a apreciação dos supracitados vícios do consentimento. É o que ocorre com as normas protetivas aos interesses dos consumidores, nas suas relações jurídicas com

³ Enunciado nº 12 da Jornada de Direito Civil/CJF: “Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”.

fornecedores de produtos e serviços, em vista da constatação de que ambientes econômicos podem se estabilizar de maneira perniciosa ao ideal de livre mercado em situações de concorrência imperfeita.

Assim, pode-se dizer que as normas de direito do consumidor objetivam, no interesse da sustentabilidade dos mercados, evitar a incorporação jurídica de interesses que decorram imediatamente de deficiências informacionais, ou de ações econômicas agressivas pelos fornecedores, evitando que pessoas em situação de vulnerabilidade quanto às suas capacidades de agir sejam vítimas de contratações iníquas e/ou precipitadas, de sorte a fazer recair sobre o fornecedor os riscos de sua atuação diretiva ao lucro legítimo.

Apresentadas as aludidas considerações, passa-se à apresentação das formas de proteção ao crédito no direito privado contemporâneo, bem assim às reflexões sobre as soluções encontradas pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no bojo do Tema nº 73, firmado na sistemática das demandas repetitivas.

3 O TEMA Nº 73/TJMG E A PROTEÇÃO JUDICIAL DO CRÉDITO

O sistema de crédito é fundamental para o desenvolvimento dos mercados e das economias nacionais. Através do crédito, normalmente ofertado por instituições financeiras ou por instituições governamentais, no bojo de políticas focalizadas, permite-se ao industrial, ao empresário e aos consumidores o acesso a bens e tecnologias, com uma imediatividade que não se verificaria se a dinâmica da economia dependesse única e exclusivamente da

acumulação de capital prévia ao investimento pelos particulares. Não raro, a ascensão do empreendedor e o acesso do consumidor, especialmente do cidadão das classes mais baixas, a bens e serviços depende dos mecanismos de crédito. (MENDONÇA, 2012, p. 53).

É evidente, portanto, que a proteção do sistema creditício é fundamental ao bem estar das sociedades capitalistas, no atual momento histórico, caracterizado pela difusão informacional e de interesses, além do apelo ao consumo. Por isso, é oportuno questionar: como se operacionaliza a referida proteção através do direito?

Numa primeira acepção, a proteção do crédito consubstancia-se na executoriedade compulsória da vontade empenhada pelo devedor ao credor. (SADDI, 2007, p. 218-221). Assim, entende-se que as instituições judiciais devem ser fiadoras do adimplemento obrigacional, não se podendo sujeitar o credor ao arbítrio injustificado do devedor. O cumprimento dos contratos em sentido contrafático é, incontroversamente, imperativo para a confiança negocial necessária ao desenvolvimento dos mecanismos de mercado. (LISBOA, 2012, p. 23).

Contudo, outra acepção à tutela do crédito é também possível e oportuna, malgrado ser mais ampla, difusa e exigir maior reflexão. (SEN, 2000, p. 298). A proteção do crédito pode ser compreendida também como proteção dos mecanismos do livre mercado, em sentido amplo, agregando à tutela jurídica da confiança a exigência de efetivo consentimento informado e de plena capacidade de agir dos agentes no bojo de suas situações negociais. Desse modo, visa-se à proteção da liberdade contratual, em sentido substantivo, tudo em prol da confiança objetiva necessária ao desenvolvimento pleno do sistema econômico. (GRAU; FORGIONI, 2005, p. 21-23).

A referida concepção de proteção creditória implica reconhecer que a relação jurídica obrigacional é complexa, não se reduzindo à prestação principal do vínculo, seja ele unilateral ou sinalagmático, consoante clássica perspectiva em direito das obrigações. É de se reconhecer a existência de posições obrigacionais que geram deveres anexos às prestações principais e acessórias expressas, cuja eficácia jurídica independe de manifestação das partes por imperativo de ordem pública. (NANNI, 2004, p. 193). Com efeito, em certa medida, toda relação jurídica obrigacional há de se converter num vínculo sinalagmático, notadamente em vista dos mandados de consideração próprios da cláusula geral da boa-fé objetiva, nos termos do art. 422 do Código Civil. (SILVA, 2006, p. 34).

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais viu-se recentemente obrigado a lidar com a complexidade das controvérsias relativas à tutela do crédito nas massificadas sociedades atuais. Diversas demandas de consumidores, em face de instituições financeiras, foram ajuizadas e ensejaram a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0000.20.602263-4/001 (Tema nº 73/TJMG). Malgrado pendente de julgamento de aclaratórios, o acórdão do referido incidente será objeto de análise no presente artigo.

Entre os serviços ofertados pelas instituições financeiras está o fornecimento de cartões de crédito e de empréstimos consignados. Trata-se de vínculos essencialmente distintos entre si. A particularidade exige, portanto, um exame próprio de suas disciplinas econômica e jurídica.

O primeiro contrato configura uma promessa de empréstimo na qual a instituição bancária oferece ao interessado um limite de crédito utilizável, surgindo ao devedor a obrigação de quitar o empréstimo em parcelas, se efetivado o uso do crédito disponibilizado. Nesse caso, a incidência de juros moratórios somente se configura na hipótese de inadimplemento do devedor, quanto ao pagamento das parcelas, sendo eventual. É conhecido o fato de que o acesso a cartões de crédito é facilitado, bem assim que os juros moratórios respectivos são rotativos até o pagamento integral, representando quiçá as maiores taxas do mercado.

No contrato de empréstimo consignado, por sua vez, há a efetiva entrega do bem da vida da instituição bancária ao contratante do serviço. O pagamento do débito se dá por desconto das parcelas, na folha de pagamento dos vencimentos do devedor, sendo certo que, no valor dos descontos, incluem-se todo o principal e os juros remuneratórios gerais da operação. O referido desconto é limitado à margem consignável legal, garantindo a subsistência digna do devedor. Com efeito, verifica-se que a contratação do empréstimo, com a incidência de juros, não é eventual, mas certa e limitada à quantidade de parcelas contratada. Por ter acesso mais restrito e oferecer melhores garantias ao credor bancário, os empréstimos consignados têm taxas de juros conhecidamente menos elevadas.

Ocorre que as instituições financeiras passaram a oferecer aos interessados, especialmente consumidores sem margem consignável para empréstimos, um serviço financeiro distinto, chamado de cartão de crédito com margem consignável. Nessa operação, oferece-se ao interessado o uso do bem da vida, mediante cartão de crédito (modalidade compra), ou por depósito direto em conta bancária (modalidade saque). O pagamento do

principal pelo devedor se dá mês a mês, mediante o pagamento integral de faturas, ou de eventual desconto de valor mínimo em folha de vencimentos. Assim, garante-se ao credor um pagamento mínimo mensal, recaindo sobre a diferença (saldo devedor) a mesma disciplina dos cartões de crédito, sendo os juros rotativos, na hipótese de inadimplemento, inferiores àqueles dos cartões de crédito em geral, mas bem superiores àqueles dos empréstimos consignados.

Os serviços de cartão de crédito com margem consignável foram amplamente divulgados pelas instituições financeiras e contratados por consumidores, normalmente idosos que consignaram parte de seus proventos de aposentadoria. Entretanto, o maciço desses contratantes não logra adimplir as parcelas do contrato, após utilização total ou parcial dos limites, quase sempre sob a alegação de desconhecimento da obrigação de pagar faturas mensais, ante a ausência de informações dos fornecedores. Afirmam acreditar estarem contratando empréstimo consignado, com pagamento integral das parcelas, mediante desconto em folha, sendo então surpreendidos com débito rotativo e de elevada monta referente ao saldo devedor.

Assim, elevada quantidade de ações judiciais, com a finalidade de revisar os termos contratuais respectivos, foram concomitantemente ajuizadas em diversos estados da federação, justificando a instauração de IRDR, no Estado de Minas Gerais (Tema nº 73/TJMG), assim como no Estado do Maranhão (Tema nº 5/TJMA).

Os consumidores sustentaram, em ambos os incidentes, violação do dever lateral de transparência pelas instituições financeiras, dubiedade informacional acerca do tipo contratual

contratado e riscos referentes às taxas de juros, induzimento de indivíduos que buscavam empréstimos consignados para a contratação de cartão de crédito (erro substancial), ausência de disponibilização dos contratos e das faturas do saldo devedor, bem como o superendividamento de grupos vulneráveis.

As instituições bancárias, por sua vez, aduziram a validade do contrato, a possibilidade de controle do pacto, se verificada causa de nulidade, ou anulabilidade e a relevância econômica do tipo contratual à democratização do crédito aos consumidores com restrições, ou que excederam suas margens consignáveis, exortando para que a atuação jurisdicional não importe obstáculo ao acesso dos serviços bancários aos cidadãos.

No bojo do julgamento do Tema nº 73/TJMG, afirmou-se expressamente a legalidade da contratação de cartão de crédito, com margem consignável, asseverando-se a impossibilidade de intervenção exógena na economia de contrato regularmente firmado (Tema nº 73/TJMG, Tese 5). E não poderia ser diferente, sob pena de patente desrespeito à autonomia privada e à liberdade individual. Contudo, afirmou-se expressamente a possibilidade de declaração de nulidade, no caso de erro substancial do consumidor, quanto ao tipo contratual (Tema nº 73/TJMG, Teses 1 e 8), a ser verificado caso a caso, conforme o cotejo fático-probatório da *fattispecie* negocial, tal qual assentado na Tese 2 do Tema nº 5/TJMA.⁴ Nesse mesmo sentido, a Tese 4 do Tema nº 5/TJMA, *in verbis*:

⁴ “A pessoa analfabeta é plenamente capaz para os atos da vida civil (CC, art. 2º) e pode exarar sua manifestação de vontade por quaisquer meios admitidos em direito, não sendo necessária a utilização de procuração pública ou de escritura pública para a contratação de empréstimo consignado, de sorte, [...]”

Não estando vedada pelo ordenamento jurídico, é lícita a contratação de quaisquer modalidades de mútuo financeiro, de modo que, havendo vício na contratação, sua anulação deve ser discutida à luz das hipóteses legais que versam sobre os defeitos do negócio jurídico (CC, arts. 138, 145, 151, 156, 157 e 158) e dos deveres legais de probidade, boa-fé (CC, art. 422) e de informação adequada e clara sobre os diferentes produtos, especificando corretamente as características do contrato (art. 4º, IV e art. 6º, III, do CDC), observando-se, todavia, a possibilidade de convalidação do negócio anulável, segundo os princípios da conservação dos negócios jurídicos (CC, art. 170).

Entretanto, a grande contribuição do julgado do Tema nº 73/ TJMG está na estruturação e consagração de um modelo jurídico jurisdicional, referente à configuração do erro substancial, nas demandas judiciais ora discutidas, sendo certo que a qualificação do vício de consentimento dada ao caso se afigura deveras adequada.

Conforme assentou o acórdão do Tribunal mineiro, o erro substancial, na espécie, configura-se quando o consumidor pretende a contratação de empréstimo consignado e, por omissão do fornecedor no dever de informar, contrata serviço diverso, *in casu*, cartão de crédito com margem consignável. Isso porque se reputou intuitiva a cognoscibilidade do fornecedor, em relação à possibilidade de erro pelo consumidor, em vista de argumentos e dados estatísticos, bem assim a possibilidade de demonstração de erro essencial na *fattispecie*. Assim, o julgado privilegiou justificadamente o interesse do consumidor, como digno de tutela jurídica, no caso, distribuindo em seu favor os riscos da avença, na hipótese fática de constatação do desequilíbrio originário da obrigação.

Não importa para tanto a modalidade de uso do serviço financeiro pelo consumidor, se mediante compras ou saque/

depósito, mas apenas a manifestação de querer defeituosa do declarante e a cognoscibilidade do vício pelo declaratório (Tema nº 73/TJMG, Tese 7), o que não merece reproche. É certo que a contratação, na segunda modalidade, evidencia mais claramente o defeito congênito do negócio, consoante se infere dos dados estatísticos integrantes da base informacional da decisão, o que não impede que se configure erro quanto à forma de pagamento por defeito de informação, na prestação do serviço, no caso de fruição do limite disponibilizado mediante compras. Ademais, a utilização do crédito, na modalidade compras em parcelas, invariavelmente, enfraquece a alegação de erro pelo consumidor.

O precedente obrigatório também firmou entendimento no sentido de que, demonstrada a omissão dolosa e o induzimento a contratar erroneamente pelo declaratório, evidencia-se o dano moral eventualmente alegado pelo consumidor declarante (Tema nº 73/TJMG, Tese 6). Trata-se de importante modelo jurídico jurisdicional às demandas ora discutidas, uma vez que o entendimento estabiliza discussões seriamente controversas acerca do *an debeatur* referente ao dano moral, sem impedir que questões outras sejam consideradas, no caso concreto, para ponderação tanto do *an debeatur* quanto do *quantum debeatur*.

Evidenciado o erro substancial, a declaração de nulidade do contrato de cartão de crédito consignado acarretará o retorno das partes ao *status quo ante*, o que implica a devolução dos valores pelo fornecedor e pelo consumidor, somados de correção monetária para ambos e juros moratórios, apenas em favor do segundo (Tema nº 73/TJMG, Tese 10). É corolário lógico do sistema de invalidades o aludido efeito retroativo (Código Civil, art. 182).

Ocorre que, em algumas hipóteses, existem consequências

econômicas da contratação que não podem ser desconsideradas e que são insatisfatoriamente resolvidas com o remédio extremo da resolução contratual. Por exemplo, o consumidor pode ter se utilizado do crédito disponibilizado, não tendo condições ou interesse de devolver os valores já despendidos, pelo que postula pedido diverso da anulação pura e simples.

Em vista desses casos, o acórdão do Tema nº 73/TJMG tratou de duas alternativas decisórias, a saber, a redução da taxa de juros,⁵ ou a conversão do contrato anulado em pacto de empréstimo consignado, tudo conforme o pedido do consumidor em sua exordial. A orientação legal e dogmática das aludidas alternativas leva em conta o princípio da conservação dos contratos (Código Civil, art. 170), notadamente nos casos de nulidade parcial, sendo a primeira uma *praxe* no dia a dia forense. Por isso, tratar-se-á adiante especificamente da hipótese de conversão ou fungibilidade do contrato, em razão da complexidade da controvérsia e da engenhosidade do decidido.

Antes, importa consignar que as instituições bancárias foram todas refratárias à hipótese de conversão do cartão de crédito, com margem consignável, em contrato de crédito consignado, assim como alguns vogais do bojo do julgamento. As alegações tinham em conta o entendimento de inexistência de erro anulável na espécie, a diversidade das operações econômicas, os prejuízos decorrentes e o risco de vulneração do sistema de crédito.

⁵ Quanto à redução da taxa de juros, a decisão consignou o seguinte: “se a parte consumidora, que foi induzida a erro (questão fática a ser examinada em caso concreto), pede na ação apenas que seja substituída a taxa de juros do cartão de crédito consignado pela taxa média divulgada pelo Banco Central do Brasil para ‘as operações de crédito com recursos livres — pessoas físicas — Crédito pessoal consignado para trabalhadores do setor público’, deve o pedido ser acolhido, mas somente em relação aos empréstimos obtidos por meio do cartão de crédito consignado” (Tema nº 73/TJMG, Tese 4).

Contudo, os argumentos não foram acolhidos, reconhecendo-se a possibilidade de conversão do contrato de cartão de crédito com margem consignável em empréstimo consignado. Entendeu-se que a oferta defeituosa de serviço bancário é vinculante, conforme a vontade que se incutiu no consumidor, ativa ou passivamente. Logo, constatada a existência de oferta intuitivamente direcionada nessas condições, tem-se por existente também ato indicativo de disposição de contratar e de assunção do risco pelo fornecedor.

Julgado procedente o pedido do consumidor, havendo margem consignável, a conversão deverá se fazer mediante readequação do pacto e aplicação compulsória das taxas de juros médias, ao tempo da contratação primitiva (Tema nº 73/TJMG, Tese 2). Se o consumidor não possui a referida margem, cumpre prorrogar a dívida e respeitar a ordem cronológica dos empréstimos já assumidos, incidindo a cobrança tão logo haja margem consignável disponível (Tema nº 73/TJMG, Tese 3), medida engenhosa e adequada à espécie. Em todo caso, os valores já descontados serão compensados do saldo devedor, quando do início dos novos descontos, tudo após liquidação do valor incidente com correção monetária e juros moratórios (Tema nº 73/TJMG, Tese 9).

Com efeito, a decisão imuniza-se de argumentos econômicos contrários à conversão jurídica dos pactos, assinalando como riscos do fornecedor os embaraços inerentes da medida, na cadeia de fornecimento própria do serviço bancário de cartão de crédito, cuja relação jurídica é subjetivamente triangular. Portanto, a partir da racionalidade decisória, não se pode inferir que as instituições bancárias se colocarão em postura defensiva, em relação às

consequências de seus atos, pura e simplesmente. Em verdade, no modelo jurídico constante na *ratio decidendi* do acórdão, o “declaratório é protegido de maneira satisfatória [...], afinal, basta agir com diligência e boa-fé para não ser responsabilizado”. (OLIVEIRA, 2019, p. 34).

Esse foi o entendimento adotado pela Quarta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão que, em diversas oportunidades, manifestou-se no sentido de que, quando “as circunstâncias do negócio induzirem o consumidor a erro substancial e escusável, a operação de saque, mediante cartão de crédito, deve ser anulada e, por conseguinte, convertida em contrato de empréstimo consignado”, certo de que é “possível a conversão do negócio jurídico anulável, se este contiver os requisitos de outro”. (MARANHÃO, 2015).

Para alguns, certamente, alguma dúvida recairá sobre a possibilidade da referida conversão, com base nos aludidos pressupostos, tendo em conta o dogma da incoercibilidade das obrigações civis em geral. Entretanto, “não resta dúvida de que a revisão judicial dos contratos encontra, com alguma boa vontade, base normativa no Código Civil, permitindo que o magistrado acolha a preservação dos contratos sempre que as circunstâncias o autorizarem”. (SCHREIBER, 2013, p. 147). Isso se assevera em hipóteses como a presente, na qual é incontroverso o direito do consumidor de ser prévia e adequadamente informado das condições do serviço contratado (CDC, art. 6º, III), recaindo, por vício na prestação do serviço, em *error in negotio* (Código Civil, arts. 138 e 139, I).

Por isso, é de se reconhecer que, em proteção ao princípio da confiança, a conservação do negócio em apreço, mediante sua

adaptação, afigura-se muito oportuna, bem assim condizente com o contexto obrigacional contemporâneo, sempre afirmativo da cláusula geral da boa-fé, na fase pré-contratual (Código Civil, art. 422), preventivo ao superendividamento do consumidor (CDC, art. 6º XI) e partidário da execução específica das obrigações (CPC, arts. 497 e 499).

4 CONCLUSÃO

A elevada complexidade das sociedades massificadas contemporâneas exige que o direito ofereça aos agentes econômicos uma orientação assertiva sobre as condutas que devam ou não nutrir, tudo em respeito às suas respectivas liberdades substantivas, sendo o direito dos contratos e a tutela do crédito fundamentais nesse desiderato.

Em princípio, o contrato representa um concurso de vontades, restrito às próprias partes, que se presume intangível a ilações heterônomas, de sorte a ser a não intervenção judicial, na economia contratual, uma regra de base. Contudo, autoriza-se a intervenção judicial, se vulnerados os pressupostos que justificam aquela presunção, a fim de proteger a confiança objetiva que se visa estabelecer no sistema de mercados, notadamente através do controle da higidez das declarações de vontade manifestadas na *fattispecie* negocial. Isso garante a sustentabilidade dos mecanismos econômicos e a liberdade substantiva dos agentes sociais em suas situações negociais particulares.

Nesse contexto, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais apreciou, na sistemática das demandas repetitivas, controvérsia entre consumidores e instituições bancárias, relativas a contratos de

crédito consignado e de cartão de crédito com margem consignável. O conflito surgiu porque diversos consumidores afirmavam que contrataram erroneamente o segundo contrato em vez do primeiro, equívoco que era facilmente reconhecível pelos fornecedores, os quais não raramente violavam o dever de informação que lhes competia a fim de auferirem lucros injustificados. Assim, diversos consumidores, considerados hipervulneráveis e em situação de superendividamento, ingressaram com ações judiciais requerendo a readequação das taxas de juros do pacto, ou a conversão do contrato segundo para o primeiro, tudo de maneira consentânea com a expectativa incutida quando da constituição do vínculo.

Com efeito, a Corte Mineira teve a oportunidade de construir teses vinculantes, com potencial de estabilizar o aludido conflito, contribuindo para o reforço dos princípios orientadores do direito privado à *fattispecie*.

No âmbito do Tema nº 73/TJMG, afirmou-se a legalidade em abstrato dos contratos de crédito consignado e de cartão de crédito com margem consignável, o que é de todo oportuno. Entretanto, reconheceu-se a possibilidade de declaração de erro substancial quanto à espécie negocial contratada, conforme o contexto fático-probatório dos autos e as regras de cognição judicial aplicáveis. Para tanto, assentou-se que basta o reconhecimento da cognoscibilidade do erro do declarante pelo declaratório, assim como a violação do dever de informar por parte deste. A omissão dolosa e o induzimento malicioso do declaratório, na espécie, a depender da prova produzida, servem à configuração do dano moral em favor do consumidor/declarante.

Quanto aos efeitos do reconhecimento do vício de consentimento, reafirmou-se corretamente a regra do retorno

ao estado anterior, efeito retroativo próprio da sistemática das invalidades. Ocorre que os julgadores submeteram a julgamento possibilidades alternativas, considerando que o efeito extremo da invalidade mostrava-se inconveniente em diversas demandas, redundando em soluções até então fragmentárias. Autorizou-se, assim, a redução das taxas de juros do pacto, ou a conversão do contrato de cartão de crédito com margem consignável em crédito consignado.

Quanto à segunda alternativa, o precedente qualificado construiu um modelo decisório engenhoso que privilegiou o princípio da conservação dos contratos, reputando vinculante a oferta que o declaratório sabia ser potencialmente incutida no declarante quando da emissão da manifestação de consentimento. Com efeito, permitiu-se a conversão/fungibilidade negocial, sendo estabelecidos ainda parâmetros de operacionalização do decidido em diversos contextos.

Trata-se de decisão que encontra amparo nas fontes e nos modelos jurídicos de direito privado, devendo ser privilegiada e reconhecida como importante contribuição da Corte mineira para a jurisprudência nacional. Os parâmetros do precedente distribuem em desfavor do fornecedor os riscos do erro na espécie, o que se afigura adequado diante da posição relativa das partes na avença e não tem o condão de desestimular o fomento do sistema creditício. Pelo contrário, os parâmetros e critérios decisórios, fundamentados em ampla base informacional, privilegiam e protegem o declaratório/fornecedor diligente e de boa-fé, sendo consentâneos com o princípio da confiança, com a segurança jurídica e com a sustentabilidade do sistema de mercados.

REFERÊNCIAS

- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da Teoria Geral dos Contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister (Coord.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.
- LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 35.706/2014. Relator: Paulo Sérgio Velten Pereira. São Luiz do Maranhão, *DJe*, 15 out. 2015.
- MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do Direito Civil obrigacional: a concepção do Direito Civil Constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de direito civil constitucional: Caderno nº 2*. Curitiba: Juruá, 2004.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA, Lucas Costa de. Aspectos controversos sobre o erro no negócio jurídico: uma análise a partir da tensão entre autonomia e confiança. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 19, p. 17-37, jan./mar. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - v. I: introdução ao Direito Civil e teoria geral do Direito Civil*. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. *Contratos: tutela judicial e novos modelos decisórios*. Curitiba: Juruá, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEYREFITTE, Alain. *A sociedade de confiança: ensaios sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

PINTO, Paulo da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemilla*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2005.

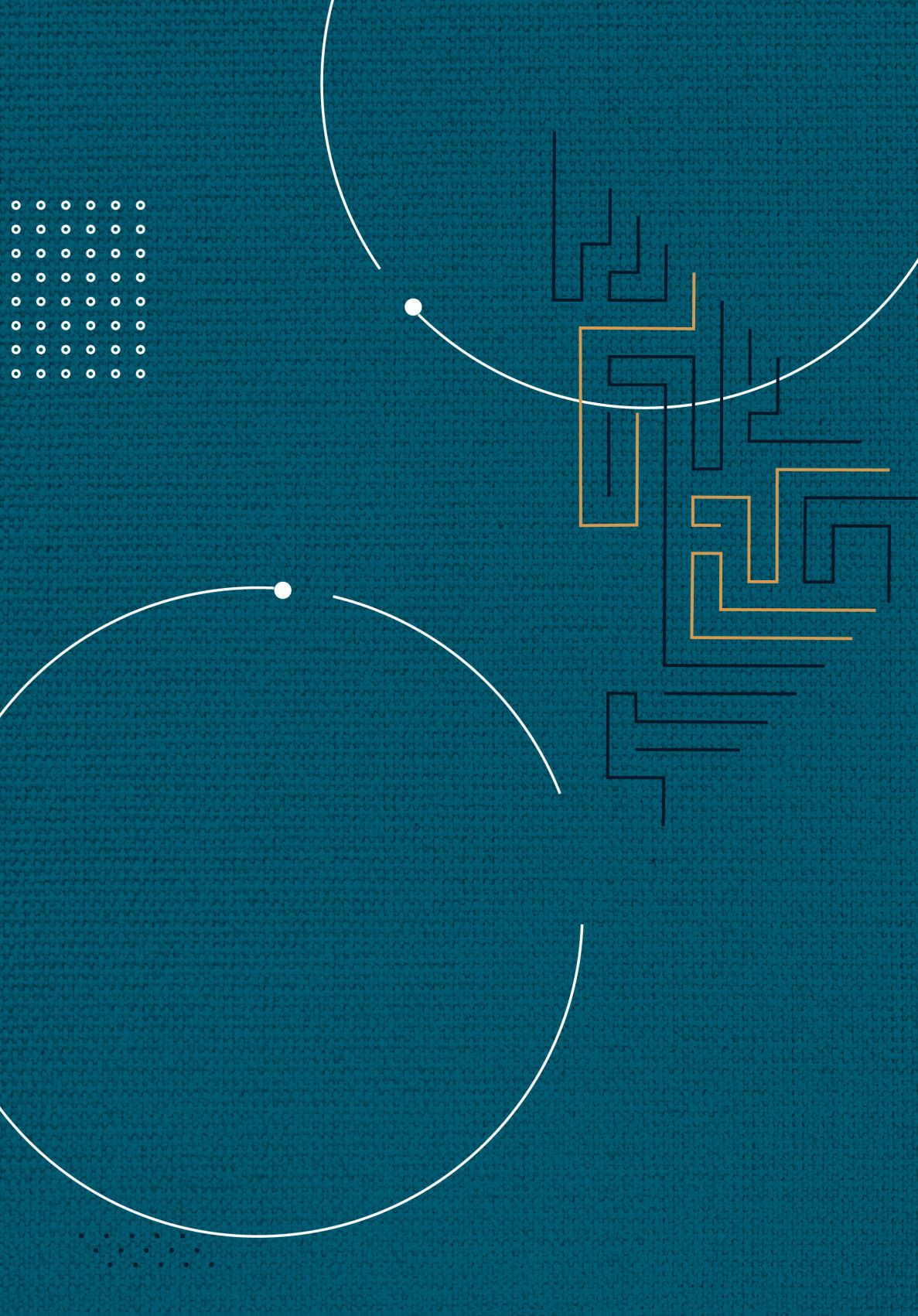
SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de direito e economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

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



SMART CONTRACTS, BLOCKCHAIN E BITCOINS: **questões jurídicas controvertidas na Economia 4.0 e** **o seu enfrentamento no contexto da jurisprudência** **do TJMG**

Rodrigo Martins Faria¹

RESUMO

Os contratos inteligentes (*smart contracts*) são negócios jurídicos criados por programação computacional com o objetivo de automatizar a execução das cláusulas contratuais no ambiente virtual. Trata-se de um fenômeno surgido no contexto da chamada Economia 4.0, como resultado da revolução tecnológica, e que ganha maior relevância com a introdução da tecnologia *blockchain*, que permitiu o surgimento de uma nova modalidade de ativos, os *bitcoins*, moeda digital descentralizada, transacionada sem a necessidade de uma autoridade central. Nesse contexto, o presente artigo investiga como estão sendo discutidas e solucionadas as questões jurídicas decorrentes desses novos institutos, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Palavras-chave: Contratos inteligentes. *Smart contracts*. Revolução tecnológica. Economia 4.0. *Blockchain*. *Bitcoin*.

¹ Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na área de Tecnologia da Informação. Coordenador do laboratório de inovação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (UAI Lab). Especialista em inovação judicial e mestrando em Direito pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). E-mail: rodrigofaria@tjmg.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

Contratos são acordos firmados entre duas ou mais partes, com o objetivo de estabelecer obrigações e direitos para cada uma delas. No Brasil, a lei fundamental que rege os contratos é o *Código Civil* brasileiro, que historicamente sempre se debruçou e tratou das concepções e formas tradicionais do instituto, especialmente os contratos verbal e escrito.

Nada obstante, vivemos na atualidade a fase denominada Era 4.0, termo utilizado para descrever a quarta e mais recente onda da revolução industrial. Essa nova era é impulsionada pela disrupção tecnológica, inteligência artificial e internet das coisas (IoT).

Em *A quarta revolução industrial* (SCHWAB, 2016), Klaus Schwab explora as mudanças que estão acontecendo no mundo e como elas afetarão a economia e a sociedade, especialmente a partir da integração tecnológica entre o domínio físico, digital e biotecnológico, abordando a história da humanidade, com especial enfoque para fatos passados e presentes, orquestrando para onde estamos caminhando nessa revolução digital.

Especialmente a partir das medidas de isolamento social, implementadas devido à pandemia do novo coronavírus, testemunhamos uma transformação significativa do mundo tal como o conhecíamos. O cenário da vida cotidiana foi transferido para o domínio virtual, resultando em uma mudança nas interações humanas, que deixaram de ocorrer, predominantemente no âmbito físico, e passaram a ser realizadas majoritariamente no mundo digital, utilizando-se de informações codificadas.

Portanto, a adoção de tecnologias, no meio jurídico, não pode ser interpretada meramente como uma tendência passageira, ou uma demonstração excessiva de tecnicismo. Na verdade, estamos nos adaptando a uma nova realidade social. (FARIA, 2022, p. 367).

Essa transformação tecnológica trouxe consigo um novo vocabulário, com termos como *WhatsApp*, *Netflix*, *Google* e *Macbook*, hoje comuns na sociedade. Por isso, é inevitável que essas novas relações sociais digitais cheguem ao universo jurídico, através de relações, contratos, conflitos e, finalmente, por meio de ações judiciais.

De fato, a revolução digital tem gerado transformações significativas na forma como as pessoas trabalham, acessam informações e interagem. Além disso, novos conceitos, como *blockchain*, criptomoedas e *bitcoins*, que antes estavam restritos ao ecossistema empresarial, têm gradualmente se incorporado ao ambiente judicial.

2 OS CONTRATOS

Um contrato é um acordo legalmente vinculativo entre duas ou mais partes, no qual são estabelecidos direitos e obrigações mútuos. Ele formaliza as intenções das partes envolvidas em relação a uma transação específica, definindo os termos e condições que governam a relação contratual.

O objetivo principal de um contrato é criar segurança jurídica e garantir que todas as partes envolvidas cumpram suas obrigações conforme acordado, além de fornecer um meio de resolução de disputas, caso surjam.

A história dos contratos remonta a tempos antigos, quando as pessoas iniciaram a prática de estabelecer acordos para a troca de bens e serviços. Acreditava-se que a origem do contrato remontasse à Roma antiga. Porém, conforme ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria que hoje se denomina contrato” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 39), tendo cada sociedade, com o passar do tempo, contribuído um pouco para que de fato formasse o contrato que conhecemos atualmente.²

Com o passar do tempo, os contratos tornaram-se cada vez mais complexos, abrangendo áreas como Direito trabalhista, Direito do consumidor, Direito imobiliário, entre outras. Hoje em dia, os contratos são uma parte fundamental da vida moderna e são usados em praticamente todas as áreas da sociedade.

Existem diversas maneiras pelas quais se pode formalizar um contrato, cada uma delas adequada para diferentes situações e necessidades. Algumas das formas mais comuns de contratos incluem, entre outros, o contrato verbal,³ o escrito,⁴ o implícito⁵ e o formal.⁶

² “Os romanos não construíram uma teoria geral do ato jurídico. Foram os juristas do século XIX, e, sobretudo, os Pandectistas, que a formularam. Os romanos encaravam o ato jurídico mais como uma atividade do que como uma vontade. Desvalorizando os elementos abstratos, limitaram-se a expor os requisitos particulares e os vários tipos de ato jurídico. Contudo, sua contribuição é, sem dúvida alguma, o fundamento da moderna teoria do ato jurídico.” (TOLEDO, 2013, p. 33).

³ É um acordo estabelecido verbalmente entre as partes, sem qualquer forma de registro por escrito. Embora seja válido em muitas situações, pode ser difícil comprovar os termos e condições acordados em caso de disputa.

⁴ É um contrato formalizado por escrito, contendo todos os termos e condições acordados entre as partes. Geralmente, é considerado mais seguro e preferível, pois fornece um registro claro e detalhado das obrigações e responsabilidades de cada parte.

⁵ É um contrato que não é expresso de forma escrita ou verbal, mas é presumido pela conduta das partes envolvidas ou pelas circunstâncias. Ele se baseia nas expectativas razoáveis das partes e nas práticas comuns de determinado setor ou relacionamento comercial.

⁶ É um contrato que requer formalidades especiais para sua validade, como assinaturas notariais, testemunhas ou selos especiais. Essas formalidades adicionais

As formas tradicionais de contratos, como são os contratos verbais e principalmente os contratos escritos, podem ser contrastadas com uma forma revolucionária de contratar, conhecida como contrato inteligente (*smart contract*).

Enquanto os contratos verbais e escritos dependem da confiança entre as partes e da aplicação manual das suas cláusulas, os *smart contracts* utilizam algoritmos computacionais e criptografia para garantir a execução precisa e imutável dos termos do negócio jurídico. Eles são programados para responder a determinadas ações ou eventos, eliminando a necessidade de intermediários ou confiança mútua entre as partes.

Para alcançar esse nível de automação com segurança, os *smart contracts* contam com a tecnologia conhecida como *blockchain*, que utiliza códigos e protocolos para facilitar, verificar e executar automaticamente os termos e condições acordados.

3 BLOCKCHAIN

Blockchain é uma tecnologia consistente em um sistema de dados criptografados, estruturados e organizados cronologicamente, na rede mundial de computadores, e distribuídos globalmente, permitindo a transferência de informações e ativos financeiros sem a necessidade de intermediários. (DIVINO, 2018, p. 2.775).

É possível identificar cinco componentes essenciais para caracterizar a *Blockchain*: criptografia, uma rede ponto a ponto, ou *peer-to-peer* (P2P), um mecanismo de autenticação, para permitir o consenso entre os participantes da rede, um registro de transação

são exigidas por lei para certos tipos de contratos, como contratos de compra e venda de imóveis.

de dados do tipo “livro-razão” e um conjunto de regras que determinam a validade dessas transações.

A *blockchain* é criptografada e dividida em blocos menores, denominados *blocks*. (DIVINO, 2018, p. 2.776). Cada bloco contém informações sobre um número específico de transações, bem como uma referência ao bloco anterior na cadeia (*chain*) e a solução para um algoritmo, uma espécie de desafio matemático conhecido como *hash*,⁷ consistente em um código criptográfico que é utilizado para validar as informações associadas ao bloco.

Uma cópia da *blockchain* é armazenada em cada computador que faz parte da rede P2P e essas cópias são periodicamente sincronizadas, para garantir a consistência e a atualização do banco de dados compartilhado (WRIGHT; DE FILIPPI, 2015, p. 6-7), de forma que quaisquer falsificações ou fraudes, operadas a partir de um dos computadores componentes da rede, são rechaçadas pelos dados verdadeiros armazenados nos demais computadores da rede. (GONÇALVES; CAMARGO, 2016, p. 208).

Assim como o *e-mail* e a internet revolucionaram a troca de informações, a *blockchain* busca revolucionar a forma como transações sequenciais são realizadas, eliminando intermediários e reduzindo custos. O surgimento do *Bitcoin* está diretamente relacionado a essa tecnologia, permitindo que a primeira moeda digital fosse criada e transacionada.

No meio jurídico, algumas funcionalidades da *blockchain* já emergem como essenciais, como no sistema probatório. Por exemplo, os conhecidos *prints* de tela, quando armazenado

⁷“A hash (output) is the result of a transformation of the original information (input). A hash function is a mathematical algorithm that takes an input and transforms it into an output. A cryptographic hash function is characterized by its extreme difficulty to revert, in other words, to recreate the input data from its hash value alone. This is called the collision resistance”. (PILKINGTON, 2016, p. 225-253).

na *blockchain*, possuem validade probatória, pois a tecnologia consegue garantir a integridade e autenticidade do objeto da prova, elementos essenciais para garantir sua validade e aceitação em um processo judicial. Por isso, os tribunais têm reconhecido a importância da *blockchain* como meio de armazenamento de provas digitais.⁸

Nesse contexto, a *blockchain* tem um papel fundamental nos contratos inteligentes, pois é a tecnologia que possibilita a transferência de informações e ativos financeiros de forma segura e transparente. (GOMES, 2018, p. 4).

Embora a legislação relacionada à *blockchain* esteja em constante evolução, é essencial compreender seu funcionamento e aplicação no contexto jurídico. A adoção adequada dessas tecnologias pode trazer benefícios significativos para o sistema judiciário, tornando-o mais eficiente e confiável.

⁸“Com o objetivo de corroborar o entendimento acima exposto, pode-se citar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que este permitiu a autenticidade de documentos que constituíam meios de prova, por meio da plataforma *blockchain*, sendo que o caso discutia a exclusão de postagens supostamente ofensivas a um político veiculadas em redes sociais. Objetivando comprovar a existência do conteúdo eletrônico na internet, o autor fez o registro utilizando não a ata notarial, mas a plataforma *blockchain*. A decisão judicial em questão foi proferida em sede de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que, em ação de obrigação de fazer e não fazer, indeferiu o pedido de tutela provisória visando à remoção de conteúdos disponibilizados em páginas do Facebook, Instagram e Twitter e ao fornecimento de dados de dados de usuários das referidas redes sociais. No recurso de agravo o autor (ofendido) pontuou ser ‘indispensável que os usuários não sejam comunicados sobre a demanda, pois podem se desfazer de provas do ilícito’. No julgamento do recurso, a relatora Desembargadora Fernanda Gomes Camacho, que foi acompanhada pelos demais membros do colegiado da 5ª Turma de Direito Privado, pontuou que ‘o próprio recorrente afirmou que a partir do conhecimento dos fatos, o autor providenciou a preservação de todo o conteúdo via *blockchain*, junto à plataforma OriginalMy, hábil a comprovar a veracidade e existência dos conteúdos’” (Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/369418/blockchain-e-ata-notarial-dois-meios-de-provas-equiparaveis>. Acesso em: 13 maio 2023).

4 CONTRATO INTELIGENTE (*SMART CONTRACT*)

O contrato inteligente, mais conhecido pela expressão inglesa *smart contracts*, é o nome dado para a forma eletrônica de se celebrar, executar e cumprir negócios jurídicos entre duas ou mais pessoas.

Em regra, o contrato inteligente é baseado em um sistema de dados criptografados que são colocados em ordem cronológica crescente, dentro de uma rede distribuída de computadores, que permite a transferência de informações de forma segura e sem a necessidade de um intermediário. A partir desse sistema, torna-se possível a execução de um protocolo baseado em códigos de computador que facilita, verifica, executa ou faz cumprir a negociação ou o desempenho do contrato. (REY, 2019, p. 98-100).

O contrato inteligente é projetado para permitir a automatização da execução de suas cláusulas e assim tornar mais confiável e transparente o cumprimento do negócio jurídico, eliminando a necessidade de intermediários tradicionais, como advogados, Poder Judiciário ou instituições financeiras.

Por isso, a principal característica dos *smart contracts* é que eles são autoexecutáveis e autoverificáveis. Isso significa que, uma vez atendidas as condições especificadas, o contrato é automaticamente executado, sem a necessidade de intervenção humana. (DIVINO, 2018, p. 2.781).

Além disso, como estão baseados em *blockchain*, os *smart contracts* oferecem segurança, transparência e imutabilidade, pois todas as transações são registradas e verificadas pelos participantes da rede.

Os *smart contracts* podem ser usados em uma ampla variedade de casos, desde acordos financeiros, como transferências de criptomoedas ou empréstimos, até a execução de contratos de seguros, votações eletrônicas, cadeias de suprimentos e muito mais.

No Brasil, a implementação dos *smart contracts* enfrenta uma série de desafios jurídicos, em grande parte devido à ausência de legislação específica para a proteção desta inovação contratual.

Um bom exemplo para compreender a ideia dos contratos inteligentes pode ser a comparação com o que ocorre com a compra feita usando-se de uma máquina de refrigerantes, onde a compra é imediatamente executada, assim que o dinheiro é inserido na máquina, ou mesmo no contexto do varejo *on-line*, em que, por exemplo, a confirmação da entrega de um produto pode desencadear automaticamente o pagamento ao vendedor.

É importante ressaltar que, embora os contratos inteligentes sejam chamados de “contratos”, tecnicamente eles são códigos de computador que reproduzem relações contratuais. No entanto, isso não impede que eles sejam reconhecidos com força executória.

O *smart contract*, como qualquer tecnologia, possui vantagens e desvantagens. Uma das principais limitações é a falta de flexibilidade, pois eles são executados exatamente como são escritos, sem qualquer margem para alterações, mesmo que apresentem erros de programação, problemas técnicos ou incompatibilidade com o objetivo original das partes envolvidas.

Além do problema da flexibilidade, as *blockchains* também têm alto custo de implementação, por dependerem de validadores para autenticar as transações associados a alto consumo de energia.

Outra limitação decorrente da natureza descentralizada das *blockchains* é a publicidade, pois tudo o que é incluído na plataforma pode ser visualizado por qualquer pessoa com acesso.

Por fim, uma última limitação dos *smart contracts* é que a imutabilidade das *blockchains* garante apenas que as informações não foram alteradas, mas não assegura que essas informações eram confiáveis desde o início. Em outras palavras, as *blockchains* são eficientes para lidar com operações que ocorrem inteiramente dentro delas, mas apresentam fragilidades quando há a necessidade de buscar informações externas à rede, principalmente do mundo físico. (SCHECHTMAN, 2023. p. 14-15).

5 BITCOIN

Bitcoin é uma forma de moeda digital descentralizada, sendo uma espécie do gênero criptoativo, ao lado de outras criptomoedas, como o *Ethereum* e o *Litecoin*. A característica fundamental do *Bitcoin* é que ele opera em um sistema *peer-to-peer* (ponto a ponto), sem a necessidade de uma autoridade central, como um banco ou governo, para realizar transações ou emitir novas unidades.

Ao contrário das moedas tradicionais, como o dólar ou o euro, que são emitidas e reguladas por bancos centrais, os *bitcoins* são criados através de um processo chamado de mineração, que envolve a resolução de problemas matemáticos complexos, usando poder computacional, sendo assim registradas na *blockchain*.

O processo de compra e negociação de *Bitcoin* pode ser feito através de corretoras. Entretanto, exatamente por seu caráter descentralizado, é plenamente possível a compra diretamente com outra pessoa, sem esse intermediário. No primeiro caso, é

possível que o criptoativo permaneça armazenado sob a custódia da corretora de valores. Outra possibilidade é realizar o “saque” mediante transferência do criptoativo para uma carteira digital (*wallet*), que pode ser o próprio celular ou um dispositivo eletrônico conhecido como *ledger* (que, em tradução livre, quer dizer registro, livro-razão ou livro-fiscal), muito parecido com o popular *pendrive*.

Nesse caso, as transações envolvendo os criptoativos armazenados em *wallets* físicas exigem necessariamente a utilização de senha pessoal do titular do *Bitcoin*, geralmente de padrão forte, compreendendo várias palavras.

6 QUESTÕES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS NA ECONOMIA 4.0 E O SEU ENFRENTAMENTO NO CONTEXTO DA JURISPRUDÊNCIA DO TJMG

A partir de uma compreensão dos conceitos de contratos inteligentes e *blockchain*, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem enfrentado questões controversas relacionadas à nova economia e às tecnologias emergentes, entre elas a negociação de criptoativos.

Essas situações complexas ilustram a necessidade de profundo conhecimento dessas novas tecnologias por parte dos profissionais do Direito encarregados de aplicá-la.

Para demonstrar que a nova modalidade contratual suscita dúvidas complexas e que exigem do aplicador do Direito profundo conhecimento da nova tecnologia, trazemos à discussão caso envolvendo a negociação de *Bitcoin* transferida para terceiro fraudador.

No caso, acórdão do TJMG reformou sentença de primeiro grau para afastar a responsabilidade de empresa especializada em

negociação de *bitcoins*, considerando a culpa exclusiva do titular das criptomoedas no mau uso e guarda da senha pessoal, que, ao realizar a transferência de criptoativos, acessou plataforma *on-line*, que teria travado, aparecendo em seguida uma janela para que fosse inserido o código de autenticação, o qual inseriu por duas vezes, quando então foram extraviados os criptoativos.

Conforme destacado na decisão, a empresa requerida presta serviços de intermediação *on-line* para transação de criptomoedas. Porém, conforme destacado, os ativos negociados na plataforma não são custodiados na *wallet* da empresa, senão dos próprios usuários. E por envolver criptografia de ponta a ponta, as transações são registradas de forma segura, garantindo-se a integridade de dados e a imutabilidade de transações. Dessa forma, pontuou o relator que “cada transação específica somente pode ser realizada mediante a utilização de senha sigilosa que cada pagador e cada recebedor tem de digitar, chamada de *private key*”.

Assim, considerando a narrativa da parte autora de que “realizou transação mediante senha pessoal e validação via *e-mail*”, a sentença foi reformada para dar razão à empresa, à consideração de que o “acesso à carteira de criptomoedas exige, necessariamente, a indicação da chave privada e as transações indicadas na peça de ingresso foram realizadas mediante a apresentação do código de autenticação. Com isso, não se faz possível imputar a falha ou fraude ocorrida nas transações à empresa ré”.

O acórdão, sob a relatoria do Desembargador Fernando Caldeira Brant, ficou assim ementado:

Apelação cível. Cobrança. Danos materiais e morais. Transação de *bitcoins*. Empresa gerenciadora de plataforma intermediadora de criptomoedas. Ausência de responsabilidade. Movimentação realizada mediante *login* e senha pessoal do usuário.

Inexistência de falha na prestação dos serviços. O prestador de serviços de plataforma destinada às transações de criptomoedas não responde pela transação, ainda que aparentemente fraudulenta, quando verificado que a transferência de *bitcoins* ocorreu mediante devida utilização pelo usuário de seu *login* e sua senha, não restando caracterizada falha na prestação dos serviços. (MINAS GERAIS, 2022b).

No mesmo sentido, destaco o seguinte precedente:

Apelação cível. Ação declaratória e de responsabilidade civil por dano material e moral. Reiteração das razões iniciais. Fato que não caracteriza violação ao princípio da dialeticidade recursal. Prestação de serviços de corretagem e custódia de ativos digitais. Criptomoedas. Transferência de ativos realizada pelo consumidor a outro usuário da plataforma. Negociação validada pelo próprio consumidor com emprego das credenciais e senha (PIN) pessoais. Suposto cometimento de fraude. Responsabilidade civil objetiva do fornecedor. Não caracterização. Inexistência de falha na prestação dos serviços. Culpa exclusiva da vítima e/ou de terceiros. Exclusão do nexo de causalidade. [...] O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 14, § 3º, prevê hipóteses em que o fornecedor de serviço não responderá por dano ao consumidor, dentre as quais: (i) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; e, (ii) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Hipótese em que se controverte sobre responsabilidade civil por dano material e moral causado ao consumidor, imputada a fornecedor de serviços de corretagem e custódia de ativos digitais (“criptomoedas”, da espécie “*Bitcoins* - BTC”) resultante do suposto cometimento de fraude cibernética por terceiros, que, utilizando-se de *e-mail* falso, teriam o induzido o usuário a transferir seus *Bitcoins* para a carteira do fraudador. Consumidor que, mesmo cogitando uma possível fraude, decidiu, por sua conta e risco, antes de obter resposta do suporte do fornecedor acerca da veracidade do contato feito pelo fraudador por *e-mail*, concretizar a transferência dos *Bitcoins*, de modo que excluía a causalidade, se não por sua culpa exclusiva, do terceiro que perpetró a dita fraude, ou, quando nada, de ambos - consumidor e fraudador, que agiram determinadamente para a caracterização dos prejuízos. (MINAS GERAIS, 2022a).

Como se observa, a transferência desses ativos digitais para um indivíduo não autorizado coloca em evidência os desafios jurídicos e os questionamentos que emergem nesse contexto, e o Poder Judiciário, em especial o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao lidar com essas novas situações, está confrontado com uma série de questões legais complexas, que requerem uma análise cuidadosa dos mecanismos de contratos inteligentes e da tecnologia.

O entendimento dessas tecnologias torna-se essencial para determinar a responsabilidade das partes envolvidas, bem como estabelecer a legalidade e aplicabilidade das transações realizadas.

Essa abordagem específica do caso demonstra que a interação entre o Direito e as criptomoedas está se tornando cada vez mais relevante e desafiadora.

7 CONCLUSÃO

Os contratos inteligentes, a partir da tecnologia *blockchain*, apresentam potencial para melhorar a eficiência, segurança e automação em diversas áreas, incluindo o meio jurídico.

No entanto, é fundamental considerar os desafios, como a privacidade, segurança e os impactos em setores estabelecidos. Um equilíbrio adequado entre inovação e proteção dos direitos e garantias é essencial para o desenvolvimento e adoção responsável dessas tecnologias.

Os aplicadores do Direito são cada vez mais confrontados com a necessidade de adquirir um profundo conhecimento técnico, a fim de lidar de forma eficiente com as disputas decorrentes dessa nova modalidade contratual, sendo imperativo que sejam considerados aspectos como a natureza descentralizada e imutável

do *blockchain*, bem como a segurança e a autenticidade das transações baseadas em criptomoedas.

Portanto, é fundamental que o Poder Judiciário compreenda as peculiaridades dessa tecnologia e adote abordagens adequadas para lidar com as novas relações sociais e os novos conflitos digitais que terá de julgar.

Somente assim será possível compreender plenamente os desafios enfrentados no campo das negociações de criptoativos e tomar decisões embasadas que garantam a justiça e a segurança jurídica nesse novo cenário.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Wallace Terra de *et. al.* Logística reversa de vasilhames de bebidas alcoólicas no Estado de Goiás. *South American Development Society Journal*, v. 4, n. 1, 2018.

COPO, Abel B. Veiga. Smart contract y contrato de seguro: una ecuación asimétrica y no sólo algorítmica. *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, p. 119-184, 2020.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. *Smart contracts: conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 4, n. 6, 2018.

EFING, Antonio Carlos; SANTOS, Adrielly Pinho dos. *Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro*.

FARIA, Rodrigo Martins. Tecnologia da informação aplicada ao gerenciamento de precedentes qualificados: uma proposta para a eficiência do sistema de justiça. In: LUNARDI, Fabrício Castagna; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FERRAZ, Taís Schilling (org.). *O sistema de precedentes brasileiro, demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência*. Brasília: Enfam, 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Delber. Contratos *ex machina*: breves notas sobre a introdução da tecnologia (*Blockchain* e *Smart Contracts*). *Revista Eletrônica de Direito*, n. 3, out. 2018.

GONÇALVES, Pedro Vilela Resende; CAMARGO, Rafael Coutinho. *Blockchain, smart contracts e judge as a service* no Direito brasileiro. In: ANAIS do Seminário Governança das redes e o Marco Civil da Internet. Belo Horizonte: UFMG, 2016.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*: uma breve história do amanhã. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.013439-9/001. Relatora: Des.^a Jaqueline Calábria Albuquerque. *DJe*, Belo Horizonte, 1º set. 2022a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.166026-9/001. Relator: Des. Fernando Caldeira Brant. *DJe*, Belo Horizonte, 20 out. 2022b.

PETRONI, Benedito Cristiano; MONACO, Elisangela; GONÇALVES, Rodrigo Franco. Uso de *blockchain* em *smart contracts* logísticos: uma revisão sistemática. *South American Development Society Journal*, v. 4, n. 1, 2018.

PILKINGTON, Mark. Principles and applications. Research handbook on Digital transformations. *Elgaronline*, p. 225-253, 2016. Disponível em: <https://www.elgaronline.com/view/9781784717759.00019.xml>. Acesso em: 13 maio 2023.

REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de Direito Privado. Universidade Carlos III, Madri, Espanha. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 7, n. 3, p. 95-119, out. 2019.

SCHECHTMAN, David. Introdução e Guia Prático a *Smart Contracts* (*Introduction and Practical Guide to Smart Contracts*). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3317504>. Acesso em: 14 maio 2023.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

TOLEDO, Armando Sérgio Prado de. (Coord.). *Negócio jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia. Artigo não publicado. Paris: Yeshiva University and Université Paris II, 2015. p. 6-7. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2580664>. Acesso em: 13 jan. 2018.



A JUDICIALIZAÇÃO DO *HOME CARE* E A SUA ADOÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS: uma análise sob parâmetros estabelecidos no REsp. nº 1.537.301 do Superior Tribunal de Justiça

Thaís Monteiro de Mendonça¹

RESUMO

O presente artigo analisa a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) relacionada à temática do *home care*, mediante a utilização dos parâmetros estabelecidos no Recurso Especial nº 1.537.301 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Trata especificamente dos critérios que foram adotados pelo STJ e a sua aplicação na jurisprudência do Estado, face à ausência de cobertura do *home care* e a constante judicialização da matéria. Ademais, trouxe breve estudo acerca dos critérios adotados pelos planos de saúde, quando da análise de concessão do *home care*, especificamente quanto à objetividade constante nas tabelas NEAD (Núcleo Nacional das Empresas de Serviços de Atenção Domiciliar) e Abemid (Associação Brasileira de Empresas de Medicina Domiciliar).

Palavras-chave: *Home care*. REsp. nº 1.537.301 STJ. Critérios de adoção da assistência domiciliar. Jurisprudência TJMG.

¹ Graduada pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-Graduada pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-Graduada no LLM em Direito Médico e da Saúde da Unicap. E-mail: thaismendonca_@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A saúde suplementar no Brasil é atividade regulamentada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia criada pela Lei nº 9.961 de 2000.

As operadoras de saúde, por sua vez, submetem-se à Lei nº 9.656 de 1998, inclusive no tocante à abrangência das coberturas oferecidas no âmbito da saúde suplementar, sendo que, consoante o art.10, § 4º, da referida lei, alterada pela Lei nº 14.454 de 2022, a amplitude “será estabelecida em norma editada pela ANS, que publicará rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado a cada incorporação”. (BRASIL, 1998).

Ressalte-se que, entre os tratamentos não elencados no rol de procedimentos e eventos em saúde, consta o *home care*. Nesse contexto, vejamos o disposto no parecer técnico nº 05/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021 da ANS:

Para fins deste Parecer, o termo *Home Care* refere-se aos *Serviços de Atenção Domiciliar*, nas modalidades de *Assistência e Internação Domiciliar*, regulamentados pela Resolução RDC nº 11, de 26 de janeiro de 2006 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA, que regulamenta a modalidade de atendimento em tela para todos os Serviços de Atenção Domiciliar – SAD que atuem em território nacional, sejam públicos ou privados, incluindo os SAD que prestam atendimento aos beneficiários de planos de saúde. A referida RDC estabelece, entre outras, as seguintes definições, que interessam à nossa avaliação sobre cobertura na saúde suplementar: - Atenção domiciliar: termo genérico que envolve ações de promoção à saúde, prevenção, tratamento de doenças e reabilitação desenvolvidas em domicílio. - Serviço de Atenção Domiciliar - SAD: instituição pública ou privada responsável pelo gerenciamento e operacionalização de assistência e/ou internação domiciliar. - Assistência domiciliar: conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas, desenvolvidas em domicílio. - Internação Domiciliar:

conjunto de atividades prestadas no domicílio, caracterizadas pela atenção em tempo integral ao paciente com quadro clínico mais complexo e com necessidade de tecnologia especializada. *Cumpra assinalar que a Lei nº 9.656/1998 não inclui a Atenção Domiciliar entre as coberturas obrigatórias.* Para uso domiciliar, a lei garante o fornecimento de bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, sonda vesical de demora e coletor de urina com conector (art. 10-B). Além disso, a Lei deixa explícito que, nos casos de terapia medicamentosa, o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar não está contemplado dentre as coberturas obrigatórias (art. 10, inciso VI), exceção feita apenas para os medicamentos antineoplásicos orais, adjuvantes e para o controle de efeitos colaterais e adversos dos medicamentos antineoplásicos (art. 12, inciso I, alínea “c”, e inciso II, alínea “g”). No mesmo sentido, a RN nº 465/2021 também não prevê cobertura obrigatória para procedimentos executados em domicílio. *Todavia, nos termos do art. 2º da resolução normativa em questão, as operadoras de planos de saúde poderão oferecer, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual, cobertura maior do que a obrigatória delineada pelo Rol da ANS.* Grifos nossos. (BRASIL, 2021).

Não obstante a ausência de cobertura, por força da lei, dos planos de saúde, a jurisprudência tem entendido pela cobertura assistencial do *home care*, de modo que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceria critérios para a sua concessão, nos casos de ausência de previsão contratual.

Assim, é objeto do presente estudo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no tocante à adoção dos critérios estabelecidos pelo REsp. nº 1.537.301 do Superior Tribunal de Justiça.

2 A JURISPRUDÊNCIA E O *HOME CARE*: APLICAÇÃO DO RESP. Nº 1.537.301 - RJ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (TJMG)

O *Home Care* “é uma modalidade de atenção à saúde, com internação domiciliar, sendo uma extensão do hospital. Compreende atividades assistenciais, exercidas por uma equipe de saúde.”² Isso significa dizer que o paciente, em *home care*, irá seguir aos cuidados em sua residência, a exemplo de um paciente crônico que, ao invés de ficar em internamento hospitalar, suscetível aos riscos próprios do internamento, e por muitas vezes sem a assistência de sua família, será “desospitalizado”, de modo a que continue recebendo o tratamento médico, em sua residência.

A referida modalidade assistencial, consoante exposto, não possui cobertura pelas operadoras de saúde, razão pela qual, por diversas vezes, é objeto de demandas judiciais que visam à sua implementação.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui diversos julgados em que considera abusiva a exclusão em comento, tendo inclusive estabelecido uma série de critérios no tocante à concessão de cobertura. Nesse sentido, vejamos o disposto no Recurso Especial nº 1.537.301 – RJ (2015/0048901-2):

² Cf. em: <https://www.saude.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzgwMzI%2C#:~:text=DEFINI%C3%87%C3%83O-,Home%20Care%20%C3%A9%20uma%20modalidade%20de%20aten%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20sa%C3%BAde%2C%20com,por%20uma%20equipe%20de%20sa%C3%BAde>. Acesso em: 16 abr. 2022.

Recurso especial. Civil. Plano de saúde. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Internação hospitalar. Conversão em atendimento médico domiciliar. Possibilidade. Serviço de *home care*. Cláusula contratual obstativa. Abusividade. Suspensão temporária do tratamento. Dano moral. Configuração. Agravamento das patologias. Grande aflição psicológica. [...] *Apesar de, na Saúde Suplementar, o tratamento médico em domicílio não ter sido incluído no rol de procedimentos mínimos ou obrigatórios que devem ser oferecidos pelos planos de saúde, é abusiva a cláusula contratual que importe em vedação da internação domiciliar como alternativa de substituição à internação hospitalar, visto que se revela incompatível com a equidade e a boa-fé, colocando o usuário (consumidor) em situação de desvantagem exagerada (art. 51, IV, da Lei nº 8.078/1990). Precedentes. [...] Na ausência de regras contratuais que disciplinem a utilização do serviço, a internação domiciliar pode ser obtida como conversão da internação hospitalar. Assim, para tanto, há a necessidade (i) de haver condições estruturais da residência, (ii) de real necessidade do atendimento domiciliar, com verificação do quadro clínico do paciente, (iii) da indicação do médico assistente, (iv) da solicitação da família, (v) da concordância do paciente e (vi) da não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia não supera o custo diário em hospital.* 6. A prestação deficiente do serviço de *home care* ou a sua interrupção sem prévia aprovação ou recomendação médica, ou, ainda, sem a disponibilização da reinternação em hospital, gera dano moral, visto que submete o usuário em condições precárias de saúde à situação de grande aflição psicológica e tormento interior, que ultrapassa o mero dissabor, sendo inidônea a alegação de mera liberalidade em seu fornecimento. 7. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2015b, grifos nossos).

O referido precedente, apesar de não possuir caráter vinculante, constitui parâmetro para diversos julgados no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, direta ou indiretamente, consoante se observa ao longo do presente artigo.

Diante disso, torna-se imperativa a análise dos critérios adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, para fins de concessão

do tratamento, de modo que passaremos ao estudo destes requisitos, pormenorizadamente, a seguir.

(i) De haver condições estruturais da residência

O *Home Care*, por sua natureza, importa na montagem de uma estrutura em semelhança ao hospital; assim, não oferecendo a residência do paciente as condições para a adequada implementação do tratamento, resta descaracterizada a sua concessão. Tal requisito inclusive foi objeto de análise, em julgado do TJMG, senão, vejamos:

Processual civil. Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer. Assistência médica domiciliar. Antecipação de tutela deferida. Artigo 273 do CPC. Requisitos presentes. Manutenção da decisão agravada. Modificação do local da prestação do serviço. Impossibilidade. Recurso conhecido e não provido. Presentes os requisitos do art. 273 do CPC, o deferimento da antecipação da tutela pleiteada deve ser mantido. Não havendo, nos autos, demonstração de que a assistência médica reclamada, se prestada no local de residência e domicílio do Agravado, possa trazer riscos à saúde dele, a mudança de local da prestação do serviço não pode ser deferida. Vv: agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer. Antecipação de tutela. Configurado os elementos autorizativos de sua concessão. Decisão parcialmente mantida. Local da prestação do serviço. Tratamento *home care*. Mudança. Possibilidade. Para a antecipação da tutela exige-se prova, por sua própria estrutura, que gere convicção plena dos fatos e o indefectível juízo de certeza da definição jurídica respectiva, tendo como condições gerais a existência de prova inequívoca e o convencimento do Juiz da verossimilhança da alegação. A pretensão da agravada, efetivamente, encontra amparo nas provas carreadas aos autos, porquanto presentes os elementos de convicção a amparar a concessão da tutela antecipada pretendida. *Restando demonstrado que a prestação dos serviços na cidade de Além Paraíba pode gerar graves riscos à saúde do agravado, visto que inexistente estrutura adequada para o oferecimento do tratamento em regime “home care” a mudança de local da prestação do serviço deve ser deferida.* (MINAS GERAIS, 2014).

Note-se que, ao paciente que possui perfil de atendimento, mas não possui estrutura para o recebimento do *home care*, decerto será apenas possível o tratamento hospitalar. De modo que fundamental a análise do referido requisito, antes da concessão da medida.

- (ii) De real necessidade do atendimento domiciliar, com verificação do quadro clínico do paciente

A real necessidade do atendimento domiciliar, via de regra, é avaliada com base nos laudos médicos apresentados, não se olvidando a ampla dilação probatória que a matéria desafia ao longo da instrução, a exemplo da perícia médica. Nesse contexto, vejamos a jurisprudência do TJMG:

Administrativo e processual civil. Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer. Tutela de urgência. Ipsemg. Serviços de assistência médica e hospitalar. Tratamento *home care*. Imprescindibilidade. Dilação probatória. Necessidade. Antecipação dos efeitos da tutela. Ausência dos requisitos atinentes à medida. - O deferimento do pedido de tutela de urgência pressupõe efetiva comprovação da probabilidade do direito e o risco de lesão grave e de incerta reparação. - A inclusão do *home care* entre os serviços que devem ser fornecidos pelo IPSEMG não significa que ele deverá ser prestado indiscriminadamente a todos que o solicitarem. - Ausente, em juízo incipiente, prova contundente da necessidade da paciente de atendimento em regime de *home care*, assim entendido como desdobramento (ou substituição) da internação hospitalar, *retratando que o desfecho da controvérsia desafia ampla dilação probatória, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o indeferimento do pedido de tutela de urgência é medida que se impõe*. (MINAS GERAIS, 2023b, grifos nossos).

Apelação cível. Ação civil pública de outorga de obrigação de fazer. Contrato de plano de saúde. Tratamento domiciliar. *Home care*. Indicação médica. Negativa de cobertura. Laudo pericial contemporâneo. Desnecessária integralidade do tratamento. I - As conclusões periciais possuem grau de confiabilidade relevante, porque elaboradas

sob o crivo do contraditório. II - O laudo médico do profissional que acompanha o paciente não afasta a possibilidade de realização de prova pericial. III - Tendo o perito constatado que o tratamento indicado pelo laudo médico não se revela essencial para a situação clínica do paciente, revela-se possível alteração do tratamento domiciliar indicado ao paciente. IV - O laudo pericial realizado por perito do Juízo deve prevalecer em detrimento da prescrição médica, por ser aquele contemporâneo, o que melhor revela a atual necessidade e condição clínica do paciente. (MINAS GERAIS, 2023d, grifos nossos).

Note-se que ora são colacionados dois julgados que retratam que é preciso se verificar a real necessidade do atendimento domiciliar, levando-se em consideração o laudo médico, mas não somente, visto que os julgados dispõem acerca da necessidade ou possibilidade de dilação probatória para a verificação da situação clínica do paciente.

Nesse contexto, importante também destacar a diferenciação do *home care* (internação domiciliar) para a assistência domiciliar e, ainda, da figura do cuidador, distinção que tem sido realizada no âmbito do TJMG.

Observe-se que existe jurisprudência no Tribunal em comento, reconhecendo que a figura do cuidador é de responsabilidade dos familiares, de modo que o plano de saúde não deve ser compelido a tal custeio:

Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer. Tutela de urgência. Presentes os requisitos. Fornecimento de atendimento domiciliar. Modalidade *home care*. Enfermagem 24 horas. Desnecessidade. Equipe multidisciplinar. Já fornecida pela instituição. Manutenção. Multa cominatória. Razoável. Decisão parcialmente reformada. - A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. - *Com base nos relatórios exarados pelos profissionais competentes, entendo que o caso em*

questão demanda a necessidade de acompanhamento de um cuidador e não de enfermagem 24 horas. Dito isso, tal responsabilidade de arcar com o encargo de contratação de um cuidador cabe à família e não ao plano de saúde. - A manutenção desses serviços é plenamente devida, pois alegar que tal prestação não é abarcada pelo contrato fere o próprio princípio do venire contra *factum proprium*. - É que a fixação da multa em valor inferior ao arbitrado na decisão agravada retiraria a sua força coercitiva, prejudicando o cumprimento de sua principal finalidade, qual seja, garantir a eficácia da ordem judicial. (MINAS GERAIS, 2023a, grifos nossos).

Cumpramos ressaltar, no mesmo sentido, o enunciado 64 da II Jornada de Direito da Saúde: “A atenção domiciliar não supre o trabalho do cuidador e da família, e depende de indicação clínica e da cobertura contratual.” (BRASIL, 2015a).

Ademais, no tocante à assistência domiciliar, importante destacar que não diz respeito necessariamente a uma hipótese de desospitalização e tampouco corresponde à internação domiciliar propriamente dita. Acerca de sua conceituação, o parecer técnico nº 05/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021 da ANS dispõe que é “conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas, desenvolvidas em domicílio”. (BRASIL, 2021). Quanto à aplicação jurisprudencial do conceito, vejamos:

Apelação cível. Preliminar. Vício *extra petita*. Não rejeição. Ação de obrigação de fazer. Contrato de plano de saúde antigo. Cobertura única para internação hospitalar. Oportunidade de adaptação à Lei 9.656/98 não comprovada. Cobertura para tratamento ambulatorial. Verificação. Assistência domiciliar. Indicação médica inexistente. Manutenção da sentença. Recursos conhecidos e não providos. I- Numa interpretação lógico-sistemática da petição inicial, se a autora pleiteia o custeio de sessões de fisioterapia em “home care” e, na sentença, o pedido é acolhido parcialmente, para determinar o pagamento do tratamento em clínica, não resta configurado o vício *extra petita*. II- Ausente a prova

de que a segurada teve oportunidade de migrar para plano de saúde adaptado à Lei 9.656/1998, possível a interpretação extensiva da cobertura, para compelir a operadora a arcar com tratamento ambulatorial, mesmo havendo previsão de custeio apenas para internação hospitalar. *III- A assistência domiciliar, hipótese distinta do home care, pois o tratamento não se dá em substituição à internação hospitalar, depende de indicação clínica e previsão expressa de cobertura no plano de saúde. Ausentes tais situações, cabível o tratamento ambulatorial.* IV- Recursos conhecidos e não providos. (MINAS GERAIS, 2022b, grifos nossos).

Importante esclarecer, para além da realização da distinção conceitual, que existem precedentes no TJMG que têm entendido que a assistência depende de indicação clínica e de cobertura contratual, a exemplo do julgado citado acima e ainda do Agravo Interno Cv 1.0000.21.084889-1/003, julgado em 27/10/2021 de relatoria da Des.^a Lilian Maciel. (MINAS GERAIS, 2021).

(iii) Da indicação do médico assistente

A indicação do *home care* pelo médico assistente é fundamental ao deferimento e estabelecimento do tratamento. Isso porque, por ser o médico que está acompanhando a evolução do paciente, decerto é o indivíduo mais apto a definir a possibilidade de continuidade do tratamento em âmbito domiciliar. Nesse sentido, o TJMG, em aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendeu:

Apelação cível. Ação ordinária. *Home care*. Indicação médica. Negativa de cobertura. Impossibilidade. Dano moral configurado. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Recurso adesivo. Desistência. Homologação. *O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a restrição de atendimento domiciliar em contrato de plano de saúde deve ser tida como abusiva nos casos em que o tratamento está indicado como recomendável para a evolução do estado clínico do paciente.* A propósito da configuração do dano moral, decorrente da recusa dos planos de saúde em cobrir as despesas com

procedimentos ou medicamentos com base em interpretação de cláusulas contratuais, o STJ firmou posicionamento no sentido de que a negativa de cobertura, nessas hipóteses, enseja dano moral. A indenização por dano moral deve ser arbitrada segundo o prudente arbítrio do julgador, sempre com moderação, observando-se as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que o *quantum* arbitrado se preste a atender ao caráter punitivo da medida e de recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. (MINAS GERAIS, 2023c, grifos nossos).

Veja-se que, tamanha a importância da indicação de evolução do tratamento pelo médico assistente, que o indeferimento do *home care*, se contrário à indicação, é considerado abusivo.

- (iv) Da solicitação da família e (v) Da concordância do paciente

Note-se que, por ser uma modalidade de tratamento em âmbito domiciliar, a solicitação e concordância por parte da família é deveras fundamental, não se olvidando a necessidade de concordância por parte do paciente.

A concordância do paciente, inclusive, reveste-se de caráter ético, isso porque o Conselho Federal de Medicina dispõe que o paciente deve dar consentimento livre e esclarecido na assistência médica (Recomendação CFM nº 1/2016). (BRASIL, 2016).

- (vi) Da não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia não supera o custo diário em hospital.

Acerca do equilíbrio contratual, Leonardo Mattietto dispõe:

[...] embora não haja no Código Civil, a formulação explícita do princípio do equilíbrio contratual, é patente a condenação ao desequilíbrio, seja através da vedação à lesão, seja ao se permitir a resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente. (MATTIETTO, 2009).

Nesse sentido, com vistas a manter o equilíbrio contratual, ao julgador é necessário realizar uma ponderação, quando da substituição do tratamento hospitalar pelo domiciliar, a exemplo do que fora feito, no caso cuja jurisprudência do TJMG, ora se colaciona:

Agravo interno. Agravo de instrumento. Obrigação de fazer. Tratamento *home care*. Excepcionalidade. Atendimento domiciliar disponibilizado pelo plano de saúde. Reconsideração parcial da decisão. Provimento parcial do recurso. O tratamento na modalidade *home care* não pode ser deferido subjetivamente de forma absoluta e ilimitada, porque tem custo próprio e se trata de medida excepcional, sob pena de comprometer a estrutura do próprio plano de saúde a que se aderiu a requerida. Se há informação médica do núcleo de atenção à saúde que o plano de saúde disponibiliza atendimento médico, fisioterapia, nutrição e fonoaudiologia em atendimento domiciliar, deve ser revista parcialmente a decisão, proferida no Agravo de Instrumento sequencial 001, para determinar que o recorrido forneça esse tratamento à autora. *Há necessidade de comprovar a existência de condições estruturais da residência e a não afetação do equilíbrio contratual para a concessão de tratamento home care*. Recurso parcialmente provido. (MINAS GERAIS, 2022a, grifos nossos).

Observe-se que deve ser realizada uma ponderação, de forma geral, quanto ao equilíbrio, mas levando-se em consideração também, especificamente, que os custos da internação domiciliar, por dia, não devem ultrapassar os custos diários da internação hospitalar (REsp. nº 1.537.301 STJ).

3 DAS TABELAS NEAD E ABEMID (CRITÉRIOS OBJETIVOS DE CLASSIFICAÇÃO)

Consoante estudado, no Recurso Especial nº 1.537.301 há o estabelecimento de requisitos para deferimento do *home care*, os quais ora foram explicitados. No entanto, tais requisitos apenas se aplicam no caso de ausência de regras contratuais.

Decerto, via de regra, por não haver a cobertura assistencial, não existirão critérios de implementação de *home care* no bojo do contrato, não obstante, há um certo caráter pacífico na jurisprudência, quanto à cobertura do tratamento, de modo que existem operadoras de saúde que têm realizado o deferimento administrativo da medida. Isso, comumente mediante a adoção de tabelas (ABEMID e NEAD), que servem de critério objetivo para o deferimento.

A tabela NEAD (Núcleo Nacional das Empresas de Serviços de Atenção Domiciliar) foi desenvolvida por “entidade nacional representativa das empresas que atuam em Atenção Domiciliar à Saúde”,³ a qual dispõe:

A tabela NEAD foi revisada justamente para embasar a indicação técnica para o Atendimento Domiciliar, dando maiores subsídios para discussão técnica, com o médico assistente, operadora e até mesmo com o paciente. De forma que o avaliador consiga planejar um plano de atendimento domiciliar adequado às necessidades do paciente.

Para a implantação do paciente, se faz necessário que todas as partes envolvidas estejam alinhadas e de acordo com o Planejamento do Atendimento Domiciliar, tendo a premissa que um Médico Assistente solicita. (NÚCLEO NACIONAL DAS EMPRESAS DE ASSISTÊNCIA DOMICILIAR, 2023).

³ Cf. em <https://www.neadsaude.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

Ou seja, o seu objetivo é embasar a indicação técnica para a atenção domiciliar e, para tal, divide-a em três perfis: 24 horas, 12 horas e atendimento domiciliar/outras programas.

A indicação se dá mediante pontuação do paciente, no caso, o paciente com maior grau de dependência irá pontuar mais do que o com menor grau. O paciente que tiver mais internações, ao longo do ano, também irá pontuar mais que o paciente que não fora internado, ou tivera apenas uma internação.⁴

Após o término da avaliação, com a correspondente pontuação de cada critério preestabelecido, é realizado um somatório e o paciente é classificado. Até 5 (cinco) pontos, a NEAD sugere considerar procedimentos pontuais exclusivos ou outros programas. De 6 (seis) a 11 (onze) pontos, sugere considerar atendimento domiciliar multiprofissional (incluindo procedimentos pontuais desde que não exclusivos). De 12 (doze) a 17 (dezesete) pontos, sugere considerar internação domiciliar (*home care*) 12 (doze) horas. De 18 (dezoito) ou mais pontos, sugere considerar internação domiciliar 24 (vinte e quatro) horas.⁵

A tabela Abemid (Associação Brasileira das Empresas de Medicina Domiciliar), tal qual a NEAD, também envida esforços em identificar o perfil de complexidade clínica e elegibilidade para atendimento domiciliar com base em critérios objetivos. Para esta, o paciente que pontuar abaixo ou igual a 7 (sete) não será elegível para internação domiciliar, de 8 (oito) a 12 (doze) pontos, será de baixa complexidade, de 13 (treze) a 18 (dezoito) pontos, de média complexidade, e acima de 19 (dezenove) pontos, de alta complexidade.⁶

⁴ Cf. em: <https://www.tjdft.jus.br/pro-saude/tabelas-proprias-do-pro-saude/tabelas-abemid-e-nead.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁵ Cf. em: <https://www.tjdft.jus.br/pro-saude/tabelas-proprias-do-pro-saude/tabelas-abemid-e-nead.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶ Cf. em: <https://www.tjdft.jus.br/pro-saude/tabelas-proprias-do-pro-saude/ta->

Ressalte-se que a classificação obtida com as referidas tabelas não se reveste de caráter vinculante ao julgador, tampouco possui o condão de suplantar a indicação do médico assistente. Nesse sentido, vejamos jurisprudência do TJMG:

Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Preliminar. Inaplicabilidade do *caput* do art. 1.018 do CPC/15. Preliminar de não conhecimento do recurso. Rejeição. *Home care*. Tutela de urgência. Requisitos não demonstrados. Dilação probatória. Necessidade. A teor do § 2º do art. 1.018 do CPC/15, tratando-se de processo eletrônico, não se exige da parte agravante o cumprimento da regra disposta no *caput* do mesmo artigo. O art. 300 do CPC/15 autoriza a concessão da tutela de urgência, quando presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano à parte. O serviço de *home care* constitui o desdobramento da internação hospitalar. Se o relatório médico apresentado não denota a necessidade de *home care* (internação domiciliar que substitui a hospitalar), mas sim cuidados de terceiros para as atividades básicas do dia a dia, como higiene e alimentação, e sequer menciona a necessidade de auxílio por profissional da área de saúde em domicílio, não há falar em concessão da medida de urgência. *A análise feita por profissional de enfermagem, utilizando-se de critérios e metodologias estabelecidos nas Tabelas ABEMID e NEAD não se sobrepõe à indicação do médico da paciente, motivo pelo qual a decisão concessiva da tutela de urgência deve ser revogada*. Recurso provido. (MINAS GERAIS, 2020, grifos nossos).

A realidade é que há uma certa dificuldade em estabelecer critérios meramente objetivos, quando da avaliação de um paciente, mesmo porque o laudo médico pode possuir uma indicação distinta da obtida pelas tabelas.

Entretanto, veja-se que as referidas tabelas, apesar de não restarem elencadas como requisitos a serem utilizados pelos julgadores, podem ser vistas como aliadas na identificação da real

belas-abemid-e-nead.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

necessidade do paciente ao *home care*. Não se olvidando decerto que o *home care* é tratamento complexo, e, por essa razão, as ações que o discutem possivelmente demandarão ampla dilação probatória.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou, inicialmente e de forma breve, a ausência de cobertura do *home care* pelas operadoras de saúde. Para tal, dispôs acerca da previsão contida na Lei nº 9.656/98 quanto ao rol da ANS.

Apesar da ausência de previsão em rol e, por conseguinte, de cobertura assistencial, a jurisprudência tem entendido pela abusividade da exclusão contratual do tratamento.

Ademais, o estudo abordou especificamente o Recurso Especial nº 1.537.301 - RJ (2015/0048901-2), o qual estabelece requisitos para a concessão do *home care*, quando da exclusão contratual.

Os requisitos foram analisados sob a ótica da sua adoção, em julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que aplicaram direta ou indiretamente as condições estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, buscou demonstrar como se dá a realização da classificação das tabelas NEAD e Abemid e os seus critérios objetivos, ressaltando que, pela complexidade do tratamento objetivado, não obstante serem mais uma ferramenta de auxílio ao julgador, a ampla dilação probatória provavelmente será necessária ao deslinde da demanda.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Parecer Técnico nº 05/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021*. Disponível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans/2020/parecer_tecnico_no_05_2021_atencao_domiciliar_-_home_care.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 9.656 de 1998*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 9.961 de 2000*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Recomendação CFM nº 1/2016*. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *II Jornada de Direito da Saúde*. 2015a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.537.301*. 2015b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49794402&num_registro=201500489012&data=20151023&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Tabelas Pró-Saúde. Tabelas ABEMID e NEAD*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/pro-saude/tabelas-proprias-do-pro-saude/tabelas-abemid-e-nead.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual. *Revista de Direito*, Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTlwOA%2C%2C>. Acesso em: 17 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.164327-9/001*. Relator: Des. Manoel dos Reis Moraes. 20ª Câmara Cível. Data de publicação: 13/2/2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.270307-6/001*. Relator: Des. Rogério Medeiros. 13ª Câmara Cível. Data de publicação: 20/3/2023a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.279993-4/001*. Relator: Des. Carlos Levenhagen. 5ª Câmara Cível. Data de publicação: 16/3/2023b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento - Cv 1.0024.13.187071-9/001*. Relator: Des. Luiz Artur Hilário. 9ª Câmara Cível. Data de publicação: 6/8/2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo Interno Cv 1.0000.21.084889-1/003*. Relatora: Des.^a Lílian Maciel. 20ª Câmara Cível. Data de publicação: 28/10/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo Interno Cv 1.0000.21.217125-0/002*. Relator: Des. Cavalcante Motta. 10ª Câmara Cível. Data de publicação: 14/2/2022a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0000.18.058402-1/002*. Relator: Des. Baeta Neves. 18ª Câmara Cível. Data de publicação: 7/2/2023c.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0000.20.546518-0/001*. Relator: Des. Fabiano Rubinger de Queiroz. 10ª Câmara Cível. Data de publicação: 20/3/2023d.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0000.21.154341-8/001*. Relator: Des. Vicente de Oliveira Silva. 20ª Câmara Cível. Data de publicação: 24/3/2022b.

NÚCLEO NACIONAL DAS EMPRESAS DE ASSISTÊNCIA DOMICILIAR. Dúvidas Frequentes: Solicitação Médica. Disponível em: <https://www.neadsaude.org.br/duvidas-frequentes/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

NÚCLEO NACIONAL DAS EMPRESAS DE ASSISTÊNCIA DOMICILIAR. Quem somos. Disponível em: <https://www.neadsaude.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

RIO DE JANEIRO. Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. *Termo de Referência*. Disponível em: <https://www.saude.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzgwMzl%2C#:~:text=DEFINI%C3%87%C3%83O-,Home%20Care%20%C3%A9%20uma%20modalidade%20de%20aten%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20sa%C3%BAde%2C%20com,por%20uma%20equipe%20de%20sa%C3%BAde>. Acesso em: 16 abr. 2023.

Título IV

Responsabilidade Civil



RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA POR DESCUMPRIMENTO DE ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE

Adriano da Silva Ribeiro¹

Keren da Silva Alcântara²

RESUMO

Discute-se sobre a possibilidade de fixar-se indenização quando ocorrer o descumprimento das obrigações firmadas entre as partes e homologadas em juízo. A pergunta que se pretende responder é: há possibilidade, no Direito de Família, quando ocorrer inadimplemento de obrigação para regularizar financiamento imobiliário, em acordo homologado judicialmente, de fixar a responsabilidade civil e indenização por dano moral? Este artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade civil, no Direito de Família, nos casos em que ocorre o descumprimento de acordo homologado judicialmente. Para o desenvolvimento do artigo, a metodologia utilizada é a jurídico-dogmático de estudo exploratório, que aborda a temática pelo método hipotético-dedutivo com pesquisa bibliográfica e documental em livros jurídicos, notícias da internet, jurisprudências, normativos e artigos científicos multidisciplinares. Observou-se que, no Direito

¹ Pós-Doutor em Direito pela Fumec. Pós-Doutor e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA. Professor Visitante no PPGD/ Fumec. Professor da Graduação em Direito Fumec. Professor na Pós-Graduação em Direito Empresarial da EJEJ/TJMG. Chefe de Gabinete da Presidência do TJMG. *E-mail*: adrianoribeiro@yahoo.com.

² Graduanda em Direito pela Faculdade Unifenas - Unidade Itapoã. Bacharelada em Teologia. Assistente de Direção Superior da Presidência do TJMG. *E-mail*: keren.17@hotmail.com.

de Família, quando descumprido o acordo judicial homologado, causando dano à outra parte, gera-se responsabilidade civil e indenização por dano moral.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Direito de Família. Descumprimento de acordo homologado judicialmente. Indenização.

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo é a responsabilidade civil pelo descumprimento de acordo firmado em separação judicial e a configuração de dano moral. A discussão será em relação à possibilidade de se fixar indenização quando ocorrer o descumprimento das obrigações firmadas entre as partes e homologadas em juízo.

A pergunta cuja resposta se pretende é: há possibilidade, no Direito de Família, quando ocorrer inadimplemento de obrigação para regularizar financiamento imobiliário, em acordo homologado judicialmente, de fixar a responsabilidade civil e indenização por dano moral?

Justifica-se o interesse pelo assunto devido à sua relevância jurídica e social, uma vez que o estudo do Direito de Família proporciona a análise com o enfoque de proteção dos direitos, e não a obstaculização. Este artigo tem, pois, como objetivo, analisar a responsabilidade civil, no Direito de Família, nos casos em que ocorre o descumprimento de acordo homologado judicialmente.

Para o desenvolvimento do artigo, a metodologia utilizada é a jurídico-dogmática de estudo exploratório, que aborda a temática

pelo método hipotético-dedutivo com pesquisa bibliográfica e documental em livros jurídicos, notícias da internet, jurisprudências, normativos e artigos científicos multidisciplinares.

Este artigo estrutura-se, partindo, inicialmente, do conceito de família e algumas considerações sobre os institutos separação e divórcio. Na sequência, o estudo e a compreensão da responsabilidade civil em casos de descumprimento de acordo homologado. Nas considerações finais, procurar-se-á sintetizar assertivas a respeito dos elementos que possibilitam a compreensão do tema.

2 DIREITO DE FAMÍLIA E OS INSTITUTOS DA SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

Em um primeiro momento, cabe destacar que o Direito de Família regula as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como daquelas que convivem em uniões sem casamento, dos filhos e das relações destes com os pais, bem como da sua proteção por meio da tutela e da proteção dos incapazes por meio da curatela, portanto, pode-se dizer que é, de todos os ramos de direito, o mais relacionado à própria vida, uma vez que todas as pessoas fazem parte de um organismo familiar, de maneira que constituam vínculos durante a sua existência, mesmo que não venham a constituir uma família pelo casamento.

Nesse sentido, para Flávio Tartuce e José Fernando Simão: “Casamento é o vínculo jurídico existente entre um homem e uma mulher, visando a uma comunhão plena de vida baseada na afetividade.” (TARTUCE; SIMÃO, 2006, p. 50). O casamento é um contrato de Direito de Família. Tendo em vista a natureza

contratual do casamento e da união estável, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma “que se formam e se desfazem por atos de vontade, mesmo diante da solenidade que deve permear a constituição e a dissolução do casamento, entende-se que a responsabilidade civil nessas relações é do tipo contratual”. (SILVA, 2020, p. 103-104).

Por meio dessa união, surge um negócio jurídico bilateral, visto que tem características de um acordo de vontades com efeitos jurídicos.

Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa:

O que confere a um ato a natureza contratual não é determinação de seu conteúdo pelas partes, mas sua formação por manifestação de vontade livre e espontânea. Orlando Gomes (1983:48) conclui que o casamento é, porém, um contrato com feição especial. (VENOSA, 2022, p. 27).

Portanto, o casamento é a relação entre duas pessoas que se caracteriza como uma convivência pública, constante e duradora, que tem como objetivo constituir uma família. Para concretizar o casamento, é necessário o comparecimento do casal em Cartório de Registro Civil, assim dando início ao processo com a habilitação do casal, por meio de análise documental e publicação das proclamas do casamento na imprensa local ou em mural do cartório.

Entende-se que o casamento é iniciado pelo acordo livre de vontade entre as partes, sendo assim uma condição para a realização. Por outro lado, a separação judicial é o remédio para os casamentos desgastados, uma solução para os cônjuges que se encontram com problemas no matrimônio, possibilitando que o casamento possa ser restabelecido a qualquer momento. Além disso, a separação é para aqueles cuja moral não admite o divórcio,

uma vez que permite o afastamento do casal sem dissolver o vínculo matrimonial.

Para Sílvio Venosa, inspirado em Bossert e Zannoni: “É previsível que algumas pessoas estejam dispostas a se separar pessoalmente, mas não aceitam inicialmente uma petição de divórcio vincular.” (BOSSERT; ZANNONI *apud* VENOSA, 2022, p. 146). Anteriormente, a separação era denominada de desquite, uma simples separação de fato, havendo dissolução do vínculo conjugal, sem quebra do vínculo matrimonial.

A separação judicial é o meio mais simples e rápido de que os cônjuges dispõem para a dissolução da sociedade conjugal. Sendo assim, a separação judicial pode ser consensual, sem litígio, ou contenciosa, com litígio. Se for consensual, ambas as partes devem estar de acordo com os termos da separação. Por outra perspectiva, na separação litigiosa, as partes não estão de acordo com a separação ou com os termos propostos. Tendo em vista que a ação de separação é personalíssima, não é permitida a interferência de terceiros, nem mesmo dos filhos.

Diante do exposto, considera-se que a separação judicial destitui a sociedade conjugal e cessa seus efeitos civis, extinguindo os deveres conjugais. Apesar disso, não é suficiente para destituir o casamento, logo não conseguirá casar-se novamente sem se divorciar.

Por sua vez, o divórcio é a dissolução do vínculo matrimonial, resultando, também, na extinção dos deveres conjugais. É um ato voluntário, sem motivo específico e decorre da vontade de um ou de ambos os cônjuges, podendo permitir, em sequência, novos vínculos matrimoniais.

Antigamente, o divórcio era indireto, precisava primeiro ter a separação judicial, forma de extinção da sociedade conjugal sem dissolução do vínculo matrimonial, sendo requisito necessário para o pedido de divórcio. Assim, precisava-se aguardar a consumação de um prazo legal, de acordo com a Lei nº 6.515/77. O intuito era a reconciliação dos cônjuges.

Art. 40. No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados cinco anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverão provar o decurso do tempo da separação e sua causa. (BRASIL, 1977).

Com a Constituição da República de 1988, houve a consolidação do divórcio direto, tendo como único requisito o decurso temporal de mais de dois anos de separação de fato ou um ano da separação judicial, conforme o art. 226.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. (BRASIL, 1988).

Em 2010, houve a promulgação da “PEC do Amor”, na qual a separação judicial deixou de ser considerada como requisito na Constituição, de acordo com a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, a qual deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição da República, dispondo que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (BRASIL, 1988). Portanto, o Estado entendeu que não havia mais sentido forçar uma relação conjugal em que um ou ambos não estão satisfeitos.

Diante disso, entende-se que ficou mais descomplicada a dissolução do casamento. Em uma ação de divórcio, as partes podem assinar um acordo que define como desejam que seja tratada a divisão patrimonial, a guarda dos filhos, a pensão alimentícia, a visitação e outras coisas. Contudo, uma das partes poderá não cumprir com o acordado, frustrando a conciliação anteriormente realizada.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: DESCUMPRIMENTO DE ACORDO HOMOLOGADO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Diante do que se considera transformação no Direito de Família, bem assim as concepções de família e entidade familiar, constata-se que o Direito de Família, com o passar do tempo e dos eventos na sociedade, cada vez mais tem aprofundado sua relação com o instituto da Responsabilidade Civil.

Nesse sentido, para Anderson Schreiber:

Os remédios específicos e tradicionais do Direito da Família têm se mostrado insuficientes para tutelar os interesses - especialmente, os existenciais - lesados no âmbito das relações familiares. Basta recordar o exemplo marcante do chamado abandono afetivo, em que o remédio típico, previsto na disciplina reservada pelo Código Civil ao Direito de Família, seria a 'perda do poder familiar', medida que funcionaria como verdadeiro prêmio ao pai negligente. Daí ter se verificado, no Brasil, uma progressiva 'fuga' dos remédios tradicionais do Direito de Família, por meio da busca de soluções mais eficientes para a tutela dos interesses lesados. A Responsabilidade Civil, como remédio geral e irrestrito, tornou-se naturalmente a esperança para onde convergiram todos esses anseios (SCHREIBER, 2015, p. 33).

A responsabilidade civil, ressalta-se, exerce importante papel na vida em sociedade, uma vez que objetiva restaurar danos morais e patrimoniais causados por ilícitos civis, passíveis de indenização. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil. (PEREIRA, 1999, p. 11).

A propósito do tema, dispõem os art. 186 e 927 do Código Civil:

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.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 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 outrem. (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, compreende-se que a responsabilidade civil, via de regra, deverá possuir o elemento culpa, em sentido amplo, da qual pode decorrer o dolo, caracterizado pela plena consciência

da lesão e a vontade de praticá-la, ou a culpa em sentido estrito, consubstanciada pela negligência, imperícia ou imprudência diante da imposição de um dever de cuidado.

Ensina Caio Mário da Silva Pereira que, em princípio, a responsabilidade civil “pode ser definida como fez nosso legislador de 1916 (art. 159): a obrigação de reparar o dano imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem”. (PEREIRA, 2014, p. 660).

E acrescenta:

[...] Do conceito, extraem-se os requisitos essenciais: a) em primeiro lugar a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não propósito de malfazer; b) em segundo lugar, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c) e em terceiro lugar o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico. (PEREIRA, 2014, p. 660).

Anota Sílvio Salvo Venosa (2022), por sua vez, quanto ao Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) e o de 2002, o estabelecimento de base da responsabilidade extracontratual:

[...] no direito brasileiro: ‘Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, art. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553’. Note-se que o novo Código, atendendo ao mandamento constitucional, foi expresso a

respeito do dano moral, já fartamente sufragado pela jurisprudência do país. Decantados esses dispositivos, verifica-se que neles estão presentes os requisitos para configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexo causal, dano e, finalmente, culpa (VENOSA, 2022, p. 12-13).

Registre-se, ainda, que “o caminhar do direito brasileiro”, entendem Adauto de Almeida Tomaszewski e Diego Fernandes Vieira, “em face do século XXI, permitiu que se estabelecessem 3 (três) funções para a responsabilidade civil: (1) Função reparatória; (2) Função punitiva; e, por fim, (3) Função precaucional ou pedagógica”. (TOMASZEWSKI; VIEIRA, 2021, p. 76). Em poucas palavras, definem os autores,

a função reparatória visa ao reequilíbrio entre o lesante e o lesado que, normalmente, perfaz-se pela transferência patrimonial. A função punitiva objetiva punir, aplicar uma pena civil ao ofensor, vindo, assim, a desestimular futuras ações danosas. (TOMASZEWSKI; VIEIRA, 2021, p. 76).

Já a função precaucional tem, por objetivo, inibir condutas danosas (ROSENVALD, 2017, p. 95; BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 67).

Diante de um “cenário de recorrentes violações a direitos fundamentais e da personalidade, foram iniciados questionamentos sobre a efetividade das funções básicas da responsabilidade civil (reparatória, punitiva e precaucional)”. (REIS, 2019, p. 161). “Tal fato vem a impulsionar o nascimento de uma quarta função, que se perfaz, hoje, como a (4) Função preventiva que, além de princípio, transformou-se em objetivo”. (TOMASZEWSKI; VIEIRA, 2021, p. 76).

Atualmente, sustentam Adauto de Almeida Tomaszewski e Diego Fernandes Vieira, “com o caminhar social e jurídico, a ideia de reparação parece estar atrelada, também, à prevenção, impedindo a ocorrência do ilícito”. (TOMASZEWSKI; VIEIRA, 2021, p. 76). “O ordenamento jurídico busca a contenção de danos, tendo, como foco, as consequências lesivas à vítima e a repercussão no seu patrimônio. O ressarcimento assume a finalidade de neutralizar os efeitos do ilícito”. (REIS, 2019, p. 158).

Fixado o conceito da responsabilidade civil, a seguir, o diálogo entre a legislação, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

4 INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL POR DESCUMPRIMENTO

Do estudo realizado no tópico anterior sobre o instituto da responsabilidade civil, verificou-se como pressupostos indispensáveis para a ocorrência da obrigação de indenizar a conduta, o dano e o liame de causalidade entre estes.

A propósito da reparação de danos causados pelos entes familiares entre si, a doutrina brasileira, afirma Maísa Lopes, “tem sustentado a possibilidade de indenização por danos morais tanto entre os cônjuges quanto entre os conviventes” (LOPES, 2016, p. 88), ou, ainda, na relação paterno-filial com base na cláusula geral para a área da responsabilidade civil delitual prevista no art. 186 do Código Civil de 2002.

A jurisprudência brasileira, “com certa reserva, reconhece o direito à indenização no Direito de Família nos casos em que os requisitos essenciais da responsabilidade civil forem preenchidos”. (LOPES, 2016, p. 88). Ainda assim, o presente tema está longe de afastar as polêmicas que o envolvem, esclarece Maísa Lopes:

Há argumentos favoráveis e restritivos em torno da concessão de eventual reparação no Direito de Família. A favor, afirma-se que a admissibilidade de indenização pode diminuir o sofrimento do familiar que foi vítima do dano e, ainda, punir o causador. No sentido contrário, argumenta-se que a demanda ampliaria a dor das partes e, ademais, que não se pode monetarizar o (des)amor. (LOPES, 2016, p. 88).

Nesse contexto, registre-se que a possibilidade de indenização por dano moral encontra respaldo na jurisprudência, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Apelação cível. Ação de indenização. Partilha de bens. Inadimplemento de prestação de financiamento de imóvel. Inscrição de ex-cônjuge nos órgãos restritivos de crédito. Dano moral configurado. Sentença reformada em parte. Recurso provido em parte. - Responde por danos morais aquele que descumpre parte do pacto de separação judicial e, em consequência gera a negativação indevida do nome da ex-cônjuge. - Na fixação do *quantum* devido a título de danos morais, o Julgador deve pautar-se pelo bom senso, moderação e prudência, sem perder de vista que, de um lado, a indenização deve ser a mais completa possível e, por outro, ela não pode tornar-se fonte de lucro. - Quanto ao início da incidência de juros de mora, em mudança de posicionamento, urge a determinação da fluência do encargo desde o evento danoso, de acordo com a Súmula 54 do STJ e o art. 398 do CC. É devida correção monetária pelos índices da Tabela da Corregedoria Geral de Justiça a publicação do acórdão. - Recurso provido em parte. Sentença reformada em parte. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0525.14.011785-0/001, Rel.^a Des.^a Mariângela Meyer, 10^a Câmara Cível, j. em 19/5/2015, p. em 29/5/2015). (MINAS GERAIS, 2015).

No caso dos autos da Apelação Cível nº 1.0525.14.011785-0/001, da Relatoria da Des.^a Mariângela Meyer, fixou-se que “é de se reconhecer que a responsabilidade civil é aquiliana e subjetiva, tornando-se indispensável a prova da culpa para a caracterização do ato ilícito indenizável” (MINAS GERAIS, 2015), nos termos do que dispõem os art. 186 e 927 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Em seu voto, a Relatora anotou haver prova de que do “documento se extrai que as parcelas do financiamento estavam atrasadas e, como não seria mais obrigação da autora quitá-las, cabia ao requerido a regularização do pagamento”. E afirmou: “Não o fazendo, gerou a inscrição do nome da autora nos cadastros restritivos de crédito de forma indevida”. Assim, “tem-se a certeza da existência de ato ilícito perpetrado pelo réu, causador de lesão extrapatrimonial à autora pela negativação indevida do seu nome, fazendo-se imprescindível e necessária a imputação do dever de reparar”. (MINAS GERAIS, 2015).

Em casos como esse em julgamento, defendeu a Relatora que “há a consolidação dos requisitos que determinam o dever reparatório, tratando-se de dano *in re ipsa*”. (MINAS GERAIS, 2015). E citou ensinamento de Sérgio Cavaliere Filho: “deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti*, que decorre das regras da experiência comum”. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 86 *apud* MINAS GERAIS, 2015).

Afirmou a Relatora que o “ressarcimento pelo dano moral decorrente de ato ilícito é uma forma de compensar o mal causado e não deve ser usado como fonte de enriquecimento ou abusos”. Dessa forma, acrescentou, “a sua fixação deve levar em

conta o estado de quem o recebe e as condições de quem paga”. (MINAS GERAIS, 2015). Daí concluir-se que, no Direito de Família, descumprido o acordo judicial homologado, que trouxe dano à outra parte, gera-se responsabilidade civil e indenização por dano moral.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Terminado o estudo, pode-se compreender que há possibilidade, no Direito de Família, quando ocorrer inadimplemento de obrigação em acordo homologado judicialmente, de fixar a responsabilidade civil e indenização por dano moral.

Dessa forma, observa-se que o alcance da conceituação e do entendimento a respeito da responsabilidade civil exerce importante papel na vida em sociedade, pois aspira a restaurar danos morais e patrimoniais causados por ilícitos civis, passíveis de indenização.

A indenização por dano moral encontra respaldo na jurisprudência, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: “Responde por danos morais aquele que descumpre parte do pacto de separação judicial e, em consequência, gera a negativação indevida do nome da ex-cônjuge”. (MINAS GERAIS, 2015).

O tema apresentado aqui teve também o objetivo de servir como ponto de partida para novos estudos envolvendo a prática da reparação civil no Direito de Família, sendo perfeitamente utilizado em casos de descumprimento de acordo judicial homologado, pois a lei não traz nenhuma proibição, inclusive podendo ser usado na reparação por abandono afetivo.

REFERÊNCIAS

BARROS, Rafaela Rojas. A separação judicial e o novo Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 36, p. 230-245, ago. 2017.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 28, de 2009. (PEC do Amor/PEC do Divórcio). Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 16 jun. 2009. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3589445&-ts=1630419011559&disposition=inline&_gl=1*1dzcjn*_ga*M-jExNjk1MzYxOC4xNjg2NzYyMDc1*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4O-Tk1NzU4OS4yLjEuMTY4OTk1Nzc3NS4wLjAuMA. Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 jan. 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 jul. 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas: 2009.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Pablo. *O divórcio na atualidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES, Maísa de Souza. Responsabilidade civil familiar: breves reflexões em torno da ilicitude. *Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais*, Londrina, v. 17, n. 2, p. 85-93, mar. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível nº 1.0525.14.011785-0/001*. Relatora: Des.^a Mariângela Meyer. Belo Horizonte, Acórdão de 29 maio 2015. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=169423104D149B67F59062204E84FEB1.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0525.14.011785-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 25 mar. 2023.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-201.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil e direito de família: a proposta da reparação não pecuniária. In: MADALENO Rolf; BARBOSA Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32-49.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade civil nas relações de família. *Revista Jurídica da FA7*, [s. l.], v. 17, n. 2, p. 99-123, 13 out. 2020.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. Imprensa: São Paulo, Método, 2006, v. 5.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida; VIEIRA, Diego Fernandes. Responsabilidade civil dos pais em face da convivência familiar: a compensação dos danos imateriais para além da indenização. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 69-84, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: família e sucessões*. 22. ed. Barueri: Atlas, 2022.



O ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E NOS 20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002¹

Flávio Tartuce²

RESUMO

O presente artigo faz uma análise sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo e sua aplicação pela jurisprudência brasileira, nos 20 anos de vigência do Código Civil de 2002. Tendo como ponto de partida notório julgado do então Tribunal de Alçada de Minas Gerais, o texto aborda posições doutrinárias, entendimentos de outras Cortes Estaduais e também do Superior Tribunal de Justiça, em temas como o reconhecimento da reparação civil, o prazo prescricional incidente e o início ou termo *a quo* desse prazo.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade civil. Direito de Família. Abandono afetivo.

¹ Artigo escrito a convite dos Desembargadores Renato Dresch e Leonardo Beraldo, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para obra organizada pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, em comemoração aos 20 anos do Código Civil brasileiro.

² Pós-doutorando e Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Professor Titular permanente e coordenador do mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado da EPD. Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família em São Paulo (IBDFAM/SP). Conselheiro seccional da OABSP e Diretor da ESAOABSP. Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico. E-mail: fftartuce@uol.com.br.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA

As interfaces, as interligações mutualistas, entre os diversos ramos do Direito Civil são constantes na contemporaneidade. Entre as mais marcantes estão as interações entre o Direito de Família e o Direito das Obrigações. Assim, a responsabilidade civil tem incidido nas relações familiares, seja nas relações de *parentalidade* ou nas de *conjugalidade*.

Entre pais e filhos, tidas como *relações verticais*, um dos temas mais debatidos pela civilística nacional refere-se à *tese do abandono afetivo, abandono paterno-filial* ou *teoria do desamor*, tema central deste artigo. Entra em discussão jurídica, amplamente, se o pai que não convive com o filho, dando-lhe afeto ou amor, pode ser condenado a indenizá-lo por danos morais.

Nas relações conjugais, tidas como *horizontais*, o tema da responsabilidade civil, na conjugalidade e nas relações de convivência, tem permeado as manifestações jurisprudenciais, com uma quantidade enorme de variações. E, para a análise dessas interações entre a responsabilidade civil e o Direito Civil, *quatro premissas fundamentais* devem ser lembradas.

A *primeira premissa* refere-se à normal incidência das regras relativas à responsabilidade civil no Direito de Família. Não se pode mais admitir a antiga separação entre os *direitos patrimoniais puros* – caso dos temas de Direito das Obrigações – e os *direitos existenciais* – como é propriamente o Direito de Família. Os institutos obrigacionais e contratuais também têm como cerne a pessoa humana, surgindo normas protetivas cogentes ou de ordem pública, como aquelas relacionadas com os princípios sociais contratuais. No entanto, dentro do Direito de Família, há

normas de cunho patrimonial, de ordem privada, que até podem ser contrariadas pela autonomia privada dos envolvidos por serem dispositivas. Por tal conclusão, não se pode admitir a ideia de que os princípios do Direito das Obrigações não possam influenciar o Direito de Família, ou vice-versa.

Diante dessas afirmações, discorda-se totalmente da manifestação do então Ministro Asfor Rocha, do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 757.411/MG, primeiro precedente relativo ao abandono afetivo. Foram as suas palavras:

Sr. Presidente, é certo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais pontificou que o recorrido teria sofrido em virtude do abandono paterno; são fatos que não podem ser desconstituídos. E é justamente com base nesses fatos que aprecio o que está ora posto. Penso que o direito de família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente – a outras ramificações do Direito. Esses princípios do direito de família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio direito de família. Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. Os seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material. Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura – a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente

referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria 'x'; se abandono por um mês, o valor da indenização seria 'y', e assim por diante.

Ao contrário das palavras colacionadas, os *diálogos interdisciplinares* são salutares, mesmo no âmbito do próprio Direito Civil, sendo necessário sempre reconhecer a influência conceitual e categórica entre livros distintos do *Código Civil* em vigor. Essa, aliás, é uma tendência que se confirmou nos últimos anos, não só na doutrina como na jurisprudência brasileira.

A *segunda premissa* relaciona-se à culpa, um conceito unificador do sistema de responsabilidade civil. A culpa, em sentido amplo, ou *lato sensu*, ainda consta como fundamento do ato ilícito, previsto no art. 186 do atual *Código Civil*, pelo qual este é cometido por aquele que, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa em sentido estrito, ou *stricto sensu*), violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. A responsabilidade civil também está, em geral, fundada na culpa, pela menção ao ato ilícito que consta do art. 927, *caput*, do *Código* de 2002.

Relativamente ao Direito de Família e ao casamento, a culpa continua prevista expressamente no *Código Civil*, como um dos motivos da separação judicial litigiosa, conceituada como *separação-sanção*. De acordo com o *caput* do art. 1.572 da atual codificação privada, “qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne

insuportável a vida em comum”. Os deveres do casamento, no sistema vigente, constam do art. 1.566 do *Código Civil*, a saber: *a)* fidelidade recíproca; *b)* vida em comum, no domicílio conjugal; *c)* mútua assistência; *d)* sustento, guarda e educação dos filhos; *e)* respeito e consideração mútuos.

A novidade parcial do atual *Código Civil*, perante o seu antecessor, está no tão criticado art. 1.573, que traz um rol exemplificativo, ou *numerus apertus*, de fatos que podem caracterizar a insuportabilidade da vida em comum.³ O dispositivo é realmente curioso. De início, parece indicar um rol taxativo, fechado (*numerus clausus*). No entanto, o seu parágrafo único prevê que o juiz pode considerar outros fatos que caracterizam a impossibilidade da comunhão plena de vida (rol exemplificativo ou *numerus apertus*). Causam certo espanto algumas das previsões do comando legal, como a do adultério, extinto como tipo penal pela Lei n. 11.106/2005; e a do abandono do lar conjugal, somente por um ano contínuo, como se esse tempo fosse o mínimo a ensejar a referida impossibilidade.

Consigne-se que, não obstante o atual *Código Privado* ter expressado a culpa, a doutrina contemporânea sempre criticou a sua previsão, uma vez que a sua investigação tornaria dificultosa a separação do casal, muitas vezes transformando a ação de separação em um *processo de vingança*.⁴ Nessa linha de pensamento, a jurisprudência vinha mitigando a análise da culpa, principalmente nos casos de difícil investigação ou de culpa recíproca.

³ CC/2002: “Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I – adultério; II – tentativa de morte; III – sevícia ou injúria grave; IV – abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo; V – condenação por crime infamante; VI – conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

⁴ Por todos: FACHIN, 2003; FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 330-332; MOREIRA ALVES, 2007; SARTORI, 2023.

Com a *Emenda do Divórcio* (EC n. 66/2010), que alterou o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, não mais mencionando a separação judicial, é forte e até majoritária a corrente doutrinária que afasta a possibilidade de debate da culpa para dissolver o casamento, mesmo que seja na ação de divórcio. Essa é a posição que prevalece entre os juristas que compõem o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Os mesmos juristas entendem que a separação de direito, a englobar tanto a separação judicial como a extrajudicial – feita por escritura pública no Tabelionato de Notas –, não mais subsiste no sistema jurídico nacional.⁵ Em outras palavras, a discussão da culpa impede a extinção célere do vínculo conjugal e sujeita, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas.

Apesar desse entendimento, como *segunda premissa*, é imperiosa a conclusão no sentido de que a culpa do ato ilícito e da responsabilidade civil é a mesma culpa motivadora do fim do casamento e a da eventual responsabilidade civil na conjugalidade.

Ambas trazem a concepção do desrespeito a um dever preexistente, o que está inspirado no clássico conceito de Chironi (1925, p. 5). Pode-se também utilizar a construção de Von Tuhr, que visualiza a culpa, em sentido amplo, como um comportamento reprovado pela lei, caracterizando a violação de um contrato ou o cometimento de um ato ilícito. Deixa claro o autor que o que a norma jurídica reprovava é a vontade maligna ou negligente do indivíduo. (VON TUHR, 1934, t. I, p. 275).

⁵ Por todos: LÔBO, 2023; MADALENO, 1998.

Por tal conclusão, no sentido de que *as duas culpas são as mesmas*, surge um contraponto com relação àqueles que pretendem a extinção total da culpa nas ações de dissolução do casamento e da união estável. Se a culpa será analisada para os fins de responsabilização civil, também o pode ser para colocar fim à sociedade conjugal.

Seria ilógico pensar em *metade da culpa* somente para a imputação da responsabilidade civil, e não para findar a comunhão plena de vida. A corrente a que estou filiado é justamente a que reconhece que a culpa pode ser mitigada em alguns casos, como naqueles em que é recíproca, mas nem sempre. O caso é de sua relativização, mas não de sua morte, fim ou desaparecimento, como se quer afirmar. Nas hipóteses aqui em análise, a culpa pode imputar o dever de indenizar e, ao mesmo tempo, pôr fim à sociedade entre os cônjuges.

Como *terceira premissa* para a interação entre responsabilidade civil e Direito de Família, tenho a convicção de que a responsabilidade civil que surge nas relações de conjugalidade ou de convivência é, essencialmente, uma responsabilidade extracontratual. A afirmação, por óbvio, vale para os casos de responsabilidade civil na parentalidade.

Encerrando esta introdução, como última e *quarta premissa* fundamental para a responsabilidade civil que surge no âmbito do Direito de Família, é necessária a aplicação das regras básicas da responsabilidade civil para as relações de conjugalidade e de parentalidade, para que o diálogo que aqui se propõe seja viável metodológica e juridicamente.

Assim, não se pode esquecer dos elementos clássicos da responsabilidade civil extracontratual, que são, em geral: *a)* a conduta humana; *b)* a culpa *lato sensu*, ou em sentido amplo; *c)* o nexo de causalidade; *d)* o dano ou prejuízo.

Como decorrência lógica dessa quarta premissa, não se podem olvidar as tendências contemporâneas da responsabilidade civil, os paradigmas atuais, como o reconhecimento de novos danos reparáveis.

2 O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como aqui afirmado, a responsabilidade civil, no Direito de Família, projeta-se para além das relações de casamento ou de união estável, sendo possível a sua incidência na parentalidade ou filiação, ou seja, nas relações entre pais e filhos. Uma das situações em que isso ocorre diz respeito à responsabilidade civil por *abandono afetivo*, também denominado *abandono paterno-filial* ou *teoria do desamor*.

Trata-se de aplicação do princípio da solidariedade social ou familiar, previsto no art. 3º, inc. I, da Constituição Federal, de forma imediata a uma relação privada, ou seja, em *eficácia horizontal*. Como explica Rodrigo da Cunha Pereira, precursor da tese que admite tal indenização,

o exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível. (PEREIRA, 2015).

O jurista também fundamenta a eventual reparabilidade pelos danos decorrentes do abandono na dignidade da pessoa humana, eis que

o Direito de Família somente estará em consonância com a dignidade da pessoa humana se determinadas relações familiares, como o vínculo entre pais e filhos, não forem permeados de cuidado e de responsabilidade, independentemente da relação entre os pais, se forem casados, se o filho nascer de uma relação extraconjugal, ou mesmo se não houver conjugalidade entre os pais, se ele foi planejado ou não. [...] Em outras palavras, afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona seu filho, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele. (PEREIRA, 2015).

Para Rodrigo da Cunha Pereira, além da presença de danos morais, pode-se cogitar uma indenização suplementar, pela presença da perda da chance de convivência com o pai.

O doutrinador e Presidente Nacional do IBDFAM atuou na primeira ação judicial em que se reconheceu a indenização extrapatrimonial por abandono filial. Na ocasião, o então Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou um pai a pagar indenização de duzentos salários mínimos, a título de danos morais ao filho, por não ter com ele convivido (Apelação Cível n. 408.550-5 da Comarca de Belo Horizonte, 7ª Câmara Cível. Presidiu o julgamento o Juiz José Affonso da Costa Côrtes e dele participaram os Juízes Unias Silva, relator, D. Viçoso Rodrigues, revisor, e José Flávio Almeida, vogal).

Filiando-se ao julgado mineiro e à possibilidade de indenização em casos semelhantes, também está a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, uma das maiores juristas deste País na atualidade, expoente não só do Direito de Família,

mas também da Responsabilidade Civil, tendo desenvolvido a sua tese de livre-docência na Faculdade de Direito da USP sobre a *responsabilidade pressuposta*. Vejamos as suas palavras:

A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar [...]. Paralelamente, significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Poder-se-ia dizer, assim, que uma vida familiar na qual os laços afetivos são atados por sentimentos positivos, de alegria e amor recíprocos em vez de tristeza ou ódio recíprocos, é uma vida coletiva em que se estabelece não só a autoridade parental e a orientação filial, como especialmente a liberdade paterno-filial. (HIRONAKA, 2023).

Entretanto, como se sabe, o Superior Tribunal de Justiça reformou a primeva decisão do Tribunal de Minas Gerais, afastando o dever de indenizar, no caso em questão, diante da ausência de ato ilícito, pois o pai não seria obrigado a amar o filho. Em suma, o abandono afetivo seria situação incapaz de gerar reparação pecuniária (STJ, Recurso Especial n. 757.411/MG, relator o Ministro Fernando Gonçalves; votou vencido o Ministro Barros Monteiro, que não conhecia do recurso. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro relator. Data do julgamento: 29 de novembro de 2005).

De qualquer modo, tal decisão do Tribunal da Cidadania não encerrou o debate quanto à indenização por *abandono afetivo*, que permanece intenso na doutrina e na própria jurisprudência. A

minha posição é no sentido de existir o dever de indenizar em casos tais, especialmente se houver um dano psíquico ensejador de dano moral, a ser demonstrado por prova psicanalítica. O desrespeito ao dever de convivência é muito claro, eis que o art. 1.634 do *Código Civil* impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de tê-los em sua companhia. Além disso, o art. 229 da Constituição Federal é cristalino, ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Violado esse dever e sendo causado o dano ao filho, estará configurado o ato ilícito, nos exatos termos do que estabelece o art. 186 do *Código Civil* em vigor e de acordo com as premissas expostas no tópico introdutório deste texto.

Quanto ao argumento de eventual *monetização do afeto*, muito utilizado na prática, penso que a Constituição Federal de 1988 encerrou definitivamente tal debate, ao reconhecer expressamente a reparação dos danos morais em seu art. 5º, incs. V e X. Aliás, se tal argumento for levado ao extremo, a reparação por danos extrapatrimoniais não seria cabível, em casos como de morte de pessoa da família, por exemplo.

A propósito, demonstrando evolução quanto ao tema, surgiu, no ano de 2012, outra decisão do Superior Tribunal de Justiça, em revisão à ementa anterior, ou seja, admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo. A ementa foi assim publicada por esse Tribunal Superior:

Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos

que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2012a).

Em sua relatoria, a Ministra Nancy Andrighi ressaltou, de início, ser admissível aplicar o conceito de dano moral nas relações familiares, sendo despidendo qualquer tipo de discussão a esse respeito, pelos naturais *diálogos* entre livros diferentes do *Código Civil* de 2002. Seguiu, assim, o mesmo caminho exposto no início deste artigo. Desse modo, superou-se totalmente a posição firmada no primeiro julgado superior sobre o tema, especialmente o que foi desenvolvido pelo então Ministro Asfor Rocha, da impossibilidade de interação entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil.

Para a Ministra Nancy Andrighi, ainda, o dano extrapatrimonial estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos. Aplicando a ideia do *cuidado como valor jurídico*, com fundamento no princípio da afetividade,

a julgadora deduziu pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: “Amar é faculdade, cuidar é dever”.

Concluindo pelo nexos causal entre a conduta do pai que não reconheceu voluntariamente a paternidade de filha havida fora do casamento e o dano a ela causado pelo abandono, a magistrada entendeu por reduzir o *quantum* reparatório que foi fixado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de R\$415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) para R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

Esse último acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça representa correta concretização jurídica do princípio da solidariedade, sem perder de vista a função pedagógica, ou de desestímulo que deve ter a responsabilidade civil. Sempre pontuei, assim, que este posicionamento deve prevalecer na nossa jurisprudência, visando também a evitar que outros pais abandonem os seus filhos.

De todo modo, fazendo uma pesquisa mais atual, posterior ao último aresto superior, notei que há ainda grande vacilação jurisprudencial, na admissão da reparação civil por abandono afetivo, com ampla prevalência de julgados que concluem pela inexistência de ato ilícito, em casos tais, notadamente pela ausência de prova do dano.

Trilhando esse caminho, de acordo com a primeira orientação do Tribunal da Cidadania, na Corte Estadual que despertou o debate, deduziu-se que, “por não haver nenhuma possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do CC, que pressupõe prática de ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação” (MINAS GERAIS, 2017).

Na mesma linha, sem prejuízo de muitas outras ementas de negação do ilícito: “a pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito. Beligerância entre os genitores.” (RIO GRANDE DO SUL, 2017a). De todo modo, pode ser notada certa confusão técnica no último *decisum*, pois não é o ilícito que é elemento do dano moral, mas vice-versa.

Por outra via, concluindo pela ausência de prova do dano, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo que

a jurisprudência pátria vem admitindo a possibilidade de dano afetivo suscetível de ser indenizado, desde que bem caracterizada a violação aos deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido. Inocorrência na espécie. Depoimentos pessoais e testemunhais altamente controvertidos. Necessidade de prova da efetiva conduta omissiva do pai em relação à filha, do abalo psicológico e do nexo de causalidade. Alegação genérica não amparada em elementos de prova. *Non liquet*, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, a impor a improcedência do pedido. (SÃO PAULO, 2016b).

Em complemento, e mais recentemente, o Tribunal Gaúcho aduziu que

o dano moral exige extrema cautela no âmbito do direito de família, pois deve decorrer da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral. Para haver obrigação de indenizar, exige-se a violação de um direito da parte, com a comprovação dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido, e o mero

distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si só, situação capaz de gerar dano moral. (RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

Muitos julgamentos seguem a última frase da ementa, segundo a qual o mero distanciamento físico entre pai e filho não configura, por si só, o ilícito indenizante.

Diante desse panorama recente, é sempre recomendável que os pedidos de indenização por abandono afetivo sejam bem formulados, inclusive com a instrução ou realização de prova psicossocial do dano suportado pelo filho. Muitos acórdãos estão orientados pela afirmação de que não basta a prova da simples ausência de convivência para que caiba a indenização.

Acrescente-se que, no próprio Superior Tribunal de Justiça, existem decisões próximas que não admitem a reparação de danos por abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. Desse modo, julgando “alegada ocorrência de abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. Não caracterização de ilícito. Precedentes.” (BRASIL, 2017). Ou, ainda, “a Terceira Turma já proclamou que antes do reconhecimento da paternidade, não há se falar em responsabilidade por abandono afetivo.” (BRASIL, 2016).

Na Edição n. 125 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* da Corte Superior, publicada em 2019, foram publicadas duas premissas que confirmam essas afirmações. Consoante a Tese n. 7, “o abandono afetivo de filho, em regra, não gera dano moral indenizável, podendo, em hipóteses excepcionais, se comprovada a ocorrência de ilícito civil que ultrapasse o mero dissabor, ser reconhecida a existência do dever de indenizar.” (precedentes citados: Ag. Int. no AREsp 492.243/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 5/6/2018, *DJe* de 12/6/2018; REsp 1.579.021/

RS, Quarta Turma, Rel.^a Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 19/10/2017, *DJe* de 29/11/2017).

Em continuidade, prevê a Tese n. 8 que “não há responsabilidade por dano moral decorrente de abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade.” (acórdãos: Ag. Int. no AREsp 492.243/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 5/6/2018, *DJe* de 12/6/2018; REsp 514.350/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 28/4/2009, *DJe* de 25/5/2009).

Em suma, parece-me que a doutrina contemporânea foi bem *festiva* em relação à admissão da reparação imaterial por abandono afetivo, em especial após o julgamento do REsp 1.159.242/SP, em 2012. Porém, no âmbito da jurisprudência, há certo ceticismo, com numerosos julgados que afastam a indenização, inclusive no âmbito do próprio STJ. Muitos deles o fazem também com base na existência de prescrição da pretensão, tema a ser tratado a seguir.

3 A PRESCRIÇÃO NO CASO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Por se tratar de demanda reparatória de danos, envolvendo a responsabilidade civil extracontratual, o prazo eventualmente aplicado para o abandono afetivo é de prescrição, e não de decadência.

Como é cediço, o *Código Civil* de 2002 acabou por adotar os critérios desenvolvidos por Agnelo Amorim Filho, em clássico estudo sobre os prazos, publicado na *Revista dos Tribunais* n. 300. Isso foi feito em prol da *operabilidade*, em um sentido de facilitação dos institutos privados, um dos baluartes principiológicos da codificação

em vigor. Seguindo tal orientação, os prazos de prescrição são associados às ações condenatórias, caso das demandas relativas à responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual. Já os prazos de decadência associam-se às ações constitutivas positivas ou negativas, como ocorre no reconhecimento de nulidade relativa de um ato ou negócio jurídico, nos termos dos arts. 178 e 179 do Código Civil, sem prejuízo de outras normas que tratam da anulabilidade.

Pois bem, a corrente amplamente majoritária entende que o prazo prescricional, em casos tais, é de três anos, afirmando-se a subsunção do prazo especial para a reparação civil, previsto no art. 206, § 3º, inc. V, do *Código Civil*. No âmbito estadual, numerosos julgados seguem essa vertente do prazo exíguo, diante de uma suposta subsunção perfeita ao caso concreto. Vejamos cinco deles, das cinco regiões do País. De início, do Tribunal de Justiça do Paraná e do Tribunal Paulista:

Ação reparatória de danos morais e materiais em razão do homicídio da mãe dos autores e do abandono afetivo em tese praticado pelo requerido. Prescrição. Aplicação do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, V, CC. Autores absolutamente incapazes à época dos fatos. Início do prazo prescricional com o alcance da maioridade. (PARANÁ, 2017).
Incidência do prazo de três anos previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, em consonância com o art. 2.028 do mesmo diploma legal. (SÃO PAULO, 2016b).

Da Região Centro-Oeste, posicionou-se o Tribunal do Distrito Federal no sentido de que

a pretensão indenizatória da autora/recorrente prescreve em três anos, na esteira do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. Além disso, fundamenta-se no descumprimento, pelo réu/recorrido, das

obrigações inerentes ao poder familiar, incluindo o amparo moral e econômico. Os deveres relativos ao poder familiar cessam com a maioridade plena, ainda que o genitor não os exerça. De fato, a simples alegação de que o requerido/apelado não cumpriria as obrigações relativas ao poder familiar não tem o condão de afastar a incidência da causa suspensiva prevista no art. 197, inciso II, do *Código Civil*. Sendo assim, resta claro que qualquer pretensão relacionada ao inadimplemento dos deveres inerentes ao poder familiar somente pode ser demandada, quando encerrada a causa suspensiva acima mencionada, ou seja, com a maioridade plena do filho ou com a emancipação deste. (BRASÍLIA, 2017).

Seguindo, do Estado da Paraíba, no mesmo sentido: “a pretensão de reparação civil por abandono afetivo nasce, quando cessa a menoridade civil do autor, caso a suposta paternidade seja de seu conhecimento desde a infância, estando sujeita ao prazo prescricional de três anos.” (PARAÍBA, 2016). Por derradeiro, chegando-se ao Amazonas, tem-se que

a pretensão de indenização por abandono afetivo prescreve em três anos, conforme o prazo estabelecido no art. 206, § 3º, V, do *Código Civil*, e começa a contar a partir da maioridade do alimentando. No caso concreto deve ser reconhecida a prescrição, porquanto a presente ação foi ajuizada quase sete anos após o autor atingir a maioridade. (AMAZONAS, 2017).

O entendimento é confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, como está na Tese n. 9, publicada na Edição n. 125 da sua *Jurisprudência em Teses*: “o prazo prescricional da pretensão reparatória de abandono afetivo começa a fluir a partir da maioridade do autor”.

Como se pode perceber, todos os julgados transcritos acabam por concluir que o prazo prescricional de três anos tem início com a maioridade do filho, pois, nos termos do art. 197,

inc. II, do Código Civil, não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, o que é cessado, quando o filho completa dezoito anos, em regra. Esse dispositivo, segundo tal interpretação, deve prevalecer sobre outra, enunciada pelo art. 198, inc. I, da mesma codificação privada, segundo a qual não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes, os menores de dezesseis anos. Sendo assim, o prazo prescricional para o abandono afetivo acaba por vencer, quando o filho completa vinte e um anos de idade (18 anos + 3 da prescrição).

Porém, é preciso aqui fazer uma ressalva, pois, se os fatos tiverem ocorrido na vigência do *Código Civil* de 1916, há que se aplicar o prazo geral de vinte anos para as ações pessoais, previsto no art. 177 da codificação revogada. Nessa linha, importante precedente da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a merecer destaque:

Os direitos subjetivos estão sujeitos a violações e, quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de pretensão. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retrooperante alcançar os efeitos passados das situações de direito. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos arts. 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o 'pátrio poder'. Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto à compensação por danos morais. (BRASIL, 2012b).

Com o devido respeito às posições expostas, entendo que, em casos de abandono afetivo, não há que se reconhecer qualquer prazo para a pretensão, sendo a correspondente demanda imprescritível.

Primeiro, pelo fato de a demanda envolver Direito de Família e estado de pessoas, qual seja a situação de filho. *Segundo*, por ter como conteúdo o direito da personalidade e fundamental à filiação. *Terceiro*, porque, no abandono afetivo, os danos são continuados, não sendo possível identificar concretamente qualquer termo *a quo* para o início do prazo.

Em verdade, penso que os casos de abandono afetivo são similares aos de responsabilidade civil por tortura, reconhecendo o Superior Tribunal de Justiça, em vários arestos, a imprescritibilidade da pretensão em tais situações. Assim, por exemplo, com citação de outros acórdãos:

as ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.339.344/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 28/2/2012; AgRg no REsp 1.251.529/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe 1º/7/2011. (BRASIL, 2015).

Em reforço, parece-me equivocado afirmar que o prazo prescricional, pela feição subjetiva da *actio nata*, terá início a partir da maioria do filho postulante. Pela citada teoria, desenvolvida entre nós por Câmara Leal e José Fernando Simão, o prazo prescricional tem início não da lesão ao direito subjetivo, mas do conhecimento da lesão. Diante dessa feição subjetiva da *actio nata*, não se pode dizer qual o termo *a quo* para o início do prazo.

Entendo que os danos são continuados, não cessam, não saem da memória do ofendido, mesmo em se tratando de pessoa com idade avançada. Em outras palavras, o prejuízo é de trato sucessivo, atinge a honra do filho a cada dia, a cada hora, a cada minuto e a cada segundo. Ninguém esquece o desprezo de um pai.

A respeito do início do prazo, também é preciso fazer uma objeção, adotando-se a posição majoritária pelo prazo prescricional específico. Ora, nem sempre o lapso temporal de três anos será contado da maioridade do filho. Em casos de reconhecimento posterior da paternidade, mais uma vez por aplicação da teoria da *actio nata* subjetiva, o prazo deve ser contado do trânsito em julgado da decisão que a reconhece, momento em que não há mais dúvida quanto ao vínculo dos envolvidos. Nesse sentido, conforme se retira de julgamento do Tribunal Paulista:

No caso dos autos, contudo, a autora apenas soube o nome do pai em 2013, ano em que completou 30 (trinta) anos, quando o réu dela se aproximou pela rede social Facebook. Propositura de ação de reconhecimento da paternidade pela autora embasada em exame de DNA positivo realizado em laboratório particular pelas partes. Início da contagem do prazo prescricional a partir da data do trânsito em julgado da ação de paternidade. Precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. (SÃO PAULO, 2016c).

Como se nota, o acórdão admite a possibilidade de indenização por abandono afetivo, após a maioridade, o que conta com o meu apoio.

Por derradeiro, sendo adotada a corrente pelo prazo de três anos, não se pode ignorar, ainda, a aplicação da regra de Direito Intertemporal do art. 2.028 do CC, *in verbis*: “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua

entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”. Desse modo, tendo sido o prazo reduzido de vinte para três anos, transcorrido menos da metade do prazo, deve-se aplicar o novo lapso de três anos, a partir de 11 de janeiro de 2003, data da entrada em vigor do *Código Civil* de 2002.

Sendo assim, várias pretensões reparatórias prescreveram no mesmo dia, 11 de janeiro de 2006, com exceção dos casos dos filhos que ainda não tinham atingido a maioridade, nesse período, ou cuja maioridade ainda não tinha sido reconhecida. Nesse sentido, transcreve-se:

Se a ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo foi proposta após o decurso do prazo de três anos de vigência do Código Civil de 2002, é imperioso reconhecer a prescrição da ação. Inteligência do art. 206, § 3º, inc. V, do CCB/2002. O novo Código Civil estabeleceu a redução do prazo prescricional para as ações de reparação civil, tendo incidência a regra de transição posta no art. 2.028 do CCB/2002. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Como se pode perceber, muitas peculiaridades técnicas devem ser percebidas, mesmo no caso de adoção do prazo de três anos. O tema do abandono afetivo, assim, apresenta dificuldades jurídicas não só no seu conteúdo, mas também na verificação da existência, ou não, da suposta pretensão.

Em suma, limitações existentes a respeito da prova do dano e do prazo prescricional têm feito com que os pedidos de reparação imaterial sejam afastados na grande maioria dos casos levados ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0622496-32.2013.8.04.0001. Relatora: Des.^a Maria das Graças Pessoa Figueiredo. *DJe*, Manaus, 17 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no AREsp. nº 766.159/MS. Relator: Min. Moura Ribeiro. *DJe*, Brasília, DF, 9 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp. nº 1.4981.67/RJ. Relator: Min. Humberto Martins. *DJe*, Brasília, DF, 25 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp. nº 1.071.160/SP. Relator: Min. Moura Ribeiro. *DJe*, Brasília, DF, 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.159.242/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. *DJe*, Brasília, DF, 10 maio 2012a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.298.576/RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *DJe*, Brasília, DF, 6 set. 2012b.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2015.01.1.064396-6. Relator: Des. Rômulo de Araújo Mendes. *DJe*, Brasília, DF, 30 maio 2017.

CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1925.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 25 fev. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <http://www.ibddfam.org.br/?artigos&artigo=629>. Acesso em: 23 fev. 2023.

MADALENO, Rolf. *Conduta conjugal culposa: direito de família. Aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0647.15.013215-5/001. Relator: Des. Saldanha da Fonseca. *DJe*, Belo Horizonte, 15 maio 2017.

MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Recurso nº 0028806-67.2013.815.0011. Relator: Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira. *DJe*, João Pessoa, 11 abr. 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1601201-4. Relatora: Des.^a Ângela Khury Munhoz da Rocha. *DJe*, Curitiba, 21 jul. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0048476-69.2017.8.21.7000. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. *DJe*, Porto Alegre, 4 maio 2017a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 283426-62.2013.8.21.7000. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. *DJe*, Porto Alegre, 5 set. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0087881-15.2017.8.21.7000. Relatora: Des.^a Liselena Schifino Robles Ribeiro. *DJe*, Porto Alegre, 6 jun. 2017b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0006195-03.2014.8.26.0360. Relator: Des. J. B. Paula Lima. *DJe*, São Paulo, 2 set. 2016a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0013103-59.2012.8.26.0453. Relator: Des. A. C. Mathias Coltro. *DJe*, São Paulo, 17 maio 2016b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1008272-98.2015.8.26.0564. Relator: Des. Pedro de Alcântara. *DJe*, São Paulo, 19 maio 2016c.

SARTORI, Fernando. *A culpa como causa de separação e seus efeitos*. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Sartori_Culpa.doc. Acesso em: 25 fev. 2023.

VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Tradução para o espanhol de W. Roces. Madrid: Reus, 1934. t. I.



RESPONSABILIDADE DAS LOCADORAS DE VEÍCULO: uma crítica aos processos de formação e aplicação das súmulas no direito brasileiro

Lílian Maciel Santos¹

Laura Campolina Monti²

Tamirames de Almeida Damásio Soares³

RESUMO

O presente estudo, subsidiado pelo método hipotético-dedutivo e amparado em pesquisa bibliográfica, documental e descritiva, propõe-se a investigar as peculiaridades que circundam a redação do enunciado das súmulas e a forma mecanizada de sua aplicação, apontando como não raro são adotadas soluções distintas em situações semelhantes. O trabalho se debruça, especificamente, sobre a Súmula nº 492 do Supremo Tribunal Federal, que trata da responsabilidade civil de locadoras de veículos na hipótese de danos causados a terceiro. O texto do verbete sugere a responsabilidade civil e solidária da empresa locadora, independentemente da análise de culpa.

¹ Desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001). Professora na Faculdade Milton Campos. Professora no curso de formação inicial e permanente da Escola Judicial Des. Edesio Fernandes (EJEF). *E-mail*: gab.lilianmaciel@tjmg.jus.br.

² Doutoranda em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito Público pela Universidade Fumec (2018). Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pelo Instituto DH (2018). Assessora Judiciária. *E-mail*: laura.monti@tjmg.jus.br.

³ Mestre em Direito Público pela Universidade Fumec (2015). Especialista em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental pela Fundação João Pinheiro (2019). Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Fumec (2019). Assistente Judiciária. *E-mail*: tamirames@hotmail.com.

Entretanto, a análise de toda a ratio decidendi adotada nos processos que deram ensejo à sua edição conduz à conclusão distinta. Por conseguinte, mostra-se necessária a análise dos precedentes que deram origem ao enunciado da súmula para verificar a correlação entre fundamentos adotados nos casos paradigma e o verbete. O que se denuncia é um descompasso entre o processo de formação da súmula, sua redação e, ainda, sua aplicação. Especificamente no caso da responsabilização das locadoras de veículo, verifica-se ainda a incongruência da tese de responsabilidade objetiva com o próprio ordenamento jurídico, especialmente as disposições do Código Civil. Tal cenário vai na contramão do que é a finalidade precípua da própria existência das súmulas: garantia de segurança jurídica e homogeneidade da jurisprudência.

Palavras-chave: Precedentes. Súmulas. Súmula 492 do STF. Responsabilidade das locadoras de veículos.

1 INTRODUÇÃO

As súmulas e os precedentes judiciais vêm assumindo cada vez mais um papel de destaque no direito brasileiro. Embora figure entre os principais fundamentos da edição de tais provimentos a promoção da segurança jurídica e da isonomia entre as partes, a elaboração imprecisa dos enunciados pelos tribunais, sem a observância das peculiaridades atinentes aos casos paradigma, e a sua aplicação pouco criteriosa no caso concreto acabam por desvirtuar os fins perquiridos. Nesse contexto, é relevante analisar como a redação do enunciado da súmula e a forma mecanizada de sua aplicação conduzem a interpretações equivocadas, sendo

adotadas soluções distintas em situações semelhantes.

Especificamente no caso em estudo, tem-se que a Súmula nº 492 do Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 1969), que trata da responsabilidade civil de locadoras de veículos na hipótese de danos causados a terceiros, sugere a responsabilidade civil e solidária da empresa locadora, independentemente da análise de culpa. Entretanto, a análise detida da *ratio decedendi* adotada nos processos que deram ensejo à sua edição conduz à conclusão distinta. Por conseguinte, mostra-se necessária a análise dos precedentes que deram origem ao enunciado da súmula para verificar a correlação entre fundamentos adotados nos casos paradigma e o verbete.

Para além da cogitada dissonância no momento de formação da súmula, verifica-se ainda que a perquirição acerca dos fundamentos que lastrearam os julgados paradigmas é relevante também no momento da aplicação da norma, a fim de que o julgador possa identificar as questões de fato essenciais ao deslinde da causa e, finalmente, concluir pela responsabilização ou não da locadora.

Em face de tal problemática, o presente estudo adota o método hipotético-dedutivo, calcado especialmente na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, visando a demonstrar como a questão relativa à responsabilidade civil das locadoras de veículos por danos causados a terceiros vem sendo interpretada pelos tribunais pátrios, notadamente no que se refere à aplicação da Súmula nº 492 do STF. (BRASIL, 1969).

2 A SÚMULA NO DIREITO BRASILEIRO

É cediço que os enunciados uniformizantes sobre matérias reiteradamente decididas pelos tribunais há muito permeiam o ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, “a edição de súmulas guarda, entre nós, estrita relação com a própria função dos Tribunais Superiores, no sentido de garantir a autoridade e a uniformidade interpretativa da Constituição e das Leis Federais”. (MENDES; MEYER PFUG, 2005, p. 328).

Evandro Lins e Silva, visando explicar, de forma mais clara e objetiva, a técnica de uniformização da jurisprudência, por meio da edição de súmulas, inicialmente vislumbrada pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Vitor Nunes Leal, na década de 60 do século XX, por intermédio da Emenda Regimental de nº 28/3/1963, discorre que:

[...] Súmula foi a expressão de que se valeu Vitor Nunes Leal, nos idos de 1963, para definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, onde era um dos seus ministros, vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam amiudamente em seus julgados [...]. (LINS E SILVA, 1997, p. 43-45).

Nesse sentido, observa-se que a súmula pretende ser um enunciado normativo (texto) que resulta da *ratio decidendi* (fundamento determinante) de uma jurisprudência dominante (norma geral), que é a reiteração de um precedente. Há, pois, uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 562).

Portanto, o enunciado da súmula deve refletir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente. É por esse motivo que Marinoni afirma que “a súmula faz parte de uma linguagem que descreve as decisões”. (MARINONI, 2011, p. 217).

Segundo relatou o Ministro Vitor Nunes Leal, em palestra proferida em Belo Horizonte, em 12/8/1964, a súmula atende a vários objetivos:

[...] é um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, mediante a simples citação de um número convencional; distingue da jurisprudência firme da que se acha em vias de fixação; atribui à jurisprudência firme consequências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetem e exterminar as protelações deliberadas. (LEAL, 1964, p. 458).

E ainda anota que

[...] razões pragmáticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha estabilidade. Os pleitos iguais, dentro de um contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio a tolera, pelo natural anseio de segurança. (LEAL, 1964, p. 455).

Por fim, deve-se registrar que, até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu no direito brasileiro a súmula vinculante, as súmulas proferidas pelo STF possuíam tão somente eficácia persuasiva.

3 OS OBJETIVOS DA EDIÇÃO DE SÚMULA

O principal objetivo da edição de súmula pelos tribunais é estabelecer a segurança jurídica, prestigiando o princípio da isonomia, uma vez que a lei deve ter aplicação e interpretação uniformes.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) estabeleceu, no art. 926, *caput*, que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Verifica-se, portanto, que o legislador conferiu um sentido bastante técnico aos vetores principiológicos, haja vista que considera os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia elementos fundamentais à uniformização da jurisprudência.

O princípio da segurança jurídica apresenta o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e o aspecto subjetivo, da proteção à confiança ou confiança legítima. Nas palavras elucidativas de Gomes Canotilho:

o homem necessita de segurança jurídica para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios — segurança jurídica e proteção à confiança — andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica — garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito — enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes

subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos. (CANOTILHO, 2000, p. 256).

Nesse aspecto, o princípio da segurança jurídica, revelado pela edição de súmula, alcança não somente jurisdicionado, que possui uma expectativa firme de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já sumulada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que tem sido aplicado. Em outras palavras, garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente e futura, na medida em que a súmula resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a casos semelhantes.

Mas também impõe o dever ao magistrado de respeito aos precedentes judiciais e o dever de o tribunal uniformizar a sua jurisprudência, evitando a propagação de teses jurídicas conflitantes em situações de fato semelhantes (inciso VI do § 1º do art. 489 e § 1º do art. 926 do CPC/15).

No tocante ao princípio da isonomia, verifica-se que há uma redefinição dogmática do princípio da igualdade, uma vez que, apesar de o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), prever que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”, o termo lei deve ser interpretado não em sentido estrito, mas sim como norma jurídica, incluindo, por conseguinte, as decisões, os precedentes judiciais e as súmulas (a concretização da função jurisdicional).

Nesse sentido, como bem apontado por Marinoni, a igualdade não pode limitar-se, no âmbito do exercício da função jurisdicional, ao tratamento isonômico das partes, com garantia de participação em paridade de armas ou à igualdade de acesso à jurisdição. É necessário que também haja a aplicação do princípio da isonomia nas decisões judiciais. (MARINONI, 2010, p. 228-233).

Não se pode admitir como postura isonômica de um órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, aplica uma solução jurídica e, diante de outra situação, de tudo semelhante à primeira, conclua por uma solução distinta.

A aplicação do princípio da isonomia revela-se, assim, como um objetivo a ser alcançado nas decisões judiciais e que justifica, definitivamente, o respeito aos precedentes e às súmulas.

Entretanto, não se pode fechar os olhos para a situação inversa: utilização da crítica dos precedentes e súmulas, sem que se faça o cotejo das circunstâncias de fato que motivaram aquela fixação de tese ou enunciado. Isso porque o princípio da isonomia abrange também o direito a um tratamento diferenciado quando se tratar de circunstâncias diferenciadas.

Com efeito, é violador da igualdade o comportamento do órgão jurisdicional que simplesmente aplica um precedente sem observar que as peculiaridades do caso concreto não permitiriam a aplicação de determinada súmula.

Essa última situação perfaz, juntamente com a técnica de redação do preceito normativo jurisprudencial, o ponto central da crítica realizada no presente artigo, especificamente em relação à aplicação pouco criteriosa da Súmula nº 492 do STF pelos tribunais, como será abordado adiante.

4 AS PRINCIPAIS CRÍTICAS ÀS SÚMULAS E PRECEDENTES JUDICIAIS

A súmula como texto deverá ser interpretada pelos participantes do processo. Por isso a necessidade de seu enunciado ser redigido em termos precisos. Mais do que isso, a redação do texto da súmula exige o retorno ao caso que lhe deu origem. É o que dispõe, inclusive, o § 2º do art. 926 do CPC/15: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

As grandes críticas realizadas pela doutrina sobre as súmulas e os precedentes judiciais cingem-se à forma de elaboração dos enunciados, que, muitas vezes, desconsideram os diversos fundamentos apontados nos reiterados precedentes, bem como à aplicação do texto da súmula pelos magistrados.

Sobre o primeiro ponto de crítica, registra-se que, embora seja necessário que a mesma *ratio decidendi* tenha sido adotada pelos membros do colegiado e, assim, “o efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha sido ou não sumulado”. (Enunciado nº 317 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Marcelo Neves explica que:

Na perspectiva do desenho institucional formal, o fato de que cada voto é elaborado separadamente e constitui parte do acórdão torna altamente improvável qualquer aprendizado colegiado. A esse respeito, o que conta é o dispositivo. Em casos de alta relevância constitucional, a decisão é tomada por unanimidade, mas os fundamentos são diversos e, às vezes, contraditórios. Não há *ratio decidendi* comum. Configura-se um decisionismo em relação à maioria convergente em torno do dispositivo. Em

matéria de declaração de inconstitucionalidade, que exige maioria absoluta do pleno, é comum alcançar-se essa maioria quanto ao dispositivo, sem que isso ocorra em relação aos fundamentos. Nesse sentido, a construção dos precedentes fica prejudicada e, portanto, o aprendizado constitucional bloqueado. Muitas vezes, a própria emenda não consegue expressar o fundamento e resultado da decisão, dadas as incongruências argumentativas no procedimento decisório. (NEVES, 2014).

Assim, não raras vezes, verifica-se que o enunciado da súmula não se coaduna com os fundamentos normativos que nortearam a solução dos casos concretos. Já o segundo ponto de crítica relaciona-se à aplicação discricionária e de forma mecanizada do enunciado da súmula ou ementa, conforme o modelo de racionalidade próprio das leis (comandos gerais e abstratos).

A aplicação de precedentes ou súmulas exige que o órgão jurisdicional avalie explicitamente a pertinência da sua incidência no caso concreto, identificando exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa. Entretanto, para que haja a correta identificação das questões de fato e a aplicação ou não da súmula ao caso concreto, há necessidade de se analisar os precedentes que deram origem ao enunciado sumular, notadamente porque os referidos julgados não podem ser satisfatoriamente reduzidos a um verbete.

Dessa forma, a aplicação de súmula ou até mesmo de precedentes não deve ocorrer de forma mecânica ou subsuntiva, mas sim mediante uma análise hermenêutica, em que se utiliza a técnica do *distinguishing*. O *distinguishing-método* representa uma técnica de confronto, interpretação e aplicação da súmula ao caso concreto, realizado a partir de um método comparativo, que deve ser pautado em quatro principais elementos: a) os fatos relevantes

do caso concreto e dos precedentes que originaram a súmula; b) as normas incidentes sobre os fatos em análise; c) as questões de direito suscitadas; d) os fundamentos que orientaram a formação do enunciado sumular. (inciso V do § 1º do art. 489 e § 1º do art. 927 do CPC/15).

Somente a partir da análise comparativa desses elementos, poder-se-á concluir ou não pela aproximação entre os precedentes que deram origem à súmula e o caso *sub judice*, oportunidade em que se passará à análise da *ratio decidendi* firmada no enunciado sumular.

Na hipótese de se concluir que há diferença entre os precedentes que deram ensejo à súmula e ao caso em análise (*distinguishing*-resultado), o magistrado restará livre para julgar o caso, sem vinculação à súmula ou ao precedente (inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC/15).

Ainda sobre as críticas apontadas, Marinoni pondera que:

As súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico. Ainda que se possa, em tese, procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto. (MARINONI, 2011, p. 217-218).

Diante das críticas pertinentes sobre a questão, bem como do atual cenário processual brasileiro, em que o papel da jurisprudência é cada vez mais importante, mostra-se necessário um estudo mais rigoroso da técnica de redação do preceito normativo jurisprudencial e da técnica de confronto, interpretação e aplicação da súmula ao caso concreto.

5 SÚMULA Nº 492 DO STF E A RESPONSABILIDADE DAS LOCADORAS DE VEÍCULOS

A questão atinente à responsabilidade das empresas locadoras de automóveis pelos danos causados a terceiro, no uso do carro locado, encontra-se sumulada desde 1969. A competência para análise desse tipo de matéria em última instância era, à época, do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) somente foi implementado com a Constituição Federal de 1988. Assim, o STF publicou, em 12.12.1969, o seguinte verbete, que ainda se encontra em vigor: “A empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente, com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado.”

A celeuma que permeava a questão dizia respeito à possibilidade de se cobrar da locadora eventuais prejuízos decorrentes de acidente no qual se envolvera o locatário após a retirada do veículo do pátio da empresa. A simples leitura do enunciado poderia conduzir à equivocada conclusão de que a pessoa jurídica responde em qualquer hipótese e solidariamente pelos danos causados a terceiros, independentemente de qualquer aferição de culpa.

De fato, não raro esta tem sido a aplicação conferida à súmula, conforme se verifica, por exemplo, do acórdão proferido no AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.303.293 - SP (2018/0132098-6), de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que confirmou decisão do TJSP que concluiu ser a responsabilidade da locadora não apenas solidária, mas também de natureza objetiva (AgInt no AREsp. nº 1.303.293/SP, Rel.^a Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 25/3/2019, DJe de 27/3/2019). (BRASIL, 2019a).

De igual modo, decidiu o STJ:

Agravo interno. Recurso especial. Responsabilidade civil. Locadora do veículo (proprietária) utilizado pelo causador do acidente de trânsito. Responsabilidade civil solidária. Danos morais. Indenização. Valor. 1. *O proprietário (no caso dos autos, locadora de veículos) responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que conduz automóvel envolvido em acidente de trânsito, uma vez que, sendo este um veículo perigoso, seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros. Precedentes. [...]* 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp nº 1.748.263/SP, Rel.^a Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. em 12/2/2019, DJe de 19/2/2019). (BRASIL, 2019b, grifo nosso).

O que se verifica é que, ao concluir pela responsabilidade objetiva e solidária das locadoras, o STJ — no que é acompanhado pelos tribunais estaduais — adota, em síntese, dois fundamentos: a) a jurisprudência no sentido de que o proprietário *lato sensu* é responsável pelos danos causados a terceiros no uso de seu veículo, ainda que não seja ele o condutor; e b) a Súmula nº 492 do STF.

A fim de investigar adequadamente o problema em exame, serão analisados a seguir ambos os fundamentos.

6 RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO

A hipótese de responsabilização do proprietário está alinhada à lógica da responsabilidade civil aquiliana, sendo relevante tecer alguns comentários sobre o tema. Conceituando o instituto sob exame, explica Maria Helena Diniz que a responsabilidade civil é:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples

imposição legal (vários autores). Definição esta que guarda em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva) (Álvaro Villaça Azevedo). (DINIZ, 2007, p. 34).

Para que se faça possível o acolhimento de pretensão dessa natureza, é imprescindível, a teor do art. 186 do Código Civil, a comprovação de um ilícito, do dano, do nexo de causalidade e, tratando-se de responsabilidade subjetiva, já que o que se estuda é a lide envolvendo acidente de trânsito entre particulares, da prova da culpa do ofensor. Sobre o tema, leciona Carlos Alberto Bittar:

A caracterização do direito à reparação depende, no plano fático, da concorrência dos seguintes elementos: o impulso do agente, o resultado lesivo e o nexo causal entre ambos, que são, aliás, os pressupostos da responsabilidade civil. [...] Com efeito, sob o aspecto jurídico, a caracterização desse direito exige, de início, que haja a interferência indevida de alguém na esfera valorativa de outrem, trazendo-lhe lesão aos direitos mencionados; vale dizer: deve existir relação de causalidade entre o dano experimentado e a ação alheia. Dessa forma, cumpre haver ação (comportamento positivo) ou omissão (negativo) de outrem que, plasmada no mundo fático, vem a alcançar e ferir, de modo injusto, componente da esfera da moralidade do lesado. Há, em outros termos, um impulso físico ou psíquico de alguém no mundo exterior — ou de outra pessoa ou coisa relacionada, nos casos indicados na lei — que lesiona a personalidade da vítima, ou de pessoa ou coisa vinculada, obedecidos os pressupostos e os limites fixados no ordenamento jurídico. Em termos simples, o agente faz algo que lhe não era permitido, ou deixa de realizar aquilo a que se comprometera juridicamente, atingindo a esfera alheia e causando-lhe prejuízo, seja por ações, gestos, palavras, escritos, ou por meios outros de comunicação possíveis. (BITTAR, 1993, p. 127-128).

Tendo em vista as balizas da responsabilidade civil, a única conclusão possível é no sentido de que não se pode presumir do proprietário quando o condutor é maior, capaz e habilitado. Do contrário, estar-se-ia criando uma situação de responsabilidade objetiva decorrente tão somente da propriedade do automóvel.

A responsabilidade civil no direito brasileiro tem como regra geral a responsabilidade por ato próprio, existindo exceções à regra previstas de forma cerrada na legislação. Até porque a solidariedade não se presume, devendo ser instituída por norma expressa ou pela vontade das partes, na esteira do disposto no art. 265 do Código Civil.

Assim, no tema referente à responsabilidade civil solidária, o art. 932 do Código Civil dispõe:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

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

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

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

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

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

A situação do proprietário de um veículo com relação ao condutor que provoca um acidente automobilístico não se trata de uma hipótese em que, de plano, se possa invocar a responsabilidade solidária, ante a ausência de previsão no art. 932 do Código Civil.

Assim, para que se possa imputar a responsabilidade por um dano ao proprietário de veículo, há que restar demonstrada que a sua própria conduta, de forma autônoma, se revelou ilícita, ou seja, que houve, de sua parte, uma conduta culposa. Figure-se, nessa situação, a entrega do veículo pelo proprietário à pessoa embriagada ou à pessoa que se sabe inabilitada, de onde se extrai a sua conduta negligente.

Nesses casos, a solidariedade emerge em razão de um fato próprio, já que a conduta do proprietário contribui para o evento lesivo e não derivada do mero exercício do direito de propriedade, o que ensejaria responsabilidade objetiva.

O simples fato de ser proprietário de um bem emprestado a terceiro devidamente habilitado não pode ensejar a responsabilização civil. Deve existir algum liame da conduta do proprietário com o dano. Em outras palavras, o que autoriza a procedência da ação civil do dano contra o proprietário do veículo dirigido por outrem não é a propriedade, mas eventual situação de preposição na forma do art. 932, III, do Código Civil.

Sérgio Cavalieri Filho, assim preleciona: “[...] penalizar o dono do veículo pelo eventual acidente causado pelo comodatário seria responsabilizá-lo objetivamente, só pelo fato de ser o dono da coisa, hipótese de responsabilidade objetiva não prevista em nossa legislação.” (CAVALIERI FILHO, 1999, p. 129).

De igual modo, Wilson de Melo da Silva:

[...] Duas figuras jurídicas poderiam aí surgir: a do comodato e a da preposição propriamente dita [...]. Na hipótese do comodato, vale dizer da utilização gratuita do veículo pelo amigo ou pelo parente, pura e simplesmente, sem a obrigatoriedade de

um determinado encargo, o dono não se tornaria responsável pela reparação dos danos consequentes de um desastre pelo só fato de ser dono [...]. O ser alguém dono de um automóvel, por si só, não implicaria dever, necessariamente, erigir-se, ele, no responsável obrigatório pela reparação dos danos ocorridos em seu veículo. (CAVALIERI FILHO, 1999, p. 254).

Diante do exposto, é evidente que a própria premissa no sentido de que o proprietário do veículo — seja ele pessoa física ou locadora de automóveis — é objetiva e/ou solidariamente responsável por danos causados a terceiros quando outrem conduzia seu automóvel é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio. Assim, o primeiro fundamento apontado pela jurisprudência para condenação das locadoras não subsiste.

Resta analisar o segundo, consubstanciado na Súmula nº 492 do STF.

7 SÚMULA Nº 492 DO STF

A questão atinente à responsabilização dos proprietários de veículo e, especificamente, das empresas locadoras pelos danos causados a terceiros, é antiga, tendo sido apreciada e sumulada pelo STF, a quem competia a análise desse tipo de tema antes da entrada em vigor da CF/88, ainda na década de 60. Eis o verbete: “Súmula nº 492 - A empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente, com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado.”

O mencionado enunciado é particularmente longo, contando atualmente com mais de 50 anos de vigência. Entretanto, o extenso período de vigência não pode ser atribuído ao êxito

da tese adotada em aplacar os debates que circundam o tema e, menos ainda, à clareza e coerência da súmula com os precedentes que lhe deram origem.

O texto não esclarece as condições para a atribuição da responsabilidade solidária por ele fixada, permitindo a interpretação de que tal responsabilidade decorre da simples propriedade da coisa, o que implicaria a aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva, também conhecida como teoria do risco. Inclusive, conforme mencionado nos tópicos anteriores, o próprio STJ já adotou, em diversas oportunidades, a conclusão de que a responsabilidade das empresas locadoras de veículo é, de fato, não apenas solidária, mas também objetiva.

Entretanto, os precedentes que deram origem à Súmula nº 492 do STF baseiam-se na teoria da responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa, que é contrária à teoria do risco. Nesse sentido, verifica-se a desconexão entre os fundamentos adotados nos precedentes e o verbete, o que configura falha na produção do enunciado. Noutro viés, o aplicador do direito deve atuar de forma diligente, investigando o conteúdo dos julgados que deram origem à súmula e não apenas seu texto, sob pena de se distorcer a análise efetivamente realizada pelas instâncias superiores no exercício de sua função de homogeneização da jurisprudência.

8 PRECEDENTES DA SÚMULA

Para formulação do verbete, o STF partiu da análise de três casos: Recursos Extraordinários nº 60.477 (Rel. Min. Antônio Villas Boas) (BRASIL, 1966), nº 62.247 (Rel. Min. Adauto Cardoso) (BRASIL, 1967) e nº 63.562 (Rel. Min. Evandro Lins) (BRASIL, 1968).

O Recurso Extraordinário nº 60.477 (BRASIL, 1966), julgado em 1966, trazia em seu cenário fático um locatário que buscou uma empresa de locação de veículo e, por não possuir carteira de habilitação válida, indicou um terceiro habilitado para conduzir o automóvel alugado. Porém, ainda na vigência do contrato, o locatário assumiu pessoalmente a direção do veículo e causou acidente do qual decorreram danos a terceiros.

O relator entendeu que a locadora agiu com culpa, na modalidade negligência, por ter alugado o veículo para pessoa inabilitada. Ademais, a decisão fundamentou-se no § 4º do art. 121 do Código de Trânsito vigente à época (Lei nº 1.859/1953), conforme abaixo:

Aos proprietários de veículos, em geral, e às garagens, oficinas, empresas e outros estabelecimento de veículos, caberá sempre a responsabilidade pelas infrações atinentes à prévia regularização e preenchimento das formalidades e condições exigidas para o tráfego na via pública, conservação e inalterabilidade das características e fins a que o mesmo se destina, habilitação de seus condutores, horários de trabalho e escrituração dos livros exigidos. (BRASIL, 1953).

O referido dispositivo previa a responsabilidade das empresas e outros estabelecimentos de veículos pelas infrações decorrentes da ausência de alguma das condições exigidas para o tráfego de veículos. Sendo a habilitação para dirigir um requisito mínimo, os ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que deveria ser exigida das locadoras de veículo uma vigilância especial, uma vez que auferem lucro com a locação de veículo. A condenação da locadora se deveu, portanto, à inobservância de um dever de cautela decorrente do exercício de atividade comercial.

O Recurso Extraordinário nº 62.247/SP (BRASIL, 1967) se referia à ação de ressarcimento de danos materiais em virtude de atropelamento. A decisão de primeiro grau acatou a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo réu — sócio da locadora de veículos. Na oportunidade, o magistrado entendeu que a entrega do veículo ao condutor decorreu de um contrato devidamente formalizado, destacando-se, inclusive, que o condutor era regularmente habilitado.

Ao se debruçar sobre o feito, o STF reformou a decisão e condenou a locadora por agir culposamente ao não prover cobertura por eventual incapacidade do locatário em ressarcir eventuais terceiros prejudicados. Em síntese, o Supremo condenou a locadora, em solidariedade com o locatário, ao pagamento de indenização à vítima do acidente de trânsito, sob o fundamento de que a locadora não teria verificado a solvência do locatário, ao celebrar a contratação. Considerando que o locatário não tinha bens para quitar a indenização, a responsabilidade foi estendida à locadora.

Assim, a despeito de o acórdão determinar a solidariedade da locadora de veículos, os argumentos apresentados pelo relator versam sobre responsabilidade subsidiária, tendo em vista que a condenação decorre da insolvência do devedor originário.

Por fim, tem-se o Recurso Extraordinário nº 63.562 (BRASIL, 1968). O acórdão proferido nesse caso é extremamente sucinto e limita-se à indicação dos julgados mencionados anteriormente, sem tratar da identidade destes com o caso concreto. Nesse aspecto, não seria sequer adequado considerar o terceiro julgado como um precedente.

Diante desse contexto, o que se verifica é que muito embora os precedentes tenham responsabilizado a locadora de veículos por esta ter agido com culpa, o texto da Súmula nº 492 do STF atribui, em toda e qualquer situação, a responsabilidade solidária entre a locadora e o locatário. Ou seja, determina que a locadora seja responsabilizada, mesmo quando não tiver agido com culpa, no ato da locação do veículo.

Contudo, a reponsabilidade solidária por um ato ilícito decorre de lei ou da vontade das partes, sendo que não há nenhum dispositivo de lei que disponha expressamente sobre a solidariedade da locadora com o locatário, pelos danos por ele causados perante terceiros.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a finalidade da edição das súmulas e demais precedentes vinculantes em nosso ordenamento jurídico, é possível concluir que a Súmula nº 492 do STF não se encontra meramente defasada, como sugerem alguns autores. Em verdade, o mencionado enunciado carece de clareza e coerência com relação aos precedentes que lhe deram origem desde sua edição.

Por outro lado, pecam também os aplicadores do direito ao fazerem a aplicação acrítica da tese sumulada sem se reportarem aos casos paradigma que lhe deram origem, deixando assim de verificar a *ratio decidendi* que balizou o entendimento do tribunal superior.

Em verdade, o que se verifica é um descompasso entre o processo de formação da súmula, sua redação e, ainda, sua aplicação. Especificamente no caso da responsabilização das

locadoras de veículo, verifica-se ainda a incongruência da tese de responsabilidade objetiva com o próprio ordenamento jurídico, especialmente as disposições do Código Civil.

Tal cenário vai à contramão do que é a finalidade precípua da própria existência das súmulas: garantia de segurança jurídica e homogeneidade da jurisprudência. Faz-se necessária, assim, a adequada e urgente regulamentação da matéria, a fim de garantir a responsabilização das locadoras de veículos, em caso de danos causados a terceiros pelo locatário, somente nos casos em que se constatar a presença de dolo ou culpa de sua parte. Enquanto essa providência não é adotada pelo Legislativo, imperioso que os magistrados se reportem ao contexto e aos argumentos que deram origem ao verbete, para apurar a simetria ou não do caso concreto com os precedentes a serem aplicados, evitando fundamentações superficiais.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil por danos morais*. São Paulo: Editora RT, 1993.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 1.859, de 19 de maio de 1953. Altera o artigo 109 do Decreto-Lei número 3.651, de 25 de setembro de 1941 – (Código Nacional de Trânsito). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 maio 1953. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l1859.htm. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp. nº 1.303.293/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 27 mar. 2019a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp. nº 1.748.263/SP. Relatora: Min. Maria Isabel Galotti. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 19 fev. 2019b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 60.477. Relator: Min. Antonio Villas Boas. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 10 ago. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 62.247. Relator: Min. Adaucto Cardoso. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 18 ago. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 63.562. Relator: Min. Evandro Lins. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 4 maio 1968.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 492. *Diário do Judiciário*, Brasília, DF, de 12 dez. 1969. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2628>. Acesso em: 16 abr. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Jus Podivm, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado nº 317*. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

LEAL, Vitor Nunes. *Atualidades do Supremo Tribunal*, RF 208/16. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26723/25591>. Acesso em 16 abr. 2023.

LEAL, Vitor Nunes. *Atualidades do Supremo Tribunal*, RF 208/17. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26723/25591>. Acesso em: 16 abr. 2023.

LINS E SILVA, Evandro Cavalcanti. Crime de hermenêutica e súmula vinculante. *Consulex: revista jurídica*, [s. l.], v. 1, n. 5, p. 43-45, maio 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 225-240.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Gilmar; MEYER PFUG, Samantha. *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda nº 45/04, Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

NEVES, Marcelo. A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF. 18 out. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

SILVA, Wilson de Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1975.



A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL PELA MORTE DE DETENTO

Lorena Cecília Ferreira¹

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a responsabilidade civil estatal pela morte de detento. Assim, serão abordadas primeiramente a evolução histórica da responsabilidade civil, as suas modalidades subjetiva e objetiva, bem como a teoria adotada no Brasil que embasa a obrigação de indenização pelo Estado, quando seus agentes públicos causam danos aos cidadãos usuários de seus serviços ou terceiros. Dessa forma, será realizada uma breve análise do sistema carcerário brasileiro e o dever de proteção estatal aos detentos, e as consequências da não observância desse dever em que o Estado responderá objetivamente pelos danos causados, caso não seja comprovada a existência de alguma excludente de responsabilidade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Estado. Detento. Dever de proteção. Excludentes.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Promove de Belo Horizonte. Assistente de Apoio aos Gestores de Unidade Judiciária, secretaria da 31ª Vara Cível de Belo Horizonte do TJMG. Assistente da Gerente de Secretaria. *E-mail:* lohh-cecilia@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil constitui-se na idealização de constituir o *status* que antecede ao dano moral ou patrimonial provocado a terceiros através de uma violação de conduta manifestada pelo Direito. Contudo, apesar de estar vinculada a alguns princípios gerais de forma comum a todos os tipos de responsabilidade, a responsabilidade civil do Estado, ao receber caráter de instituto de Direito Público, urge-se a regras especiais e diversas do Direito Privado.

Desse modo, a despeito do interesse vigente em preservar a dignidade da pessoa humana, durante a execução penal, não há como desprezar que os presos, em maioria, são vítimas de excessos (brutalidade, ameaça e violência) na situação em que são submetidos à cautela do Estado. Por essa razão, surge o questionamento da existência e das circunstâncias das incidências da responsabilidade civil do Estado, em virtude da ofensa aos direitos e garantias fundamentais dos detentos, em especial o direito à integridade física, que, muitas vezes ignorado, acabam levando à morte.

Nesse ensejo, o presente estudo traz à tona a seguinte problemática: será o Estado responsabilizado civilmente, de maneira objetiva, em face do acontecimento de danos causados à integridade moral e física (que levam até a óbito) dos presos, quando derivados da ação lesiva dos próprios companheiros de cárcere ou agentes públicos, levando em consideração que se versa sobre uma situação de anomalia acontecida em virtude de um comportamento omissivo do ente estatal?

Sendo assim, este trabalho tem como objetivo geral examinar juridicamente a maneira como se desenvolve a responsabilidade

de civil do Estado, em face dos danos à integridade física dos detentos, quando impetrada por uma ação lesiva dentro do cárcere/complexo penitenciário, além de analisar o dever específico, exigido ao Estado, de proteger e guardar os indivíduos que estão sob custódia.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como quase todo o ordenamento jurídico teve origem no Direito Romano, a responsabilidade civil ocorreu da mesma forma.

Nos primórdios da humanidade, a forma de fazer justiça usava as próprias mãos, para reparar o dano sofrido. Os primeiros surgimentos desse modelo de justiça foram feitos pela reunião de grupos que tinham a vingança em desfavor daqueles que houvessem ferido algum de seus soldados. Subsequentemente, extinguiu-se a forma de atuar em grupos e passou-se a ser mais singular, pois o ofendido almejava uma vingança individual em combate com o atacante. Com isso, suplantava a justiça praticada pelas próprias mãos, fazendo com que se vingasse o mal pelo mal, com o objetivo de obter uma punição equivalente ao prejuízo causado, o que passou a se entender como Pena de Talião, conhecida como a famosa frase “olho por olho, dente por dente”.

Mesmo com a inserção dessa pena, caracterizada pela proporcionalidade, era comum encontrar vinganças acima do limite, ou seja, mais exageradas e injustas. Dessarte, o poder público começou a intervir e modificar essas relações, autorizando, ou não, a vítima a praticar a retaliação, com o objetivo de impedir práticas mais abusivas.

Posteriormente, com a evolução da sociedade, surgiu a *Lex Aquilia*, uma grande referência na evolução histórica da responsabilidade civil, substituindo o que até então era uma pena fixa para uma pena proporcional ao dano sofrido, e não de forma física, mas sim como multa, a fim de introduzir o elemento subjetivo da culpa do agente. Diante disso, a doutrina afirma:

Permitindo-se um salto histórico, observe-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana — contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido — foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916. (STOLZE, 2012, p. 57).

Aos poucos foram surgindo novas formas de soluções e estabelecidos outros princípios, reparando, desse modo, o conceito de culpa, o que separou a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Assim sendo, o Estado começou a interferir nos conflitos de danos privados e passou a fixar valores de prejuízos, intimando a vítima a aceitar a composição, o que a fez renunciar à vingança.

O novo Código Civil conservou o princípio da responsabilidade, mas com a obrigação de reparar o dano independentemente da culpa, nos casos da lei. Leciona o art. 927 do CC que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Portanto, adquire força maior a teoria da responsabilidade civil, sem a indagação da culpa, cuja finalidade superior é resguardar a dignidade da pessoa humana e a de vulnerabilidade diante das desigualdades que existem naturalmente em uma comunidade capitalista industrial.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil constitui-se na obrigação de restaurar os danos provocados a outrem, sendo eles patrimoniais ou morais, de acordo com o lecionado no art. 927 do CC: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Sendo assim, é plausível aprofundar o estudo da responsabilidade civil do Estado, o qual pertence ao âmbito do Direito Público.

A Constituição Federal de 1988 institui a responsabilidade estatal no âmbito do Direito Civil:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º 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. [...]

Portanto, observa-se que a legislação elucida que o Estado possui responsabilidade pelos danos que seus agentes provocaram a outrem. Em ato contínuo, é evidente a responsabilidade, também, desses agentes públicos quando se encontram nos exercícios de função. Diante disso, Maria Helena Diniz institui:

Sendo o Estado uma pessoa jurídica, não pode ter vontade nem ação próprias, logo se manifestará por meio de pessoas naturais, que ajam na condição de seus agentes, desde que revestidos desta qualidade. Esses agentes públicos, desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal, tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, pois estão propostas no desempenho de funções públicas. (DINIZ, 2012, p. 671).

Assim, na possibilidade de o Estado vir a originar qualquer dano, quer por atos lícitos ou ilícitos, por ações comissivas ou omissivas, ele estará sujeito à obrigação de restaurar os prejuízos que causar, no método de indenização. Por conseguinte, explica-se a realidade da relação entre Estado e vítima, que se caracteriza pela responsabilidade objetiva, e Estado e agente, que se dá por meio da responsabilidade subjetiva.

3.1 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade subjetiva do Estado, caracterizada por componentes próprios da responsabilidade civil, na seara do direito privado, aparece quando se confirma algum ato ilícito doloso ou culposos, efetuado por algum agente público, ou de lapso no fornecimento dos serviços estatais, ou seja, a chamada culpa anônima.

À vista disso, a fim de que o Estado passe a ser responsabilizado por um dano causado, o particular precisa corroborar a culpa, seja por negligência, imprudência ou imperícia, ou o dolo (com a intenção do agente em provocar o dano) do funcionário público. Isto posto, em virtude do obstáculo das vítimas em provar a culpa ou o dolo do Estado, essa teoria passou a ser substituída por uma efetivamente mais justa, sendo ela a teoria objetiva.

3.2 Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade objetiva sobressaiu sobre as outras teorias, desde o ano de 1946 até os dias atuais e, de acordo com ela, o Estado tem a obrigação de indenizar a vítima apenas pelo fato de haver dano. Entretanto, não existe primordialidade de comprovar o item da culpa, sendo a vítima obrigada apenas a provar a conduta do Estado, o dano e nexos de causalidade entre a condução e o dano. É importante elencar que uma das teorias que fundamentam a responsabilidade objetiva é a teoria do risco administrativo, sendo ela gerada com a finalidade de assistir a ação da vítima, na qual não deverá a mesma apurar os danos de uma atividade que beneficia o coletivo.

Outra teoria que se baseia na teoria da responsabilidade objetiva é a teoria do risco integral. Nesta, o Estado tem a obrigação de indenizar, nas situações de culpa exclusiva da vítima, peripécia de terceiro, caso fortuito ou força maior, sendo que deverá ser demonstrada apenas a conduta, dano e o nexo causal. Apesar disso, essa teoria não é empregada em nenhum país, sequer no Brasil.

Reforçando o citado acima, de acordo com a CR88, a teoria da responsabilidade objetiva descrita no art. 37, § 6º, que ordena:

§ 6º 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 (BRASIL, 1988).

Dessarte, conclui-se que a teoria da responsabilidade objetiva, adotada no Brasil, foi originada a fim de resguardar os princípios da equidade e igualdade, em face das incumbências sociais,

porque, sendo ela uma atividade administrativa realizada em benefício da coletividade, é sabido que todos careçam de responder pelos ônus financiados pelos impostos. Logo, tal teoria se opõe ao ônus da prova, pois é incumbido ao Estado comprovar a sua não responsabilidade, fazendo com que facilitasse o direito de reparo da vítima.

4 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

No Brasil, há 338 encarcerados para cada 100 mil habitantes, correspondendo, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a aproximadamente 812 mil presos. Considerando esse número absoluto de presos, o país ocupa a 3ª posição no *ranking* de maior população carcerária do mundo, atrás apenas de China e Estados Unidos. Esses altos índices demonstram que a prisão é o principal modelo utilizado pelo país, como forma de punir aqueles que violam as regras e condutas impostas pelo Estado.

Assim, a pena de reclusão adotada pelo nosso Código Penal tem finalidade preventiva e socioeducativa, para que o apenado seja reintegrado na sociedade, com novos valores após o cumprimento de sua pena. Entretanto, o sistema carcerário brasileiro não cumpre com maestria essa função, tendo em vista os vários problemas enfrentados, sendo eles: a superlotação, a corrupção, a desorganização do sistema e o domínio de grande parte dos presídios pelas facções criminosas e por suas lideranças, que, muitas vezes, regem as penitenciárias.

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a

apregoadada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e provavelmente, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere. (MIRABETTE, 2008, p. 89).

Nesse sentido, esses problemas corroboram em cenários nocivos para a saúde física, mental e integridade moral dos detentos, pois os estabelecimentos carcerários, em sua maioria, possuem condições insalubres, faltam produtos de higiene e alimentação adequada, bem como escassez de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho. Dessa forma, há nas penitenciárias altos registros de óbitos dos apenados, que decorrem da não observância do dever de proteção do Estado, bem como a mitigação dos direitos dos presos previstos pela Constituição Federal de 1988, Código Penal e Lei de Execução Penal (LEP).

5 DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO

A Carta Magna de 1988 tem como principal princípio a dignidade da pessoa humana, prescrito em seu artigo 1º, inciso III, que norteia todos os direitos e garantias fundamentais estabelecidos constitucionalmente. Dessa forma, é dever do Estado zelar pelo cumprimento da CR/88, assegurando a todos os direitos previstos.

Nesse sentido, o agente que pratica um crime cuja pena é de reclusão terá apenas o seu direito de liberdade cessado, contudo, todos os demais direitos inerentes à dignidade da pessoa humana devem ser assegurados, prevalecendo o tratamento igualitário. Assim prescreve o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, ou seja,

o Estado possui o dever de garantir a vida do detento, bem como deve garantir o mínimo de condições para que sua dignidade seja respeitada.

Logo, é imposto ao Poder Público, pelo sistema normativo, que os presídios possuam condições adequadas para a permanência do apenado, como salubridade, alimentação, segurança e saúde. Portanto, caso algum dano seja causado ao detento, por falha ou não observância do Estado, no seu dever de garantidor dos direitos fundamentais dos detentos, será de sua responsabilidade a reparação do prejuízo causado, com fulcro no art. 37, § 6º, da CF.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil ocupa a 3º (terceira) posição no *ranking* de maior população carcerária do mundo, tendo uma taxa de superlotação correspondente a 166% no ano de 2019. Assim, nosso sistema carcerário é falho e precário, o que gera a ausência da proteção dos direitos dos detentos.

Nesse sentido, prescreve o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal que, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, assim, é dever do Estado zelar para que a execução da pena ocorra de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, preservando sua incolumidade física e psíquica.

Assim, conforme já transcrito anteriormente, os problemas no sistema carcerário brasileiro corroboram em danos aos detentos. A superlotação, a insalubridade, a falta de higiene e cuidados básicos da saúde são grandes fatores que levam os apenados

a desenvolverem graves doenças, como tuberculose, pneumonia, infecções e desnutrição, que muitas vezes podem resultar na morte do preso, conforme apontado por um estudo feito pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que relatou que 53 pessoas morreram de tuberculose, pneumonia e complicações decorrentes de infecções pulmonares, sendo que 35 delas tinham menos de 40 anos de idade dentro dos presídios do Estado. Nessas situações, é evidenciada a falha de prestação de serviços de saúde por parte do governo, que não oferece remédios e atendimentos médicos adequados a essa população.

Ademais, um problema comum, também observado dentro dos estabelecimentos prisionais, são as guerras de facções criminosas, que, devido à ausência do dever de proteção e segurança por parte do Poder Público, ceifam várias vidas diariamente de detentos.

Portanto, quando ocorre a não observância do dever do Estado de proteção, previsto na Carta Magna de 1988, e em consequência um detento venha a morrer dentro do estabelecimento prisional, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, consoante ao que dispõe o art. 37, § 6º, da CF/88. Assim, nos casos em que a morte do preso é ocasionada por uma conduta omissiva ou comissiva do Poder Público, é necessário apenas que seja demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão. Ademais, a responsabilidade objetiva do Estado nesses casos é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF):

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Responsabilidade civil do estado por morte de detento. Artigos 5º, XLIX, E 37, § 6º, da Constituição Federal. [...] 8. *Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Cons-*

tituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. [...] (BRASIL, 2016a, grifo nosso).

No mesmo diapasão, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), em julgados recentes, reafirma a tese entendida pelos tribunais superiores e entende que é dever do Estado indenizar a família de detentos, em que restou comprovada sua morte, pela não observância da prestação de serviços estatais, conforme jurisprudência firmada no julgamento do recurso de Apelação Cível nº 1.0000.21.230334-1/002:

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais c/c pensão por ato ilícito. Suicídio de detento sob custódia. Responsabilidade civil objetiva do estado. Danos morais. *Quantum* indenizatório. Binômio: valor de desestímulo e valor compensatório. Pensãoamento. Cabimento. Juros e correção monetária. Aplicação do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09. - Compete ao juiz, destinatário da prova, indeferir aquelas inúteis à instrução do feito ou meramente protelatórias, sem que isso configure cerceamento de defesa. - *A questão da responsabilidade do Estado quanto à morte de detento já foi devidamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (RE 841526/RS), em que restou firmado o entendimento de que a responsabilidade civil na espécie é objetiva.- Comprovada a existência de nexo de causalidade entre a falha na prestação de serviços pelo ente público e morte do detento, não restam dúvidas quanto ao dever do Estado de indenizar a viúva do falecido pela dor sofrida em razão da perda prematura e trágica.* - O valor da indenização por danos morais deve significar exemplo e punição para o causador do dano, como também servir de compensação, ao menos em parte, pela dor sofrida pelos familiares da vítima, levando em conta as peculiaridades do caso concreto. - Entende a jurisprudência por devida a pensão mensal pela morte do marido, quando se tratar de família de baixa renda, independente de comprovação de contribuição pelo *de cujus*, a ser fixada em 2/3 (dois terços) do salário mínimo, reduzindo-se o pensionamento para 1/3 (um terço) do salário mínimo, na data em que a vítima completaria 25 anos de idade, sendo o termo final a data em que alcançaria 65 anos, ou o falecimento do beneficiário, o que ocorrer primeiro.

- Correta a sentença que determinou a incidência de correção monetária pelo IPCA-E e de juros de mora pelos índices da poupança, em aplicação ao que estabelece o art.1ºF da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, especialmente diante da decisão que rejeitou os Embargos Declaratórios interpostos no RE nº 870.947/SE e negou a modulação de efeitos ao julgado (MINAS GERAIS, 2023a, grifo nosso).

Ainda, o Estado de Minas Gerais é réu em uma ação de indenização por dano moral, promovida pelo pai de um apenado que faleceu na Penitenciária Francisco Floriano de Paula, na cidade de Governador Valadares, devido à ausência de prestação de serviços médicos. Na ilustríssima sentença, proferida pelo douto juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, que julgou pela procedência dos pedidos autorais, destaca-se o seguinte trecho:

Ocorre que, no período de quatro anos em que esteve preso, sua saúde física e mental se definiu e surgiram enfermidades, que requeriam adequado tratamento médico, para garantir sua vida, o que não lhe foi disponibilizado a tempo e modo de promover a recuperação de sua saúde física e mental. Os documentos médicos de Id 97148593, 97148607, 97148605, 97148608, comprovam suficientemente o péssimo estado de saúde do filho do autor, quando esteve preso, do qual se retira a ilação lógica que o Estado falhou na garantia da integridade física e mental do preso. Com efeito, de fato, o Estado prendeu, no exercício regular de direito, um jovem sadio e o devolveu à sua família em péssimo estado de saúde, quando deveria garantir a incolumidade física e mental do cidadão.

Tal decisão reafirma os deveres do Estado em garantir a segurança, integridade física, psíquica e assistência médica aos detentos, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988. Ausente a prestação desses serviços, corrobora a responsabilidade civil objetiva e o dever de indenização por parte do Estado, sendo

esse o entendimento mantido em Segunda Instância pelo TJMG:

Administrativo. Apelação cível. Ação de indenização. Responsabilidade civil do estado. Omissão. Tratamento dispensado ao detento enquanto custodiado em estabelecimento prisional. Responsabilidade objetiva. Comprovação da conduta omissiva e do nexo de causalidade. Recurso parcialmente provido. - A responsabilidade do Estado é objetiva, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e a condenação do ente público depende da comprovação da prática de um ato, do dano e do nexo causal entre estes. - *Hipótese em que o Estado de Minas Gerais descumpriu o dever de preservar a incolumidade física do detento na medida em que falhou no seu dever de vigilância ou ainda de adotar medidas preventivas devidas.* - Merece reforma a sentença para reduzir a verba indenizatória para montante que se figura mais justo à espécie, sendo o valor razoável a propiciar ao autor um lenitivo, ao lado de adequado aos cofres públicos, atendendo, assim, ao fim precípua do instituto da reparação civil. (MINAS GERAIS, 2023b, grifo nosso).

Logo, nos casos de homicídio, suicídio, acidente, ou até mesmo morte natural do detento, que tenham sido acarretados pela não observância do dever de proteção do Poder Público, é aplicada a teoria do risco administrativo que considera que a responsabilidade civil nessas situações é objetiva, gerando, assim, o dever de indenizar o dano, em virtude do ato lesivo e injusto, causado ao apenado pelo Poder Público, devendo, nos casos de morte, a reparação ser efetuada em favor da família do preso.

7 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

No Brasil é adotada a teoria do risco administrativo, que considera a responsabilidade civil do Estado objetiva, que determina que não há necessidade de o ofendido comprovar a culpa do agente público, apenas o nexo causal entre o ato e o dano sofrido.

Entretanto, é possível que o Estado não seja responsabilizado, eximindo-se da obrigação de indenizar, quando comprovar a ocorrência de alguma causa de excludente de ilicitude, sendo elas: caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa exclusiva de terceiro.

O caso fortuito ou força maior ocorre por um fato totalmente imprevisível e inevitável que independe da vontade da vítima e do Estado e está tipificado no art. 393 do Código Civil, que descreve:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Nos casos de culpa da vítima, apenas ocorrerá a excludente de ilicitude, quando a culpa é exclusiva da vítima, ou seja, quando o próprio detento comete o dano, eximindo, assim, a responsabilidade do Estado. Conforme explica o doutrinador Flávio Tartuce “é interessante distinguir a culpa exclusiva da vítima que é hipótese de exclusão da responsabilidade da culpa concorrente, hipótese em que o dever de indenizar não fica afastado, mas a indenização deve ser reduzida” (2018, p. 939).

Já a culpa de terceiro ocorre quando o detento sofre algum prejuízo causado por um terceiro que não faz parte da administração pública, assim, o Estado deverá comprovar a inexistência de nexos causal e a ausência de vínculo jurídico com o terceiro.

8 CONCLUSÃO

Expostas as considerações a respeito da temática apresentada e as suas delimitações, pode-se concluir, em síntese, que o Estado deverá responder civilmente diante das mortes de seus custodiados nos estabelecimentos carcerários.

Todavia, antigamente essa teoria não era a adotada no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Estado não se responsabilizava por nada. Devido ao advento de novas teorias que procuravam uma explicação de responsabilidade Estatal, proveniente da prática resultante de danos a terceiros, surgiu a teoria da responsabilidade civil objetiva, a qual é aplicada até os dias atuais. Quanto à responsabilidade civil do Estado, conforme o Supremo Tribunal Federal (STF), quando o Estado ignora seu dever de proteger e isso resulta em morte, ocorre a responsabilidade civil, sendo no homicídio ou suicídio. Dessa forma, urge às famílias das vítimas uma legitimação para requerer, em juízo, uma indenização por danos morais em virtude da perda de um ente querido.

No que diz respeito às mortes originadas por ação ou omissão do Estado, até mesmo as realizadas por agentes no exercício da função, como já dito anteriormente, é dever do Estado pagar às vítimas indiretas, pois para as diretas o dano é irreparável.

Sendo assim, é importante observar que, ao colocar os indivíduos que estão sob custódia expostos a condições física e moralmente precárias, o Estado assume para si os riscos provenientes destas circunstâncias, muitas vezes com efeitos irreversíveis, que certamente geram a responsabilização e caracterizam danos.

Portanto, o Estado, ao recolher o indivíduo para o estabelecimento prisional, possui a obrigação de zelar por sua integridade física e moral.

Por fim, tal circunstância faz com que a penalização do custodiado vá além da imposta pelo órgão julgador. Em suma, obrigatória se faz a presença dos requisitos básicos para a responsabilidade civil, ou seja, a ocorrência de evento danoso e o nexo de causalidade entre este evento e a ação ou omissão estatal, aplicando a teoria da responsabilidade objetiva. Por todo o exposto, conclui-se que a incompetência da atividade estatal é a causa da qual se origina a responsabilidade do Estado de responder civilmente e indenizar por eventuais danos causados, principalmente por mortes de presos dentro do próprio sistema carcerário. À vista disso, conclui-se também que nosso ordenamento jurídico não possui regras de valoração das indenizações que podem envolver todos os casos existentes, e que subsiste ao judiciário a análise cautelosa do caso concreto, para que se estipule um valor que mais alcance a compensação da perda sofrida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 841.526. Relator: Min. Luiz Fux. *DJe*, Brasília, DF, n. 159, 1º ago. 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Responsabilidade civil objetiva do Estado por morte de detento nº 841.526*. Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 30/3/2016b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&numeroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592>. Acesso em: 7 abr. 2023.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade Civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

IGNACIO, Júlia. *Sistema prisional brasileiro e o respeito aos direitos humanos: entenda!* 2020. Disponível em <https://www.politize.com.br/sistema-prisional-e-direitos-humanos-entenda/> Acesso em: 7/4/2023.

MENDONÇA, Guilherme. *A responsabilidade civil do Estado por mortes de detentos no sistema prisional brasileiro*. 2019. Disponível em; <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado-por-mortes-de-detentos-no-sistema-prisional-brasileiro/> Acesso em: 10/4/2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.21.230334-1/002. Relator: Des. Versiani Penna. DJe, Belo Horizonte, 30 mar. 2023a. Disponível em:

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.252420-9/001. Relator: Des. Roberto Apolinário de Castro. *DJe*, Belo Horizonte, 10 jan. 2023b. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=10&totalLinhas=495&paginaNumero=10&linhasPorPagina=1&palavras=responsabilidade%20civil%20estado%20detento&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 7 abr. 2023.

MIRABETE, Júlio. *Manual de Direito Penal* – Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1.

MORTES de presos aumentam 10 vezes em quase vinte anos no Rio. *Agência Brasil*, 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-08/mortes-de-presos-aumentam-10-vezes-em-nove-anos-no-rio>. Acesso em: 10 abr. 2023.

SARAIVA. *Vade Mecum Saraiva*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Método, 2018. v. único.



RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE DE SOBREVIVÊNCIA

Nelson Rosenvald¹

RESUMO

Com base em uma decisão do TJMG que condenou o Estado de Minas Gerais e o Município de Ituiutaba a indenizar danos morais, pela perda da chance de um atendimento adequado ao paciente, discute-se o desenvolvimento da teoria no direito brasileiro e, mais importante, se a sua qualificação – na modalidade de oportunidade perdida de tratamento de saúde – corresponde a uma forma autônoma de dano, ou uma questão de causalidade.

Palavras-chave: Indenização. Perda de uma chance. Nexu causal. Dano moral.

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais concedeu parcial provimento ao recurso de autora de ação indenizatória, reformando sentença de improcedência e condenando solidariamente o Estado de Minas Gerais e o Município de Ituiutaba

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Pós-Doutor em Direito Civil na Università Roma Tre (IT-2011). Pós-Doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra (PO-2017). Visiting Academic na Oxford University (UK-2016/17). Professor Visitante na Universidade Carlos III (ES-2018). Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Associado do IBDFAM. Fellow of the European Law Institute (ELI). Member of the Society of Legal Scholars (UK). Professor do corpo permanente do Doutorado e Mestrado do IDP/DF. E-mail: nelson.rosenvald@me.com.

ao pagamento de uma quantia, a título de reparação por danos morais, pela perda da chance de um atendimento adequado ao cônjuge, o qual poderia ter levado a um resultado favorável em seu tratamento, conferindo-lhe maiores chances de preservação da vida. (MINAS GERAIS, 2023).

Em resumo, não obstante intimados sobre o deferimento da tutela de urgência, os entes públicos demandados não cumpriram decisão, lançada em 14/6/2018, em processo que determinou a disponibilização da cirurgia de troca valvar, no prazo de 24 horas, em prol de paciente, que, desde 27/5/2018, encontrava-se internado com diagnóstico de insuficiência aórtica severa. Diante da prolongada inércia dos demandados, em 13/8/2018, acolheu-se pedido de bloqueio da quantia de R\$99.500,00, para fins de custeio do referido procedimento prescrito, sobrevivendo o óbito do paciente, em 28/8/2018, em virtude de “Falência de múltiplos órgãos, Insuficiência cardíaca, Valvulopatia aórtica”.

Conforme o voto do Relator, Desembargador Afrânio Vilela, “evidente que não se pode afirmar com exatidão que o marido da autora teria sobrevivido, em caso de conduta diversa dos demandados, no que tange à dispensação do tratamento cirúrgico objeto da tutela de urgência deferida. Contudo, aludida conjectura não guarda relevância para o desfecho da lide, uma vez que o nexo de causalidade deve ser perquirido, com foco na teoria da perda de uma chance de restabelecimento da saúde do paciente, que poderia advir do procedimento cirúrgico que lhe fora prescrito em caráter de urgência e que, repise-se, não obstante o deferimento da liminar, não foi dispensado pelos demandados. Não se olvida que, por se tratar a medicina de uma atividade de meio, e não de resultado, não cabe afirmar, de forma taxativa, que

a realização da cirurgia tendente a promover a troca valvar evitaria o óbito do paciente. Isso, porém, não afasta a responsabilidade do Estado e do Município, cuja inércia aniquilou, por completo, a chance de sobrevivência do marido da autora, aqui apelante, que permaneceu, por longo período de tempo, internado, sem que lhe fosse assegurada a realização do procedimento cirúrgico, único tratamento disponível e quadro de insuficiência aórtica severa”.

Relevou-se, para o desate da lide, além do inequívoco descumprimento da ordem judicial expressa, o fato de que a dúvida quanto ao êxito da cirurgia para realização da troca valvar deu lugar à certeza da morte. Vale dizer, o contexto não autorizou cogitar que se tratava de mera possibilidade, ou expectativa de um resultado vantajoso, mas sim a perda de uma chance real e concreta de o paciente ser submetido ao único procedimento passível de reversão do seu quadro de saúde, na medida em que a cirurgia retratava uma medida concreta, real, dotada de alto grau de probabilidade, para salvaguardar a vida do paciente, a qual não restou viabilizada ante o descaso dos entes públicos com o paciente e com a ordem judicial expedida meses antes do óbito por causa associada ao problema diagnosticado. A omissão estatal específica, consubstanciada no descumprimento da ordem judicial que determinou a disponibilização de procedimento cirúrgico de troca valvar ao paciente que se encontrava internado em estado grave e que veio a óbito por causa associada ao problema cardíaco diagnosticado, autorizou a aplicação da teoria da perda de uma chance, ensejando a responsabilização objetiva dos entes públicos demandados, nos termos do artigo 37, § 6º, da CR/88.

2 DESENVOLVIMENTO

A perda de uma chance consiste em uma oportunidade definitivamente dissipada de obter futura vantagem, ou de evitar um prejuízo, em razão da prática de um dano injusto.²

Cuida-se de construção doutrinária e jurisprudencial do direito francês — *perte d'une chance* —,³ sem se olvidar ainda da contribuição do *direito inglês, que, por mais que considere a teoria uma forma de desvio dos limites probatórios da responsabilidade civil, culminou por estabelecer parâmetros estatísticos que possam auxiliar na fixação da reparação pela perda de uma chance.*⁴ Diferentemente, nos Estados Unidos, há uma tendência das Cortes ao reconhecimento da teoria da perda de uma chance, exclusivamente na área médica, porém, em viés de causalidade alternativa, pois se considera que o demandante não possui condições de razoavelmente forjar o requisito da evidência do

² Sintetiza Caio Mário da Silva Pereira: “A reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em um prejuízo”. (SILVA PEREIRA, 2015, p. 59).

³ Acesa controversa concerne à irrupção da perda da chance. Em sentido majoritário, ela seria criação da jurisprudência francesa. Assim, sustenta Peteffi da Silva que o tribunal gálico proferiu o acórdão primitivo cuidando da matéria em data certa: 17 de julho de 1889. (SILVA, 2013, p. 10).

⁴ O precedente é o caso *Chaplin versus Hicks*, de 1911. Hicks era um famoso ator e gerente de teatro. Ele convidou as mulheres a participar de um concurso de beleza enviando fotos que seriam colocadas em um jornal. Os leitores do jornal votariam em sua vencedora. Chaplin entrou na competição e ficou em primeiro lugar em seu grupo, dando-lhe a oportunidade de ser considerada finalista. A carta convidando-a a participar da próxima etapa do concurso chegou tarde demais e, como resultado, foi negada a ela a oportunidade de ser considerada. Ela pediu indenização argumentando que essa violação resultou em uma oportunidade perdida para obter compromissos lucrativos. Hicks argumentou que, mesmo que houvesse uma quebra de contrato, a indenização seria nominal porque qualquer dano que Chaplin tivesse sofrido seria muito distante da quebra e incalculável. Não seria possível avaliar as chances de Chaplin vencer a competição. Ao final, o tribunal concedeu a indenização. A perda da chance de ganhar um prêmio lucrativo era uma violação que lhe dava o direito a danos substanciais, e não meramente nominais.

dano.⁵ Em sentido diverso, no direito alemão, mesmo após a mais importante reforma do seu direito das obrigações, nem o legislador nem os tribunais concederam indenizações pela perda de uma chance. No espectro oposto, o Código Civil da Argentina de 2015 expressamente acolheu a perda de uma chance em seus artigos 1.738 e 1.739.⁶

Ao admitirmos essa teoria, humildemente reconhecemos que o acaso e as incertezas penetram no setor da responsabilidade civil⁷ e que, ao deslocarmos o seu foco para a mais ampla reparação em prol da vítima, paulatinamente admitimos que não apenas situações jurídicas existenciais e transindividuais sejam objeto de compensação, mas também danos intangíveis podem ser

⁵ No caso *Matsuyama v. Birnbaum* - 452 Mass. 1, 890 N.E.2d 819 (2008), um júri no Tribunal Superior de Norfolk (Massachusetts) considerou o médico negligente ao diagnosticar erroneamente a condição de câncer do falecido por um período de aproximadamente três anos e concedeu indenização. Entendeu-se que na perda de chance, o autor deve provar pela preponderância da prova que a negligência do médico causou prejuízo consistente na diminuição da probabilidade de obtenção de um resultado médico mais favorável. A doutrina da perda de chance, assim delineada, não faz exceção ao ônus da prova aplicável em todas as tradicionais demandas de negligência. À medida que a ciência médica desenvolveu métodos credíveis para quantificar a extensão em que a negligência prejudica as perspectivas de sobrevivência do paciente, e à luz da forte política pública de compensação das vítimas de negligência médica e da adesão a padrões adequados de atendimento, a perda de chance de sobrevivência assumiu um lugar na doutrina da “*negligence*”.

⁶ Artículo 1738: “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”. Artículo 1739: “Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

⁷ O termo chance, “etimologicamente, advém de *choir*, que significa cair — também em referência aos dados —, como emblemático do acaso. No plural, o termo se torna sinônimo de ‘probabilidades’”. Nesta amplitude, refere-se a chance à probabilidade de se obter uma vantagem ou de evitar uma perda, pois um determinado evento (ilícito, provocado pelo lesante) “interrompeu o curso normal dos fatos”. (ENZWEILER, 2021).

ressarcíveis quando suficientemente demonstrados.

Tradicionalmente, o prejuízo financeiro pode assumir duas formas distintas. Pode referir-se à riqueza já existente em oposição à riqueza prevista da vítima. No primeiro sentido, a riqueza atual do demandante pode ser simplesmente esgotada, ilustrativamente, por maus conselhos financeiros, ou pelo desperdício de tempo e combustível de uma empresa, com o uso de rotas terrestres, devido ao fechamento de uma hidrovía (danos emergentes). No segundo sentido, o ofendido pode perder o que tinha direito, ou esperava adquirir, como um legado testamentário perdido por causa de um instrumento defeituoso, ou as receitas reduzidas de um clube esportivo, devido à morte acidental do seu melhor jogador (lucros cessantes).

Às vezes, porém, uma expectativa é destruída no útero, e a prova de que ela teria se materializado é difícil (v.g. uma comissão pública rejeita ilegalmente a candidatura de um candidato a um emprego, ou a uma bolsa de estudos), isso é chamado de perda de uma chance. Entre os três referidos tipos de riqueza, é a perda apenas “esperada” (e, portanto, difícil de provar) que apresenta a questão mais aguda para os sistemas de responsabilidade civil. A demanda por provas é mais exigente, pois, por definição, as expectativas exploram um futuro que só poderia ter ocorrido.

Só se viabiliza a compreensão da teoria da perda de uma chance a partir do momento em que conceituamos o dano juridicamente relevante — seja ele patrimonial ou extrapatrimonial — como a lesão a um interesse concreto merecedor de tutela. A partir dessa premissa, quando alguém é privado de uma chance séria e efetiva, o dano traduzirá uma lesão a uma legítima expectativa, que, eventualmente, será objeto de reparação, da mesma forma

que danos emergentes, lucros cessantes e o dano extrapatrimonial.

A questão é se a perda de uma chance será caracterizada como forma independente de dano, para os efeitos de responsabilidade extracontratual, ou então uma questão de causalidade.

A resposta a esta indagação não é simples, pois temos um catálogo de situações que evidenciam parcela de perdas de uma chance: o candidato que é indevidamente excluído de um certame; o médico que frustra a possibilidade de o paciente obter uma cura, ou ao menos um prolongamento de vida; o advogado que não interpõe oportunamente o recurso, entre outras situações discutidas não apenas no Brasil como em outros ordenamentos. Em nenhum desses casos se pode afirmar com certeza que o resultado teria sido obtido. Há incerteza quanto ao prejuízo, mas certeza quanto à probabilidade. A perda de uma chance invariavelmente conjuga-se no condicional. (VINEY, 1988, p. 341).

Indubitavelmente, o debate acerca do reconhecimento do dano pela perda da chance reflexamente valoriza a compreensão da (in)certeza exigível acerca da causalidade, já que, na grande parte dos casos, não obstante comprovado o fato apto a gerar a imputação da responsabilidade, a situação diferencia-se no que tange à demonstração de que dito fato se constitua em causa real do evento danoso. Contudo, a nosso sentir, a perda de uma chance não se constitui em autêntica situação de causalidade probabilística, tratando-se de uma manifestação de figura autônoma de dano. (TEIXEIRA NETO, 2022, p. 190).

A teoria da perda de uma chance é aferida de forma bipartida: primeiramente, como uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem e, em seguida, como a oportunidade frustrada de se evitar um prejuízo. Com bem assentado na doutrina brasileira,

devemos sempre partir de uma situação real em que a vítima do evento danoso tinha a possibilidade de adotar certa conduta, para obter determinado benefício, ou para evitar prejuízo que vem a se materializar, isto é, parte-se de uma situação em que existia uma chance real séria que ficou frustrada. Já a situação vantajosa a que o lesado podia aspirar caso tivesse aproveitado a chance, essa sim de “certa” nada tem, porque sua própria natureza é aleatória. Apesar disso, resta configurado um dano que é representado pela própria chance perdida, isto é, pela oportunidade dissipada de se obter mais a frente a vantagem, ou de se evitar o prejuízo que vem a acontecer. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022, p. 142).

De fato, na jurisprudência recente francesa, tal espécie de dano consiste na perda de uma possibilidade que foi oferecida à vítima e da qual ela está privada em razão do dano que sofreu. Portanto, o desaparecimento atual e certo de uma eventualidade favorável constitui uma perda de oportunidade reparável. Essa privação deve estar relacionada à ocorrência razoável de um evento positivo, ou, ao contrário, à não ocorrência de um evento negativo. Apresenta-se a perda de oportunidade como uma situação intermediária entre o dano certo que pode ser compensado e o dano incerto que não é compensável porque é hipotético ou aleatório.⁸

⁸ Para ser reconhecida e indenizável, a perda de oportunidade deve atender a determinados critérios (Cass. Crim., 18 de março de 1975, nº 74-92118): o dano deve ser certo e direto, seja presente ou futuro. A indenização nunca poderá ser igual ao benefício que teria sido obtido se o evento perdido tivesse ocorrido (Cass. Civ.1., 9 de abril de 2002, nº 00-13.314). Como a perda de oportunidade é compensada? A indenização por perda de oportunidade é parcial e calculada em relação à indenização que teria sido concedida à vítima em caso de dano futuro, mas inevitável. Os juízes procedem assim em duas etapas: determinam a avaliação de todo o dano sofrido. Eles determinam a fração do dano total que resulta da perda de chance. Nota: mesmo uma pequena perda de chance é compensável. Sua existência só pode ser descartada “por caracterizar a ausência de qualquer probabilidade de ocorrência do evento esperado” (Cass. Com., 13 de maio de 2014, nº 13-15.516).

Explica Noronha (2003, p. 665) que, quando se fala em chance, colocamo-nos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Ao cogitarmos a perda de chances, para efeito de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nesses casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que, por isso, nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, o que depois se verificou. No primeiro caso, podemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura, no segundo, da frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido.

A perda de uma chance de se evitar um prejuízo relaciona-se intimamente com o acórdão do TJMG em destaque. Trata-se da frustração da oportunidade de evitar um dano efetivamente acontecido. A reparação decorrerá de um esboço daquilo que aconteceria caso o ilícito fosse neutralizado a tempo. Vale dizer, é imprescindível que já estivesse em curso o processo que levou ao dano e que houvesse a possibilidade de ele ser interrompido por certa atuação. O fundamento da perda de uma chance será o ato ilícito da não interrupção desse processo que culminou por causar um dano.

Foi o que aqui ocorreu. Em virtude da conduta omissiva imputada aos entes públicos, a vítima teve frustrada a oportunidade de realizar o procedimento cirúrgico prescrito para o tratamento do mal que o acometia e, portanto, suscetível de lhe trazer um resultado favorável.

Essa situação é diversa da perda de uma chance clássica. Nessa modalidade, não há a frustração de uma chance de obter certa vantagem futura, porém a frustração de uma chance de evitar um dano já implementado. Aqui, já está em andamento o processo causal que resultaria no dano final, que deixou de ser interrompido por um fato imputável ao agente. Em outras palavras, na perda de uma chance de obtenção de um proveito, há certeza quanto à identificação do causador do dano, porém incerteza somente no tocante à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Todavia, nas situações em que a perda de uma chance vincula-se ao erro médico, a incerteza não mais se localiza no dano experimentado, especialmente nas situações em que a vítima vem a óbito.

Em outras palavras, enquanto, na perda de uma chance clássica, o fato antijurídico interrompeu um processo em curso, e o possível dano resulta dessa interrupção, no caso da perda da chance de evitar um prejuízo, o dano surge exatamente porque o processo não foi interrompido, quando poderia tê-lo sido.⁹

⁹ “Direito Civil. Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no caso de descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias. Tem direito a ser indenizada, com base na teoria da perda de uma chance, a criança que, em razão da ausência do preposto da empresa contratada por seus pais para coletar o material no momento do parto, não teve recolhidas as células-tronco embrionárias. No caso, a criança teve frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se eventualmente fosse preciso, fazer uso delas em tratamento de saúde. Não se está diante de situação de dano hipotético – o que não renderia ensejo a indenização – mas de caso claro de aplicação da teoria da perda de uma chance, desenvolvida na França (*la perte d’une chance*) e denominada na Inglaterra de *loss-of-a-chance*. No caso, a responsabilidade é por perda de uma chance por serem as células-tronco, cuja retirada do cordão umbilical deve ocorrer no momento do parto, o grande trunfo da medicina moderna para o tratamento de inúmeras patologias consideradas incuráveis. É possível que o dano final nunca venha a se implementar, bastando que a pessoa recém-nascida seja plenamente saudável, nunca desenvolvendo qualquer doença tratável com a utilização das células-tronco retiradas do seu cordão umbilical. O certo, porém, é que perdeu, definitivamente, a chance de prevenir o tratamento dessas patologias. Essa chance perdida é, portanto, o objeto da indenização.” (BRASIL, 2014).

As chances não dizem respeito a algo que poderia vir a acontecer no futuro, antes são relativas a algo que poderia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado. Também aqui o responsável será obrigado a reparar uma fração do dano total, igual ao grau de probabilidade em que o seu fato contribuiu para o dano. Assim, se a falha médica subtraiu dois terços das chances de vida da vítima, a reparação deve guardar a mesma proporção em relação ao dano final verificado. (NORONHA, 2003, p. 680).

Nesse sentido, controverte-se quanto à natureza dessa espécie de perda de uma chance. Por um lado, diz-se que a incerteza reside na própria contribuição causal do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força do curso normal da doença em si, e não pela falha de tratamento. Por isso, essa espécie de perda de uma chance demandaria um esforço de flexibilização de nexo causal, pela via da admissão de uma presunção de causalidade. Lado outro, mesmo na seara médica, a perda de uma chance não atuaria na mitigação do nexo causal, tratando-se de modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.

De qualquer forma, soa cristalino que a experiência dos tribunais mostra-se elemento decisivo para a formulação da perda de chance com relação à atividade médica. A teoria da perda de uma chance apresenta-se sob determinação mais qualificada: trata-se da perda de uma chance de cura ou sobrevida. Nesses casos, a indenização será determinada pela perda de uma chance séria e real de obtenção de resultado favorável no tratamento, e não precisamente pelo dano sofrido. Isso significa que a referida teoria se aplica quando a frustrada atuação médica impossibilitou

que o paciente gozasse de uma alternativa que o levasse ao sucesso terapêutico. (KONDER; CASTRO, 2013, p. 487).

As principais hipóteses de aplicação da perda de uma chance, no âmbito da responsabilidade civil do médico, conforme explica Kfouri Neto, relacionam-se com falha de diagnóstico (diagnósticos tardios, errôneos ou inexistentes); ausência de consentimento (não obtenção de consentimento livre, informado e esclarecido); falta de exames pré-operatórios ou de cuidados pós-operatórios, falta de exames complementares; falta de remoção tempestiva do paciente a hospital com equipamentos adequados. Aliás, como a chance é um valor conexo a um bem do lesado, com natureza instrumental, não pode haver dupla reparação da chance e do prejuízo final verificado. (KFOURI NETO, 2021, p. 340).

De fato, não se confunde essa variação da perda de uma chance com o erro médico clássico. Aqui, todo o processo patológico que conduzirá o paciente até a morte é adequadamente causado pela conduta comissiva ou omissiva do profissional da medicina. Tenha-se em vista a conhecida situação da negligência do cirurgião que esquece instrumento médico no corpo do paciente, provocando a sua morte por septicemia. Inegável então o nexo causal entre o comportamento do médico e o dano. À luz do art. 403 do Código Civil, a responsabilidade do agente é direta pelo dano final, o que implicará a reparação pelo valor integral correspondente ao dano experimentado pela vítima. Aqui a noção de perda de chance é afastada, uma vez que desnecessária. Não se olvide que, apesar do erro do cirurgião, se o paciente já tivesse entrado na cirurgia com a saúde extremamente debilitada e poucas chances de êxito, a reduzida expectativa de sobrevida deve ser levada a efeito no momento da quantificação da indenização.

Contudo, cenário diverso se dá em casos nos quais não há como imputar, de forma direta, o evento morte ou lesão corporal ao comportamento do médico, pois o processo patológico que conduziu a um daqueles resultados já estava em andamento, no momento da intervenção do profissional, sobre o corpo do paciente. A perda de uma chance remota ou improvável de saúde do paciente que recebe alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a morte resulta de evento raro e extraordinário ligado à ciência médica.¹⁰

Porém, se restar configurado que o profissional não proferiu o diagnóstico ou o tratamento correto e aplicou terapêutica inadequada, propiciando o agravamento do estado do paciente, a ponto de eliminar as suas chances de cura ou sobrevida, poder-se-á cogitar da aplicação da teoria da perda de uma chance. Como bem elucidou o Superior Tribunal de Justiça em *leading case* sobre o tema, nas hipóteses em que se discute erro médico na perda de uma chance, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.¹¹ A *vexata quaestio* não se prende à

¹⁰ STJ: “3. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. 4. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal. 5. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imprudência, imprudência ou negligência.” (BRASIL, 2018).

¹¹ “A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apu-

discussão do nexo causal entre o ilícito e o dano — de como a falha médica poderia ter provocado o resultado lesivo —, mas da perda de uma chance de recuperação da saúde, se a terapia adequada fosse utilizada e surtisse efeito.

No referido julgado, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria da perda de uma chance, em face de um médico oncologista, condenado por erro profissional, no tratamento de um câncer de mama que levou a paciente a morrer. A família alegou que o médico errou, em praticamente todas as etapas do tratamento: não aconselhou a quimioterapia, fez a mastectomia parcial, em vez da total, e falta de orientação para não engravidar. Também foi afirmado que, com o reaparecimento da doença, houve metástase que foi negada pelo médico. Os laudos técnicos confirmaram o que disse a família. No caso, não foi o médico que causou o sofrimento à mulher, e sim o câncer. Porém, tivesse o médico feito o tratamento correto,

ração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência de nexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si — desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo — é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexo causal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente.” (BRASIL, 2013a).

pode ser que salvasse a paciente. Como não tratou, perdeu a chance de salvá-la. A incerteza, no caso, não está nos efeitos do dano, mas na participação do médico nesse resultado. O debate nesse caso foi doutrinário. A doutrina francesa afirma que, nas situações em que a conduta do réu tem potencial de interromper um processo danoso (o caso mais claro é o de médicos), não se pode aplicar a teoria da perda da chance. Haveria um dano conhecido e a necessidade seria apurar responsabilidades. Sendo assim, o julgamento partiria para o “tudo ou nada”, escrevem os autores franceses. Se o nexo causal entre conduta do réu e dano fosse comprovado, aplica-se a indenização. Caso não ficasse comprovado, nada de indenização. A doutrina americana é menos radical e envolve aspectos do Direito Econômico. Entende que a chance perdida é como se fosse uma *commodity* autônoma, em relação aos demais aspectos do caso, e por isso pode ser indenizada de forma independente. Ficaria contornada, dessa forma, a dificuldade de se apurar o nexo causal entre conduta do réu e dano causado. A discussão passa a ser, para os americanos, no âmbito da quantificação do dano. O entendimento da Ministra Nancy Andrighi alia-se ao dos americanos. Reconhece a autonomia do dano em relação à conduta do réu que, nesse caso, fez com que a paciente perdesse a chance de se recuperar de um câncer. (BRASIL, 2013a).

Em apoio a esse posicionamento — adoção de uma causalidade menos ortodoxa —, assevera Peteffi da Silva (2013, p. 108) que, em algumas espécies, é absolutamente impossível que o magistrado, levando em conta as provas produzidas, decida-se com segurança pela condenação do médico, mesmo que a conduta do profissional tenha certamente agravado a situação do paciente. Diante de uma situação como essa, a aplicação da teoria da perda

de uma chance estaria legitimada, mormente se presente uma estatística segura, bem como uma grave culpa médica.

Para avaliar o dano resultante da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, o magistrado estabelecerá a gravidade do estado do paciente e o conjunto de consequências para a sua saúde e patrimônio. Em sendo 100 os danos finais, o dano da perda de uma chance ficará entre 1 e 99,9. A fixação levará em consideração o nível de consciência da chance originariamente detida e, entretanto, perdida pelo paciente lesado. (PEDRO, 2008, p. 384). De forma mais técnica, três etapas devem ser percorridas: em primeiro lugar, lança-se mão de uma ficção, consistente em mensurar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, como se não fosse hipótese de chance perdida, mas sim de equação causal peculiar à determinação da responsabilidade civil; o segundo passo na quantificação da chance perdida implica estabelecer o percentual das chances de que dispunha o paciente, de não sofrer os danos — possibilidade que a atuação do médico aniquilou; por fim, no terceiro momento da valoração da chance subtraída, deve-se incidir esse percentual obtido ao montante dos danos encontrados na primeira operação.¹²

Todavia, o teste probabilístico sobejou olvidado no julgamento em relevo. Apesar da correta justificação da incidência da teoria da perda de uma chance ao caso concreto, simplesmente foi utilizada como fundamento da indenização pelo dano

¹² “Em síntese, na estipulação do *quantum*, cabe ao julgador: a) estabelecer qual seria a compensação devida, caso a reparação tivesse como objeto o prejuízo final; b) determinar com a maior aproximação possível a extensão da chance perdida; c) nunca relegar a plano secundário o fato de que a reparação na perda de uma chance será sempre mitigada, parte da reparação a que faria jus a vítima, considerado o dano final; d) sopesar sempre o grau de culpa da conduta médica, ao omitir a providência que, hipoteticamente, poderia ter evitado o prejuízo final- dúvida intransponível e elementar a perda de uma chance.” (KFOURI NETO, 2021, p. 346).

extrapatrimonial:

A perda da chance de um atendimento adequado ao ente querido, o qual poderia ter levado a um resultado favorável em seu tratamento, conferindo-lhe maiores chances de preservação da vida, impõe o reconhecimento do dano moral suportado pela esposa que, durante 3 (três) meses, viu minguar a esperança de recuperação do marido, internado em estado gravíssimo, com risco (ao final consumado) de morte, lapso em que é evidente o intenso abalo emocional e psicológico sofrido.

E aqui incide nossa crítica à parte decisória. Acreditamos que a perda de uma chance é uma categoria autônoma de dano, que não se confunde com o dano emergente, o lucro cessante, assim como distinta do dano moral e do dano patrimonial. A perda de uma chance terá repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais. Em regra, tal como ocorre com danos emergentes ou lucros cessantes, as consequências serão econômicas. Porém, eventualmente, a privação da oportunidade repercutirá em situações jurídicas existenciais do ofendido, tais como o sofrimento e aflição. Todavia, se constatado o dano moral, será uma eventual consequência do dano econômico, a ele se agregando.

Por vezes, o fato que a vítima reconhece como perda de uma chance não resultará no reconhecimento do dano patrimonial, por não se reputar demonstrado algum dos requisitos de sua aplicação — por exemplo, exiguidade das possibilidades de êxito do ofendido, se não houvesse a intervenção do fato jurídico danoso. Ainda assim, aquele fato poderá impactar em uma ofensa a sua dignidade, gerando dano moral. Basta pensarmos na hipótese de um recurso inadmitido por extemporaneidade em razão de falha do serviço postal. Se o recurso perdido tinha poucas possibilidades de acolhimento, não caberá a indenização pela perda de uma chance.

Porém, a perda de prazo poderá impactar na honra e credibilidade de um advogado perante o meio profissional, pois lhe sugere a pecha de relapso.¹³ Imprescindível será compreender que esse dano moral não representa a perda de uma chance. Simplesmente será um dano à honra, isto é, não se pode admitir que a perda de uma chance seja classificada como um dano exclusivamente moral.

Por isso, reputamos como incorreto o Enunciado n. 444 do Conselho de Justiça Federal: *“a responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”*. A perda de uma chance pode repercutir em termos de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, quando representada pela ofensa a qualquer bem jurídico existencial que traduza um *plus* à privação econômica da oportunidade.

¹³ “Descabe, no caso, a condenação dos Correios por danos materiais, porquanto não comprovada sua ocorrência. Também não estão presentes as exigências para o reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que as alegações de danos experimentados pelo autor se revelam extremamente fluidas. Existia somente uma remota expectativa e improvável possibilidade de seu cliente se sagrar vitorioso na demanda trabalhista, tendo em vista que o recurso cujo prazo não foi cumprido eram embargos de declaração em recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho, circunstância que revela a exígua chance de êxito na demanda pretérita. 5. Porém, quanto aos danos morais, colhe êxito a pretensão. É de cursivo conhecimento, no ambiente forense e acadêmico, que a perda de prazo recursal é exemplo clássico de advocacia relapsa e desidiosa, de modo que a publicação na imprensa oficial de um julgamento em que foi reconhecida a intempestividade de recurso é acontecimento apto a denegrir a imagem de um advogado diligente, com potencial perda de clientela e de credibilidade. É natural presumir que eventos dessa natureza sejam capazes de abalar a honra subjetiva (apreço por si próprio) e a objetiva (imagem social cultivada por terceiros) de um advogado, razão suficiente para reconhecer a ocorrência de um dano moral indenizável” (BRASIL, 2013b).

Outra interessante indagação diz respeito às repercussões patrimoniais da perda de uma chance: estaríamos diante de um *tertium genus*, ou de uma espécie de dano emergente? Sendo a perda de uma chance uma técnica decisória concebida para superar as insuficiências da responsabilidade civil, diante de lesões a interesses aleatórios, necessária se faz uma aproximação as espécies clássicas de ofensas econômicas.

Sedutora revela-se a possibilidade de autonomizar a perda de uma chance dos danos emergentes e lucros cessantes, de forma a valorizar a sua autonomia na dogmática de responsabilidade civil. Aliás, trata-se mesmo de uma forma natural de situar esse modelo jurídico, pois, como o visto, a perda de uma chance detém requisitos que lhe garantem um espaço próprio entre os interesses econômicos merecedores de tutela.¹⁴

Se compararmos a perda de uma chance com os lucros cessantes, veremos, de forma clara, a distinção entre as suas premissas: nos lucros cessantes, o ofendido pleiteará valores que traduzem uma probabilidade de privação de ganhos que se revela certa, de acordo com aquilo que normalmente acontece pelas regras de experiência. Contudo, o vocábulo *certeza* não é apropriado para a perda de uma chance, uma vez que a vantagem esperada é sempre incerta e aleatória. Há somente uma possibilidade quanto à eclosão do benefício esperado, se o evento lesivo não houvesse ocorrido.¹⁵

¹⁴ No julgamento do REsp 1.540.153, o STJ considerou que “na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado”. (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4. T.).

¹⁵ Nessa linha, Mariano Yzquierdo Tolsada (2015, p. 193) pontua que, se, no lucro cessante estamos diante de situação juridicamente idônea, por parte do sujeito que esperava ganhos futuros (e acaso no presente), na perda de chances, se dá a ausência de certezas.

Prosseguindo, no cotejo da perda de uma chance com os danos emergentes, as extremas não se revelam tão nítidas. Sabemos que os danos emergentes correspondem ao montante indispensável para eliminar as perdas econômicas efetivamente decorrentes da lesão, reequilibrando assim o patrimônio da vítima. Configuram os prejuízos necessariamente nascidos da ação ou omissão danosa. Ilustrativamente, a destruição de meu veículo, a subtração de meu relógio e os gastos médicos efetuados com a recomposição de minha integridade psicofísica. Todos são danos emergentes e todos significam, em maior ou menor grau, aquilo que estatui o art. 402 do Código Civil, em relação à pessoa do credor, como *“o que ele efetivamente perdeu”*.

Pois bem, cientes os estudiosos da responsabilidade civil que o mencionado art. 402 é uma cláusula geral de danos e, portanto, não pode ser lida a partir de uma postura redutora ao binômio danos emergentes/lucros cessantes, devemos extrair do seu texto normativo todas as possibilidades valorativas. A hermenêutica do enunciado se faz com os olhos voltados à mais ampla proteção à integridade dos bens jurídicos patrimoniais da vítima.

Sendo assim, em comum, não apenas o dano emergente, mas também a indenização pela perda de uma chance refere-se a um bem jurídico que o credor *“efetivamente perdeu”*. A chance — quando séria e concreta — detém conteúdo patrimonial que já se encontra na órbita econômica da pessoa. Trata-se de um dano autônomo a um bem imaterial titularizado pelo ofendido ao momento do dano que a suprime. Tal e qual um direito autoral, ou uma patente, a chance insere-se, entre o nosso rol de bens imateriais, como um direito expectativo paulatinamente consolidado por seu titular. O valor econômico dessa chance será indenizado como uma

espécie de dano emergente, afinal, ele “efetivamente perdeu (a chance)”.

Se, por um lado, o acórdão bem extraiu a teoria da perda de uma chance, a partir de uma omissão dos poderes públicos, lado outro descurou em aferir as repercussões patrimoniais do dano injusto.¹⁶ Pelo contrário, aprioristicamente denegou a pretensão de pensionamento vitalício, sob o fundamento de que “eventual condenação a esse título corresponderia à responsabilização dos demandados pelo resultado favorável desejado, em face do qual não se vislumbra o necessário nexo de causalidade”.

A nosso viso, o procedimento correto consistiria na admissão da indenização pelo dano patrimonial, sendo certo que, na estipulação do *quantum*, caberia ao julgador: a) estabelecer qual seria a compensação devida, caso a reparação tivesse como objeto o prejuízo final; b) determinar com a maior aproximação possível a extensão da chance perdida; c) nunca relegar a plano secundário o fato de que a reparação na perda de uma chance será sempre mitigada, parte da reparação a que faria jus a vítima, considerado o dano final; d) sopesar sempre o grau de culpa do ofensor, ao omitir a providência que, hipoteticamente, poderia ter evitado o prejuízo final — dúvida intransponível e elementar a perda de uma chance.

3 CONCLUSÃO

Há flagrante inquietação no tocante à qualificação da perda de uma chance. Ela se situa na zona *gris*, entre uma espécie de dano e uma nova forma de presunção de causalidade. Essa hesitação

¹⁶ “Importante distinguir as três espécies de dano patrimonial: danos emergentes, lucros cessantes e perda de uma chance, as quais têm em comum o fato de que a estimativa definida para fins de reparação de danos sempre envolverá a apreciação de relações econômicas do indivíduo, e terá uma função indenizatória ou ressarcitória.” (ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2023, p. 1.412).

é em grande parte fruto da dificuldade probatória de avaliar as probabilidades quanto a um juízo de verossimilhança das chances frustradas pelo evento lesivo. Quando se trata de oportunidade perdida de tratamento de saúde, apto a sustar processo danoso em andamento, que conduza paciente a óbito, a extensão do dano já está demarcada, sobejando definir como concausa a conduta do demandado. Daí o relevo da tese de ausência de nexo causal, uma vez que a conduta do ofensor não provocou a doença, mas frustrou a oportunidade de uma cura ou da sobrevida. Surge um confronto com o art. 403 do CC/02, que obstaculiza a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu.

Em sentido oposto, a doutrina favorável à autonomia da perda da oportunidade rejeita a indenização pelo dano final, fixando a equidade como fator de atribuição de um ressarcimento, tendo por referência a medida de probabilidade se o dano tivesse sido evitado pelo comportamento exigível do lesante. A perda da chance, como modalidade autônoma de indenização, faz-se presente mesmo nos casos em que não se afirme a responsabilidade direta do agente pelo dano final. O demandado não será responsabilizado pelo resultado para o qual o seu comportamento eventualmente tenha contribuído, porém pela chance de que ele privou a vítima. Assim, elide-se o resultado gerado pela aferição do nexo causal que, se prevalecesse, entronizaria o fator aleatório em um processo de mitigação do nexo causal, no qual, sem demonstração evidente de que um certo resultado adveio da conduta do agente, dificilmente seria obrigado a indenizar.

A par do dissenso doutrinário, cabe aos nossos tribunais a tarefa de conferir proporcionalização às decisões que apliquem a teoria da perda de uma chance, tanto no que tange às repercussões patrimoniais como existenciais do dano injustificado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo*, Brasília, DF, n. 513, 6 mar. 2013a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo*, Brasília, DF, n. 549, 5 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.210.732-SC. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *DJe*, Brasília, DF, 15 mar. 2013b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.662.338/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. *DJe*, Brasília, DF, 2 fev. 2018.

ENZWEILER, Romano José. *Teorias causais e meio ambiente*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

KFOURI NETO, Miguel. Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência. In: GUERRA, Alexandre *et al.* (Coord.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

KONDER, Carlos Nelson; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Questões atuais da responsabilidade civil médica e hospitalar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MINAS GERAIS. Processo nº 1.0000.21.070243-7/002. Relator: Des. Afrânio Vilela. *DJe*, Belo Horizonte, 24 jan. 2023.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda da chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade civil objetiva*. Indaiatuba: Foco, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2022.

VINEY, Geneviève. *Les obligations: la responsabilité: effets*. Paris: LGDJ, 1988.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual: Parte General*. Madrid: Dykinson. 2015.



O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS E A RATIFICAÇÃO DA ANTIJURIDICIDADE COMO REQUISITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Rafael Peteffi da Silva¹

RESUMO

O presente estudo visa a analisar as múltiplas facetas da antijuridicidade na responsabilidade civil extracontratual. Primeiramente, existe uma grande incerteza sobre a nomenclatura utilizada para designar o instituto, principalmente quando confrontado com o termo ilicitude, gerando a comparação entre a ilicitude objetiva e a ilicitude subjetiva. Outrossim, o contraste entre a ilicitude formal e material auxiliará o leitor a aquilatar o conteúdo do instituto da antijuridicidade. O presente trabalho ainda visa a identificar a aplicação da antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil na ambiência da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Antijuridicidade. Ilicitude objetiva. Interesse juridicamente protegido. Requisitos da responsabilidade civil.

¹ Professor associado da Faculdade de Direito da UFSC. E-mail: rpeteffi@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

De uma maneira simplista e até mesmo tautológica, poder-se-ia afirmar que a antijuridicidade, também denominada de ilicitude, representa o ato contrário ao direito. Essa noção básica de antijuridicidade permeia o imaginário dos juristas e está plasmada nas lições doutrinárias sobre o tema. Uma abordagem mais detalhada sobre o assunto, contudo, mostra-se essencial para guiar o estudioso da responsabilidade civil por entre os intrincados problemas atuais que o instituto possui.

Na seara da responsabilidade civil contratual, a antijuridicidade é observada nas mais variadas modelagens de inadimplemento, pois o não cumprimento dos dispositivos livremente pactuados pelas partes evidencia conduta que se opõe ao ordenamento jurídico algo que também ocorre na violação dos deveres que advêm do princípio da boa-fé objetiva. Já na responsabilidade civil extracontratual, verifica-se a antijuridicidade nos fatos jurídicos que afrontam diretamente normas positivadas, sem a intermediação de um negócio jurídico realizado entre autor e vítima. Em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, cujo sistema de responsabilidade civil extracontratual é caracterizado por grandes cláusulas gerais, a identificação de fatos que representem contrariedade ao ordenamento jurídico, considerado em sua totalidade, é, além de tarefa muitas vezes árdua, importante critério para selecionar condutas aptas a gerarem danos indenizáveis.

Porém, difícil negar que a antijuridicidade, não apenas em terras brasileiras, sofre certo desprestígio como requisito da responsabilidade civil. Além de ser ignorada por parte da doutrina nacional, que explora a noção de *faute* francesa, sem dar importância

ao seu elemento objetivo, a ilicitude acabou sendo confundida com a culpabilidade, ou *engolida* por teorias sobre o dano, cada vez mais ampliativas, restando como único resquício do seu fator operativo as chamadas causas excludentes, como a legítima defesa e o exercício regular de direito. (PENA LÓPEZ, 1998, p. 14 *et seq.*).

Ademais, ainda que a antijuridicidade seja uma noção fundanteda esmagadora maioria dos sistemas europeus (EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, 2005, p. 25, comentários por KOZIOL), as modernas tentativas de harmonização da responsabilidade civil europeia acabam por trabalhar o espírito da antijuridicidade sob a roupagem dos interesses juridicamente protegidos, ou do *legally relevant damage*. (VON BAR; CLIVE; SCHULTE-NÖLKE, 2009).² Por fim, a importação por vezes acrítica da figura italiana do *danno ingiusto* acaba por dar ares novidadeiros a soluções já solidificadas em nossa tradição jurídica, que se utiliza dos múltiplos desdobramentos da antijuridicidade.

Como resposta a um cenário que poderia ser de crise, além dos trabalhos monográficos que abordam o instituto como seu tema principal, a antijuridicidade continua a ser prestigiada nos mais modernos códigos civis, como os diplomas português, holandês e o recente Código Civil argentino, que a tem como um dos pilares do seu sistema de responsabilidade civil. No cenário brasileiro, o Código Civil de 2002 solidificou a tradição nacional de contar com a antijuridicidade ou ilicitude objetiva como elemento da cláusula geral de responsabilidade civil positivada no antigo artigo 159, por intermédio dos atuais artigos 186, 187 e 927, como será competentemente ilustrado pelos acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que serão abordados no presente artigo.

² Para uma análise mais detida destes diplomas de harmonização, veja-se o item 3.1 do presente trabalho.

Com efeito, é bastante expressivo o contingente doutrinário que suporta a tese que entende a antijuridicidade como requisito fundamental da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, admitindo como única exceção os casos específicos de atos lícitos, cujas eventuais consequências danosas são consideradas, por determinação expressa do ordenamento jurídico, indenizáveis.³ Importante destacar que os prejuízos gerados por condutas lícitas, na esmagadora maioria dos casos, são considerados como não indenizáveis. (USTÁRROZ, 2014, p. 7).

No primeiro capítulo do presente trabalho, analisar-se-á, sucintamente, algumas das metodologias de identificação de condutas antijurídicas, que podem ser conectadas com o campo da antijuridicidade formal e da antijuridicidade material, não sem antes tentar formar alguns consensos terminológicos sobre o instituto.

No segundo e derradeiro capítulo, serão analisados dois acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, demonstrando a firme disposição do sodalício de ratificar a antijuridicidade como um importante requisito da responsabilidade civil, tanto em situações de responsabilidade civil contratual como em situações de responsabilidade civil extracontratual.⁴

³ Cf. PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 375-376, 384-385; PONTES DE MIRANDA, 2012c, t. XXII, p. 266, 276; PONTES DE MIRANDA, 2012b, t. LIII, p. 175-176, 276-277; PETEFFI DA SILVA, 2019, v. 18, p. 169-214; CAVALIERI FILHO, 2010, p. 9; NORONHA, 2013, p. 485; BATISTA, 2003, p. 25; MARTINS-COSTA, 2014, p. 7.087; SANSEVERINO, 2010, p. 152; PENA LOPEZ, 1998, p. 22-23; BIANCA, 2012, p. 555, 567-570; REGLERO CAMPOS; BUSTO LAGO, 2014, p. 75-80; BUE-RES, 2001, p. 478-502; ITURRASPE; PIEDECASAS, 2003, p. 8-15; PAPAYANNIS, 2014, p. 175-176; BUSTO LAGO, 1998, p. 165-175; CALVO COSTA, 2005, p. 119; e GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 154-155.

⁴ Nos estreitos limites do presente trabalho não serão enfocados aspectos da antijuridicidade como a identificação do seu *locus* operacional, majoritariamente relacionado com a conduta do agente ou com o fato causador do dano. Tampouco se poderá investigar as maneiras pelas quais a contrariedade ao ordenamento jurídico, atentando-se para as divergências entre as teorias do desvalor da conduta e do desvalor do resultado. Para a abordagem de tais aspectos consulte-se PETEFFI DA SILVA, 2019.

2 AMPLITUDE CONCEITUAL E CONTEÚDO DA ANTIJURIDICIDADE

2.1 Panorama da terminologia da antijuridicidade

O termo antijuridicidade é fruto do desenvolvimento observado na dogmática penal alemã. (CALVO COSTA, 2005, p. 1.504). Quando os autores passaram a abandonar o latim e escrever em alemão, vários foram os termos utilizados para expressar o ato contrário ao Direito, tais como *Unrecht*, *Rechtswidrigkeit* ou *Widerrechtlichkeit*. (GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 1.513).⁵

As primeiras traduções do instituto feitas para algumas línguas latinas, como o espanhol, ocorreram somente no século XX. Desde essa época, as complexidades foram notadas, principalmente em relação ao instável relacionamento semântico entre os termos ilicitude e antijuridicidade (CALVO COSTA, 2005, p. 119),⁶ muitas

⁵ Texto original: "Cuando los autores del área germánica empezaron a escribir en su lengua materna, tradujeron el término iniuria bien como Unrecht (literalmente, 'no Derecho' o 'antiderecho'), bien como Rechtswidrigkeit o Widerrechtlichkeit ('antijuridicidad'), aunque probablemente el término más usado hoy día sea Rechtswidrigkeit. Al final de este proceso, el último autor del *Usus Modernus Pandectarum*, Christian F. Glück (1755-1831) escribió que 'El daño puede ser causado por una persona cabal mediante la lesión antijurídica (widerrechtlich) en la cosa de un tercero. Tal daño antijurídico (rechtswidrig) es llamado *damnum iniuria datum*'".

⁶ Complementando, GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 1.514: "Una aclaración sobre la terminología en castellano. El término que, desde el punto de vista etimológico, mejor traduciría '*Rechtswidrigkeit*' sería 'injuria', hasta tal punto que la palabra alemana surgió para traducir el 'iniuria' latino. Sin embargo, injuria ha adquirido un significado muy particular en castellano que desaconseja su uso. Las palabras clásicas castellanas para designar estas situaciones han sido siempre 'ilícito' e 'ilicitud', mientras que 'antijuridicidad' es un neologismo doctrinal reciente. En nuestro idioma, tradicionalmente, lo jurídico ha sido lo referido al Derecho, no lo conforme al Derecho (ej., problema jurídico, estudios jurídicos, etc.). Además, está compuesta de muchas sílabas, lo que es bastante corriente en alemán, pero no en castellano; por ello, se la ha calificado de 'feo trabalenguas' [Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, IV, 2. ed., Losada, Buenos Aires (1961)], que propuso luego el término 'antijuricidad', que es el que utilizan algunos autores, como Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte general*, 8 ed., Tirant lo Blanch, Valencia (2010), p. 300 y ss.; o Pantaleón, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid (1993), artículo 1902, p. 1993."

vezes tidos por sinônimos e outras tantas vezes utilizados para marcar diferenças conceituais.

A literatura portuguesa, de grande influência em nosso país, tem na palavra ilicitude a manifestação comum do instituto analisado. Muitos autores utilizam-na isoladamente,⁷ enquanto outros fazem conexão direta com a antijuridicidade, tratando-as como termos equivalentes. (ALMEIDA COSTA, 2009, p. 532).

Menezes Cordeiro situa a ilicitude abordada pela doutrina portuguesa como sendo correlata ao termo *unlawfulness* (MENEZES CORDEIRO, 2010, p. 349), utilizado pelos comparatistas europeus, que também têm na palavra *wrongfulness* um dos seus signos linguísticos preferidos.⁸

Na Itália, Francesco D. Busnelli e Giovanni Comandé afirmam que, no Código de 1942, a antijuridicidade foi recepcionada por intermédio da *"ingiustizia del danno"*, um dos requisitos contidos na ampla norma positivada no art. 2.043. Os autores comentam que, vinte anos depois da promulgação do novo diploma civil, importante parte da doutrina italiana passou a entender que a injustiça não se relacionava com a conduta danosa, mas com o próprio dano (BUSNELLI; COMMANDÉ, 1998, p. 69-86, p. 69 *et seq.*), apesar de ainda contarmos com defesas importantes da antijuridicidade situada no fato causador do dano. (BIANCA, 2012, p. 551, nota 22). Especificamente em relação ao aspecto terminológico, notam-se autores como Carlo Castronovo utilizando-se dos dois termos, ilicitude e antijuridicidade, mas com preferência para o termo *antigiuridicità* (CASTRONOVO, 2006, p. 17 *et seq.*) enquanto Massimo Bianca expressamente admite a utilização de ilicitude e antijuridicidade como sinônimos: *"L'illeceità può essere igualmente*

⁷ Cf. FRADA, 2010, p. 76; MENEZES LEITÃO, 2010, p. 298.

⁸ Utilizando os dois termos como sinônimos, veja-se KOZIOL, 1998b, p. 11.

indicata come antigiuricità. Illiceità e antigiuridicità esprimono infatti la medesima nozione di contrarietà alla norma". (BIANCA, 2012, p. 557).

Em Espanha, Busto Lago entende que, por influência da doutrina italiana, a civilística espanhola utiliza os termos antijuridicidade e ilicitude como sinônimos. (BUSTO LAGO, 1998, p. 47). Assevera, ainda, que o termo “antinormatividade” representa fenômeno menor, pois expressaria apenas uma contrariedade a uma norma, mas não um ato contrário ao ordenamento como um todo, como poderia acontecer nos casos de uma conduta que desrespeitasse uma norma, mas que preenchesse, ao mesmo tempo, o suporte fático de uma preexcludente da antijuridicidade, como o exercício regular do direito. O “injusto” igualmente possui significado distinto, pois conteria juízo valorativo moral que o aproximaria do conceito de justiça, enquanto a antijuridicidade representa uma contradição ao ordenamento jurídico, sem qualquer relação com aquela valoração. (BUSTO LAGO, 1998, p. 47).

Para Martín García-Ripoll Montijano (GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 1.514, nota 44), o termo clássico, para designar o fenômeno, em língua espanhola, sempre foi ilicitude, sendo o termo antijuridicidade observado nas obras mais recentes.⁹

O ordenamento jurídico francês, caracterizado pela paradigmática cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva positiva, no art. 1.382 do Código de Napoleão (VAN DAM, 2013, p. 53),¹⁰ baseada no conceito de *faute*, possui convívio errático com o conceito de antijuridicidade. Não se pode dizer que a doutrina

⁹ Como exemplo de publicações recentes com a utilização preferencial do termo antijuridicidade, tem-se: REGLERO CAMPOS, 2014, p. 76 *et seq.*; IZQUIERDO TOLSADA, 2015, p. 139 *et seq.*; Díez-Picazo, 2011, p. 296 *et seq.*

¹⁰ O autor mostra a imensa influência que a sistemática francesa de cláusula geral aberta teve em inúmeros sistemas jurídicos.

francesa não se utilize da palavra *illicéité*, mas essa surge como integrante da estrutura da *faute* (JOURDAIN, 2010, p. 46-51),¹¹ sonegando-lhe campo operativo próprio.

Nesse contexto, existe a confusão entre a culpa e a antijuridicidade.¹² A *faute* pode ser alusiva à culpa, à ilicitude e a certos fenômenos que misturam esses dois elementos, sendo o centro de uma ampla cláusula geral que foi exportada com grande intensidade para os países latino-americanos. (MENEZES LEITÃO, 2009, p. 52).

A influência francesa, em países como Brasil e Argentina, por exemplo, é inegável,¹³ causando reflexos profundos na doutrina ali produzida. Como a abordagem terminológica encontrada nos aludidos ordenamentos correlaciona-se com a distinção entre os conceitos de ilicitude objetiva e subjetiva, a sequência da análise dar-se-á no próximo item.

2.2 Ilicitude objetiva e ilicitude subjetiva

A arquitetura legal que moldou o desenvolvimento das noções de ato ilícito, culpa e antijuridicidade, no Direito brasileiro, está preponderantemente positivada em algumas normas, como os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Apesar da influência inegável do modelo napoleônico, importante notar que a legislação brasileira confere maior destaque à antijuridicidade, plasmada na locução “violação do direito” (DIAS,

¹¹ No mesmo sentido, no Direito brasileiro, veja-se: PINHEIRO, 2016.

¹² VINEY, 1998, p. 57: “En droit français, l’*illicéité* n’est pas un élément distinct de la *faute*: les deux notions sont confondues”. No mesmo sentido, BARBOSA, 2006, p. 26.

¹³ AZEVEDO, 1994, p. 193: “a teoria da responsabilidade civil no Código Civil brasileiro é totalmente derivada do Código de Napoleão”. Cf. CAPANEMA DE SOUZA, 2004, p. 36-51.

1997, p. 32) e encontrada tanto no Código Beviláqua (art. 159) como no atual Código Civil (art. 186); ao contrário do que acontece com outros dispositivos legatários do paradigma francês, como o art. 1.092 do Código Civil espanhol, que não possui referência direta à antijuridicidade.¹⁴

José de Aguiar Dias ensina que a ausência da antijuridicidade, no modelo francês, levou à obrigatoriedade de se afastar a *faute* da noção de culpa clássica, admitindo-se que a *faute* fosse composta por dois elementos diversos: i. o objetivo, que representaria a ideia básica de antijuridicidade, caracterizando o ato contrário ao direito, ii. e o subjetivo, vinculado à ideia clássica de culpa, que implicaria apreciação valorativa da conduta do agente. (DIAS, 1997, p. 46).

Essa noção de *faute* justifica-se como opção de inúmeros doutrinadores franceses clássicos, pelas particularidades de seu sistema,¹⁵ mas não pode albergar a ideia de que a culpa, entendida dentro da sistemática do Direito brasileiro, também seria composta pelos dois elementos referidos, como admitido por parcela da doutrina, que realiza uma tradução simplista da palavra *faute*.¹⁶

No ordenamento brasileiro, os elementos subjetivo e objetivo somente podem estruturar o ato ilícito, que é uma das outras traduções admitidas para a *faute* francesa. Com efeito, por seu “*enunciado e por sua posição estrutural na arquitetura codificada*”,¹⁷ o artigo 159 do Código Beviláqua naturalmente guiou a melhor doutrina brasileira, que entende que a violação do direito

¹⁴ Cf. PANTALEÓN, 1991, p. 1.993 *et seq.*; PENA LOPEZ, 1998, p. 17; GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 1.505.

¹⁵ Para uma visão da amplitude dogmática atingida pela *faute* no Direito francês, consulte-se, exemplificativamente, JOURDAIN, 2010.

¹⁶ Para uma visão da doutrina brasileira e estrangeira que adota essa noção de culpa (*faute*), veja-se: LIMA, 1999, p. 52. Para uma revisão e crítica de autores que confundem a antijuridicidade com a culpa, veja-se PENA LOPEZ, 1998, p. 1.617.

¹⁷ Cf. MARTINS-COSTA, 2007, v. 6; DELGADO, 2007, p. 505-544, 516.

de outrem, somada à ação ou omissão culposa, não são elementos da culpa, mas, ao contrário, compunham o suporte fático do artigo 159 do Código Beviláqua, que tinha por missão precípua estruturar o conceito operacional de ato ilícito.

Essa realidade deu causa às duas acepções do termo ilicitude aceitas no Direito brasileiro. Primeiramente, a “ilicitude subjetiva”, sustentada por uma das acepções da *faute* e pela possibilidade semântica de se considerar que a consequência jurídica imediata da verificação de todos os requisitos do ato ilícito, positivado em nosso ordenamento (art. 159/1916), geraria *ilicitude*. Com a tradição jurídica alicerçada na norma contida no art. 159 do antigo Código Civil, ilicitude subjetiva estaria, sempre, vinculada ao ato voluntário e culposo do agente que contraria o direito. A chamada ilicitude objetiva, por seu turno, vincular-se-ia à noção de antijuridicidade que vem sendo trabalhada no presente estudo.¹⁸

Apesar da utilização maciça do termo ilicitude, na sua feição subjetiva, a melhor doutrina brasileira, todavia, não se furtou a isolar a antijuridicidade ou ilicitude objetiva como elemento autônomo do ato ilícito. Pontes de Miranda identifica os dois elementos que determinam o conteúdo do ato ilícito e assevera que “a contrariedade a direito, o ir contra o conteúdo da regra jurídica, não é elemento da culpa. É elemento da ilicitude do ato: contrariedade a direito mais culpa igual a ilícito. Tal o suporte fático”. (PONTES DE

¹⁸ BUERES, 2001, p. 476-477; CAVALIERI FILHO, 2010, p. 9-10; e NORONHA, 2013, p. 383. Ressalte-se que alguns autores acabam por fazer a distinção entre antijuridicidade objetiva e subjetiva, nesse sentido: MONTENEGRO, 2005, p. 9; MARTINS-COSTA, 2007, p. 520. “Como consequência, admite-se uma complexa dimensão da ilicitude que engloba a chamada ilicitude subjetiva e a objetiva: é subjetiva quando a norma determina seja o nexo de imputação balizado pela culpa, impondo-se a verificação da negligência ou da imprudência ou, ainda no caso do dolo, também da intencionalidade; é objetiva quando não é necessário averiguar se, subjacente ao ato ou conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo Ordenamento [...]”

MIRANDA, 2012b, t. LIII, p. 92).¹⁹

O termo antijuridicidade, ao invés de ilicitude, também é prestigiado por outros autores, que o caracterizam como um dos pressupostos mais importantes para o nascimento do dever de indenizar. Alguns, inclusive, expressamente ressaltam a sinonímia existente entre os termos ilicitude e antijuridicidade (MONTENEGRO, 2005, p. 17), o que reforçaria uma visão atual de utilização do termo ilicitude em sua acepção objetiva. Ainda assim, pode-se afirmar que, no Direito brasileiro, a falta de uma padronização terminológica mais rigorosa constitui um obstáculo substancial para a racionalidade do debate sobre a ilicitude (objetiva) ou antijuridicidade.

A distinção entre ilicitude objetiva e subjetiva sempre teve grande importância na doutrina argentina, apresentando os mesmos contornos conceituais aqui já abordados pelos doutrinadores brasileiros, inclusive em relação ao conceito de ato ilícito. (CALVO COSTA, 2005, p. 110 *et seq.*). A corrente majoritária adota a acepção objetiva, utilizando os termos ilicitude e antijuridicidade como sinônimos.²⁰

Mesmo o Código argentino oitocentista já continha um artigo que propiciava um isolamento conceitual da ilicitude, ainda que prescrevesse a voluntariedade do ato com um dos requisitos do ato ilícito positivado no art. 1.066.²¹ A esmagadora maioria da doutrina moderna alinhou-se ao conceito objetivo de ilicitude,

¹⁹ Apesar de comungar da mesma opinião, isolando a antijuridicidade com um elemento do ato ilícito, Noronha realiza uma clara distinção entre ilicitude e antijuridicidade, utilizando-se do primeiro termo preferencialmente em sua feição subjetiva, veja-se NORONHA, 2013, p. 392.

²⁰ Calvo Costa (2005, p. 115) enumera, como integrantes dessa corrente, nomes como Bueres, Orgaz, Alterini, López Cabana, Zavala de González, Agoglia, Vásquez Ferreyra, entre outros.

²¹ "Art. 1066. Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto."

entendendo que a voluntariedade, entendida como capacidade do agente do ato antijurídico, não se colocava como um requisito a ser observado, admitindo-se a antijuridicidade ou ilicitude, mesmo quando da violação do ordenamento jurídico por um amental. (ITURRASPE; PIEDECASAS, 2003, p. 13).²²

O tema da antijuridicidade ganhou renovada intensidade, na doutrina argentina, com as discussões para a elaboração do projeto do seu novo Código Civil, promulgado em 2014. Nesse sentido, Sebastián Picasso pontua:

Tal vez en ningún otro sector del derecho de daños se han producido en las últimas décadas cambios tan trascendentes como en la teoría de la antijuridicidad. De la concepción decimonónica, basada en una antijuridicidad formal (necesidad de que haya una prohibición legal en cada caso concreto) y subjetiva (únicamente hay acto ilícito si media culpa o dolo) se pasó, al cabo de una paulatina evolución, a otra totalmente inversa, que la concibe como material y objetiva. (PICASSO, 2013, p. 1-8).

2.3 Antijuridicidade formal e material: o conteúdo do conceito jurídico de antijuridicidade

É justa a imputação de tautologia à conceituação de antijuridicidade como “ato contrário ao Direito”. São conhecidas as irônicas críticas de alguns autores que afirmam ser tal conceituação algo similar à situação do paciente que relata ao médico que está com dores nas costas e este observa que, na realidade, o paciente está com uma lombalgia. Não se fez nada mais do que traduzir para o grego o que o homem comum diz em linguagem corrente, sem revelar qualquer conteúdo explicativo. (BUSTO LAGO, 1998, p. 45-46).

²² No mesmo sentido: PRIETO MOLINERO, 2016.

A criminalística alemã do século XIX teve a dura missão de conferir conteúdo material ao termo antijuridicidade, por intermédio do estudo pormenorizado de suas causas de justificação. Para se verificar a existência da legítima defesa, exigia-se que o ataque realizado contra a pessoa fosse antijurídico, legitimando, *a contrario sensu*, as autorizadas ações realizadas, por exemplo, por um proprietário, ao expulsar um invasor de seus domínios, ainda que este viesse a sofrer alguma sorte de dano. Pelo caminho menos óbvio de suas preexcludentes, a função básica do juízo de antijuridicidade seria, portanto, indicar uma série de hipóteses que justificassem a ação aparentemente vedada pelo Direito Criminal. (GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 1.515).

A amplitude da antijuridicidade é muitas vezes exposta mediante a distinção entre antijuridicidade formal e material,²³ mais uma vez se inspirando em construções advindas da criminalística germânica, especialmente em von Litz.²⁴ Relaciona-se a modalidade formal com o anseio de segurança jurídica, restringindo-se o ato antijurídico à infração de uma norma, um mandato ou uma proibição, expressamente contidos no ordenamento. (CALVO COSTA, 2005, p. 125).

²³ Cf. PICASSO, 2013; e CALVO COSTA, 2005, p. 124 *et seq.*

²⁴ Cf. BUSTO LAGO, 1998, p. 52; CALVO COSTA, 2005, p. 125. Os autores apontam a primazia da diferenciação a von Litz. BUERES, 2001, p. 522-526. Bueres indica que são múltiplas e variadas as interpretações da obra do professor berlinense. Alguns autores entendem a modalidade formal como um atentado a todo o ordenamento jurídico, restando para a antijuridicidade material apenas as violações às normas metajurídicas. Ainda assim, pode-se afirmar que as concepções expostas no presente trabalho configuram o entendimento de importante parte da doutrina civilística. BUSTO LAGO, 1998, p. 51 *et seq.* utiliza a divisão entre antijuridicidade formal e material de maneira diversa, entendendo que a primeira modalidade ocorreria quando a violação ao ordenamento não gerasse um dano ou lesão a interesse jurídico tutelado, relativo a determinado sujeito de direito; a antijuridicidade material, ao contrário, dependeria da observância de uma consequência específica, não bastando a simples contradição com o ordenamento.

A antijuridicidade material ou substancial, por outro lado, é observada na infração do ordenamento jurídico compreendido em sua totalidade, englobando os princípios jurídicos, normas consuetudinárias e, segundo alguns, normas de Direito Natural.²⁵ Nesses casos, abdica-se de uma expressa proibição legal para configuração da ilicitude. (PICASSO, 2013). Situações em que danos advêm de choques entre interesses contrapostos, ambos formalmente lícitos, ou nas quais o exercício do Direito é realizado contra o seu conteúdo axiológico são recepcionadas pelo conceito de antijuridicidade material ou substancial. (MARTINS-COSTA, 2007, p. 518-519).

Com efeito, há diferença, mas não há antinomia entre antijuridicidade formal e material, sendo esta última capaz de albergar a primeira. Muitas vezes a ilicitude é facilmente detectável pelo intérprete, pois contrária a normas com suporte fático bastante restrito. Por outro lado, a antijuridicidade, amiúde, é revelada após labor hermenêutico mais intenso, concretizando cláusulas gerais e interpretando conceitos indeterminados.

No âmbito da responsabilidade civil, ínsitas dificuldades em se identificar a antijuridicidade do ato, em determinada hipótese específica, já que muitas vezes este não está expressamente proibido por norma jurídica (MONTENEGRO, 2005, p. 9), podem ser melhor visualizadas no entendimento da antijuridicidade em seu aspecto positivo e negativo: (i) observa-se o aspecto positivo com a violação de interesse juridicamente tutelado, representado por essa contrariedade do ordenamento jurídico como totalidade (*contra ius*); (ii) enquanto o aspecto negativo da antijuridicidade evidencia-se pela inexistência de justificação para o ato antijurídico

²⁵ Cf. BUERES, 2001, p. 522-526; CALVO COSTA, 2005, p. 125.

violador de interesse juridicamente tutelado, centrando a análise na teoria das preexcludentes da antijuridicidade (*sine iure*).²⁶

Não seria totalmente correto afirmar que a antijuridicidade ocorre pela soma das duas fases apresentadas, mas antes elas representam uma *síntese orgânica* da avaliação da existência da antijuridicidade.²⁷

Ainda que a abordagem da antijuridicidade, em seu aspecto *contra ius* e *sine iure*, possa parecer óbvia, esta sublinha a importância das preexcludentes da ilicitude como parte integrante para o entendimento do conteúdo da antijuridicidade. A noção de antijuridicidade que importa para a responsabilidade civil depende dessa estreita conexão sistemática com as causas de justificação, pois há hipóteses de violação de interesse jurídico alheio que gerarão danos não indenizáveis, exatamente porque a ação ou omissão do agente está albergada por uma das preexcludentes consagradas pelo ordenamento jurídico.²⁸

Outrossim, considera-se insuficiente a identificação da antijuridicidade, na ambiência das demandas indenizatórias, apenas como a ação causadora de danos sem justificação jurídica, pois se poderia respaldar a indenização de prejuízos que não são fruto da lesão de interesses juridicamente protegidos. A negação da fase positiva poderia atrofiar o debate sobre a legitimidade dos interesses violados, segundo os parâmetros de um determinado ordenamento jurídico.²⁹

²⁶ CALVO COSTA, 2005, p. 151; e BUSTO LAGO, 1998, p. 65 atesta que a modelagem *contra ius/sine iure* é central na maior parte da doutrina italiana que tenta definir a amplitude do “dano injusto”.

²⁷ Cf. SALVI, 2005, p. 87-88; BUERES, 2001, p. 497.

²⁸ Cf. REGLERO CAMPOS, 2014, p. 80; SALVI, 2005, p. 88-91.

²⁹ Cf. PENA LOPEZ, 1998, p. 24-25; CALVO COSTA, 2005, p. 168. Vejam-se também as críticas de CASTRONOVO, 2006, p. 23-24 e BIANCA, 2012, p. 587.

Em inúmeras hipóteses, a definição da ação antijurídica não será tarefa singela, como costuma acontecer em casos de abuso de direito. Apesar dessas dificuldades hermenêuticas, que podem ser encontradas em determinados casos específicos, Carlo Castronovo adverte que não se pode concordar com a mui divulgada noção de que a antijuridicidade sempre seria produto de uma ponderação de interesses em jogo, como se o agente estivesse constantemente no exercício de algum tipo de direito e, portanto, estar-se-ia na dependência de uma hermenêutica concretizadora por parte do juiz em todos os casos. Destarte, a resposta para inúmeros casos concretos está expressa em disposições normativas com suporte fático restrito, bastando a verificação da antijuridicidade formal.³⁰

3 ANÁLISE DOS CASOS DO TJMG

3.1 A ausência de antijuridicidade formal para caracterizar o dever de indenizar

Em 24/1/23, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com relatoria do Desembargador Leonardo Beraldo, julgou ação indenizatória proposta por uma estudante contra faculdade onde cursava curso superior. A autora alegava que a mudança da grade curricular do curso por parte da instituição de ensino, reduzindo-o de 5 para 4 anos e, conseqüentemente, suprimindo algumas disciplinas, teriam gerado sua insatisfação com os serviços prestados e provocado sua mudança para outra faculdade, causando-lhe danos de ordem moral e material a serem reparados. (MINAS GERAIS, 2023).

³⁰ Cf. CASTRONOVO, 2006, p. 27-29; BIANCA, 2012, p. 556-559.

O acórdão analisou o caso, a partir do que estabelece o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, conjugando-o com o que estabelece a norma do art. 207 da CF/88,³¹ bem como o art. 53 da Lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação,³² que conferem autonomia financeira e administrativa às universidades, consignando não haver direito adquirido do discente à manutenção da grade curricular, vigente no momento de sua matrícula no curso superior.

A existência de norma formal expressa garantindo a autonomia universitária conduziu o magistrado de primeiro grau, cuja sentença foi confirmada pelo Tribunal, a afirmar a inexistência de qualquer ilicitude por parte da instituição de ensino, o que afastou a incidência de responsabilidade indenizatória: “Ao que tudo indica, a iniciativa de trocar de instituição de ensino foi da própria autora, sem que a ré tenha concorrido - sobretudo, a partir de qualquer ato ilícito - para a sua decisão”.

No corpo do acórdão, outros precedentes são citados, demonstrando a importância da configuração da antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil, como o transcrito abaixo:

³¹ Art. 207 da CF/88. “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa.”

³² Art. 53 da Lei nº 9.394/96. “No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições: I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes.”

Recurso de apelação. Ação de indenização. Contrato de prestação de serviços. Instituição privada de ensino superior. Alteração grade. Modificações do conselho nacional educação. Autonomia da faculdade. Aluno. Dano material e moral não caracterizado. 1. *O dever de indenizar impõe ocorrência de ato ilícito*, nexo causal e dano, nos termos dos art. 186 e 927 do Código Civil. 2. Nos termos do caput, do art. 207, da CR/88, a instituição privada de ensino superior goza de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira. A alteração 7 Tribunal de Justiça de Minas Gerais curricular realizada pela ré em virtude de determinação do Conselho Nacional de Educação, constitui prerrogativa da instituição de ensino (art. 53, inc. I, da Lei nº 9.394/96). 3. Não restando comprovado que os danos supostamente alegados pela parte autora decorreram de ato comissivo ou omissivo da parte ré, não há, pois, como falar, em danos materiais e morais. (MINAS GERAIS, 2016, grifo nosso).

No caso em comento, a autorização do ordenamento jurídico para as ações da instituição de ensino que teriam causado prejuízo à autora da demanda afastaram a observância de antijuridicidade formal

3.2 O ordenamento jurídico analisado de maneira ampla: ausência de antijuridicidade material

Em outra situação, também originada do TJ/MG e confirmada pelo STJ, em sede de Recurso Especial (REVISTA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, 2009, p. 331-341), analisou-se ação ajuizada por um marido traído em face do amante da ex-esposa. O autor pretendia imputar ao amante a responsabilidade, como terceiro cúmplice, pela afronta ao dever de fidelidade da esposa, previsto no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002.

Pretendia, ainda, o autor que o réu fosse considerado solidariamente responsável pelos danos morais ocasionados, especialmente pelo nascimento de filha adulterina.

O TJMG, em sede de recurso de apelação, levou em consideração os artigos 927³³ e 942³⁴ do Código Civil (arts. 186 e 187, CC/16), entendendo que, a despeito da reprovabilidade social do ato de se envolver com pessoa casada, tal conduta não constitui ilícito cível ou penal, já que o dever jurídico de fidelidade alcança apenas os cônjuges, deixando clara a necessidade de violação de uma relação contratual, ou de uma imposição legal, para configuração da responsabilidade civil. A ausência de contrato entre o marido traído e o então amante de sua esposa, bem como a inexistência de qualquer dispositivo legal que proíba terceiro a se envolver com pessoa casada afastam a configuração de ato ilícito na hipótese.

O acórdão foi mantido pelo STJ, em decisão relatada pelo Min. Luis Felipe Salomão, que reafirmou que o conceito de ilicitude refere-se à violação de um dever legal ou contratual, não havendo solidariedade do réu, na prática de suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, uma vez que o art. 942, *caput* e seu § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16) só seriam aplicáveis na hipótese de o ato do coautor ou partícipe ser, em si, também um ilícito, o que não se identifica na hipótese do adultério, uma vez que o dever de fidelidade é restrito aos cônjuges.

³³ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

³⁴ “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

A ausência de antijuridicidade, na conduta do amante, afastou o dever de indenizar, por falta de configuração de um dos requisitos da responsabilidade civil.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo demonstrou a necessidade de, seguindo a tradição da melhor doutrina nacional e internacional, empreender acordos semânticos, para definir a amplitude conceitual da antijuridicidade e da ilicitude, promovendo a racionalidade do debate sobre a matéria, muitas vezes turvado pela falta de rigor conceitual que sempre caracterizou o tema no Direito brasileiro.

Notou-se que o conteúdo da antijuridicidade, principalmente em sistemas que contam com grandes cláusulas gerais de responsabilidade civil extracontratual, somente pode ser considerado como contrariedade ao ordenamento jurídico visto em sua totalidade, superando em muito o viés formalista que exigia uma proibição expressamente positivada em lei.

A segunda parte do presente estudo revelou a consagração jurisprudencial da antijuridicidade, como um dos requisitos mais importantes da responsabilidade civil hodierna, demonstrando a correta abordagem realizada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em casos envolvendo a antijuridicidade em seu viés formal e material.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 89, p. 184-194, 1994.
- BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade v. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?* Coimbra: Almedina, 2006.
- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile: la responsabilità*, Milão, v. 5, 2012.
- BUERES, Alberto. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- BUSNELLI, Francesco D.; COMMANDÉ, Giovanni. Wrongfulness in the italian legal system. In: KOZIOL, Helmut (Coord.). *Unification of tort law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998. p. 69-86.
- BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madri: Tecnos, 1998.
- CALVO COSTA, Carlos. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- CAPANEMA DE SOUZA, Sylvio. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 36-51, 2004.
- CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I.

DÍEZ-PICAZO, Luiz. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madri: Civitas/Thomson Reuters, 2011.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of european tort law*. Viena: Springer, 2005.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra: Almedina, 2010.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. *Anuario de Derecho Civil*, Boletín Oficial del Estado, Madri, Tomo LXVI, Fascículo IV, p. 1.503-1.604, 2013.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel. *Código Civil comentado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidade civil extracontratual*: Parte General. Madri: Dykinson, 2015.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2010.

KOZIOL, Helmut (Coord.). *Unification of tort law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998a.

KOZIOL, Helmut. Wrongfulness under austrian law. In: KOZIOL, Helmut (Coord.). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998b.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *RIDB*, v. 3, n. 9, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*, Parte Geral do Código Civil, São Paulo: Método. 2010. v. 6.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. v. 2. t. 3. Coimbra: Almedina, 2010.

MENEZES LEITÃO, Adelaide. *Normas de protecção de danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.261956-1/001. Apelante: Dilma Cristina Marques - Apelada: Editora e Distribuidora Educacional S/A - Unopar. Relator: Des. Leonardo de Faria Beraldo. *DJe*, Belo Horizonte, 24 jan. 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa>. Acesso em: 15 mar. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0024.13.105280-5/001. Relator: Des. Amorim Siqueira. *DJe*, Belo Horizonte, 26 out. 2016.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. *Ressarcimento de danos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PANTALEÓN, Angel Fernando. *Comentario al art. 1.029 del Código Civil*. Madri: Ministério de Justicia, 1991. Tomo III.

PAPAYANNIS, Diego. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madri: Marcial Pons, 2014.

PENA LÓPEZ, José Maria. Prólogo. In: BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madri: Tecnos, 1998.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontractual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, p. 169-214, 2019.

PICASSO, Sebastián. La antijuridicidad en el Proyecto de Código. *La Ley*, Buenos Aires, ano LXXVII, n. 161, p. 1-8, 2013.

PINHEIRO, Denise. *Liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. 2016. 287 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/USFC), Florianópolis, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Bens. Fatos Jurídicos*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Tomo II. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das obrigações: fatos ilícitos absolutos...* Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Tomo LIII. Atualização de Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das obrigações: obrigações e suas espécies, fontes e espécies de obrigações*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Tomo XXII. Atualização de Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012c.

PRIETO MOLINERO, Ramiro. La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad civil. *La Ley*, Buenos Aires, 2016.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando; BUSTO LAGO, José Manuel. (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. Atualizado por Fernando Pena Lopez. Tomo I. 5. ed. Madri: Arandiz, 2014.

REVISTA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA. Belo Horizonte, ano 60, n° 191, p. 331-341, out./dez. 2009. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/2875/1/0191-STJ-002.pdf>. Acesso em: jul. 2023.

SALVI, Cesare. La responsabilit  civile. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di Diritto Privato*. 2.d. Milão: Giuffr , 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da Reparação Integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas.

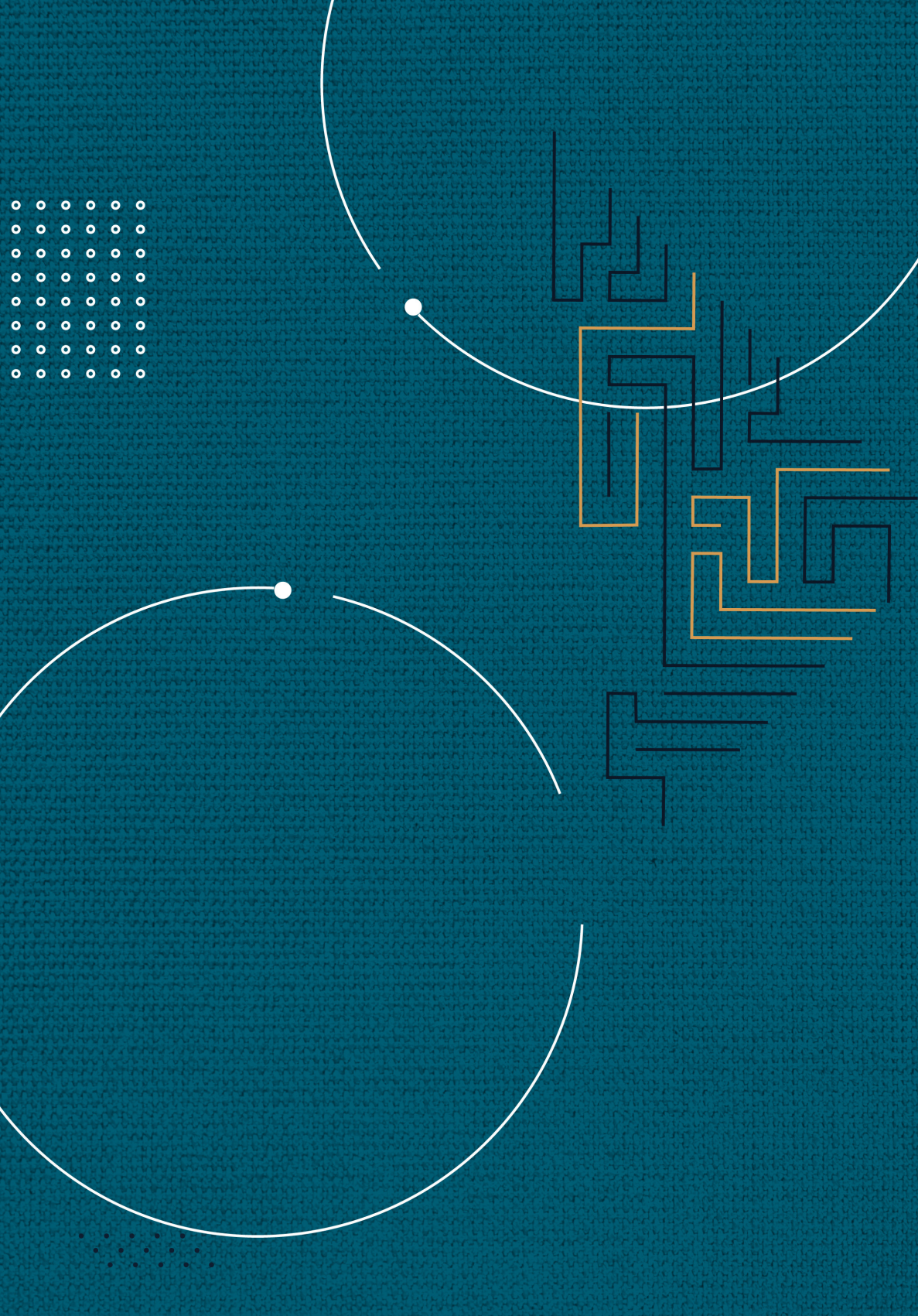
VAN DAM, Cees. *European tort law*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

VINEY, Geneviève. Le “wrongfulness” en Droit Français. In: KOZIOL, Helmut. (Org.). *Unification of Tort Law: wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998. p. 57-64.

VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans. (Org.). *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*. Munique: Sellier, 2009.

Título V

Direito das Coisas



BREVE ENSAIO¹ SOBRE UM JULGADO DE PROPRIEDADE E AUTONOMIA PRIVADA

Eroulths Cortiano Junior²

RESUMO

O ensaio analisa questões de direito processual e material a partir de acórdão que julgou demanda que envolveu uma doação com reserva de usufruto em condomínio, e com cláusulas convencionais de inalienabilidade e indivisibilidade. O condomínio foi, após a doação, tornado *pro diviso*, e uma das partes foi hipotecada. A partir dessa complexa situação fático-jurídica, despontam questões que envolvem os conceitos de condomínio, divisão, alienação e de cláusulas restritivas, cuja solução deve ser norteadada pela análise da validade e eficácia das declarações de vontade.

Palavras-chave: Autonomia privada e direitos reais. Condomínio indiviso e *pro diviso*. Ação de divisão de condomínio. Cláusulas de inalienabilidade e indivisibilidade. Indivisibilidade e hipoteca legal. Função social da propriedade.

¹ Um ensaio pode ser entendido como o exercício da razão sem o rigor do estudo científico. O que se propõe aqui (por isso a decisão por esse título) é um livre-pensar (Millôr Fernandes) sobre um julgado. Por evidente, o autor toma todos os cuidados dogmáticos nas posições que expõe e cuida para que sua apreensão do julgado e do direito incidente seja a mais técnica possível. Essa opção metodológica justifica a *ausência de citações bibliográficas*. O texto, se é um livre-pensar, propõe ao leitor que pense mais adiante e complete as análises aqui feitas a partir de sua compreensão do direito teórico e aplicado.

² Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Doutor em Direito pela UFPR. Pós-doutor em Direito pela Università di Torino e pela Università Mediterranea di Reggio Calabria. Advogado em Curitiba-PR. E-mail: ecortiano@cpc.adv.br.

1 PROPRIEDADE E CONTRATO: um estudo de caso

Ao lado dos direitos da personalidade, da autonomia privada e do projeto parental, a apropriação de bens é um dos objetos fundamentais do Direito privado. Por intermédio da apropriação, acessamos os bens necessários para a satisfação de nossas necessidades materiais em nossa vida terrena. Daí o papel fundamental dos direitos reais, regulação última e direta da apropriação dos bens.

A interlocução entre direitos reais e obrigacionais é evidente (tanto que as fronteiras entre estes dois espaços do Direito privado está cada vez mais fluida, como demonstra, por exemplo, a crítica ao princípio da tipicidade dos direitos reais). A autonomia privada (exercida, notadamente, pelo contrato) é o instrumento primordial da circulação das riquezas, portanto, instrumento que pauta o acesso e exercício dos direitos reais.

Esse diálogo entre autonomia privada e Direito das coisas aparece bem num caso julgado recentemente pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa de acórdão é:

Apelação cível. Ação de extinção de condomínio. Preliminar. Ofensa ao princípio da dialeticidade. Rejeição. Divisão fática. Condomínio *pro diviso*. Cláusula de indissolubilidade. Extinção. Honorários de sucumbência. No condomínio *pro diviso*, cada condômino encontra-se localizado em parte determinada da coisa e exerce posse individual de cada uma de suas áreas ideais, de forma exclusiva. - O direito à propriedade é garantido pela Constituição Federal bem como se garante a função social da propriedade - Eventual limitação deve motivada e excepcional. - Ausente justo motivo atual que fundamente cláusula indivisibilidade, esta pode ser excluída. - Nos termos do art. 85, § 8º, o juiz fixará o valor dos honorários por equidade, quando o

proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo (TJMG – 10ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 1.0000.23.037153-6/001 de Iturama (NPU 0073219-54.2017.8.13.0344) – Rel. Des. Cavalcante Motta – j. em 21/3/2023).

Os fatos que geraram a demanda podem ser sintetizados:

(i) X fez doação de imóvel rural para Y e Z, reservando para si o usufruto do bem; (ii) a doação continha cláusula de inalienabilidade e de indivisibilidade; (iii) Y e Z realizaram divisão amigável do imóvel, por instrumento particular, com anuência do doador X, transformando o condomínio indiviso em condomínio *pro diviso*; a partir daí passaram a exercer posse exclusiva nas áreas divididas; (iv) X faleceu; (v) Y aforou ação de extinção de condomínio *pro diviso* em face de Z; (vi) a ação foi julgada procedente, com a decretação da extinção do condomínio.

Zapelou em face da sentença, alegando que (a) havia aforado, antes, ação de prestação de contas em face de Y e uma cautelar, na qual obteve hipoteca judicial sobre o imóvel, o que acarretaria sua inalienabilidade e indivisibilidade; (b) a doação também continha cláusulas restritivas de inalienabilidade e indivisibilidade; e que (c) a cláusula de inalienabilidade somente pode ser afastada com justo motivo e será sub-rogada em outros bens do donatário, ou cairá apenas no falecimento do donatário. O TJMG desproveu o apelo.

As *quaestio juris* que apareceram no julgamento do apelo constituem um ambiente privilegiado para refletir sobre temas importantes do Direito civil patrimonial, que abrange os direitos reais e obrigacionais.

Bem por isso, proponho-me eleger alguns temas jurídicos que sobressaíram no julgamento, nunca com intenção de criticar as

razões de decidir (mesmo que, com elas, eu concorde bastante), mas sempre com objetivo de incrementar o debate acadêmico. Aliás, a iniciativa dos organizadores deste livro, os Desembargadores Renato Luís Dresch e Leonardo Beraldo, que pediram artigo científico que dialogue com decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, é de extrema valia e oportunidade. Como a teoria sustenta a prática e a prática informa a teoria, convém incrementar o debate entre a academia e os tribunais.

2 ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS

Como se trata de um livro que comemora o vintenário de nosso *Código Civil*, eu deveria deixar de lado as questões processuais, mas, por serem relevantes, (especialmente do ponto de vista da prática cuidadosa e adequada da judicatura), cuidarei objetivamente de algumas delas.

Em primeiro lugar, a referência ao princípio da dialeticidade, cuja ofensa foi alegada em sede recursal. Ao que parece, a dialeticidade foi respeitada na espécie. Conforme o TJMG, “... avaliando o caso concreto, verifico que a insurgência preenche o requisito de admissibilidade, visto que a apelante, a seu modo, apresenta razões fáticas e jurídicas pelas quais entende equivocada a conclusão judicial”. O enfrentamento do tema foi importante, especialmente porque mostra que o Tribunal está atento para a banalização da argumentação de ofensa à dialeticidade recursal: essa somente pode ser aceita, quando tiver consistência lógica e aparente.

Em segundo lugar, o debate sobre a honorária de sucumbência. O Tribunal decidiu pela utilização do critério do arbitramento por equidade. Ainda que não se concorde com a conclusão a que a Corte chegou, a dupla fundamentação justifica a decisão: de um lado, o colegiado fundou-se no precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 1.746.072/PR); de outro, examinou o objeto da lide, e vislumbrou não haver “ganho econômico aferível”, pois não houve alteração no patrimônio das partes, já que o imóvel estava nelas titularizado (basta lembrar tratar-se de ação de extinção de condomínio *pro diviso*).

A terceira questão processual importante diz respeito ao debate sobre a ausência de pedido específico, na petição inicial, de exclusão da cláusula contratual de indivisibilidade (aposta na doação). O Tribunal, analisando logicamente os pedidos, bem e corretamente entendeu que tal pedido se encontrava implícito, já que

postula-se extinção de condomínio, logo não se trata propriamente de Ação de Divisão, mas sim, confirmação da divisão realizada por Instrumento Particular e, a partir dessa, a extinção do condomínio. Portanto, em verdade, já existindo a divisão ajustada por instrumento particular implicitamente se pretende um suprimento em face de um dos interessados se negar a lavrar escritura que definiria a divisão, bem como declarar definitivamente sem efeito a cláusula de indivisibilidade estabelecida quando da doação, com efeitos no registro, para que possam os quinhões ser individualmente definidos.

É dizer: o pedido de divisão do condomínio abarca, necessária e logicamente, o pedido de superação da cláusula de indivisibilidade. Decisão acertadíssima.

3 ALGUMAS QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL

Para o objetivo específico deste artigo, podem ser selecionadas as seguintes questões de direito material que apareceram no julgado: (i) as figuras do condomínio indiviso e *pro diviso* e a pertinência da ação de divisão; (ii) a cláusula convencional de inalienabilidade; (iii) a cláusula convencional de indivisibilidade; (iv) a indivisibilidade decorrente da hipoteca legal pendente no imóvel; e (v) a função social da propriedade.

O condomínio é, ontologicamente, *pro indiviso*, nos termos do artigo 1.314 do *Código Civil*:

Art. 1.314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

O chamado condomínio *pro diviso* é criação da doutrina (a partir da prática cotidiana), que leva em conta as faculdades do condômino (é dizer: a atribuição, ao condômino, dos poderes proprietários sobre a coisa). Ora, se, no estado natural do condomínio, os condôminos podem usar a coisa e exercer direitos sobre ela, eles podem, no exercício de sua autonomia privada, realizar a divisão fática do imóvel, fazendo localizar espacialmente o âmbito do exercício de seus poderes proprietários. Por outras palavras, os condôminos podem materializar as suas frações ideais, repartindo – no plano da posse – o imóvel. Foi o que aconteceu no caso julgado.

No entanto, o condomínio *pro diviso* continua sendo condomínio. Se o quiserem, os condôminos podem regularizar sua situação proprietária. Isso pode ser feito diretamente junto ao registrador de imóveis (se o imóvel preencher os requisitos legais para sua divisão), ou por intermédio da ação judicial de divisão (extinção) do condomínio. Também podem, mas isso não interessa aqui, adjudicar o imóvel a um deles, ou realizar a venda de bem comum (Código Civil, artigo 1.322).

Nesse passo, é possível afirmar que o direito à extinção do condomínio é direito potestativo dos condôminos, ao qual se sujeitam os demais condôminos. Decidindo um deles exercer o seu direito, os outros não podem, em termos jurídicos, obstaculizar a pretensão, ou opor-se a ela. O condomínio será extinto com atribuição de exclusividade proprietária aos condôminos. É o que decorre do artigo 1.320 do *Código Civil*: “Art. 1.320. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão”.

Bem por isso, a faculdade (e, em termos processuais, a pretensão) de resolver o condomínio não se extingue pelo decurso do prazo: é um direito imprescritível (na melhor terminologia: um direito não decadencial).

Eventualmente um dos condôminos pode usucapir (e há um conhecido debate jurisprudencial sobre o tema) a fração do imóvel que não seja sua. Assim, poder-se-ia dizer que o correr do tempo impede o exercício do direito à extinção do condomínio. Mas, a rigor, tendo acontecido a usucapião, o condômino destronado da propriedade já não é mais condômino e, portanto, não é mais titular do direito de pleitear a extinção do condomínio.

Tema jurídico importante (especialmente graças à dinâmica que o direito das sucessões tem demonstrado nos últimos tempos) é o da cláusula de inalienabilidade. É bem certo que, no caso julgado, a questão foi deixada de lado porque, à primeira vista, não estava em discussão, apesar de ter sido referida na sentença e na apelação. Como colocou o Tribunal, tratou-se de “argumentação sem efeito” porque a alienação do imóvel não era objeto do pedido (o autor da ação pretendia apenas a extinção de condomínio).

No entanto, o acórdão refere que o condômino autor não teria manifestado interesse em alienar o imóvel, “mas apenas autorização judicial para transferir a terceiros, a posse, uso e gozo de suas respectivas frações ideais sem necessidade de anuência dos demais condôminos”.

O tema não pode ser enfrentado com rigor aqui: para tanto seria necessário compulsar os autos do processo. No entanto, é possível fazer uma provocação: transferir a posse, uso e gozo de um bem não significa alienar os principais poderes proprietários (que é o de exploração econômica da propriedade)? A estrutura do direito de propriedade nos é dada pelo artigo 1.228 do Código Civil: “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”.

O nosso direito de propriedade, em sua dimensão estrutural, pautou-se na velha forma da propriedade quiritária romana (rejuvenescida pela propriedade do *Code Civil*): *jus utendi, fruendi et abutendi*, mas o poder de *rei vindicare*. A cessão da posse, uso e gozo de um bem esvazia-o economicamente (à semelhança da constituição de usufruto). É certo que, tradicionalmente, a expressão técnica “alienação” refere à transferência da propriedade completa,

de todos os poderes proprietários (o *utendi*, *fruendi*, *abutendi* e o *rei vindicare*). Enfim, algo a se pensar.

Mesmo que a cláusula de inalienabilidade não tenha sido objeto do julgamento (pelo que se depreende, ela permaneceu nos imóveis divididos), ela é instrumento importante para o planejamento patrimonial e sucessório. Instrumento cada vez mais utilizado nas doações e sucessões testamentárias. A bibliografia sobre o tema é vasta (e tem recebido aceleração enorme nos últimos tempos), como também a jurisprudência.

Adoação continua uma cláusula de indivisibilidade do imóvel. Essa é uma limitação ao direito de propriedade que se diferencia das típicas cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

As cláusulas restritivas típicas (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade) justificam-se na seguinte ordem de ideias: de um lado, o autor de uma liberalidade (porque tais cláusulas somente podem acontecer nas liberalidades, como a doação e o testamento) vai realizar uma atribuição patrimonial gratuita a outrem, e por isso pode limitar a vantagem atribuída, restringindo a disponibilidade do bem; de outro lado, o beneficiário de uma liberalidade vai receber uma atribuição patrimonial, sem que tenha que realizar uma contraprestação, então ele deve sujeitar-se à restrição dada pelo autor da liberalidade.

A cláusula de indivisibilidade não se enquadra no conjunto dessas cláusulas restritivas típicas, mas não chega a ser atípica. Ela é legítima, porque fundada na autonomia privada e tem previsão legal específica. Em caso de doação, a autonomia do doador (em gravar o bem doado com indivisibilidade) é limitada, nos termos do parágrafo 2º do artigo 1.320 do Código Civil, *litteris*:

Art. 1.320. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão.

[...]

§ 2º Não poderá exceder de cinco anos a indivisão estabelecida pelo doador ou pelo testador.

Em suma, há a possibilidade legal de se estabelecer, em contrato de doação, a indivisibilidade temporária de um imóvel condominado. O prazo máximo é de 5 anos, podendo ser reduzido apenas diante de graves razões (parágrafo 3º do artigo 1.320 do Código Civil). Não há previsão legal de redução desse prazo pelo próprio doador. Parece-me adequado pensar que, como a origem da indivisibilidade está na vontade do doador, ele pode revogar essa cláusula do negócio de doação, salvo se se comprovar que a indivisibilidade é realizada em benefício de algum dos condôminos (por isso, é importante – apesar de não obrigatório – que a causa conste do instrumento de doação).

O que se quer dizer é que a indivisão convencional nas liberalidades é cláusula válida e eficaz.

No julgamento, também apareceu a questão da eventual indivisibilidade (e inalienabilidade) do bem em decorrência de hipoteca legal que pendia sobre o imóvel todo. Faltam informações sobre esta hipoteca (e a decisão que a concedeu), determinada judicialmente em ação de prestação de contas que tramitou em outro Juízo. O Tribunal afastou a argumentação, por razões de direito processual (a conexão entre as ações não foi reconhecida) e de direito material (a divisão do imóvel na afetaria a garantia, que subsistiria nos 2 imóveis agora fracionados e, como não havia pretensão de alienar o imóvel, a dívida continua garantida).

Mas o tema é instigante, e nos remete aos efeitos da hipoteca. A indivisibilidade da hipoteca está prevista no artigo 1.421 do Código Civil: “Art. 1.421. O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação”.

No caso julgado, uma das partes propõe que a existência de hipoteca (no caso, hipoteca judiciária) acarretaria a indivisibilidade do imóvel. Aparentemente, a parte propõe uma interpretação *contrarii sensu* do princípio da indivisibilidade. A indivisibilidade é da garantia (o pagamento parcial da dívida não exonera a garantia, nem parcialmente). Será possível entender que a divisão do imóvel opera na eficácia da garantia (mesmo, que, pelo que se tira do acórdão, a hipoteca permanecerá sobre os dois imóveis, agora divididos)? Parece-me que, eventualmente, a divisão pode acarretar diminuição do valor do imóvel (a soma do valor das 2 partes pode ser inferior ao valor do imóvel íntegro, antes da divisão). Nesse caso, o art. 1.490 do Código Civil é atraído, e outra solução jurídica se apresenta: “Art. 1.490. O credor da hipoteca legal, ou quem o represente, poderá, provando a insuficiência dos imóveis especializados, exigir do devedor que seja reforçado com outros”.

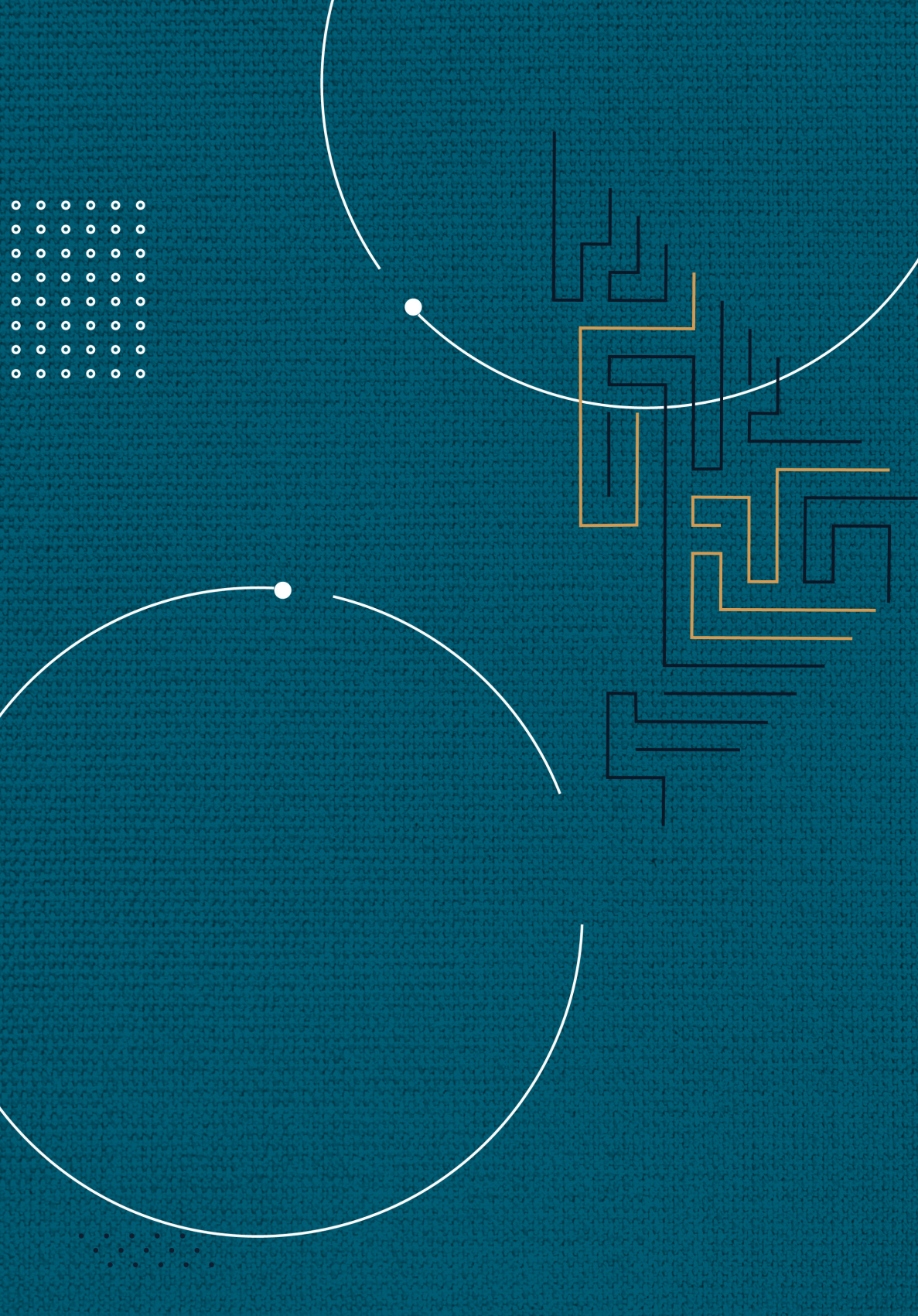
Por fim, chamam a atenção as referências no corpo do acórdão (três vezes, sem contar as citações e a ementa) à função social da propriedade:

Inicialmente, impende salientar que o Direito de Propriedade é direito fundamental, expressamente consagrado pela Constituição Federal, que determina ainda o dever de atender sua função social (art. 5º, XXIII, CF).

Por conseguinte, em casos excepcionais, pode ocorrer a flexibilização ou revogação das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, devendo o caso ser analisado com base na função social da propriedade e na dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista a proteção constitucional dada à propriedade e a necessidade de observação de sua função social, de fato não se mostra pertinente nesse quadro atual a permanência de condomínio, ausente justificativa para manutenção de cláusula de inalienabilidade e indissolubilidade, pelos motivos já assinalados.

Este destaque serve para, sem pretender transformar esse escrito em um encômio, reconhecer que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais está atento ao texto constitucional, à carta fundadora da nossa República, ao grande pacto nacional. Na voz de Ulysses Guimarães, o Tribunal veicula os valores dessa Constituição que “pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança”.



USUCAPIÃO FAMILIAR *PRO MORARE*: interpretação do requisito “abandono do lar” à luz do direito real

Josiane Araújo Gomes¹

RESUMO

Objetiva o presente estudo discorrer a respeito do usucapião familiar *pro morare*, a fim de delimitar a correta interpretação do requisito “abandono do lar” constante no art. 1.240-A do Código Civil, com o intuito de extirpar qualquer significado que tenha por fundamento a atribuição de culpa pelo término da vida conjugal, bem como firmar a compreensão de que referida modalidade usucapiatória deve ser vista e aplicada de acordo com as normas gerais do sistema jurídico a que pertence, qual seja, os Direitos Reais, sendo, pois, instituto voltado a assegurar o direito fundamental à moradia a quem, efetivamente, exerça a função social da propriedade.

Palavras-chave: Usucapião familiar *pro morare*. Abandono do lar. Interpretação. Direito real.

¹ Mestre em Direito Público e Especialista em Direito das Famílias pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Gestão Pública em Saúde pela Faculdade de Gestão em Negócios da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), atuando como Assessora de Juiz. E-mail: josiaraujogomes@yahoo.com.br.

1 USUCAPIÃO FAMILIAR *PRO MORARE*: ASPECTOS GERAIS

A Lei nº 12.424/2011 introduziu ao texto do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), no capítulo sobre aquisição da propriedade imóvel por usucapião, o art. 1.240-A, que dispõe sobre modalidade de prescrição aquisitiva até então não prevista na ordem jurídica pátria, neste estudo denominado de usucapião familiar *pro morare*,² *in verbis*:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 2º (VETADO). (BRASIL, 2011).

Em vista do texto legal, verifica-se que o usucapião³ familiar

² Referida denominação também é adotada por Diniz, que assim justifica a sua escolha, *in verbis*: “Melhor seria denominar esta nova modalidade de usucapião de ‘usucapião familiar’ ou ‘pró-família’, pois o art. 1.240-A do CC, ao beneficiar ex-cônjuge ou ex-companheiro, uma vez desfeita a sociedade conjugal ou a união estável, com a propriedade plena do imóvel, que antes dividia com ex-consorte ou ex-convivente, acaba tutelando os demais membros da família, que são os filhos do casal, apesar de não se exigir a permanência destes no imóvel usucapiendo. O imóvel usucapido servirá, então, de moradia a ex-cônjuge ou a ex-companheiro, juntamente com familiares, ou seja, a prole, pois terá a propriedade plena do bem comum”. (DINIZ, 2017, p. 3).

³ Existe divergência doutrinária sobre o gênero da palavra “usucapião”, como bem observa Gonçalves: “Consagrados autores como Carvalho Santos, Washington de Barros Monteiro, Serpa Lopes, Caio Mário da Silva Pereira, Rubens Limongi França e outros usam-na no masculino. Todavia, outros eminentes autores, antigos e modernos, colocam-na no feminino, destacando-se, entre eles, Ihering, Lacerda de Almeida, Lafayette, Carvalho de Mendonça, Lenine Nequete, Orlando Gomes, Pontes de Miranda e Adroaldo Furtado Fabrício.” (GONÇALVES, 2009, p. 237). Apesar de o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) e o Código Civil (Lei nº 10.406/2002) tratarem a palavra usucapião pelo gênero feminino, afigura-se a adoção da palavra no gênero masculino como mais acertada, motivo pelo qual, neste trabalho, utilizar-se-á

pro morare aproxima-se da modalidade de usucapião especial urbano individual, prevista no art. 183⁴ da Constituição Federal de 1988 e regulamentada pelo art. 9º da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade)⁵ — o qual foi reproduzido pelo art. 1.240 do Código Civil.⁶ Este tem por fundamento redefinir o sentido da propriedade urbana, por ser instrumento para, além da aquisição do domínio, regularizar a utilidade da moradia, a qual deve proporcionar distribuição de riqueza e estabilidade material.

De fato, verificam-se, entre o usucapião especial urbano individual e o usucapião familiar *pro morare*, pressupostos comuns: exercício de posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre imóvel urbano com extensão de até duzentos e cinquenta metros quadrados, para fins de moradia própria ou da família, não podendo

a terminologia “o usucapião”, haja vista ser esta a mais próxima da tradição do direito brasileiro — o Código Civil de 1916 adotava a palavra usucapião no gênero masculino — e também em função da própria eufonia do verbete.

⁴“Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.” (BRASIL, 1988).

⁵“Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.” (BRASIL, 2001).

⁶“Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.” (BRASIL, 2002).

ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural e não lhe tendo sido concedido tal usucapião em momento anterior.

Contudo, quatro requisitos diferenciam as referidas modalidades de aquisição de propriedade por usucapião, em torno dos quais surge a grande parte dos questionamentos acerca do usucapião familiar *pro morare*, quais sejam: ocorrência entre ex-cônjuges ou ex-companheiros; abandono do lar; imóvel urbano comum; prazo de dois anos para aquisição do domínio integral do imóvel.

Nesse passo, verifica-se que o usucapião familiar *pro morare* visa a permitir que o cônjuge ou companheiro que permaneça no imóvel familiar, com a saída definitiva do outro consorte ou convivente, possa opor a este a pretensão de usucapir a parte que lhe pertença, passando a titularizar a totalidade da propriedade outrora mantida em regime de comunhão entre o ex-casal. Portanto, funda-se na função social da propriedade e da posse, pois é responsável por atribuir a integralidade do direito real de propriedade àquele que permaneça possuindo o imóvel para sua moradia, sem qualquer oposição da parte *ex-adversa*.⁷

Dessa forma, o usucapião familiar *pro morare* altera situação até então vigente, em que a saída de um dos consortes do lar não trazia qualquer alteração à situação patrimonial do casal, apenas caracterizando a impossibilidade da vida conjugal e, por consequência, o pedido de divórcio. A expectativa com o

⁷ Leciona Diniz que, *in verbis*: “O art. 1.240-A tem por escopo, não só a célere aquisição do domínio da cota parte de um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros, mas também a preservação do mínimo existencial aos membros do núcleo familiar, tornando eficaz o direito social de moradia. A usucapião familiar é, portanto, um instituto protetivo da família ou da entidade familiar, garantindo o direito à moradia, acatando a justiça social e o princípio da função social da posse e da propriedade. Essa novel espécie de usucapião visa, sobretudo, tornar viável a manutenção da moradia do núcleo familiar”. (DINIZ, 2017, p. 5).

seu advento consiste na mudança de comportamento social, por fomentar a regularização imediata da partilha de bens ou, caso não seja possível, a oposição formal contrária à posse exercida pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro a fim de resguardar seu direito de propriedade.

Em vista do exposto, o presente estudo volta-se à análise do usucapião familiar *pro morare*, visando a justificar e delimitar o seu campo de aplicação, por meio da adequada interpretação do requisito “abandono do lar” à luz do Direito Real, clarificando o verdadeiro sentido dessa modalidade usucapiatória: assegurar o direito à moradia a quem, efetivamente, exerça a função social da propriedade, sem levantar qualquer discussão sobre as razões do término da união conjugal e sem alterar qualquer instituto do Direito de Família.

2 ABANDONO DO LAR: USUCAPIÃO FAMILIAR *PRO MORARE* COMO INSTITUTO DE DIREITO REAL

Desde a inclusão do usucapião familiar *pro morare* no Código Civil, constatou-se verdadeira celeuma interpretativa acerca do requisito de abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro. Com efeito, a expressão “abandonou o lar”, disposta no *caput* do art. 1.240, *a*, foi entendida, por parte relevante da doutrina e da jurisprudência, como o retorno à discussão quanto à culpa pelo término da união conjugal, argumento este que, inclusive, suscitou o questionamento acerca de sua constitucionalidade em face da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 66/2010 — responsável por alterar o texto do § 6º do art. 226 da CF/88, suprimindo a menção quanto à separação judicial e ao prazo de

separação de fato para a decretação do divórcio.

A fim de ilustrar referida interpretação do requisito abandono do lar, interessante trazer à baila os dizeres de Dias,⁸ *in verbis*:

De forma para lá de desarrazoada a lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento, que em boa hora foi sepultada pela EC 66/2010 que, ao acabar com a separação fez desaparecer prazos e atribuição de culpas. [...] Além disso, ressuscitar a discussão de culpas desrespeita o direito à intimidade, afronta o princípio da liberdade, isso só para lembrar alguns dos princípios constitucionais que a lei viola ao conceder a propriedade exclusiva ao possuidor, tendo por pressuposto a responsabilidade do cotitular do domínio pelo fim da união. (DIAS, 2011).

Do mesmo modo, colaciona-se o seguinte julgado do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que foi reconhecida a competência do Juízo de Família para processar e julgar a ação de usucapião familiar, *in verbis*:

Conflito negativo de competência. Usucapião familiar. Artigo 1.240-A do Código Civil. Competência do juízo de família. Questões que extrapolam a competência do juízo de registros públicos. Conflito rejeitado. 1. De acordo com o artigo 1.240-A do Código Civil, introduzido pela Lei Federal nº 12.424/2011, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que continue a habitar o imóvel abandonado pelo outro, de forma voluntária e não justificada, poderá requerer em juízo a integralidade da propriedade, que antes era mantida em regime de condomínio entre o casal, desde que não seja proprietário de outro imóvel. 2. A usucapião familiar, inovação trazida pela legislação citada do ano de 2011, exige a análise de questões intrínsecas ao direito de família, atinentes, por

⁸ No mesmo sentido, afirma Donizetti, *in verbis*: “De minha parte, só vislumbro malefícios nessa modalidade de usucapião. Explico. O requisito nuclear da aquisição da propriedade pelo ex-cônjuge que permanece no imóvel é o abandono do lar pelo outro. Abandono do lar pressupõe culpa ou, no mínimo, falta de motivo justificado para não mais morar sob o mesmo teto. Exemplificativamente, para não perder parte do imóvel, o homem vai ter que provar que saiu de casa porque não mais aguentava as ranzinzeiras da mulher, e esta, por sua vez, vai ter que demonstrar que, cansada de sofrer agressões físicas e psicológicas, resolveu deixar o traste para trás.” (DONIZETTI, 2011).

exemplo, ao efetivo término da sociedade de fato ou de direito e ao afastamento do lar conjugal por uma das partes, extrapolando a competência da Vara de Registros Públicos, não havendo que se falar, data vênia, em matéria de cunho exclusivamente patrimonial. 3. Conflito rejeitado. (TJMG. Conflito de Competência 1.0000.18.076271-8/000, Rel.(a) Des. (a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª Câmara Cível, julgamento em 7/2/2019, publicação da súmula em 18/2/2019). (MINAS GERAIS, 2019).

Lado outro, destaca-se o seguinte julgado do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que foi reconhecida a competência do Juízo Cível para processar e julgar a ação de usucapião familiar, *in verbis*:

Conflito negativo de competência. Vara de família e sucessões e vara cível. Ação de usucapião familiar. Art. 1.240-a do Código Civil. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado. Compete ao Juízo da Vara Cível processar e julgar ação de usucapião familiar baseada no art. 1.240, *a*, do Código Civil, desde que seja esse o objeto principal da lide e não haja pedido de reconhecimento ou de dissolução da relação familiar. (TJMG. Conflito de Competência nº 1.0000.21.123100-6/000, Rel. Des. Armando Freire, 1ª Câmara Cível, j. em 26/10/2021, p. em 27/10/2021). (MINAS GERAIS, 2021c).

E, ainda, interessante trazer à colação o seguinte julgado do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que houve divergência quanto à competência jurisdicional para processar e julgar a ação de usucapião familiar, em razão do requisito de abandono do lar, *in verbis*:

Conflito negativo de competência. Usucapião familiar. Questões atinentes ao direito de família. Competência da vara especializada. A ação de usucapião com base em alegação de abandono do lar conjugal envolve ex-cônjuges, debatendo-se o abandono conjugal e a existência de bem comum. Assim sendo, em razão dessas condições, entende-se que a competência para processar e julgar a Ação de Usucapião Familiar é do juízo especializado de família.

(V.v) Conflito negativo de competência. Processual civil. Usucapião familiar - particulares. Direito real. Competência: vara cível. 1. O só fato de o pedido de usucapião se dar por ex-cônjuge fundamentado no art. 1.240, *a*, do Código Civil (CC) não confere à causa a característica de relação familiar, de competência de vara especializada de Família. 2. A ação fundada em direito real imobiliário tem caráter eminentemente patrimonial. 3. O pedido pela averbação de usucapião, ainda que fundamentado em abandono de lar, não se refere ao estado de pessoas ou à relação familiar em si, mas à pretensão aquisitiva de propriedade imobiliária originária. 4. Discutindo-se na espécie matéria de usucapião, não importa a relação entre as partes para atração da competência para Vara de Direito de Família, mas a natureza da matéria (privada), esta de competência da Vara Cível. (TJMG. Conflito de Competência nº 1.0000.21.090660-8/000, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, j. em 20/7/2021, p. em 29/7/2021). (MINAS GERAIS, 2021b).

Em vista disso, cumpre consignar que, para a correta definição do requisito abandono do lar, é necessária a utilização do método de interpretação sistemático. De fato, de acordo com referido método, a interpretação de determinado enunciado normativo exige, para a sua adequada compreensão, a análise de todo o acervo normativo ligado, direta ou indiretamente, ao assunto nele tratado.⁹ Logo, a interpretação da expressão “abandonou o lar”

⁹ Juarez Freitas, ao lecionar que interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, defende que a ordenação sistemática não pode ser confundida com um mero método interpretativo, por ser o fundamento de qualquer processo interpretativo. Segundo referido autor: “*não se pode considerar a interpretação sistemática, como leciona o clássico Carlos Maximiliano, como um processo, dentre outros, da interpretação jurídica. É, pois, a interpretação sistemática o processo hermenêutico, por essência, do Direito, de tal maneira que se pode asseverar que ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Neste sentido, é de se afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação*”. (FREITAS, 1995, p. 47-49, grifo do autor). Nesse passo, afirma o mesmo autor: “*a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos*”. (FREITAS, 1995, p. 54, grifo do autor).

deve considerar a ordem constitucional vigente, bem como o texto normativo infraconstitucional em que está inserido.

Destarte, sabe-se que o Direito de Família não mais alberga a discussão quanto à culpa pelo término da sociedade conjugal, notadamente após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010. Com efeito, a sociedade familiar é merecedora de tutela enquanto promova, efetivamente, o desenvolvimento digno das potencialidades de seus membros. Deixando de existir o afeto e a confiança mútua que uniam o casal e, portanto, perdendo a unidade familiar a capacidade de promoção da felicidade de seus integrantes, ocorre a dissolução da entidade familiar, independentemente da atribuição de responsabilidade pelo seu término a qualquer dos consortes.

Nesse sentido, inclusive, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

Apelação cível. Divórcio após EC nº 66/10. Mudança de paradigma. Art. 226, § 6º, CR/88. Norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral (autoaplicável ou *self-executing*). Fim do instituto da separação judicial. Princípio da intervenção mínima do estado na vida privada. Autonomia da vontade do casal. Fim do afeto. Extinção do vínculo conjugal. Inexistência de requisito temporal para o divórcio. Direito potestativo. Sentença mantida. I - Diante da alteração do art. 226, § 6º, CR/88, não mais subsistem o instituto da separação judicial e as normas infraconstitucionais incompatíveis com o novel texto constitucional, devendo o divórcio ser reconhecido como direito potestativo dos cônjuges. II - É desnecessária a comprovação de transcurso de lapso temporal concernente à separação ou de qualquer justificativa quanto aos motivos determinantes da ruptura do vínculo conjugal, sequer da imputação de culpa, bastando o fim do afeto e o desejo do casal de se divorciar. Trata-se de deliberação personalíssima. Ademais, diante da laicidade e da imperiosa observância do princípio da dignidade da pessoa humana e da ruptura do afeto, a intervenção

do Estado há de ser mínima na autonomia privada do casal. (TJMG. Apelação Cível 1.0028.10.003359-7/001, Rel. Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, julgamento em 5/3/2013, publicação da súmula em 8/3/2013). (MINAS GERAIS, 2013).

Nesse passo, considerando a ordem constitucional vigente, já se constata a impossibilidade de se identificar o abandono do lar previsto no *caput* do art. 1.240-A com a possível análise sobre a culpa pelo término da sociedade conjugal. Vale dizer, se a Carta Magna elevou o afeto a pressuposto essencial para a composição e a manutenção da entidade familiar, extirpando o elemento culpa do âmbito das relações de família, torna-se irrealizável qualquer interpretação que se baseie em tal identificação, sob pena de se ter uma interpretação inconstitucional.

Outrossim, passando a análise para o campo infraconstitucional, verifica-se que o art. 1.240, *a*, foi inserido no texto do Código Civil em sua Parte Especial, no Livro III – Do Direito das Coisas – em seu Título III – Da Propriedade –, Capítulo II – Da aquisição da propriedade imóvel –, especificamente na Seção I, que trata do usucapião. Desse modo, deve ser a usucapião familiar *pro morare* compreendido de acordo com as características gerais do instituto do qual faz parte, qual seja, o usucapião.

Nesse sentido, tem-se que o usucapião consiste em modo de aquisição de propriedade de coisas móveis e imóveis, pelo exercício de posse continuada, qualificada pelo *animus domini*, observando-se os requisitos que a lei estabelece para esse fim. Dentre os qualificativos da posse *ad usucapionem*, destaca-se que deve ser ininterrupta e sem oposição, o que imprime, pois, a inércia do titular do domínio quanto ao exercício dos atos que lhe são inerentes — usar, gozar, dispor e reaver a coisa — e, assim, da

função social da propriedade.

Destarte, quando o art. 1.240-A dispõe sobre o exercício de posse direta e exclusiva sobre imóvel urbano “cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar”, quis o legislador externar a ausência total de prática de atos possessórios por um dos consortes, permitindo que o outro exerça, de forma exclusiva e sem oposição, os poderes inerentes da propriedade. Dessa forma, por abandono do lar entende-se o desligamento voluntário e total de um dos cotitulares do domínio do imóvel da prática de qualquer exercício possessório sobre o bem, ficando indiferente à atuação do ex-consorte que permaneça nele residindo.

Assim, conforme afirma Simão, note-se que,

[...] como toda a modalidade de usucapião, a usucapião familiar exige que o proprietário deixe de praticar atos que lhe são inerentes, sejam estes atos de uso, de gozo ou de reivindicação. Abandono deve ser compreendido como efetivo não exercício de atos possessórios. (SIMÃO, 2011).

Portanto, o abandono do lar em nada se identifica com culpa pelo rompimento da entidade familiar, significando, simplesmente, a inércia de utilização do bem por um dos consortes, a qual se contrapõe à destinação residencial exclusiva realizada pela parte *ex adversa*.¹⁰

Diante dos fundamentos aqui expostos, verifica-se que o

¹⁰ Nesse sentido, afirma Amorim, *in verbis*: “Colimando a pretensão social ao expurgo da culpa do direito de família e a *mens legis* voltada à Justiça Social, temos que o abandono de lar deve ser analisado sobre a vertente da função social da posse e não quanto a moralidade da culpa pela dissolução do vínculo conjugal. Ou seja não é de se analisar se o abandono de fato caracterizou culpa, ou se a evadir-se foi legítimo ou até mesmo urgente. Buscará apenas qual dos dois permaneceu dando destinação residencial ao imóvel e pronto, independente da legitimidade da posse e do abandono.” (AMORIM, 2011).

Enunciado nº 499, aprovado quando da V Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (2011), assentava-se em conclusões equivocadas, pois interpretava o requisito do abandono do lar à luz dos entendimentos já superados acerca de culpa pelo término da sociedade conjugal. De fato, assim estava redigido referido enunciado, *in verbis*:

A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito 'abandono do lar' deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião. (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2011).

Dessa forma, em primeiro lugar, ao contrário do que restou assentado no *Enunciado nº 499*, tem-se que a usucapião familiar *pro morare* pode sim ocorrer posteriormente à decretação do divórcio, pois este independe da realização da partilha dos bens. Assim, se, após o divórcio, um dos ex-cônjuges deixar de atuar sobre o imóvel cuja propriedade divida com o outro ex-consorte, e este fizer do bem sua moradia exclusiva e sem oposição pelo prazo de dois anos, haverá a aquisição do domínio integral por aquele que exerceu a função social da propriedade.¹¹

¹¹ Ressalte-se, contudo, entendimento contrário à referida posição, conforme se verifica no seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: "Direito civil. Ação de dissolução ou extinção de condomínio. Ex-cônjuges. Vínculo familiar dissolvido em ação própria de divórcio por sentença transitada em julgado. Acordo para habitação e uso exclusivo do imóvel comum do casal por um dos ex-conviventes. Pretensão de extinguir o estado de copropriedade. Abandono do lar. Impossibilidade prática de sua configu-

Em segundo lugar, o abandono do lar não diz respeito a descumprimento de deveres conjugais — e, portanto, não equivale ao motivo caracterizador da impossibilidade da comunhão de vida previsto no inciso IV do art. 1.573 do Código Civil. Conforme já dito, a usucapião familiar, por ser mais uma modalidade de prescrição aquisitiva prevista no direito brasileiro, deve seguir as características gerais do instituto, razão pela qual consiste na saída voluntária do ex-consorte do imóvel comum do casal e, por decorrência, a ausência de atos possessórios seus, o que atribui à atuação do outro ex-cônjuge os qualificativos da posse *ad usucapionem*.¹²

ração. Encerramento anterior do dever de convivência comum pelo divórcio. Posse *ad usucapionem*. Não qualificação. Precariedade do uso e gozo da coisa pelo possuidor direto. Usucapião familiar arguido como defesa. Rejeição. 1. A despeito da persistência de alguns deveres - mormente patrimoniais - entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, após a dissolução do vínculo pessoal que entre eles havia, deixa de existir o (dever) de convivência comum, de modo que impossível se considere a ocorrência de 'abandono do lar' entre sujeitos que, fática e juridicamente, decidiram não mais viver juntos. 2. A hipótese inaugurada pela Lei nº 12.424/2011, pela qual incluído o artigo 1.240-A no Código Civil de 2002, que instituiu possibilidade de o cônjuges usucapir a fração de propriedade titularizada pelo outro sobre o bem imóvel do casal - batizada de 'usucapião familiar' - se e quando verificado o abandono do lar por aquele, não se aplica quando a relação familiar se encerrou, diversamente, por sentença judicial proferida em ação própria de dissolução do referido vínculo, decretando o divórcio dos vivos e a partilha dos bens comuns, porquanto desqualificado o caráter da posse exercida pelo do consorte possuidor direto que, nessas circunstâncias, não pode ser adjetivada como *ad usucapionem*". (TJMG. Apelação Cível 1.0000.20.514449-6/001, Rel. Des. Márcio Idalmo Santos Miranda, 9ª Câmara Cível, julgamento em 4/5/2021, publicação da súmula em 12/5/2021). (MINAS GERAIS, 2021a).

¹² Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, *in verbis*: "Apelação cível. Divórcio litigioso. Partilha de imóvel. Cônjuges. Usucapião familiar. Art. 1.240-A cc/02. Abandono do lar. Fluência prazo bienal. [...]. 2. O requisito de abandono do lar do art. 1.240-A do CC/02 insere-se no âmbito patrimonial, no sentido do não-exercício de atos possessórios (uso, gozo, disposição ou reivindicação) sobre determinado bem. Não basta a saída de um dos cônjuges do ambiente físico familiar, pela inviabilidade de convivência sob mesmo teto, nem alheamento afetivo. Com a abolição do conceito de culpa no âmbito do Direito de Família, pelo advento da EC nº 66/2010 que deu nova redação ao art. 226 da CF/88, o pressuposto da usucapião familiar não se confunde com o abandono voluntário do lar conjugal do art. 1.573, IV do CC, causa de infração de dever matrimonial e consequente culpabilidade pelo fim do casamento. 3. Apelo desprovido". (TJDFT. Acórdão nº 886802, 20130910222452APC, Relator: Maria de Lourdes Abreu, Revisor: Sandoval Oliveira, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 18/6/2015, DJE: 14/8/2015). (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Em terceiro lugar, a finalidade da usucapião familiar não é recompensar quem “se responsabilizou unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel”, mas sim significa o reconhecimento de quem foi o responsável por efetuar a função social do imóvel e, principalmente, garantir o direito à moradia a quem fez do bem sua habitação.¹³ Assim, o objetivo dessa modalidade usucapiatória possui importância muito maior, pois visa a proteger um direito fundamental social, que integra o mínimo existencial necessário para o desenvolvimento digno da pessoa humana, que é o direito à moradia.¹⁴

Por tais razões, o *Enunciado nº 499* foi revogado quando da realização da VII Jornada de Direito Civil, sendo substituído pelo

¹³ Assim já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “Apelação cível. Ação de usucapião familiar. Posse mansa, ininterrupta e pacífica por dois anos. Requisitos não preenchidos. Usucapião não configurada. Para o reconhecimento do direito na ação de usucapião familiar é necessário a prova do exercício da posse, com função social de moradia, mansa e pacífica sobre imóvel urbano de até 250m², ao longo de dois anos ininterruptos, contados do abandono do ex-cônjuge ou ex-companheiro com o qual o usucapiente (cônjuge ou companheiro abandonado) detinha, em comunhão, a propriedade condominial do bem. Havendo a oposição do réu à posse exercida pela autora após o abandono do lar, ausentes os requisitos mínimos necessários para a configuração da usucapião em favor dela”. (TJMG. Apelação Cível 1.0525.14.017350-7/001, Rel. Des. Arnaldo Maciel, 18ª Câmara Cível, julgamento em 12/9/2017, publicação da súmula em 15/9/2017). (MINAS GERAIS, 2017).

¹⁴ Nesse sentido, leciona Diniz, *in verbis*: “O direito à moradia atende ao princípio da função social da posse e da propriedade na usucapião familiar. O art. 1.240-A do CC exerce importante papel na política pública no sentido de garantir a moradia, que é um direito fundamental social, a quem se encontra numa situação instável, visto que protege o exercício desse direito daquele que permaneceu no imóvel contra atitude lesiva do ex-cônjuge ou ex-convivente, que, negligentemente, abandonou o bem condominial, onde morava com a família deixando de prestar assistência familiar material e moral, ferindo a solidariedade familiar. Com isso, veio a regularizar, após a separação de fato ou a ruptura da união estável, a situação jurídica do ex-cônjuge ou ex-companheiro que permaneceu no imóvel comum, nele habitando, suportando sozinho as despesas com a sua manutenção, reorganizando os efeitos do rompimento dos laços afetivos entre cônjuges e conviventes. Aquele que nele permaneceu como possuidor, possibilitando a função social do bem, pagando tributos e praticando atos de conservação é merecedor de sua propriedade total (CC, art. 1.275) pelo bom uso do imóvel. Assim, a propriedade plena adquirida pela usucapião pró-família, que serve de moradia cumpre sua função social”. (DINIZ, 2017, p. 14-15).

Enunciado nº 595, com os seguintes dizeres, *in verbis*: “O requisito ‘abandono do lar’ deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável”. (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2015).

Inclusive, foi apresentada a seguinte justificativa para a edição do atual Enunciado:

O Enunciado proposto tem o objetivo de esclarecer a interpretação do art. 1.240, *a*, facilitando a sua aplicação. Afasta-se, com a redação adotada, a investigação da culpa na dissolução do vínculo convivencial e marital, objetivo este também buscado pelo legislador constitucional com a Emenda Constitucional nº 66/10. Não há razão para introduzir na usucapião um requisito que diz respeito ao Direito de Família, sendo certo que a doutrina especializada no Direito de Família também tem procurado afastar tal análise. (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2015).

Referido entendimento consolidado no *Enunciado nº 595* — que, atualmente, prevalece em sede jurisprudencial —, constitui, de fato, verdadeiro avanço na correta compreensão do usucapião familiar *pro morare*, na medida em que identifica a expressão “abandonou o lar” ao exercício de posse com *animus domini* de modo ininterrupto e sem oposição.

A título exemplificativo, destacam-se os seguintes julgados, *in verbis*:

Agravo de instrumento. Ação de usucapião familiar. Decisão parcial de mérito. Não preenchimento dos requisitos legais para usucapir. Lapso temporal. Abandono do lar. 1. A procedência da ação de usucapião familiar está condicionada à comprovação do abandono do lar, posse mansa e pacífica, titular não proprietário de outro imóvel e não ter sido beneficiado pela mesma norma em outra relação

(CC art. 1.240-A). 2. O prazo de dois anos exigido para aquisição da propriedade com base na usucapião familiar inicia-se a partir da vigência da Lei nº 12.424 em 16/6/2011, como forma de evitar que a parte prejudicada seja surpreendida. (AREsp 835.490). 3. Sobre o conceito de “abandono” inserido no art. 1.240-A do Código Civil, o Enunciado nº 595 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal descreve que “o requisito ‘abandono do lar’ deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável. (TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0567.14.000090-0/001, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, julgamento em 6/9/2018, publicação da súmula em 14/9/2018). (MINAS GERAIS, 2018).

Direito civil. Pedido reconvenicional de usucapião familiar. Procedência. Art. 1.240-A do Código Civil. Requisitos presentes. Sentença mantida. 1. Segundo o previsto no art. 1.240-A do Código Civil, [...]. Dessa forma, conforme o dispositivo de lei em tela, pode um cônjuge ou companheiro usucapir a meação do outro relativamente a imóvel urbano cuja propriedade entre eles seja compartilhada, desde que o bem tenha área inferior a 250m² e seja objeto de posse por dois anos ininterruptos, sem oposição do consorte que abandonou o lar conjugal. 2. Identificados elementos que evidenciam um enfático afastamento do Apelante do lar familiar, local em que não mais foi visto desde que dali se ausentou, não opondo qualquer resistência ao exercício de posse exclusiva e ininterrupta pela Apelada quanto a imóvel de propriedade conjunta, tem-se como suficientemente caracterizado o abandono do lar aventado no art. 1.240-A do Código Civil, caracterizado pelo afastamento material e assistencial relativamente à família. Apelação Cível desprovida. (TJDFT. Acórdão 1248779, 07534826920188070016, Relator: Angelo Passareli, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 13/5/2020, publicado no PJe: 22/5/2020). (DISTRITO FEDERAL, 2020).

Apelação. Ação de divórcio. Usucapião familiar. Preenchimento dos requisitos do art. 1.240-A do Código Civil. Recorrido que se retirou espontaneamente do lar conjugal há pelo menos quatro anos da data propositura da demanda, deixando de manter qualquer contato com o então

cônjuge virago e com os filhos comuns. Conjunto probatório que demonstra a situação de abandono familiar, não havendo comprovação da tese de mera tolerância do uso da *res*. Imóvel comum dos litigantes, medindo exatos 250 m². Ausência de prova de que a apelante seja proprietária de outro imóvel. Prova diabólica, cujo ônus caberia ao apelado. Usucapião familiar declarada. Sucumbência. Redimensionamento. Recurso provido (TJSP. Apelação Cível 1010537-33.2017.8.26.0005. Rel. (a): Rosângela Telles. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 23/10/2019. Data de Registro: 23/10/2019). (SÃO PAULO, 2019).

Apelação. Ação de divórcio litigioso. Regime de comunhão parcial de bens. Partilha de bem imóvel. Usucapião familiar. Abandono do lar não comprovado. Divisão de gastos de reforma realizada após a separação de fato que valorizaram o imóvel a ser partilhado. Requerimento de alimentos. Ex-cônjuge. Separação de fato há mais de 4 anos. Medida excepcional. Não demonstração de necessidade superveniente imprevisível. 1. O requisito de abandono do lar do art. 1.240-A do CC/02 insere-se no âmbito patrimonial, no sentido do não-exercício de atos possessórios (uso, gozo, disposição ou reivindicação) sobre determinado bem. Não basta a saída de um dos cônjuges do ambiente físico familiar, pela inviabilidade de convivência sob mesmo teto, nem alheamento afetivo. Com a abolição do conceito de culpa no âmbito do Direito de Família, pelo advento da EC nº66/2010 que deu nova redação ao art. 226 da CF/88, o pressuposto da usucapião familiar não se confunde com o abandono voluntário do lar conjugal do art.1.573, IV, do CC, causa de infração de dever matrimonial e consequente culpabilidade pelo fim do casamento. (Acórdão n. 886802, Relator: Maria DE Lourdes Abreu, Publicado no *DJE*: 14/8/2015). 2. Os valores gastos em reforma substancial que agrega valor ao imóvel a ser partilhado, realizada no período compreendido entre a separação de fato e a decretação do divórcio, devem ser divididos entre as partes quando da partilha do bem, podendo ocorrer o abatimento na ocasião da partilha. [...]. (TJDF. Acórdão 995130, 20140910206283APC, Relator: Flavio Rostirola, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 8/2/2017, publicado no *DJE*: 21/2/2017). (DISTRITO FEDERAL, 2017).

E, por isso, a ideia de “ausência da tutela da família” também deve ser compreendida de acordo com as características próprias do instituto do usucapião, vale dizer, exercício possessório que não se exteriorize como mero ato de permissão e/ou tolerância do proprietário¹⁵ que esteja desprovido da posse direta sobre o bem.

Com efeito, de acordo com o art. 1.208 do Código Civil: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”. (BRASIL, 2002). Assim, a permissão ou tolerância é responsável por transmutar a “posse direta” exercida sobre o bem em mera detenção, a qual é revestida de precariedade, e, por isso, é insuficiente para traduzir posse com ânimo de dono.

Dessa forma, tem-se que haverá o abandono do lar apto a configurar a usucapião familiar *pro morare* quando houver o desligamento voluntário e total de um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros quanto ao exercício de posse sobre o bem imóvel comum, mantendo-se indiferente à atuação do ex-consorte que permaneça nele residindo. Todavia, restará afastada a posse usucapionem na hipótese em que a saída do imóvel, mesmo

¹⁵ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já afastou o reconhecimento do usucapião familiar quando presente ato de mera tolerância e/ou permissão, conforme se infere do seguinte julgado: “Apelação cível. Divórcio litigioso. Partilha de imóvel. Usucapião familiar. Art. 1.240-A do CC/02. Abandono do lar. Não configurado. Mera permissão. 1 - O instituto da usucapião familiar foi inserido no ordenamento jurídico em 2011 por meio da lei regulamentadora do programa habitacional ‘Minha Casa, Minha vida’ do Governo Federal, a fim de preservar direito constitucional de moradia. 2 - O requisito ‘abandono do lar’ não se caracteriza pela saída de um dos cônjuges do ambiente físico familiar, devido à inviabilidade da convivência sob o mesmo teto. 3 - Não é qualquer abandono que é capaz de configurar o Usucapião Familiar do art. 1.240-A do Código Civil, mas tão somente aquele voluntário, imotivado e definitivo. 4 - A apelada anuiu com a permanência do cônjuge no imóvel, sendo que, como bem pontuado na sentença, os atos de tolerância não induzem à posse”. (TJMG. Apelação Cível 1.0000.22.127097-8/001, Rel.(a) Des.(a) Maria Luiza Santana Assunção, 4ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 22/9/2022, publicação da súmula em 23/9/2022). (MINAS GERAIS, 2022b).

sendo voluntária, devido ao término do vínculo afetivo entre o casal, seja acompanhada do inequívoco consentimento quanto à permanência do ex-consorte no bem — inclusive, na maioria dos casos, acompanhado da prole — até que seja ultimada a sua partilha. Nesse caso, restarão configurados atos de mera permissão ou tolerância por parte daquele que deixa o imóvel comum em favor do seu ex-cônjuge/companheiro que passará a manter apenas a detenção física do bem, mesmo porque, durante esse período, o primeiro poderá exercer atos materiais e/ou processuais aptos à preservação do seu direito de propriedade ou mesmo prestar auxílio financeiro àqueles que permaneçam no imóvel — auxílio este que não se confunde com os deveres familiares.

A título exemplificativo, segue o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

Apelação cível. Usucapião familiar. Alegação de preenchimento dos requisitos legais. Não acolhimento. Imóvel usucapiendo objeto de divórcio consensual entre o autor e a ré, em que ficou definida partilha na proporção de 50% para cada um dos cônjuges. Requerente que permaneceu residindo no imóvel de forma exclusiva. Posse exercida por mera tolerância da requerida, proprietária de parte ideal do imóvel. Ausência de *animus domini*. Recurso desprovido. Se o casal acordou no divórcio em partilhar os bens comuns, a ocupação exclusiva por um dos ex-cônjuges com a tolerância do outro, não pode dar ensejo à transferência da propriedade integral àquele que permaneceu no imóvel. (TJMG. Apelação Cível 1.0000.22.034651-4/001, Rel.(a) Des. (a) Maria Lúcia Cabral Caruso, 16ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 18/5/2022, publicação da súmula em 20/5/2022). (MINAS GERAIS, 2022a).

Por fim, cumpre ressaltar, mais uma vez, que a ausência de prática de atos possessórios sobre o imóvel comum do casal, por parte de um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros, deve ocorrer

de forma voluntária, ou seja, não pode ele ter sido obrigado a se privar da utilização do bem. Dessa forma, se a saída do lar, por um dos consortes, houver sido determinada judicialmente, em razão, por exemplo, do uso das medidas protetivas dispostas no art. 22 da Lei nº 11.340/06 (conhecida como Lei Maria da Penha), não se caracterizará o abandono do lar exigido pelo art. 1.240, *a*.

A título exemplificativo, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Goiás, *in verbis*:

Apelação cível. Ação de usucapião familiar. Abandono de lar. Não ocorrência. Valor da causa. Estimativa. Honorários advocatícios. Critério legal. 1 - Não se pode cogitar de abandono de lar quando existente nos autos elementos de prova de violência doméstica. 2 - Sem conta que a *ratio legis* do art. 1.240-A do Código Civil é a tutela da dignidade da pessoa humana, de modo a conferir àquele que permanece no lar o direito de aquisição da propriedade exclusiva do imóvel por intermédio da usucapião familiar. 3 - Assim, a expressão abandono de lar, a que se refere esse dispositivo legal, possui uma abrangência mais ampla, compreendendo ausência da tutela familiar. 4 - Verificado, pois, que a parte ré deixou o lar acompanhada de seu filho, também por este motivo fica afastada a hipótese de abandono de lar, tornando-se inadmissível a acolhida da pretensão aquisitiva por intermédio da usucapião familiar. [...]. (TJGO. Apelação 5089991-24.2017.8.09.0051. Rel. Romério do Carmo Cordeiro, 3ª Câmara Cível, julgado em 9/8/2019, *DJe* de 9/8/2019). (GOIÁS, 2019).

Portanto, valendo-se de interpretação sistemática, verifica-se que o usucapião familiar *pro morare* não ressuscita a discussão sobre culpa pelo término da sociedade conjugal, haja vista que a ordem constitucional vigente elevou o afeto como fundamento imprescindível para a constituição e a manutenção da entidade familiar. Por abandono do lar deve ser entendido, simplesmente, o menosprezo quanto ao imóvel do qual também é titular do domínio,

uma vez que o ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandona o lar não mais praticará qualquer ato possessório em face do bem, deixando, pois, de exercer a função social de sua propriedade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, neste breve estudo, o usucapião familiar *pro morare* constitui instrumento de efetivação do princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF/88) e do direito fundamental social à moradia (art. 6º da CF/88), na medida em que visa solucionar situações em que um dos consortes/conviventes decida pelo término do relacionamento afetivo e abandona o lar, deixando o outro com a posse exclusiva do imóvel de propriedade comum do casal, passando anos e anos sem apresentar qualquer manifestação, favorável ou contrária, à referida situação possessória. Nesses casos, não há fundamento apto a impedir a aquisição da propriedade plena por parte daquele que fez desse imóvel sua morada, haja vista ter sido o responsável por concretizar a função social da propriedade e, por consequência, o direito à moradia.

E, por isso, o usucapião familiar não ressuscita a discussão quanto à culpa pelo término da sociedade conjugal. Com efeito, houve, pela ordem constitucional pátria, a substituição da noção de culpa pela noção de ruptura, sendo que o grupo familiar somente merece tutela na exata medida em que for capaz de preservar a dignidade de seus membros, constatação esta que, por si só, já impede a interpretação do art. 1.240, *a*, de modo a se verificar qualquer alusão à figura da culpa.

Assim, pela interpretação sistemática, deve-se considerar que o usucapião familiar está inserido no Livro III (Do Direito das Coisas) da Parte Especial do Código Civil, e, por isso, o requisito “abandono do lar” nada mais significa do que a saída voluntária do cônjuge/companheiro do imóvel que, até então, era residência do casal, quedando-se inerte quanto à prática de atos possessórios em face do bem, possibilitando, portanto, o surgimento dos qualificativos da posse *ad usucapionem* — *animus domini*, continuidade, publicidade, pacificidade, sem oposição, inequívoca e atual — em favor do consorte que permaneça com a posse integral do imóvel, fazendo deste sua morada e de sua família.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. Primeiras impressões sobre a usucapião especial urbana familiar e suas implicações no Direito de Família. 1º set. 2011. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapião%20abandono%20do%20lar%2001_09_2011.pdf. Acesso em: mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao par. 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 jul. 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jul. 2001 e retificado em 17 jul. 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jun. 2011 e republicado em 20 jun. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

DIAS, Maria Berenice. Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa? 14 jul. 2011. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapião_e_abandono_do_lar.pdf. Acesso em: nov. 2020.

DINIZ, Maria Helena. Uma visão hermenêutica do art. 1.240-A do Código Civil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, [s. l.], v. 1/2017, p. 103-124, abr.-jun./2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão nº 886802, 20130910222452APC. Relatora: Maria de Lourdes Abreu. *DJe*, 14 ago. 2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão nº 995130, 20140910206283APC. Relator: Flavio Rostirola. *DJe*, Brasília, DF, 21 fev. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão nº 1248779, 07534826920188070016. Relator: Angelo Passareli. *DJe*, Brasília, DF, 22 maio 2020.

DONIZETTI, Elpídio. Usucapião do lar serve de consolo para o abandonado. 20 dez. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-set-20/consolo-abandonado-usucapiao-lar-desfeito>. Acesso em: jan. 2012.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Apelação nº 5089991-24.2017.8.09.0051. Relator: Des. Romério do Carmo Cordeiro. *DJe*, Goiânia, 9 ago. 2019.

GOMES, Josiane Araújo. *Usucapião familiar pro morare*: aspectos jurídicos e práticos. Leme: Editora Mizuno, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*: Direito das Coisas. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 5., 2011, Brasília. *Enunciado nº 499*. Brasília: CEJ, 2011.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 7., 2015, Brasília. *Enunciado nº 595*. Brasília: CEJ, ENFAM, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0567.14.000090-0/001. Relator: Des. José Flávio de Almeida. *DJe*, Belo Horizonte, 14 set. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.20.514449-6/001. Relator: Des. Márcio Idalmo Santos Miranda. *DJe*, Belo Horizonte, 12 maio 2021a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.034651-4/001. Relatora: Des.^a Maria Lúcia Cabral Caruso. *DJe*, Belo Horizonte, 20 maio 2022a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.127097-8/001. Relatora: Des.^a Maria Luiza Santana Assunção. *DJe*, Belo Horizonte, 23 set. 2022b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0028.10.003359-7/001. Relator: Des. Peixoto Henriques. *DJe*, Belo Horizonte, 8 mar. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0525.14.017350-7/001. Relator: Des. Arnaldo Maciel. *DJe*, Belo Horizonte, 15 set. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 1.0000.18.076271-8/000. Relatora: Des.^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto. *DJe*, Belo Horizonte, 18 fev. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 1.0000.21.090660-8/000. Relator: Des. Belizário de Lacerda. *DJe*, Belo Horizonte, 29 jul. 2021b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 1.0000.21.123100-6/000. Relator: Des. Armando Freire. *DJe*, Belo Horizonte, 27 out. 2021c.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1010537-33.2017.8.26.0005. Relatora: Rosangela Telles. *DJe*, São Paulo, 23 out. 2019.

SIMÃO, José Fernando. Usucapião familiar: problema ou solução?. 4 jul. 2011. Disponível em: <https://professorsimao.com.br/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/>. Acesso em: mar. 2023.



A AUTONOMIA DA POSSE SEPARADA DO *STATUS PROPRIETATIS* NO ÂMBITO DO DIREITO MATERIAL E DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: a função social da posse e sua repercussão até no instituto da usucapião, a posse no Direito das Sucessões, no Direito material e no Direito Processual Civil

Juventino Gomes de Miranda Filho¹

RESUMO

No presente artigo, analisam-se as características dos imóveis públicos e suas especificidades em relação aos imóveis particulares. O instituto de usucapião e o princípio da imprescritibilidade são investigados à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Codificação Civil brasileira, além da vastidão jurisprudencial e do Enunciado nº 340 da Súmula do STF. As análises sustentam-se em bases dialéticas e em vista da função social da posse, decorrente de sua autonomia.

Palavras-chave: Função social. Imóveis públicos. Ortodoxia. Posse.

¹ Doutor em Direito Privado e mestre em Direito Processual, ambos os títulos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. *E-mail:* jgmiranda-filho@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

É recorrente a sustentação graças à qual os imóveis públicos, por ostentarem essa condição, possuem algumas características que os distinguem dos imóveis particulares. Uma dessas singularidades pode ser vislumbrada pela imprescritibilidade, que se traduziria na impossibilidade de sua usucapibilidade. Em favor desse tradicional e ortodoxo entendimento, alinham-se diversos textos legais, capitaneados pela própria Constituição Federal, através dos artigos 183, § 3º, e 191, parágrafo único, subsequenciados pelo *Código Civil* (art. 102), pela vastidão da legislação extraordinária e com sustentação jurisprudencial advinda do Enunciado nº 340 da Súmula do STF. Se, no plano do Direito positivo e no plano do Direito pretoriano, esse entendimento ganha majoritarismo, também na vertente doutrinária o entendimento preponderante é o mesmo. Há enorme messe de doutrinadores de escolas, para não dizer quase todos, a sustentar que os imóveis públicos, só por serem públicos, destinam-se ao interesse público. Segundo essa premissa, por isso mesmo já trazem imanente a ostentação da função social.

Essa linha de raciocínio, basicamente, é utilizada para sustentar a proverbial impossibilidade da consumação da usucapião incidente sobre a propriedade pública. E em se tratando de avassaladora corrente legal-doutrinário-jurisprudencial, esses posicionamentos patenteiam-se herméticos, obstando a abertura dialética.

O presente artigo investiga princípios, normas e possibilidades.

2 A FUNÇÃO SOCIAL E O INSTITUTO DA POSSE. UM RÁPIDO HISTÓRICO-CULTURAL

Inobstante tanta ortodoxia, o que se entende é que toda propriedade, seja pública, seja privada, deve atender à função social. Esse entendimento resulta da necessidade da facção de uma releitura do instituto da posse, objetivando à superação do modelo codificado liberal, questionando o positivismo pela perspectiva fundada na reinterpretação hermenêutico-sistemática constitucional e infraconstitucional abertas, em busca de efetiva concretude, cujo fundamento jurídico-social seja a pessoa humana, e não o indivíduo patrimonialista.

Por essa ótica, novas concepções de institutos, como a da posse que *pour cause* de suas vertiginosas transformações, exigem um novo pensar. Daí nasceram a necessidade e o esforço para estimular e reorganizar a utilização das coisas para aquelas pessoas hipossuficientes, objetivando proporcionar um uso melhor da terra, rural e urbana.

Difícultar o acesso à propriedade pelo caminho da posse-fruição é confiscar numa ilha solitária de pobreza um sem número de vocacionados para a terra rural e moradia urbana, embora em meio a um vasto oceano de prosperidade material.

Por isso, a abordagem do instituto da função social da posse à luz da supralegalidade privilegia os valores supremos enunciados no Preâmbulo da Constituição de 1988, eles próprios enunciadores dessa supralegalidade que antecedeu o próprio texto constitucional e sua promulgação, pois sua existência precede a Constituinte. Tais valores supremos são valores suprapositivos, supraleais, especialmente em temas da supremacia da dignidade da pessoa

humana, da cidadania, do bem-estar, do desenvolvimento, do progresso, da função social, como elementos estruturadores da patrimonialidade, da extrapatrimonialidade, da propriedade e, sobretudo, da posse.

Temas tais quais esses, sujeitos sempre à profícua evolução, não ficam nem podem ficar estagnados no positivismo amorfo, ainda que sob a vestimenta constitucional. Tais valores preexistem às próprias disposições constitucionais, pois são imanentes a toda ordem jurídica.

Começemos focando disposições como as dos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição; do art. 102 do *Código Civil* e tantas outras que lhes são semelhantes, proibitivas da usucapião incidente sobre imóveis públicos, por confrontarem e até infringirem os objetivos do Estado Democrático de Direito, instituídos pela mesma Constituição (Preâmbulo e art. 1º), mas axiologicamente superiores às disposições literais, produto do positivismo. Os objetivos ascendem e transcendem à literalidade.

Embora a ideia de um positivismo exacerbado, extremo, mesmo em termos constitucionais, extravase o conteúdo jurídico sustentador dos valores supremos, essa constatação impõe que se faça a distinção entre direitos, direito vigente, e lei escrita.

Embora haja lições às centenas, centradas na indiferença da função social dos institutos, especialmente da posse, embora seja proverbialmente repetida a impossibilidade de consumação da usucapião de imóveis públicos insuscetíveis de posse e de incidência da usucapião, porque efetiva e concretamente se prestam a um inquestionável interesse público (como o ar atmosférico, o alto mar, as áreas de proteção ambiental e tantas outras) e alguns até a interesse e salvaguarda das gerações futuras, não se pode dizer

o mesmo, generalizadamente, de imóveis sobre os quais inexistia um interesse público concreto, efetivo, real, e não abstrato. Nesses casos, atuará a função social estruturante, compartilhadora da própria estrutura da ideia de posse, exigindo sua efetivação e possibilitando a posse e atuação de seu maior efeito: a usucapião.

Essa concretização nasce da interpretação e busca da revelação do pensamento que anima as palavras e o espírito contidos no ordenamento jurídico.

É preciso convir que a Lei Fundamental elegeu valores maiores, os quais destinou à concretização dos transcendentais escopos. E sobre ter criado a propriedade numérica, erigiu a moradia e as áreas de plantio à categoria de direito fundamental, filiando-as à dignidade da pessoa humana, à cidadania. A concretização desses ascéticos objetivos dar-se-á pela posse funcionalizada, meio pacífico, por excelência, de atingi-los.

É por isso que, no confronto entre um mero, genérico e abstrato interesse público e os valores maiores referidos, resulta indubitável que estes sobrepujam aqueles, principalmente esses, que também recebem a chancela do interesse público que o Estado tem o dever de assegurar e resguardar.

Num breve enfoque sobre as obras clássicas sustentadoras da inusucapibilidade de imóveis públicos e do desprezo relativo à função social da posse, é proveitosa a invocação de Fernando Luso Soares (1996), em seu prefácio à obra de Manoel Rodrigues, justificando a proposta de atualização daquela obra clássica:

As obras clássicas devem ser objeto de periódica releitura. Só assim em cada novo ciclo da progressão civilizacional elas poderão confrontar-se com as interrogações, as perplexidades, as soluções as novidades que lhes sucederam no tempo.

E o fundamento irretorquível vem a seguir: “Toda e qualquer obra de ciência tem seu lugar num determinado momento de evolução científica e, como tal, ela insere-se num processo, não precisando que a situem ou rodeiam de quaisquer constelações.” (SOARES, 1996, p. 11).

Nada mais natural: o direito é dinâmico e deve refletir a realidade da vida social. Bem por isso evolui com ela, ou, na pior das hipóteses, procura acompanhar essa evolução, ainda que em ritmo de progressão aritmética.

Nesse sentido, também observou Frederico Barbosa Gomes (2007), apresentando a obra de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, ao dizer que “a desconexão entre o que se estuda e a realidade que se pretende alterar, entre tantos outros problemas, marca, de forma indelével, o atual contexto brasileiro, a ponto de disseminar a perigosa dúvida acerca da viabilidade do projeto democrático por essas terras” (GOMES, 2007, p. 11-12).

Adverte Frederico Barbosa Gomes que a “revolução copernicana”² operada no estudo e na pesquisa do direito revela não ser na fria observação de códigos e leis que se encontrarão soluções para os problemas sociais e comportamentais que afligem os homens.

² Alternativa para o racionalismo e para o empirismo, o criticismo Kantiano operou uma revolução copernicana na teoria do conhecimento: Copérnico havia invertido as posições respectivamente do sol e da terra ao afirmar o heliocentrismo. Igualmente, para Kant, no conhecimento, não é o sujeito que gira em torno do objeto, mas o objeto que se define em vista do sujeito. Respondendo à pergunta: o que é o iluminismo, Kant responde que é a saída do homem de sua MINORIDADE, pela qual ele é o próprio responsável. Minoridade, isto é, incapacidade de servir-se de seu entendimento sem a direção de outrem; minoridade da qual ele mesmo é o responsável, porque a causa reside não em uma deficiência do entendimento, mas em uma falta e decisão e de coragem de fazer uso de seu entendimento sem ser dirigido por outrem. *Sapere aude!* Tenha a coragem de se servir de seu próprio entendimento! Essa é a divisa do Iluminismo.

O homem se descobriu “como ser hermenêutico, histórico, dotado e limitado, capaz de pensar saídas para os problemas” (GOMES, 2007, p.12).

Outro não é o entendimento de Gadamer (2001, p. 461), para quem “um texto legal tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta”. Aqui, compreender é sempre também aplicar.

Consentâneo com o que subministra a experiência, os métodos interpretativos devem estar atentos às transformações por que passou o mundo, especialmente a partir da Revolução Industrial.

Quanto à tese na órbita da posse, restou mudado o centro gravitacional. As coisas desgarram-se do *ter* para abraçar o *ser*, lugar ocupado pelo ser humano, enquanto pessoa, como menciona Cesar Fiuza: “Com direito à dignidade, à promoção espiritual, social e econômica. Fala-se, pois, em função social do contrato, da propriedade. Fala-se em despatrimonialização do direito privado” (2007, p. 96).

Como síntese da vivência, a experiência permite a contemporaneidade das ideias antigas, vividas, que constituem motivo de afeiçoamento, pois, como observou Feyerabend (2007, p. 26), “não há nenhuma ideia, por mais antiga e absurda, que não seja capaz de aperfeiçoar nosso conhecimento”.

Enfim, os novos tempos nos convidam à busca incessante da superação do conhecimento ingênuo, fragmentário e conservador, e à transformação do senso comum em bom senso, prudência, razoabilidade, na busca de condições teóricas e práticas para a efetivação do direito, enquanto instrumento de cidadania. A esse propósito, pontifica Silvia Pimentel: “O Direito, de hoje, é aquele

que historicamente construímos e que será, amanhã, aquele que viermos a construir.” (PIMENTEL, 2010, p. 15). Parece inquestionável esse proceder, porque é o que dita o que ordinariamente ocorre.

A interdisciplinaridade pretendeu ultimar com a ideia do conhecimento compartimentado porque nele reside um “símbolo da fragmentação da realidade e o surgimento de uma inteligência esquizofrênica, que impede uma apreensão abrangente do mundo.” (ALMEIDA PRADO, 2010, p. 170).

Thomas Kuhn observou, em 1963, em *A estrutura das revoluções científicas*, que a ciência se desenvolve por meio da ruptura e construção do conhecimento. E criticou, veementemente, a tradição positivista.

Inobstante a desmedida importância do Iluminismo, que enalteceu o respeito e o culto ao homem, tendo por ideal o progresso e a liberdade, que sustentou sua luta contra as religiões e as superstições e, além disso, concebeu o saber estribado na experiência e na estrita observância do método científico, seu instrumento foi a Enciclopédia (ou *Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts, et des Métiers*, dirigida por D’Alembert e Diderot), de longa elaboração ao longo de 20 anos (até 1772, quando encerrou seu 17º volume). Seu objetivo: uma tentativa de síntese do conhecimento, contando com a colaboração de 139 luminares, entre eles Montesquieu (leis), Helvetius (matemática), Lamarek (botânica), Rousseau (música), Voltaire (verbetes sobre história, elegância, espírito, imaginação).

No ir e vir da história, um século depois do Iluminismo e de seu instrumento maior, a *Encyclopédie*, dirigida por D’Alembert e Diderot, como uma tentativa de síntese do conhecimento humano, a cultura se fragmentaria, com o advento das especializações típicas do nosso tempo. A complexidade do conhecimento, nunca

antes ocorrida, torna impensável que uma pessoa possa ser, como os sábios de outrora, conforme Bertrand Russel (1961),³ detentora de uma sabedoria ampla. Mas isso não justifica que os especialistas em partes sejam ignorantes em relação ao todo.

O revisionismo é e deve ser permanente no sentido de repensar o Direito. E ele mais se intensifica em temas como os de exclusão da cidadania de pessoas desfavorecidas, vitimadas pela carência ensejadora da chamada crise de efetividade dos direitos sociais, que propicia o surgimento de ordens paralelas, como no caso das favelas e aglomerados, antes fenômeno detectado nas grandes metrópoles, hoje oceanizado Brasil afora. E, no caso dos sem-terra e dos sem-teto, há vetores de violência atribuída a reivindicações inatendidas.

O tema da função social tem vastíssimo alcance, abrangendo o Direito constitucional, no qual deita sua origem, o Direito privado e o Direito público, irradiando-se pelo contrato, a economia, a empresa, a propriedade intelectual, o Direito tributário, o biodireito, a arbitragem. Em síntese, a sua abrangência reserva-lhe papel de ampla importância no ordenamento jurídico em geral.

No início do século XX, Duguit (1912, p. 24-25) sustentou que a função social extinguiu os direitos subjetivos porque os indivíduos eram apenas aqueles que cumprem funções sociais. Daí a sua proposição de substituição das expressões “poder legislativo”, “poder judiciário” e “poder executivo” por funções. Já na obra *Les transformations*, Duguit explicita as razões de seu posicionamento:

³ Conforme B. Russel, Leonardo da Vinci transitava por diversos ramos do conhecimento: foi pintor, escultor, engenheiro, arquiteto, escritor, além de conhecedor de Anatomia, Física, Botânica e Matemática. Relembre-se Gottfried Wilhelm Leibniz, que foi filósofo, porém fez descobertas em Matemática, História, Linguística; foi físico, diplomata, musicólogo, tradutor, jurista, engenheiro, poeta, zoólogo, antropólogo, geólogo, paleontólogo, embriologista, cosmólogo, filósofo, do direito. E, no dizer seguro de Bertrand Russel “foi uma das mais altas inteligências de todos os tempos”.

A função social desponta como cláusula geral, regedora de toda atividade econômica, servindo de balizamento constitucional do direito fundamental, quer da posse, quer da propriedade, delimitando seu conteúdo, estruturalmente, por isso que, como decorre desde as ordenações do Reino e legislação extravagante, com repercussão na Constituição do México (1917) e na de Weimar (1919): a propriedade e (com ela ou sem ela) a posse obriga! (DUGUIT, 1926, p. 9).

Nossa Constituição, como se sabe, transformou a estrutura do direito de exercer esses direitos (a posse e a propriedade), de modo a atingir determinadas finalidades: a propriedade deixa de ser um direito absoluto e a posse autonomiza-se e ganha independência como instrumento de pacificidade e de acesso à moradia e à utilização agrícola.

Essa concepção nasceu justamente do estado intervencionista, com a constitucionalização da ordem econômica, perdendo prestígio o extremado individualismo reinante no século XIX, em razão de uma nova realidade social. Essa realidade foi trazida pela miséria operária do início da Revolução Industrial; pela distribuição de renda, quando regida unicamente pelas leis do mercado; pela grande crise de 1929, que ocasionou a queda da bolsa de Nova York, conforme Didier (2008, p. 13).

De relevância é a constatação da função social da posse e da propriedade vincularem-se aos direitos fundamentais, a partir do disposto no art. 5º, inciso XXIII, e art. 170, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A função social da posse não encontrou espaço apenas na visão ortodoxa, pois esta, envolta em sua tradicionalidade, conecta a posse umbilicalmente à propriedade, integrando seu conceito, embora como elemento dinâmico da propriedade, tanto na ótica de

Savigny como na visão de Ihering. Mas a evolução colocou a função social como elemento estruturante do direito de propriedade, integrando, assim, seu próprio conceito e determinando-lhe deveres fundamentais. A posse sintetiza, por sua natureza, as vantagens de seu dinamismo, enquanto a propriedade permanece como um direito meramente abstrato, exatamente porque todo direito é abstrato.

Não há dúvida de que a CF/1988, no que concerne à função social da posse (e a da propriedade), fulcra-se na adequada utilização dos bens em proveito da coletividade, dispondo assim tanto no art. 182, § 2º, (quanto à propriedade urbana) quanto no art. 186, se rural. E, num vislumbre, ainda que perfunctório, depreende-se do étimo ‘utilização’, que guarda em si, até semanticamente, o sentido de aplicação, aproveitamento, emprego, uso, significações próprias do instituto da posse como exercício fático de poderes da propriedade (art. 1.196, CC): direito de usar (uso); direito de gozar (gozo) (HOUAISS, 2009, p. 2817). E não se deve olvidar que as disposições constitucionais do art. 182, § 2º, e 186 tipificam *princípios*, enquanto as dos art. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, *ensejam regras*.⁴

Destinando-se a função social à efetiva e adequada utilização dos bens para a satisfação das necessidades, por óbvio ela limita o conceito do direito de propriedade. O fenômeno real latente na

⁴ A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. As regras contêm relato mais objetivo, incidindo, restritamente, às situações específicas as quais dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e única finalidade destacada no sistema (Luis Roberto Barroso – Interpretação e aplicação da Constituição – 2010, p. 329.). E o mesmo Ministro Barroso especifica os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. Os princípios galgaram o *status* da norma jurídica. “Superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica imediata”.

posse é quase sempre visível e tangível. A representação mental faz-se sumamente facilitada na posse. A intuição e a conceptualização influem na posse a partir do nexo de causalidade e concretude em que ela se envolve.

A referência ao social pode ser feita através do fato social, da socialização e da função social.

A publicização da posse revela sua importância por concretizar o uso e o gozo das coisas pelas pessoas, para satisfação de suas necessidades vitais. A hermenêutica desses novos tempos deverá pautar-se em esparzir maior foco de luz sobre os fatos, desvencilhando-os de colisões com interpretações anteriores, principalmente quando essas derivem de simples hipóteses, sem base em fontes reais e, sobretudo, contemporâneas.

Wieacker observou que as formas sociais mais recentes, aliadas a novas fundamentações e às necessidades e aos interesses, quer dos indivíduos, quer da sociedade ou das comunidades, plasmam novos rumos para o direito – que passam a ser explicados como produto da vida social (WIEACKER, 1967, p. 14).

A interpretação sofre os impactos dos contributos que acabam por influenciar uma nova maneira de ver o direito sob o aspecto das novas realidades.

As novas visões são impulsionadas pela *opinio communis* dos operadores do Direito, de preferência aqueles afinados com a forma e, sobretudo, o espírito da Constituição e suas promanações de suprallegalidade.

E não se nega a variabilidade das interpretações geminadas pelas polêmicas visões dos juristas incrementadas pela discussão das hipóteses jurídicas, na argumentação e na interpretação. E essas visões ou são tradicionais, revestindo-se de ortodoxias, ou

são heterodoxas, incorporando a realidade, a verdadeira noção da função social, contemplando o novo.

Bem por isso, é que Barassi recomendava, de longa data: *“L’interprete deve indagare il concetto sostanziale dela norma (interpretazione lógica): questo é lo scopo vero dell’ interpretazione.”* (BARASSI, 1914, p. 32).

Henri de Page também recomendava: *“En dégager le sens, en determinant la portée et par voie de consequence, la mesure dans laquelle elle sera aplicabe.”* (DE PAGE, 1948, p. 208).

Uma interpretação impõe-se, pois, no diapasão mesmo do dilema da vida. O gênero humano está enfrentando revoluções sem precedentes. Todas as narrativas antigas estão ruindo e são restritas as narrativas novas para substituí-las. No direito, os dogmas ruíram ou estão ruindo um a um.⁵

Avaliando um panorama como este, não se justifica a transcendência da propriedade sobre a posse, como insistem os partidários do positivismo e da ortodoxia.

A propriedade, pelo menos explicitamente, está inserida entre os direitos e garantias individuais (art. 5º, *caput*, CF), nos incisos XXII e XXIII do mesmo art. 5º, embora com ressalva de atendimento à sua função social (art. 5º, inciso XXIII); e enquanto o inciso II do artigo 170 contempla os princípios de acesso à propriedade privada, immanentemente exsurge o vínculo à função social (art. 170, III).

⁵ Admite-se a mudança do caráter da posse (CC, art. 1.198, parágrafo único; admite-se a execução sem título, derruindo a parêmia *nulla executio sine titulo*; admite-se a relativização da coisa julgada, desprestigiando a parêmia *res indicata pro veritate habetur*; em caso de cancelamento do *titulus de ius in re a posteriori*, o art. 1.242, parágrafo único, presentes as exigências que estabelece, garante a usucapião; o art. 1.255, parágrafo único, em sendo de boa-fé a aquisição, mediante indenização o possuidor adquire a propriedade...

No entanto, a posse, enquanto respeita a efetiva e concreta utilização dos bens, e não a sua titularidade, provoca uma *captio diminutio* na situação proprietária, especialmente quando o possuidor reúne os requisitos da usucapião, que podem e devem ser arguidos em defesa pelo possuidor contra o proprietário ou titular dos *iura in re aliena* (Súmula 237, STF) e, amplamente, quando o possuidor tenha feito benfeitorias necessárias e úteis, as quais lhe assistem o *ius retentionis*.

3 A AUTONOMIA DA POSSE, CARÁTER ECONÔMICO E FUNCIONAL DA POSSE

Não há qualquer dúvida que a Constituição tenha constitucionalizado as normas civis, editando-as autoaplicáveis, elegendo princípios-base que servem a todo ordenamento infraconstitucional, os quais exigem uma reinterpretação hermenêutico-sistemática centrada na pessoa humana, e não no indivíduo patrimonialista.

Não há como negar o grau de extrema evolução da posse, surgindo, em sua homenagem, enorme messe de textos de leis extravagantes, contemplando-a *separadamente da propriedade*.

Veja-se a regularização fundiária de assentamentos urbanos, o Programa Minha Casa Minha Vida (criado pela Lei nº 11.977/2009, por conversão da Medida Provisória nº 459/2009), a legitimação da posse (instituto existente desde a Constituição Federal de 1967) à contemplação de *iura in re aliena* (direitos reais sobre coisas alheias) inseridos no art. 1225 – CC/2002, *id est*, a concessão de uso especial para fins de moradia, a concessão do direito real de uso, a laje, etc. Nesses casos, o conteúdo econômico e social remanescem na

quase-posse (que tradicionalmente é como se denomina a posse de direitos de uso, gozo e fruição).

Colhe-se da doutrina de Cortiano *Júnior* (2002, p. 153-154):

O não proprietário não é mais apenas o sujeito passivo universal, titular de um dever genérico de abstenção, mas se insere em uma situação jurídica subjetiva complexa. Tem direito de exigir de quem é proprietário o cumprimento da função social da propriedade, e tem direito a que lhe sejam dadas condições materiais de aceder à propriedade. O discurso proprietário deve abranger o acesso aos bens.

Mas que se voltem os olhos para o positivismo constitucional, especialmente para os preceitos ínsitos dos arts. 182, § 2º, e 186, que *exigem o efetivo uso da coisa e seu exercício fático, eis a posse!*

Diga-se mais: mesmo que o proprietário seja simultaneamente possuidor, a *função* será desempenhada através da *posse*, e somente dela.

A atividade, o exercício fático, sobrepõe-se à titularidade.

Pense-se em trivialidade. Uma simples locação, arrendamento, comodato. Quem pode locar, arrendar ou dar em comodato? O proprietário? É óbvio que o possuidor-não proprietário!

E por quê? Visitemos a Lei de Locação (Lei nº 8.245/1991). Quando ela cuida dos deveres do locador e do locatário (art. 22), já na *ouverture* de seus incisos I e II, lê-se e vê-se:

Art. 22 O locador é obrigado a:
I - entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que destina.

II - Garantir, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado”.

Preceitua o Código Civil, na esteira da teoria de Ihering, o desmembramento ou desdobramento da relação possessória em direta e indireta (art. 1197). O locador é possuidor indireto e direto do locatário. Não há qualquer referência à propriedade, mas, exclusivamente, à *posse*: a dizer, posse direta, posse indireta.

E quem é o possuidor? O preceito do art. 1.196-CC responde: “aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Assim, mesmo quando a propriedade e a posse encontrem-se com uma só pessoa, proprietário-possuidor, é pela *posse* que se loca, arrenda, dá em comodato, e não pela situação proprietária. Quem tem a posse (*ius possessionis*) está nela exercendo o uso e o gozo efetivos. Ao proprietário cabe-lhe o *ius possidendi* (ter direito à posse). Ter direito à posse nem sempre é tê-la, de fato, efetiva e concretamente.

4 A POSSE NO DIREITO DAS SUCESSÕES – DA POSSE NO DIREITO MATERIAL E NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

É de sabença histórica que a posse é, em sua origem e essência, distinta da propriedade ou do domínio. Ela tem vida própria e independente: pode subsistir só, ou coexistir com a propriedade ou com o domínio. É lição de Lafayette (1977, p. 201) e, muito antes, emerge do velho e bom direito romano, cujas parênticas são elucidativas: “*Nec possessio et proprietates misceri debent* (fr. 5, D. de adq. Poss., 41,2); *Nihil commune habet proprietates cum possessione* (Ord. 3, 40, § 2; 78, § 3, pr. § 1º); *separata esse debet possessio a proprietate* [...]”.

Para Savigny (SAVIGNY, 1866, §§ 7º e 9º.), a posse é uma instituição estruturalmente independente da propriedade, embora requeira o *animus rem sibi habendi*. Para Ihering (1976, p. 47, 62, 71 e 104), a posse apresenta-se sempre dependente da propriedade, muito embora não requeira nenhuma atitude anímica qualificada.

Ihering (1891, p. 15-16) não combate o *animus domini* em razão de sua substância dominial. Ihering luta para *silenciar as motivações voluntaristas da e na posse*, por força do realismo e de sua praticidade: desenvolvi plenamente o estudo das teorias da posse, criticando-as, de forma ampla na minha obra *Da função social à usucapião de imóveis públicos* – São Paulo: Editora Dialética, 2021.

No que podemos chamar atmosfera do novo milênio e do novo século, as transformações por que passou o mundo são profundas, vertiginosas, exigindo uma releitura do direito, à luz dos preceitos constitucionais, inicialmente, de origem europeia para, depois, alastrar-se pelo mundo; irradiando-se pelo Brasil sobretudo após a promulgação da Constituição Cidadã. Daí a necessidade de reconstrução do direito privado.

Essa reconstrução poderá ser feita, e vem sendo feita, pela hermenêutica construtiva, apoiada em seu tripé; *de lege lata, de lege ferenda e de iure condendo*.

O sentido da busca de doutrinadores, de filósofos e da jurisprudência, para dialogar à procura de uma solução ou tentativa dela, nos planos de *lege lata, de lege ferenda e de iure condendo*, para diagnosticar qual o papel da propriedade e o da posse no Ordenamento Jurídico Contemporâneo, resulta na redescoberta da magnitude e prevalência da posse.

A autonomia e independência da posse é recorrente no ordenamento jurídico brasileiro: a) *de lege lata*, decorrente do próprio direito positivo vigente (Lei). Veja-se, a propósito, o que se deduz do texto constitucional: o inciso XXIII, art. 5º, utiliza-se do futuro presente: “a propriedade *atenderá* a sua função social”. “- Aqui é o tempo verbal do modo indicativo que situa uma ação ou um estado em momento posterior àquele em que se fala; futuro” (HOUAISS, 2001, p. 1.409). A proeminência de atender à função social da *posse*, não da propriedade.

Ainda se atendo ao texto constitucional, há nele indicações expressas de como se concretiza a função social: arts. 182, § 2º (propriedade urbana), e 186 (propriedade rural), sendo todos eles através da posse; b) sob leis ordinárias (Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade – Regulamentou os arts. 182 e 183 – CF (arts. 9º e 10º); c) os arts. 1.239 e 1.240 – CC previram outras modalidades de usucapião, reduzindo prazos (arts. 1.238 e 1.242 e seus respectivos parágrafos únicos); além de acrescentar requisitos, tipificando a posse-trabalho e a posse-moradia, criando a inovação § 4º e 5º do art. 1.228 – CC. Inseriu situações possessórias no contexto do direito de propriedade (§§ 1º e 2º, art. 1.228 – CC).

Nessas hipóteses todas, o proprietário *perde a propriedade porque a adquire o possuidor*. E nada há de novo nessa sintonia, que já era lembrada pelo Conselheiro Lafayette (1977, p. 201).

A posse recebe reforço destacado como quando é utilizada para fins de moradia (posse-moradia), ou quando são realizados na coisa investimentos de interesse social, ou econômico, ou, mesmo, alternativamente, em caso de aquisição a título oneroso, se cancelado o *títulus de ius in re a posteriori* – situação que coube à *função social da posse* resolver este *afetivo problema de aquisição a*

non domino (art. 1.242, parágrafo único); d) o art. 1.255, parágrafo único, cuida das acessões. Se a acessão for feita de boa-fé, mediante a indenização, o possuidor adquire a propriedade, ainda contra a vontade do proprietário – eis outro importante efeito da posse, e em matéria e local geográfico do *Código Civil* que lhe é estranha, porque disciplinada em capítulo destinado à propriedade. E, repetidamente, por força de seu inegável valor, esse fenômeno ocorre, também, *verbi gratia*, na enumeração dos incisos do art. 1.228 (que cuida da propriedade) os quais, todos e cada um deles, só pode ser exercido através da posse!; e) os direitos reais de uso, gozo e fruição elencados no art. 1.225 – CC, especialmente os mais recentes (concessão de uso especial para fins de moradia e a laje), além de serem objeto de exercício fático (posse), tipificam situação existencial de qualquer ser humano e incide sobre bens até da União (Leis nºs 9.636/98, 11.124/2005, retrocedendo ao velho Decreto-Lei nº 9.760/1946); f), e não para por aí. Examine-se o parágrafo único, parte final, do art. 1.198 – CC.

A detenção que ainda para muitos não gera qualquer efeito, sobretudo protetivo, ela mesma, que constituía *praesumptio iure et de iure*, (não admita prova em contrário), em homenagem à função social da posse, transmutou-se para *praesumptio iuris tantum* – admitindo, expressamente, prova em contrário...

Pode-se concluir, sem receio de velhos e inadequados modos de pensar, que a modificabilidade das instituições receba um *acent*, quando se reveste de proteção da personalidade humana, sua dignidade, seu bem-estar envolvendo a participação do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo.

Observando esse quadro, Perlingieri (2002) estimulou-se a dizer que o que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais.

Sobre a ótica do *iure condendo*, via das emanções do ambiente acadêmico, vai-se construindo o alicerce da doutrina para alcançar a preponderância da posse sobre a situação proprietária, que tem como base um *título formal*, constituindo o *direito de propriedade ou direito à propriedade*. Por ser direito a propriedade, é abstrato. E, para (re)pensar: todo este aparato formal de direito, baseado no título de *ius in re*, não passa de propriedade oca, quando despida da posse. Para (re)pensar: pode-se falar infinitamente da posse sem se referir uma vez sequer à propriedade; não se fala de propriedade sem posse...

A propriedade extingue-se para seu titular se houver possuidor *ad usucapionem*.

A posse exercida de boa-fé assegura ao possuidor indenização e *ius retentionis*.

Não é preciso mais!

Sob o aspecto da *lege ferenda*, ou *setentia ferenda*, estimula-se que se elaborem regras jurídicas que obriguem o Estado a cumprir a função social da posse, evitando insistência argumentativa.

5 DA INFLUÊNCIA DA POSSE NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Em vias de término deste artigo, fui abordado por alunos do curso de Direito, relatando-me das dificuldades que estão encontrando para a recepção de inventariar a *posse*, em casos de sucessão *causa mortis*.

Mudo o destino do artigo e volto minhas apreciações para o tema.

Não há dúvida de que, para Ihering ((Du rôle... Possession, p. 217 e 246; Du Corpus Possessionis ..., p. 718), a posse é dotada de economicidade: a sua destinação econômica. Assim: *posse = corpus/animus + destinação econômica (-n)*.

Na sua *Der Besitzwille (O papel da vontade na posse)*, Ihering vê no *corpus* “o modo pelo qual o proprietário usa, de fato, de sua propriedade”. Daí *corpus* e *animus (tenendi)* constituírem um só e único elemento – ao contrário de Savigny (*Traité de la possession...*, 1866, p. 2 e 313) , que os separa em dois: *corpus + animus rem sibi habendi*.

Para Ihering (*La Possession*, Cap. XI, §, p. 207), a posse é a exterioridade da propriedade. A propriedade revela-se pela “sentinela avançada” da *posse*!

Também o genial Saleilles diz que a posse é relação de apropriação econômica, e não relação de apropriação jurídica (*Étude sur les éléments constitutifs de la possession* – 1893-1894).

Inúmeras são as situações em que a função social da posse resolve conflitos até então aflitivos, como se analisou.

Ao cuidarem da concessão de uso especial para fins de moradia (objeto da previsão do inciso IX, art. 1225-CC), os arts. 13 e 27 da Lei nº 11.481/2007 permitem seja objeto de *garantia real* pelo Sistema Financeiro Habitacional, com aplicação a imóvel público (art. 25).

O *Código de Processo Civil* dispõe, no art. 620, sobre as primeiras declarações prestadas no procedimento de inventário, exige “a relação completa e individualizada de todos os bens do espólio” e a sua descrição (inciso IV) e, na alínea *g*, contempla “direitos e ações”.

O étimo inventário tem por significado o ato ou efeito de inventariar, sinônimo de arrolar, relacionar, registrar, catalogar, descrever minuciosamente. Vem do latim *inventarium*, de *invenire*, achar, encontrar. Logo, enumeração das coisas, relação, descrição de bens.

Na acepção comum, inventário é a relação e descrição de bens pertencentes a alguém ou de coisas encontradas em algum lugar.

No sentido jurídico, é como Clóvis Bevilacqua ensinou: “a descrição individuada e clara dos bens da herança, sejam móveis ou imóveis, dívidas ativas e outros direitos” – (*Comentários ao Código Civil*, v. VI – 5. ed., p. 261). Ou, mesmo, como proferiu o Des. Leão Vieira Starling: “o processo em que se fazem a descrição, a avaliação e a partilha dos bens do defunto entre os herdeiros” – *In: Inventários e Partilha* – 1. ed., 1940 – Imprensa Oficial do Estado, p. 13.

O CPC/1973 (art. 993), no inciso IV, alínea *g*, determinava a declaração dos “direitos e ações”.

Ressabe-se que a sonegação, a ocultação ou desvio de bens são faltas gravíssimas; violam o dever de descrição dos bens *de cuius*, lesando a fazenda pública, credora do Imposto de Sucessão (ITCD), que é imposto *ad valorem*.

A grave omissão motiva a remoção do inventariante – CPC, art. 622, inciso VI.

Ainda neste ano, o Superior Tribunal de Justiça, julgando o REsp. nº 1.984.847 – MG (2022/0034249-0), Relatora a eminente Ministra Nancy Andrighi, como que dando o merecido destaque ao instituto da POSSE, reconheceu:

Civil e processual civil. Direito das sucessões. Partilha de direitos possessórios sobre áreas rurais não escrituradas. Autonomia entre o direito de

propriedade e o direito possessório sobre bens imóveis. Extensão econômica do direito possessório que pode ser objeto de tutela. Partilha do direito possessório. Resolução particular da questão em relação aos herdeiros com posterior resolução da questão fundiária. Possibilidade.

O venerando acórdão coloca uma pá de cal sobre mais uma tentativa de homenagear a propriedade em detrimento injustificado da *posse*.

O que vem ocorrendo até na tutela possessória quando, desnaturando a liminar possessória prevista para a posse nova (art. 558 e seu parágrafo único – CPC), e fruto de sua origem bimilenar, substitui este procedimento especial pela tutela de urgência ou evidências, dificultando a *imediata e simples* tutela interdital, sobrepondo requisição. Segundo o procedimento especial aplicável à liminar possessória, seus requisitos estão estampados no art. 561 – CPC. Já a requisição necessária à concessão da tutela de urgência e evidência é sobremodo mais exigente e complicada: probabilidade do direito, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; exigência de caução; inexistência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

O *Código Civil*, deste século e deste milênio, preceitua:

Art. 1206. A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres.
Art. 1207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.

Então, *ex-vi legis*, há *transmissão da posse mortis causa*!

Mas se se cuidar de indagar sobre a propriedade e a posse, conjuntamente, visto que exsurge o velho e bom instituto da *saisine*,

cuja recepção já se tinha dado pelo art. 1572-CC/1916 e mantido no atual (art. 1784).

O domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.572/CC – 1.916). Ou seja, o patrimônio do *de cuius* é transmitido, valendo dizer a herança (art. 1.784-CC- 2002).

Colhamos o depoimento de Carvalho Santos:

A transmissão da propriedade e da posse não depende de nenhum ato praticado pelos herdeiros; independe de pedido ao juiz competente; ela é imediata, desde o momento da abertura da sucessão, e se verifica de pleno direito, até mesmo sem nenhuma manifestação de vontade de sua parte e à sua revelia. (SANTOS, 1977. v. XXII, p. 11, n. 3).

Já Pontes Miranda (1984, p. 16, § 5.587), explicando a origem da *saisine*, “que introduziu no direito luso-brasileiro a transmissão automática dos direitos, que compõem o patrimônio da herança”, conclui com inexorável induvidosidade: “O que era propriedade e posse do *de cujos* passa a ser propriedade e posse do sucessor a causa da morte [...]”.

Ressabe-se da existência de diversos, amplos métodos interpretativos, mas *nenhum* deles prescinde da norma, já que se não interpreta o nada.

Legem habemus!

Ou ao sabor sincrético dos romanos: “*Interpretatio illa sumenda, quae absurdum evitetur* – A exegese (interpretação) é mais aceita (acatada), quando se procura evitar os absurdos (incongruência)”.

E, por último, inadmitida a declaração dos direitos possessórios, como bens patrimoniais de caráter econômico, estar-se-ia criando um modo extralegal de extinção da posse (art.

1.223 – CC), forçando seus titulares a abdicarem de seus direitos “abandonando a coisa” possessorialmente.

Por essas razões e fundamentos, entre outros, é de admitir-se a declaração dos direitos possessórios como bens patrimoniais da herança.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA PRADO, Lúcia Reis de. Interdisciplinaridade: o saber com sabor (História de uma influência). In: GONZAGA, Alvaro de Azevedo et al. (Coord.). *Repensando e Direito*. São Paulo: RT, 2010.

BARASSI, Ludovico. *Istituzione di diritto civile*. Milão: A. Gueffré Editore, 1994.

CORTIANO JÚNIOR, Erouths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DE PAGE, Henri. *Traité*, 1º vol. 1948, n. 208.

DUGUIT, Leon. *Les Transformations Générales du Droit Puvé Depuis Le Code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912.

FIUZA, César. *Direito Civil – curso completo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GADAMER, Hans Georg. Os traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica. In: VERDADE e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GOMES, Frederico Barbosa Gomes. *Apresentação da obra de Des. Álvaro Ricardo de Souza Cruz: hermenêutica jurídica em debate*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas* (The structure of scientific revolutions) Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira – 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996 (Edição originária 1963, em inglês).

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTEL, Silvia. *Apresentação da obra (re) pensando o Direito*. Coord. Gonzaga, Álvaro de Azevedo et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PONTES MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado Parte Especial* – Tomo LV. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 1984.

RUSSEL, Bertrand. *El conocimiento humano su alcance y sus limitaciones*. *Revista do Occidente* – Madrid, Trad. Antonio Tovar, 1964.

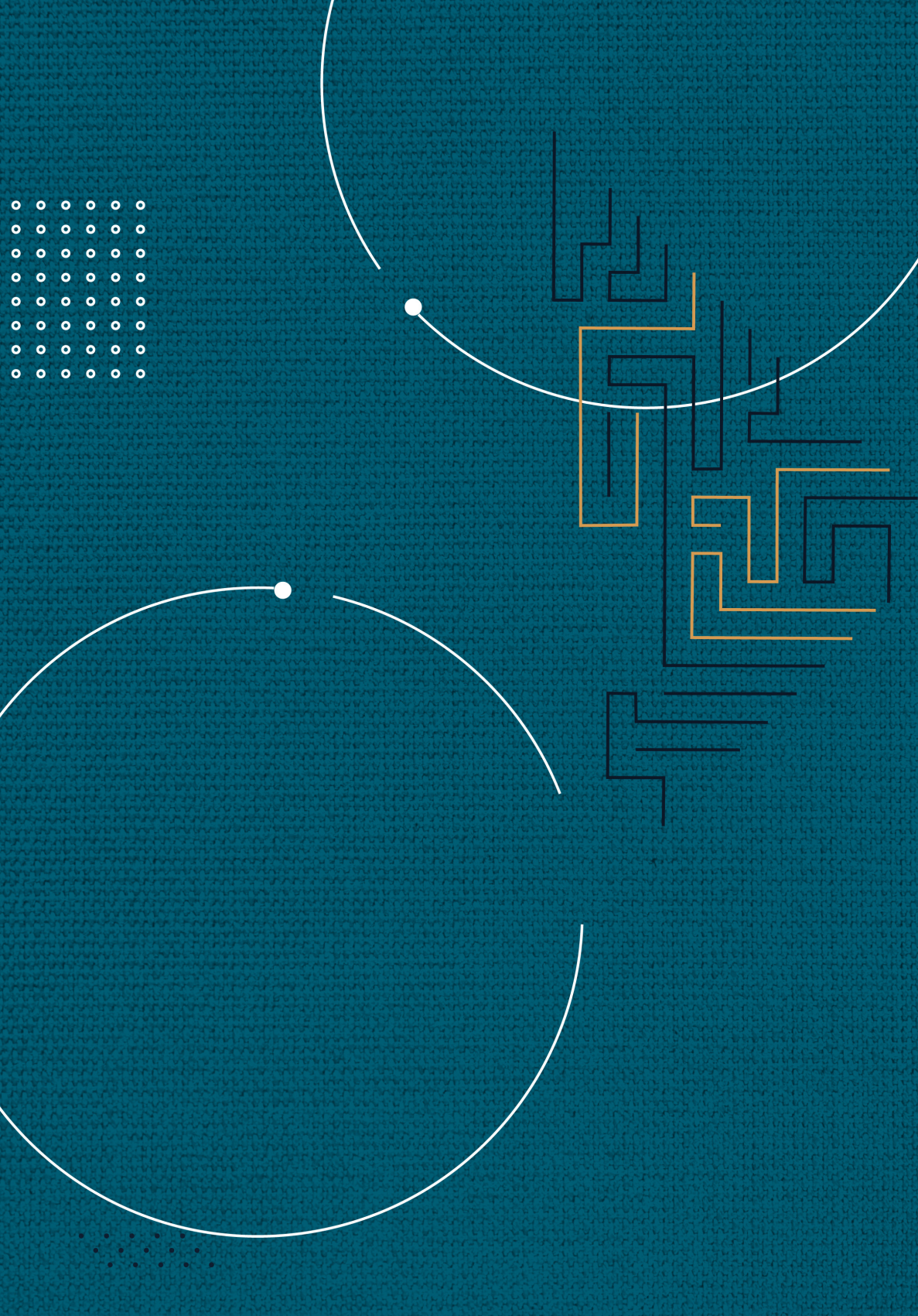
SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1977. v. XXII, p. 11, n. 3.

SOARES, Fernando Luso. *A posse – estudo de Direito Civil português – de autoria do Prof. Manuel Rodrigues* Prefácio. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1996. Ed. ver. anot. e pref. por Fernando Luso Soares.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouse GulbenKian, 1980.

Título VI

Direito de Família



CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO: análise do Provimento Conjunto nº 107/2022, que altera o procedimento em conversões com data retroativa no Estado de Minas Gerais

Ana Paula Germana Marcelino¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da conversão da união estável em casamento, com enfoque no Provimento Conjunto nº 107, publicado em 12 de janeiro de 2022, que alterou o art. 616 do Provimento Conjunto nº 93/2020 e “institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais”. Cumpre esclarecer que nos limitaremos a tratar sobre o assunto voltado à comunidade local, como forma de proporcionar e disseminar conhecimento a quem precisa, ou que possam vir a precisar, e, também, pelo fato de a lei ser omissa, criando lacunas que são preenchidas pelos provimentos, o que, na prática, implica interferências em sua aplicação a depender de cada Estado. Desse modo, ao longo do presente estudo, buscamos compreender esse fato social da constituição da família por meio da União estável, qual o procedimento para fazer a conversão da União estável em casamento, bem como a forma

¹ Bacharel em Direito pela Instituição de Ensino Superior (IES) da rede Ânima Educação. Pós-graduanda em Direito Civil e Direito Processual Civil, pela Faculdade Legale Educacional. E-mail: anapaulagermana947@gmail.com.

que o Estado de Minas tem tratado o tema, no que se refere à retroatividade do início da união, de modo a facilitar a manutenção da família, conforme prevê a lei e a Constituição Federal.

Palavras-chave: União estável. Conversão em casamento. Código Civil.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, temos visto uma popularização da União Estável, principalmente com o advento da pandemia do Coronavírus. O isolamento social e o toque de recolher propiciaram o ambiente quase perfeito para que os indivíduos pudessem se relacionar independentemente de formalização, com o objetivo de constituir família. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, além de garantir a proteção do Estado sobre o instituto, prevê que a lei, sempre que possível, deve facilitar sua conversão em casamento. Isso posto, muitos são levados pelo sonho de consolidar a união já existente, isto é, de fato, somados a uma tradição milenar, que é o casamento e, por desejar a alteração no estado civil, incluindo a busca incessante pela felicidade, buscam converter a união estável em casamento, porém, por omissão do legislador e/ou pela falta de clareza, o que era para ser simples acaba se tornando complexo, por falta de um tratamento adequado ao instituto. Se, antes dessa alteração, os companheiros que quisessem retroagir à data do início da convivência, tinham que realizar a habilitação no cartório do RCPN da cidade de residência de um dos nubentes e, ainda assim, o processo de habilitação se mostrava demorado, além de não dar margem para que os companheiros pudessem acompanhar

o andamento da solicitação, quais resultados positivos podemos obter com essa alteração?

Nesse contexto é que se tem o problema referente a essa pesquisa: quais as consequências do Provimento Conjunto nº 107/2022 no âmbito da conversão da união estável em casamento? Com a alteração, o que a população pode esperar?

Doravante, as partes envolvidas que queiram retroagir o casamento à data do início da união estável (fato), para se valer do seu direito de constituir família, devem requerê-lo de forma judicial, o que torna a situação ainda mais demorada, burocrática, dispendiosa. Isso vai contra a latente desjudicialização e, em alguns casos, é inacessível, se considerado o momento histórico que estamos atravessando.

Para responder a esse questionamento, vamos fazer uma contextualização da união estável, suas diferenças para com o casamento, o procedimento correto para sua conversão, com ênfase nas conversões de união estável em casamento de forma retroativa e/ou judicial, de modo a esclarecer o procedimento de forma clara, objetiva, com o propósito de analisar como o estado de Minas Gerais tem tratado o tema de acordo com o Provimento Conjunto nº 616 do Código de Normas, a fim de contribuir com a pesquisa científica ao pesquisar sobre um tema recorrente, que, por vezes, gera muitas dúvidas, além de compreender a realidade vivenciada pelas pessoas que procuram por tais serviços, bem como toda a parte burocrática que envolve a consolidação do ato.

Este trabalho consiste numa pesquisa exploratória, baseada no método qualitativo, adotando-se a metodologia fenomenológica-hermenêutica, bibliográfica e documental.

2 DA UNIÃO ESTÁVEL

2.1 Breve histórico

Entende-se por União Estável a relação íntima e informal entre indivíduos que não possuem qualquer impedimento matrimonial entre si, que tenham objetivo de constituir família, independentemente de os companheiros viverem sob o mesmo teto. Essa fonte das relações de família existe há séculos, porém a denominação surgiu somente com a promulgação da Constituição de 1988, pois, antes, não se falava em união estável, mas sim em concubinato puro. Tal Instituto encontra aparato legal na CF/88; no Código Civil Vigente; na Lei nº 9.278/96, que regulamenta a união estável e também a partir de edições das leis infraconstitucionais, como os provimentos.

Nesse sentido, preceitua o art. 1.723 e seguintes do CC somados a Lei nº 9.278/96:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º - A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º - As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724 - As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725 - Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726 - A união estável poderá converter-se em

casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727 - As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. (BRASIL, 2002).

Insta salientar que o concubinato ou amasiamento mencionado no art. 1.727 do Código Civil é relativo à união informal, em que os indivíduos passam a viver perante a sociedade como se casados fossem, no qual se presume a existência de impedimento matrimonial.

O concubinato não se submetia a essa previsão legal no direito romano, e somente após o período clássico, o qual era exigido a notoriedade *more uxorio*, ou seja, aos costumes de casado, que passou a ser reconhecido como instituto jurídico.

Ademais, eram comuns os matrimônios injustos, além das modalidades de casamentos justos (*iustum*) ou os reconhecidos por lei (justas núpcias), regulados pelo *ius gentium*, ou direito das gentes, que era responsável pelas ordens destinadas aos povos e aos estrangeiros. Álvaro Villaça (2011) traz como exemplo algumas situações:

- a) O casamento entre romano e peregrino;
- b) A união de fato entre a pessoa livre e o escravo;
- c) A união entre escravos.

“A essas uniões injustas entre escravos ou entre um livre e um escravo dava-se o nome de *contubernium*” (LISBOA, 2013). Já a relação estável entre um homem e uma mulher desimpedidos de contrair justas núpcias, mas sem afeição entre os envolvidos (*affectio maritalis*) e *honor maritalis*, denominava-se *concubinatus*, popularmente conhecido como concubinato ou amasiamento.

Ainda, conforme Álvaro Villaça, foi a partir da *Lex Iulia et Papua Poppaea de maritandis ordinibus*, editada pelo Imperador Augusto, que regulou o concubinato por via indireta. Tempos depois a *lex Iulia de Adulteriis* isentou a relação concubinária das penas.

Os imperadores cristãos apenas toleravam o concubinato, que foi abolido do sistema romano por determinação do imperador Leão, o sábio (886-912 d.C). Desse modo, as leis que impediam o casamento entre pessoas de classes sociais diferentes contribuíram para a disseminação do concubinato. Até então, no direito pós-clássico a concubina e o filho não tinham direito à sucessão legítima, até que o direito justiniano passou a admiti-lo de forma mais relaxada, concedendo-lhes, o direito aos alimentos.

Quanto aos povos bárbaros, esses apenas contemplavam o instituto, que, como já mencionado, era tolerado pela igreja. Com a queda de Roma, o instituto passou a ser reprovado expressamente nos Concílios de Toledo (400 d.C) e da Basiléia (431 d.C).

Por fim, o direito brasileiro, continha dispositivo referente ao concubinato, previsto nas Ordenações Filipinas, antes mesmo da edição do Código Civil, a qual mencionava que a concubina tinha o direito de meação dos bens do seu companheiro.

Nesse contexto, temos que o concubinato apresenta duas modalidades, a saber:

Concubinato natural ou puro - que nada mais é a atual união estável, uma vez que pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento entre os companheiros.

Concubinato espúrio ou impuro - É aquele que pressupõe algum impedimento para a realização do casamento civil, subdividido em:

a) Concubinato adulterino - Segundo Lisboa (2013), apresenta-se ante a existência de impedimento matrimonial de, ao menos, um dos concubinos, que se encontra casado civilmente com outra pessoa.

b) Concubinato incestuoso - Que decorre das relações concubinas entre parentes próximos, que, por conseguinte, constitui causa impeditiva para o casamento.

Aos relacionamentos intersubjetivos, sem compromissos ou deveres para os envolvidos, damos o nome de concubinagem ou união livre, é dela que trata o art. 1.727 do CC.

Além do mais, antes de ser reconhecida constitucionalmente a união estável, havia jurisprudências que diferenciavam o concubinato puro das uniões livres/concubinagem, justamente por entender que a companheira era detentora de uma posição maior de proteção, ante a inexistência de impedimentos para o casamento. Assim, algumas proibições, previstas na legislação civil de 1916, não se estendiam às companheiras, por exemplo, era proibida a doação de bens do adúltero à concubina, pois a lei é contra o concubinato adulterino, dentre outras previsões legais. Por esse motivo, vários dispositivos legais puderam ser aplicados mediante interpretação jurisprudencial, beneficiando a situação dos conviventes no século XX.

Nesse sentido, preconiza a Súmula nº 35 do Supremo Tribunal Federal sobre a questão: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.” (Supremo Tribunal Federal, 1963).

Por fim, a união estável pode ser extinta pela morte de um dos companheiros, ou por sua dissolução, que atualmente

é admitida tanto via judicial, quanto pela via extrajudicial, como veremos mais adiante.

2.1.1 Natureza jurídica

Constituem elementos da natureza jurídica da união estável:

- a) Teoria da aparência - Enquadra-se na percepção que as pessoas do mundo externo têm sobre a relação, em que se atribui a condição de casados aos companheiros, como se tivessem contraído casamento civil.
- b) Teoria da sociedade de fato - Preceitua que, em caso de dissolução, cada companheiro tem direito à sua parte do patrimônio, de acordo com o regime adotado.
- c) Teoria da Fidelidade ou lealdade recíproca - Levando em consideração o princípio da monogamia adotado pelo ordenamento jurídico pátrio e a ausência de impedimentos matrimoniais, tanto de disposição física do corpo como sob a ótica moral, nos dizeres de Roberto Senise Lisboa (2013).
- d) Inexistência de impedimento matrimonial dos companheiros/conviventes - que indica a ausência de casamento civil válido.
- e) Coabitação - A Súmula nº 382 do Supremo Tribunal Federal contém a disposição de que a vivência sob o mesmo teto não é indispensável para configuração da união estável, por esse motivo o dever de coabitação deve ser considerado, pois a união estável deve ter aparência de casamento.
- f) Informalização - Pois independe do reconhecimento do estado, isto é, não precisa necessariamente da escritura pública de união estável.

- g) Assistência material e imaterial recíproca - Envolve tanto os alimentos naturais como os alimentos civis e o dever de cooperação entre os membros.

2.1.1.1 Efeitos da união estável

Uma vez configurada a união estável e reconhecida pelo Estado-Juiz, surgem os efeitos que podem ser sociais, pessoais e patrimoniais, tal como é no casamento civil, dando origem aos direitos e deveres.

Quanto aos efeitos sociais, a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, confere proteção ao instituto, uma vez que a união estável é reconhecida como entidade familiar. Dada sua importância, a família é a base da sociedade, cabendo ao Estado criar mecanismos para sua manutenção, desenvolvimento e assistência.

Nesse sentido, Constituição Federal no artigo 226, § 8º, estabelece: “§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” (BRASIL, 1988).

No que se refere aos efeitos pessoais, cabe aos conviventes em igualdade o dever de lealdade, de respeito, de assistência e de guarda, de sustento e de educação dos filhos, além de outros já elencados no título anterior.

Ademais, é possível a adoção do nome do convivente e ainda requerer a conversão da união estável em casamento.

Enfim, os principais efeitos patrimoniais incidentes sobre a união estável, possuem uma vasta variedade, porém está diretamente ligado ao regime determinado pelo casal.

À vista disso, preceitua o artigo 1.725, CC, *in verbis*: “Na união estável, salvo em contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.” (BRASIL, 2002).

Ao adotar o regime de comunhão parcial de bens, o patrimônio adquirido por esforço comum a título oneroso comunica-se em partes iguais, a partir do termo inicial da união estável, contudo, nada impede que os conviventes pactuem por meio de contrato escrito percentuais diferentes em caso de dissolução e optem por outro regime.

São exemplos de efeitos patrimoniais: a prestação de alimentos em caso de dissolução da união estável, direito real de habitação, *et al.* Dessa maneira, expressa o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/96:

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. (BRASIL, 1996).

Portanto, cabe aos companheiros a administração de maneira igualitária e consensual dos bens adquiridos na constância da união estável.

2.1.1.1.1 Diferença entre união estável e contrato de namoro: namoro qualificado

De maneira sucinta, a união estável pode ser definida como negócio jurídico em que os companheiros decidem formalmente se unir, sem as solenidades exigidas pela lei. Ressaltando que, nesse

caso, a família já está constituída, ou seja, já existe. Já no contrato de namoro, as partes consensualmente afirmam que não existe *affectio* para os fins de constituição de família, ou seja, embora haja o desejo, a formação de um núcleo familiar é algo futuro e incerto, é como se os envolvidos não quisessem dar o próximo passo, além de não cumprir os requisitos descritos no art. 1.723 do Código Civil de 2002.

No mesmo sentido, julgou a 3ª turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao negar recurso de apelação que afastou a caracterização da união estável, sob o argumento de que o fato de duas pessoas terem um filho em comum, por si só, não configura união estável, uma vez que não havia intenção de constituição de família nos seguintes termos:

Apelação Cível. Direito Civil. Direito de Família. União estável. Requisitos legais. Não demonstrados. Namoro qualificado. Distinção. Ausência de propósito de constituição de família. Filho comum. Elemento insuficiente para qualificação da relação como união estável. Recurso conhecido e desprovido. 1. O ordenamento jurídico brasileiro, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a reconhecer a união estável como entidade familiar, gozando de proteção do Estado. 2. A demonstração da existência de união estável, da forma como definida pela legislação pátria, depende da comprovação de determinados requisitos estabelecidos pelo art. 1.723 do Código Civil, são eles: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Assim, a ausência de tais circunstâncias obsta o reconhecimento da união estável, mesmo que haja demonstração de um relacionamento amoroso, porém, sem a qualificação exigida pela lei. 3. A existência de um relacionamento amoroso, mesmo que longo e com períodos de compartilhamento e ajuda mútua entre o casal, por si só, não é suficiente para demonstrar a existência da união estável, na medida em que tal instituto deve ser distinguido do chamado namoro qualificado, onde as partes podem até conviver por um determinado período de tempo, auxiliando um ao outro, porém sem o inequívoco

propósito de constituir família (*affectio maritalis*). 4. A existência de filho comum entre o casal, não é elemento de prova suficiente para a configuração da união estável, sem que haja demonstração de que a relação vivenciada é pública, contínua e duradoura e com a intenção de constituir família. 5. À míngua de elementos probatórios firmes e seguros que demonstrem a existência de uma relação afetiva estável, contínua e duradoura, baseada no *affectio maritalis*, não é possível o reconhecimento da união estável. 6. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. (BRASÍLIA, 2022).

Logo, embora exista um vínculo amoroso e, até mesmo, filhos fruto do relacionamento, a ausência dos requisitos elencados no Código Civil, art. 1.723, impede que a união estável seja reconhecida, caracterizando-o meramente como namoro qualificado, segundo o entendimento do referido tribunal.

2.1.1.1.1 Diferença entre casamento e união estável

Entende-se por casamento o ato jurídico formado entre duas pessoas, de forma consentida, pública e formal, regulamentada pelo Estado.

Nesse diapasão, pondera, Flávio Tartuce: “O casamento é a união de duas pessoas reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseada em um vínculo de afeto.” (TARTUCE, 2022, p. 70).

Para Maria Helena Diniz, o conceito é mais amplo e tem um viés mais voltado à finalidade social, conforme veremos a seguir:

É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo, o matrimônio é a peça-chave de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país. (DINIZ, 2022, p. 23).

Já o conceito de união estável, conforme visto anteriormente, consta no art. 1.723 do Código Civil de 2002, com a seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (BRASIL, 2002).

Nos dizeres de Diniz, a união estável: “É uma união duradoura de pessoas livres e de sexos diferentes (ou de mesmo sexo – Res. CNJ nº 175/2013), que não estão ligadas entre si por casamento civil.” (BRASIL, 2022).

Acrescenta-se a isso a disposição do art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que preconiza que a lei deve facilitar sua conversão em casamento.

Não obstante, os conceitos embora parecidos não podem ser confundidos, conforme acentua Rolf Madaleno:

De qualquer modo, não há como estabelecer simetria entre o casamento e a união estável, embora se trate de institutos semelhantes, não são iguais, e suas reais diferenças não podem passar das idiossincrasias próprias de sua formação, onde pelo casamento, por sua absoluta formalidade para a sua constituição, assumem precedentemente os cônjuges, pública e formalmente, a sua relação, enquanto para a mútua convivência está reservada a completa ausência da intervenção estatal. (MADALENO, 2021, p. 1.225).

Pois bem, a primeira diferença no que tange a união estável, diz respeito à inexistência da solenidade exigida pela lei. A segunda é que a união estável não altera o estado civil dos companheiros. Outrossim, a formalização da união estável é feita no cartório de Notas, enquanto o casamento é requerido no cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, do local de residência de um

dos cônjuges, além de ser realizada por um Juiz de Paz, ou líder religioso, em pleno exercício de suas funções. Insta salientar que, diante da ausência de impedimento matrimonial, podemos nos deparar com o seguinte estado civil dos conviventes:

- a) ambos solteiros;
- b) um solteiro e o outro viúvo;
- c) ambos viúvos;
- d) um solteiro e o outro divorciado;
- e) ambos divorciados;
- f) um viúvo e o outro divorciado;

Uma vez lavrada a escritura pública de união estável, é facultada às partes fazer o registro no Livro-E, que tem a função de conferir publicidade à união existente.

Outro aspecto que distingue a união estável do casamento está relacionado aos deveres dos cônjuges e/ou companheiros. Na união estável, os companheiros devem obedecer ao dever de lealdade, de acordo com o art. 1.724 do CC, enquanto no casamento o dever é de fidelidade recíproca entre os cônjuges, segundo o art. 1.566 do mesmo código. No entanto, a jurisprudência não é uníssona ao tratar o tema ao considerar que o dever de fidelidade integra o conceito de lealdade, preservando o princípio da monogamia, defendido pela legislação pátria.

Dessa maneira, o período de tempo entre a separação de fato pode ser computada para fins de reconhecimento da união, porque segundo Álvaro Villaça, no período da separação de fato desaparece a afeição entre os cônjuges, entretanto, não é admitido o reconhecimento da união estável por parte de uma pessoa casada, pois, como vimos, seria considerado concubinato. Entretanto, em conformidade com o art. 94, “a”, da Lei nº 14.382 de 2022:

Não poderá ser promovido o registro, no Livro E, de união estável de pessoas casadas, ainda que separadas de fato, exceto se separadas judicialmente ou extrajudicialmente, ou se a declaração da união estável decorrer de sentença judicial transitada em julgado. (BRASIL, 2022).

Por último, a união estável se extingue por sua dissolução ou pela morte de um dos companheiros. Enquanto o casamento somente pode ser extinto pelo divórcio ou pela morte de um dos cônjuges ou ainda pela nulidade ou anulação do casamento, segundo o art. 1.571 do Código Civil de 2002.

3 DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

Finalmente chegamos ao principal foco do trabalho, a facilitação da conversão da união estável em casamento, que, hodiernamente é admitida quer seja de forma administrativa, quer de forma judicial, ficando a cargo dos conviventes eleger a via que melhor satisfaça seus interesses.

A conversão da união estável é importante, pois sabemos que para o casamento, o Estado exige formalidade, o que muitas vezes não condiz com o orçamento familiar, levando muitas pessoas a se unir por meio de uniões livres até que uma das partes decide proceder à sua formalização, isto é, converter a união em casamento.

Trata-se de uma garantia constitucional que confere aos conviventes a possibilidade de a qualquer momento consolidar a relação pré-existente, justamente por pressupor inexistência de impedimentos conforme vimos nos capítulos anteriores. Todavia, nessa modalidade, dispensa-se a celebração.

Assim, prevê a segunda parte do art. 226, § 3º, da CF/88, que sempre que possível a lei deve facilitar sua conversão em casamento, pois é considerada como entidade familiar conforme veremos a seguir: “[...] § 3º 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.” (BRASIL, 1988).

Para a conversão da união estável via administrativa, basta os interessados comparecerem ao RCPN (Registro Civil de Pessoas Naturais) e o procedimento ocorrerá nos mesmos moldes que a habilitação para casamento, analisando as causas suspensivas e impeditivas que regem o casamento. Dessa maneira, as partes devem estar munidas das seguintes documentações:

a) certidões que comprovem o atual estado civil - expedidas em menos de

90 dias;

b) documento pessoal com foto;

c) comprovantes de endereço emitidos em data inferior a 90 (noventa) dias;

Caso um dos noivos não tenha nenhum comprovante de endereço em seu nome, a parte deve preencher um formulário que é entregue pelo próprio cartório, devendo fazer reconhecimento de firma da assinatura. Pode ocorrer ainda, do(a) nubente não puder comparecer na habilitação ou na celebração do casamento. Se assim acontecer, basta apresentar uma procuração, que conste tal informação. Ademais, caso o regime de bens seja diverso da comunhão parcial de bens, faz-se necessária a apresentação do pacto antenupcial, lavrado no cartório de notas. Uma vez cumpridos todos os requisitos, na data escolhida pelos nubentes será lavrado o registro no livro B corrente do respectivo cartório, sem a indicação

da data do início da união, conforme dispõe o parágrafo 4º do art. 70-A da Lei nº 6.015/73 cumulada com a Lei nº 14.382/22, ou seja, o efeito é a partir da lavratura do assento de casamento - *ex nunc*.

Lembrando que, nesse caso, é dispensável a celebração e a assinatura dos nubentes.

Quanto à via judicial, o intuito é desmistificar e principalmente apresentar todo o procedimento, em que se pese no estado de Minas Gerais, incluindo as alterações feitas recentemente, pelo Provimento Conjunto nº 107/2022 que alterou o art. 616 do Código de Normas do TJMG, que trata do tema e serve como complemento ao Código Civil e Constituição Federal.

O primeiro ponto que gostaríamos de enfatizar é que a legislação é omissa, restando à legislação infraconstitucional a responsabilidade regulamentar e tratar o tema, que, por conseguinte, acaba sendo aplicada de maneira distinta em cada Estado da federação, gerando acalorada discussão sobre o tema.

Outrossim, enquanto em alguns estados como o Paraná, por exemplo, permite que a conversão com data retroativa ao início da união seja feita em cartórios por meio de entrevistas, outros como o de Minas passaram a aderir a conversão com data retroativa à união apenas via judicial, o que torna o processo mais oneroso, demorado e que vai contra a latente desjudicialização de demandas. Vale destacar que a Lei nº 6.015/73, que regulamenta os Registros Públicos, nada menciona sobre o assunto, deixando a cargo dos oficiais a faculdade de realizar ou não o procedimento em seu cartório.

Ante o exposto, o art. 616 do Código de Normas que regulamenta os serviços notariais passou a vigorar a partir de 12 de janeiro de 2022 com a seguinte redação:

Art. 616. A conversão em casamento, com reconhecimento da data de início da união estável, deverá ser pleiteada pelas partes, representadas por advogado, ao juízo da unidade judiciária de família e, onde não houver, ao juízo da unidade judiciária competente para as ações cíveis.

Parágrafo único - Após o reconhecimento judicial, o oficial de registro lavrará, no Livro 'B', mediante apresentação do respectivo mandado, o assento da conversão de união estável em casamento, do qual constará a data de início da união estável. (Nova redação dada pelo Provimento Conjunto nº 107/2022).

Uma vez expedido o Mandado, via de regra, cabe às partes encaminhar ao Cartório de Registro Civil o Mandado ou sentença com força de Mandado, além das cópias das certidões que comprovem o estado civil e a certidão de trânsito em julgado, porém, em casos específicos, a própria secretaria do fórum pode encaminhar o respectivo mandado.

Estando todos os documentos corretos, é lavrado o assento de conversão da união estável em casamento que constará os dados do juízo, data da sentença e o termo inicial da união.

É importante destacar que na certidão apenas constará a seguinte informação: “Nos termos da Lei Federal nº 9.278 de 10/5/1996, art.1.726 do Código Civil brasileiro e Provimento nº 190 de 11/8/2009 da Corregedoria-Geral de Justiça Conversão da União estável em casamento com termo inicial em (data do início da união)”.

A priori, as conversões com data retroativa poderiam ser feitas no Cartório de Registro Civil, utilizando-se do mesmo procedimento de habilitação, a diferença é que o próprio oficial se encarregava de levar os processos ao Juiz e assim o processo era instaurado e analisado de acordo com os art. 381 e 382 do

Código de Processo Civil. Dessa forma, os cartórios atuavam como verdadeiros facilitadores.

Dessarte, a partir da mudança, os interessados por essa modalidade e que queiram se valer dos efeitos retroativos (*ex tunc*), devem se valer de advogado e propor a ação na Vara de Família e, na ausência dessa, será competente a unidade judiciária destinada às questões cíveis. Uma vez reconhecida a conversão da união estável em casamento, será lavrada no livro B, desde que apresentado o mandado. Dessa maneira, constará no registro a data do início da união, dispensando-se também a celebração.

Temos notado que a partir da mudança, em Uberlândia, por exemplo, a maior parte das conversões de união estável com data retroativa atualmente, são advindas dos Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania (CEJUSC), onde são realizados mutirões que ocorrem de tempos em tempos, para atingir tal finalidade, entretanto as vagas são limitadas. Não estamos aqui para criticar, porém se percebe que, ao tratar o tema, o legislador sempre transfere a responsabilidade para outrem.

Em suma, seria mais fácil aos coniventes casarem-se, em vez de converter a união em casamento, já que em algumas cidades, o prazo entre a habilitação/marcação e a celebração pode ser no mínimo de 6 (seis) e máximo 91 (noventa e um) dias úteis, o que seria mais rápido e menos burocrático.

Nesse contexto, segundo Gonçalves (2021, p. 254):

A determinação para que a conversão seja judicial e não administrativa dificultará o procedimento, ao invés de facilitá-lo, como recomenda a norma constitucional. Na prática continuará sendo mais simples as pessoas casarem diretamente do que converterem sua união estável em casamento. (GONÇALVES, 2021, p. 254).

No mesmo sentido, explica Azevedo:

Tanto no sistema anterior (do art. 8º da Lei de 1996) como no do atual Código Civil (art. 1.726) os incômodos são tamanhos, seja com a tramitação do processo de habilitação ou com o aguardo da decisão judicial, que mais fácil seria aos companheiros submeter-se ao processo de habilitação não para conversão de sua união estável em casamento, mas para casar-se. (AZEVEDO, 2019, p. 178).

Ademais, a Lei nº 14.382/22, art.70-A, parágrafo 6º, também menciona que a data do início da convivência não constará no registro, exceto no caso de prévio procedimento eletrônico realizado perante o oficial de registro civil, porém, não houve o cuidado em esclarecer o que vem a ser esse procedimento eletrônico e até o momento não há nenhuma regulamentação que verse sobre o tema, nem mesmo pelo CNJ.

Certamente, a nova redação dada pelo Provimento nº 107/2022 não se encontra em conformidade com a Constituição, nem tampouco procurou facilitar para os conviventes a conversão, como ocorre em outros estados, que buscam realizar tal procedimento de forma administrativa, diretamente no cartório, já que esses lidam com questões por vezes mais complexas, ao realizarem determinados procedimentos, em que, além da análise da documentação, é realizada entrevista com o(s) interessado(s).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos, ao longo do presente estudo, analisar as consequências advindas com a alteração do Provimento Conjunto nº 107/2022, em que se pese no Estado de Minas Gerais. Desse modo, podemos observar que a união estável, entendida como a

união pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família, é um instituto milenar que se perpetua ao longo dos anos, porém, somente foi reconhecida tempos depois, devido ao próprio sistema da época. O casamento, por sua vez, diz respeito à união entre duas pessoas que devem respeito, comunhão plena de vida e fidelidade recíproca entre si, mediante o devido reconhecimento do estado. Entretanto, tais conceitos, apesar de servirem de base para a formação familiar, não podem ser confundidos, pois, se assim fosse, não haveria a necessidade de converter a união estável em casamento. Tanto é assim, que a própria Carta Magna tratou de mencionar que é dever da lei facilitar sua conversão em casamento.

Assim, temos que a conversão da união estável é o meio pelo qual os conviventes formalizam/consolidam a união pré-existente. Atualmente, existem duas vias para atingir esta finalidade: a via administrativa, feita nos moldes da habilitação para casamento nos cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, ou a via judicial, que é o principal foco deste artigo.

O procedimento judicial, que, por si só, tende a ser complexo, burocrático, e como bem sabemos, demorado, devido à alta demanda processual, principalmente em estados grandes como o de Minas Gerais. Ademais, as lacunas existentes na própria lei que disciplina a matéria, as questões relacionadas à união estável e, por conseguinte sua conversão, devem ser complementadas com legislações infraconstitucionais, desse jeito, o mesmo tema pode receber tratamento diferente a depender do estado, por falta de disposição em contrário. Como vimos, em alguns estados a conversão de união estável com data retroativa é admitida em cartório. Já em Minas Gerais, a partir do dia 10 de janeiro de 2022, foi instituída, por meio do Provimento Conjunto nº 107/2022 do

TJMG, a exigência da união estável com data do início da união apenas via judicial. Mas de acordo com o mencionado, e levando em consideração a realidade social enfrentada pela população, podemos concluir que a mudança proporcionada pelo Provimento Conjunto nº 107/2022, passando a exigir a conversão da união estável a partir da data do início da união apenas via judicial, não facilitou como recomenda a lei, para os envolvidos; antes, trouxe mais inconvenientes tanto práticos, quanto financeiros às partes.

Dessarte, para suprir a falta de clareza e omissão, o legislador, além de especificar todo o procedimento a ser seguido neste caso e tornar uníssona a legislação pertinente ao assunto, deveria permitir, também, ao menos nesse período de incertezas, que as conversões que constam a data de início das relações, possam ser feitas diretamente em cartório de Registro Civil, por meio de entrevistas e análises de documentação que comprove o início da união, por meio do mesmo processo realizado na habilitação para casamento, uma vez que não existe nenhuma disposição em contrário, e que os cartórios têm competência para realizar procedimentos, por vezes até mais complexos, que a própria conversão de união estável em casamento. Portanto, seria uma forma de verdadeiramente facilitar, direcionar e conferir maior segurança jurídica, além de facilitar o entendimento tanto da população, quanto dos operadores do direito que lidam diariamente com a questão.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Letícia F. M. *Necessidade de regulamentação sobre a data do casamento na conversão administrativa da união estável em casamento*. Curitiba: IRPEN - Instituto do Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado do Paraná, 2014. Disponível em: <https://www.irpen.org.br/site/conteudo-artigo/106>. Acesso em: 12 out. 2022.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609727/>. Acesso em: 5 jun. 2022.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Atlas, 2011.

BEZERRA, Beatriz Mendes. União estável: origem e conceito. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/93570/uniao-estavel>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. *Código Civil*. 34. ed. São Paulo: Rideel, 2022a.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 34. ed. São Paulo: Rideel, 2022b.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *DOU*, Brasília-DF, 31 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996*. Regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. 34. ed. São Paulo: Rideel, 2022.

BRASIL. Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp); altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e 13.465, de 11 de julho de 2017; e revoga a Lei nº 9.042, de 09 de maio de 1995, e dispositivos das Leis nºs 4.864, de 29 de novembro de 1965, 8.212, de 24 de julho de 1991, 12.441, de 11 de julho de 2011, 12.810, de 15 de maio de 2013, e 14.195, de 26 de agosto de 2021. *DOU*, Brasília-DF, 05 jan. 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14382.htm#art11. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão 1435718, 07059749020198070017. Relatora: Ana Maria Ferreira da Silva. *DJe*, Brasília, DF, 19 jul. 2022. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 29 out 2022.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL MINAS GERAIS. TJMG. Provimento Conjunto nº 93/2020 atualiza o Código de Normas que regulamenta os serviços notariais e de registro de Minas Gerais. 23 de jun. de 2020. Disponível em: <https://cnbmrg.org.br/tj-mg-provimento-conjunto-n-93-2020-atualiza-o-codigo-de-normas-que-regulamenta-os-servicos-notariais-e-de-registro-de-minas-gerais/>. Acesso em: 4 jun. 2022.

DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família*. v. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598681/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2022. v. 6. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622258/>. Acesso em: 5 jun. 2022.

GONÇALVES, Carlos R. *Direito Civil brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590210/>. Acesso em: 14 jun. 2022.

LISBOA, Roberto S. *Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

MAIA, Enio da Silva. Contrato de união estável e a (ir)retroatividade dos efeitos patrimoniais. *Conteúdo Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48522/contrato-de-uniao-estavel-e-a-ir-retroatividade-dos-efeitos-patrimoniais>. Acesso em: 16 nov. 2022

MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de metodologia da pesquisa científica*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/>. Acesso em: 6 jun. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Provimento Conjunto nº 107/2022. Altera o art. 616 do Código de normas que trata da conversão da união estável em casamento. 13 jan. 2022. *Diário do Judiciário eletrônico*, 12 jan. 2022. Disponível em: <https://recivil.com.br/provimento-conjunto-no-107-2022-altera-o-art-616-do-codigo-de-normas-que-trata-da-conversao-de-uniao-estavel-em-casamento/#:~:text=616.,competente%20para%20as%20a%C3%A7%C3%B5es%20c%C3%ADveis>. Acesso em: 24 maio 2022.

MUTIRÃO para conversão de união estável em casamento ocorre em janeiro em Patos de Minas. *G1 Triângulo e Alto Paranaíba*, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/mg/triangulo-mineiro/noticia/2021/12/30/mutirao-para-conversao-de-uniao-estavel-em-casamento-ocorre-em-janeiro-em-patos-de-minas.ghtml>. Acesso em: 9 out. 2022.

PARENTE, Fernanda A. *Conversão da união estável via judicial e via administrativa e seus efeitos jurídicos*. 2019. Trabalho de Conclusão de curso de Direito. Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019.

PEREIRA, Tarlei Lemos. Análise acerca dos efeitos da conversão da união estável em casamento. *RKL Advocacia*, 2022. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/analise-acerca-dos-efeitos-da-conversao-da-uniao-estavel-em-casamento/>. Acesso em: 10 out. 2022.

RECIVIL. É incabível o reconhecimento de união estável paralela. 2022. Disponível em: <https://recivil.com.br/e-incabivel-o-reconhecimento-de-uniao-estavel-paralela-ainda-que-iniciada-antes-do-casamento/>. Acesso em: 12 out. 2022.

RECIVIL. União estável em breves considerações jurídicas. 2021. Disponível em: <https://recivil.com.br/artigo-uniao-estavel-em-breves-consideracoes-juridicas/>. Acesso em: 6 jun. 2022.

TARTUCE, Flávio. A Lei nº 14.382/22 e o tratamento da conversão da união estável em casamento. *Migalhas*, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/372608/lei-14-382-22-e-tratamento-da-conversao-da-uniao-estavel-em-casamento>. Acesso em: 9 out. 2022.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. v. 5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993818/>. Acesso em: 5 jun. 2022.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. v. 5. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643578/>. Acesso em: 15 nov. 2022.



O DIREITO DE FAMÍLIA E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

César Fiuza¹

RESUMO

O presente texto visa ao estudo dos princípios fundamentais do Direito de Família. Parte-se de uma definição do que seja princípio, fazendo-se a distinção entre princípios e regras, inclusive das regras que possam ser deduzidas dos princípios. Na sequência, são introduzidos os princípios propriamente ditos, partindo-se do princípio da dignidade humana e prosseguindo para os princípios da função social da família, do pluralismo, da solidariedade, da proteção especial, da igualdade, da dissolubilidade do vínculo, e, finalmente, da afetividade e da monogamia. Em relação a estes dois últimos, discute-se se seriam mesmo princípios.

Palavras-chave: Direito. Família. Princípios fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

De plano, é interessante definir aqui o que seja princípio. Princípios são, em palavras bem simples, normas gerais e fundantes que fornecem os pilares de determinado ramo do pensamento científico ou do ordenamento jurídico. Informam, portanto, o cientista ou o profissional do Direito. Daí o nome princípios

¹ Doutor em Direito pela UFMG. Professor de Direito Civil na UFMG. Professor emérito da Academia Militar de Minas Gerais. Advogado e consultor jurídico. Ocupa a cadeira 14 na Academia Mineira de Letras Jurídicas. E-mail: cesar@cesarfiuza.com.br.

informadores, porque informamos fundamentos dos quais devemos partir. São gerais porque se aplicam a uma série de hipóteses, e são fundantes, na medida em que deles se pode extrair um conjunto de regras, que deles decorrem por lógica. Assim, do princípio do pluralismo, pode-se deduzir a regra de que a família baseada na união estável deve receber o mesmo tratamento que a família baseada no casamento. Do princípio da igualdade, extrai-se a regra de que pai e mãe exercem com iguais direitos e deveres o poder familiar. Obviamente, as regras que se deduzem de um princípio, ou já estão positivadas em lei, como esta última, ou se deduzem de inferência lógica, sem que se possa, evidentemente, extrair detalhes que não sejam dedutíveis por processo lógico imediato. Em outras palavras, o intérprete não pode deduzir detalhes de um princípio, que só ao legislador seja lícito positivar. Por exemplo, do princípio do melhor interesse da criança, pode-se inferir a regra de que seja melhor inseri-la numa escola interna, do que deixá-la nas ruas, a Deus dará. Mas, definitivamente, não se pode daí inferir que a escola interna deva ser necessariamente estadual, ou federal, enfim, não se podem inventar detalhes normativos, que não sejam dedução imediata do princípio, por meio de um processo lógico-racional.

Dito isso, vejamos os princípios mais importantes do Direito de Família.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A família deve ser, em tese, o ambiente para o desenvolvimento fisiopsíquico saudável do ser humano. É junto à família que nos sentimos bem, protegidos, embora nem sempre

o meio familiar seja de todo saudável. Uma família normal é, na melhor das hipóteses, um agrupamento de neuróticos, que podem se fazer muito bem, podem se amar intensamente, mas podem também se odiar e se fazer muito mal. É importante que se diga isso, para não ficar nenhum mal-entendido. Família não é *locus* de amor e de afeto, pelo menos não só.

A família, bem ou mal, é o local em que melhor se desenvolve a personalidade. Lembremos que toda pessoa humana é um ser em formação e em transformação. Cada um de nós é idêntico a si mesmo, por si só um fim.

Pelo princípio da dignidade humana, a família passa a ser vista como o ambiente para o livre desenvolvimento da personalidade. Pode ser invocado em muitas situações diferentes no Direito de Família. Pode-se invocá-lo, por exemplo, para garantir ao filho de proveta o direito de saber sua paternidade biológica; para garantir aos filhos pensão alimentícia adequada; para inserir um órfão em família substitutiva e assim por diante.

3 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

O princípio da função social é derivado do princípio da dignidade humana. Função social é função e é princípio. A família desempenha uma função, qual seja, servir de amparo ao desenvolvimento da pessoa. Já o princípio da função social da família dita que esta função social deverá ser preservada, a fim de garantir a cada um dos membros da família a possibilidade de promover sua personalidade, o que, sem dúvida, ocorre melhor no ambiente familiar. É, por exemplo, com fundamento no princípio da função social da família, que a Lei 8.009/1990 garante à célula

familiar a impenhorabilidade do imóvel residencial. É também com fundamento no princípio da função social da família que um menor abandonado é reencaminhado a seus pais, devendo o Estado prestar-lhes assistência, para que esta família se mantenha, de um modo ou de outro.

4 PRINCÍPIO DO PLURALISMO

Até muito recentemente, a família era objeto de estrito enquadramento jurídico, moral e religioso. Só se considerava família legítima aquela constituída pelo casamento. Mesmo a família, em sentido mais amplo, constituída pelos parentes ligados por um vínculo ancestral comum, mesmo essa família só seria legítima se permeada pelas justas núpcias.

A partir de meados do século XX, a Revolução Industrial começa a afetar a moral familiar. Nos anos 60, ocorre a chamada Revolução Sexual. As relações sexuais deixam de ser consideradas pecaminosas e erradas. As pessoas começam a se despir de muitos preconceitos religiosos. Outras formas de família começam a ser aceitas.

No Brasil, de suma importância foi a Constituição de 1988, que consagrou a família plural, desvinculando a célula familiar do casamento e admitindo expressamente outras modalidades de família. A união estável, por exemplo, só foi amplamente aceita a partir do texto constitucional de 1988.

Há quem afirme que a Constituição, ao tratar da família, seria restritiva, não ampliativa. Não creio, porém, haver razão nessa corrente. A uma, porque a Constituição sequer define o que seja família. A duas, porque não estabelece um grupo fechado com as

modalidades possíveis. Ao não definir, a Constituição abre o rol de possibilidades, o que fica claro com a admissão expressa da união estável.

Dito isso, o princípio do pluralismo dita que há várias formas de família e, desde que nos limites da Lei, têm que receber proteção legal e respeito da coletividade.

É, por exemplo, com base no princípio do pluralismo que o STF julgou ser família a união estável de pessoas do mesmo sexo. É com base nesse princípio que, hoje em dia, começa a ser questionado um outro princípio, o da monogamia.

5 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Em palavras bem simples, de acordo com o princípio da solidariedade, cada membro da família deve prestar amparo aos demais, deve respeitar o outro e a forma que elegeu para promover sua personalidade, desde que lícita. Obviamente, ninguém tem que aceitar que um membro da família seja traficante de drogas ou pedófilo. A solidariedade assenta-se na tolerância e no amor ao próximo. O tema é muito controverso, porém. Seria condenável a família que não aceite o filho travesti? É muito fácil falar, quando não tenhamos que vivenciar a situação. Eu, particularmente, aceitaria. Mas o simples fato de A, B ou C aceitarem, não significa que seja muito simples para todos os demais. É fácil exigir tolerância dos outros. Mas vencer as barreiras sociais e, principalmente, as psicológicas é muito difícil. A solidariedade serve até para isso, ajudar a cada um e a todos nessa luta por derrubar muralhas milenares de preconceitos e fobias.

O princípio da solidariedade pode ser invocado em várias

situações. É com base nele, por exemplo, que o cônjuge ou o companheiro detém até o fim da vida o direito de pedir pensão do outro, mesmo que já há muito separados.

6 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO ESPECIAL

O princípio da proteção especial refere-se precipuamente às relações paterno-filiais, mas não só; também os idosos hão de ser sujeitos passivos dessa proteção, além dos doentes e deficientes mentais, enfim, de todos aqueles que não tenham condições de gerir sua própria vida, seja no aspecto patrimonial, seja no aspecto existencial.

As relações familiares devem pautar-se pelo melhor interesse dessas pessoas, o que significa que a família deve fornecer-lhes, na medida do possível, condições para que tenham vida digna, para que possam promover sua personalidade.

São subprincípios da proteção integral o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como o princípio da parentalidade responsável.

Toda decisão concernente à vida (patrimônio e existência) de uma criança ou de um adolescente deve ser tomada tendo em conta seu melhor interesse. Como vimos, esse princípio também se aplica aos idosos, doentes e deficientes mentais.

Por outro lado, o nascimento de um filho implica para os pais obrigações na esfera patrimonial e existencial, no sentido de garantir o bem-estar e a vida digna da criança. Este é o princípio da parentalidade responsável. O não cumprimento dessas obrigações pode importar a suspensão ou mesmo a perda do poder parental.

Concluindo, deve ser ressaltado que o princípio da proteção

especial tem muito a ver com o princípio da solidariedade.

7 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade diz respeito tanto aos sexos quanto aos filhos. Assim, homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, bem como os filhos também o são, pouco importando sua origem, se do casamento ou não. A igualdade entre homens e mulheres aplica-se evidentemente às relações entre marido e mulher, companheiro e companheira.

Em relação a este princípio, é fundamental que se esclareçam alguns pontos.

Em primeiro lugar, muitas vezes será necessário tratar desigualmente os desiguais, exatamente para os igualar. O juiz não poderá ponderar com os mesmos pesos e medidas a situação do homem e da mulher, numa relação conjugal, sob pena de deixar a mulher, como regra, em condições muito piores. Por isso mesmo, é que, por vezes, são decretados alimentos temporários, até que a mulher possa se estabelecer e tenha condições de se manter por si mesma. Logicamente, se ficar comprovado que o homem é sustentado pela mulher, pode ser o caso, se bem que raro, de ser ele o detentor do direito a alimentos.

Por óbvio que o princípio da igualdade não se aplica pura e simplesmente nas relações conjugais. Sua aplicação dependerá da lei e do bom senso. O juiz não poderá, como regra, imiscuir-se nas relações íntimas ou cotidianas (domésticas) do casal, para aí impor a igualdade. É óbvio que esse princípio não tem aplicação nas relações afetivas, sexuais, íntimas. Essa é uma esfera em que o princípio da autonomia privada deve prevalecer sobre o princípio da igualdade.

Há que lembrar que a liberdade é tão direito fundamental quanto a igualdade.

Nas relações pais e filhos, o princípio da igualdade aplica-se com cautela também. Assim, não pode haver discriminação entre filhos, sejam havidos no casamento ou não. Mesmo os filhos incestuosos são filhos e têm os mesmos direitos que os demais, sendo vedada qualquer designação que possa sugerir sua origem (incestuoso, natural, adulterino, etc.). Nem os filhos adotivos podem receber tratamento diferenciado. Uma vez concedida a adoção, o adotado torna-se filho como outro qualquer, com os mesmos direitos e deveres.

Apesar disso, não se aplica o princípio da igualdade nas relações de afeto. A lei não pode obrigar os pais a gostarem de todos com a mesma intensidade. Até admite o tratamento desigual, na distribuição da parte disponível da herança, por exemplo, como fruto dessa legítima desigualdade afetiva. Por vezes, nem se cuidará propriamente de predileção pura e simples. Os pais podem, por exemplo, preocuparem-se mais com um filho do que com o outro. De todo modo, essa é uma esfera de autonomia privada, em que não se aplica o princípio da igualdade. Seria o cúmulo do absurdo falar pura e simplesmente em eficácia horizontal do princípio da isonomia nas relações paterno-filiais. Se a Constituição fala em igualdade entre filhos, seguramente não é neste sentido, mas no de que não possam ser discriminados os filhos do casamento, em relação aos demais; no sentido de que não possam receber partes desiguais da herança legítima. Não no sentido de que não possam ser tratados desigualmente nas relações afetivas. Infelizmente, as preferências dos pais por um ou outro filho ocorrem mesmo. Fazem parte da humanidade. Não é o dinheiro que resolverá os traumas

causados ao preterido e ao predileto, que, por vezes, sofre danos maiores que o preterido. O Código Civil, aliás, permite o tratamento hereditário desigual, na medida em que os pais possam atribuir a parte disponível da herança a apenas um dos filhos. Nada há de ilegítimo nisso, nem nada que os demais possam fazer. Se há relações desiguais por excelência, são elas as filiais. Como exigir que os pais tratem os filhos da mesma maneira? Pais são seres humanos, por natureza imperfeitos. Por um lado, a exigência de um tratamento cegamente igualitário entre os filhos poderia até desigualá-los, uma vez que são naturalmente diferentes. Um é mais propenso a esportes, o outro às artes, o outro às línguas estrangeiras. Como é que aquele que tinha toda a propensão para os esportes poderá exigir indenização de seus pais, por não o terem matriculado no mesmo curso de alemão, que propiciaram ao outro filho? A ideia por si não convence. Questões como esta não podem e não devem ser objeto de ação judicial. A Justiça simplesmente não é o ambiente adequado para solucioná-las, tampouco será uma soma em dinheiro que resolverá o problema.

Por outro lado, não se pode admitir tratamento desigual em relação ao dever de amparo, de cuidado. Não se pode admitir que um filho seja criado como príncipe, enquanto o outro como servo. Um estuda na melhor escola, faz intercâmbio no exterior, anda de carro com motorista, veste as melhores roupas, come filé mignon e camarão, enquanto o outro estuda em escola pública, anda de ônibus, veste as roupas mais baratas e come angu com carne de segunda. É o conto de Cinderela realizando-se na vida real. E o pior é que isso ocorre, principalmente quando os pais se separam. Pode ocorrer que o pai venha a se casar novamente e que os filhos do segundo casamento recebam esse tratamento de luxo, enquanto

os filhos da primeira união recebam uma magra pensão. Como no conto de Cinderela, pode ser que a mãe não tenha sequer forças para lutar por um aumento da pensão e o tratamento desigual permaneça por toda a vida. No conto infantil, Cinderela foi compensada pela fada madrinha. Na vida real, porém, não há fadas. Quem haverá de compensar esse filho? O Judiciário, por óbvio, condenando o genitor desidioso. Nesse sentido, aliás, a decisão da Min. Nancy Andrighi, no REsp 1.159.242-SP:

Danos morais. Abandono afetivo. Dever de cuidado. O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Isso porque o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia), importa em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Consignou-se que não há restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e ao consequente dever de indenizar no Direito de Família e que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento pátrio não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas concepções, como se vê no art. 227 da CF. O descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão. É que, tanto pela concepção quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*. É consabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.). O cuidado, vislumbado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. A ministra relatora salientou que, na hipótese, não se discute o amar – que é uma faculdade

– mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. Ressaltou que os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurtem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. Com essas e outras considerações, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais de R\$ 415 mil para R\$ 200 mil, corrigido desde a data do julgamento realizado pelo tribunal de origem. (BRASIL, 2012).

Embora se mencione abandono afetivo, trata-se efetivamente de inadimplemento do dever de cuidado, ou, por outro lado, como fica muito claro no acórdão, atentado ao princípio da igualdade, com a reprodução do conto de Cinderela na vida real. No caso, a fada madrinha foi o Judiciário, que compensou a filha desprestigiada com uma indenização em dinheiro. Na história infantil, Cinderela também foi recompensada com bens materiais (roupas, carruagem, criados e, por fim, um belo provedor e um castelo). O acórdão deixa bem claro que não se discute o amor, o afeto, mas o dever de cuidar. Não podemos admitir a reprodução do conto da Gata Borralheira na vida real. Neste sentido, está corretíssima a decisão do STJ. Sua falha é falar em abandono afetivo, quando disso não se trata. Nas relações de afeto, não se pode exigir igualdade.

8 PRINCÍPIO DA DISSOLUBILIDADE DO VÍNCULO

Em substituição ao antigo princípio da indissolubilidade do casamento, vigora hoje, em sentido diametralmente oposto, o princípio da dissolubilidade do vínculo, seja matrimonial, seja decorrente da união estável. Não havendo mais vontade ou interesse de manter a vida a dois, não pode o casal ser obrigado a viver maritalmente. É com base neste princípio, por exemplo, que é possível que ocorra o divórcio, mesmo sem a partilha de bens, que pode se dar em momento posterior.

A terminologia aqui é difícil. Não se pode falar em vínculo matrimonial, uma vez que o princípio também se aplica à união estável. O adjetivo conjugal tampouco serve, por dizer respeito ao casamento. Na falta de expressão melhor, sugiro esta mesmo: dissolubilidade do vínculo, afinal, se o casamento ou a união estável se desfazem, pressupõe-se que seja por não haver mais qualquer *affectio* no sentido de manter o casamento ou a união estável. Se os cônjuges ou os companheiros não mais desejam o conúbio, por que haveria a lei de obrigá-los? As razões seriam (e sempre foram) de exclusivo caráter religioso, o que hoje não se justifica mais.

9 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Muitos falam em princípio da afetividade. Mas seria mesmo um princípio?

Afeto é sentimento. Para a Psicanálise, afeto é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões. É o estado emocional ligado à realização de uma pulsão. (MIJOLLA, 2002, p. 35). É sentimento intenso.

(DORSCH; HÄCKER, 2001, p. 19). Para Roland Chemama, afeto é um dos estados emocionais cujo conjunto constitui a gama de todos os sentimentos humanos, do mais agradável ao mais insuportável. (CHEMAMA, 1995, p. 10). Neste sentido, até se poderia dizer que família seja *locus* de afeto, aí incluídos sentimentos como o desamor e até o ódio. Na linguagem vulgar, porém, afeto é sinônimo de simpatia, amizade, amor. (FERREIRA, 1999). Por tudo isso, vê-se que afeto não é dever, é sentimento.

Nas palavras de Walsir Edson Rodrigues Júnior e de Renata Barbosa de Almeida, afeto é fato jurídico, porque provoca consequências no mundo deontico, do dever-ser (na órbita do Direito). Evidentemente deve ser levado em consideração, não como norma, mas como fato gerador de condutas que, evidentemente, interessam ao Direito. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 41-43).

A afetividade, embora mereça atenção jurídica, não é norma, mas fato que pode estar presente nas relações familiares, digo “pode”, porque o afeto, num sentido positivo (amor, carinho), nem sempre será presença constante no seio da família. Lá podem imiscuir-se sentimentos de ódio, inveja e desamor, tão graves quanto os de amor. Uma família normal é um conglomerado de seres humanos, na melhor das hipóteses neuróticos, que podem se amar e se odiar com a mesma intensidade. Podem fazer-se bem, mas podem fazer-se muito mal. Não fosse assim, não haveria a possibilidade de suspensão, ou mesmo de perda do poder familiar. Transformar um sentimento em norma é algo, senão inviável, indesejável. É exigir que todo ser humano seja perfeito ao conduzir seus sentimentos. O legislador não deve entrar nessa esfera íntima, a não ser para coibir a violência e os abusos.

Concluindo, por ser o afeto um sentimento, não pode ser alçado à condição de norma (princípio é norma), menos ainda de norma imperativa, como se alguém pudesse ser obrigado a sentir afeição. Afeto, portanto, não é princípio.

No contexto da afetividade, é importante falar do parentesco socioafetivo.

Por parentesco socioafetivo entenda-se o parentesco decorrente de simples relações de afeto, ainda que não haja vínculo biológico. Assim, fala-se em paternidade ou maternidade socioafetiva, quando haja entre os pais e o “filho” relações de afeto iguais às da filiação, sem que haja entre eles relação sanguínea ou de adoção. Suponhamos que A se case com B, que já tinha um filho C, de outras núpcias. Ocorre que A acaba por acolher C como filho, embora sem adotá-lo oficialmente. Neste caso, pode-se falar em filiação ou parentalidade socioafetiva, desde que C, por óbvio, sintasse, ele também, filho de A. C, conseqüentemente, terá dois pais (ou duas mães), o biológico e o socioafetivo. Como filho socioafetivo, deverá ter reconhecidos todos os direitos dos filhos biológicos. Este vem sendo o entendimento da doutrina mais arrojada e da jurisprudência do STJ. Pode-se falar em parentesco socioafetivo não só entre pais e filhos, mas entre avós e netos, entre tios e sobrinhos, entre primos e entre irmãos. A socioafetividade vem preencher um vácuo deixado pela ausência do vínculo biológico ou de adoção.

No sentido de a afetividade não ser princípio, cite-se acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Jurisprudência Mineira (Tribunal de Justiça de Minas Gerais). Como a afetividade é tema central da controvérsia, é preciso dizer que a afetividade não é princípio do Direito de Família. Apesar de a afetividade ser elemento fundamental para a

manutenção de um núcleo familiar consistente, marcado pela troca de carinho e respeito entre seus integrantes e, desse comportamento surgir o valor jurídico do afeto que cria a família socioafetiva, isso não tem o condão de elevá-la ao *status* de princípio ou *standard*, como preferem alguns doutrinadores. Nesse sentido, faz-se necessária uma breve digressão acerca dos princípios jurídicos. DIAS assevera o seguinte: 'Em noção ampla, os princípios de direito devem ser entendidos como normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de ideias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico. Tomando-se por base esta concepção doutrinária tradicional, pode-se dizer que os princípios jurídicos se caracterizam como diretrizes gerais induzidas e indutoras do Direito, porque são aferidas de um sistema jurídico e, após inferidas, se reportam ao próprio sistema jurídico para informá-lo, como se fossem os alicerces de sua estrutura' (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 105). (MINAS GERAIS, 2023).

10 PRINCÍPIO DA MONOGAMIA

A monogamia seria um princípio?

Efetivamente, no estado atual de nosso Direito, ninguém pode contrair núpcias se já estiver casado, mesmo que separado de fato. Só as pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas podem casar-se.

A norma tem óbvia origem religiosa e há de ser questionada em nossos tempos de Direito laico. Ademais:

[...] se não é mais razoável que o Direito eleja um padrão de entidade familiar ou que pretenda impor certas balizas, que necessariamente devem por esta ser observadas, corolário disso é não poder relegar comportamentos supostamente desviantes, no propósito de lhe negar efeitos. Isso alcança maior destaque, ainda, quando se percebe que a afetividade – um dos pilares que geralmente sustenta a edificação familiar – é fluída quanto às maneiras de se consubstanciar. Isso pode alcançar, diretamente, o parâmetro da monogamia como um dever-ser. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 47).

A monogamia não se sustenta filosoficamente num Estado laico, como o nosso. Por que proibir quem queira constituir família poligâmica? A cultura árabe por acaso é pior do que a nossa? Seguramente não, na visão deles. Por que impedir que um muçulmano tenha várias esposas? Se por ventura um xeique mudar-se para o Brasil com suas seis esposas, seu casamento não seria lícito? Por quê? Porque o nosso Direito, por razões religiosas e costumeiras, proíbe? Porque tal fato ofenderá o pudor público? Ofenderá por quê? Por puro preconceito, que devemos combater ferrenhamente, se desejamos um Estado plural e democrático. As respostas que tradicionalmente se dão, *data venia*, não são suficientes num Estado laico, em que a norma jurídica deve ter fundamentação racional. O fato de ser permitida a poligamia não significa que todos devam a ela aderir. É apenas mais um modelo lícito de família, incluído na esfera jurídica. Adote-o quem o desejar. Os tempos mudaram e com eles a conformação da família. Apegar-se ao modelo católico tradicional de família do século XIX, como se fosse o único possível, é deixar à margem da legalidade um grande número de pessoas, que nenhum mal fazem; que merecem tanta dignidade quanto qualquer indivíduo, em qualquer outra das várias possibilidades de modelo familiar.

Além de não se sustentar filosófica e racionalmente, é de se indagar sobre a natureza dessa norma que impõe a monogamia. A meu sentir, dado o grau de sua especificidade, está muito mais para regra do que para princípio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.159.242-SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. *DJe*, Brasília, DF, 24 abr. 2012.

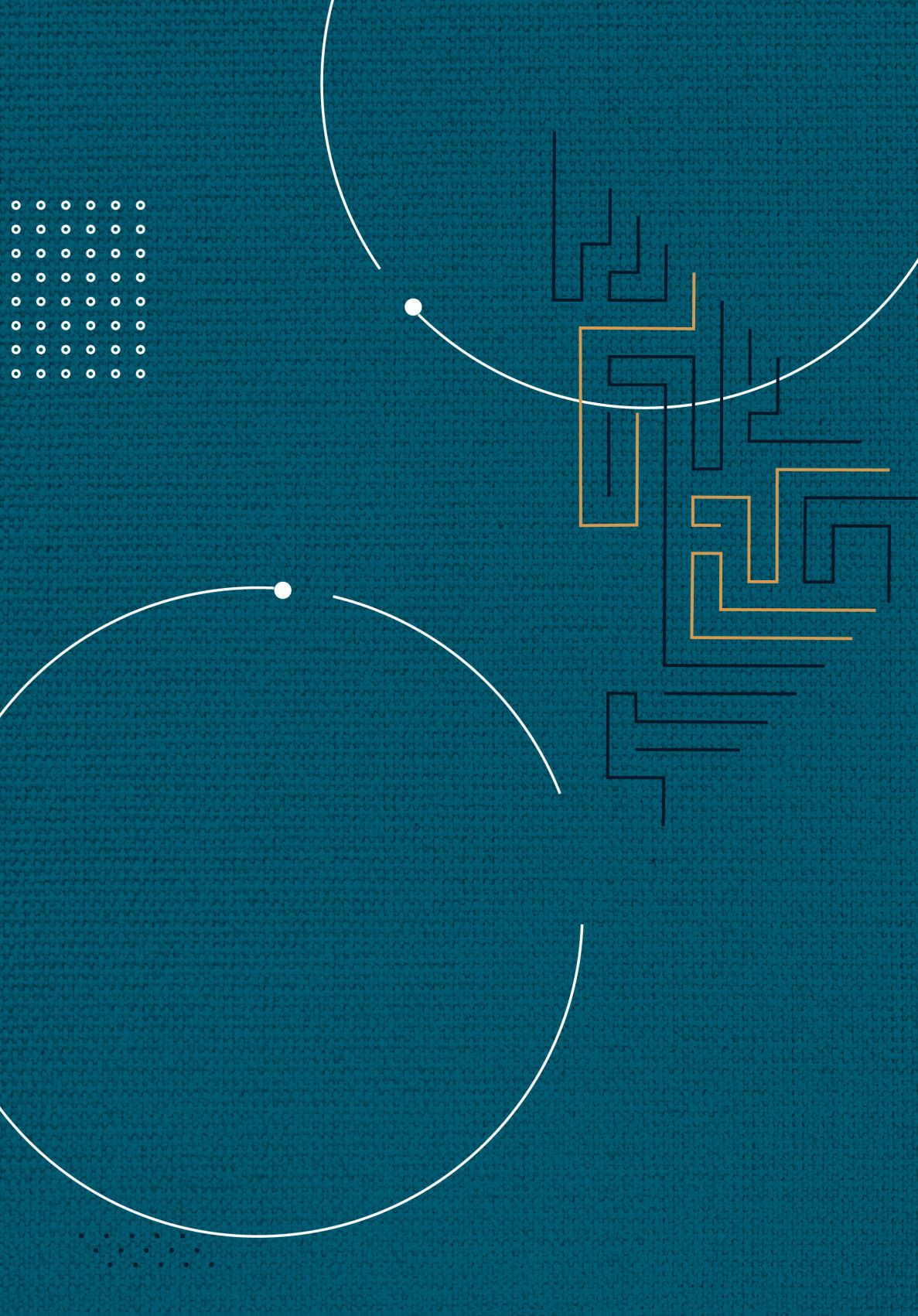
CHEMAMA, Roland. *Dicionário de psicanálise*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1995.

DORSCH, Friedrich; HÄCKER, Hartm; STAPF, Kurt-Hermann. *Dicionário de psicologia*. Petrópolis: Vozes, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

MIJOLLA, Alain de. *Dictionnaire international de la psychanalyse*. Paris: Calman-Lévy, 2002.

MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 1.0071.16.002431-2/001. Relatora: Des.^a Alice Birchal. *DJe*, Belo Horizonte, 23 mar. 2023.



O DIVÓRCIO *POST MORTEM*: uma análise da jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Eder Fernandes Santana¹

Luana Roussin Brasil Vieira²

RESUMO

O artigo pretende apresentar uma análise do tema do divórcio *post mortem* na jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Foi realizada pesquisa bibliográfica e de acórdãos e decisões monocráticas no banco de dados de jurisprudência no sítio eletrônico do Tribunal. Identificou-se divergência entre a natureza potestativa do direito ao divórcio e a natureza personalíssima da ação de divórcio.

Palavras-chave: Divórcio. Morte. Direito potestativo. Autonomia da vontade.

¹ Doutor, com estágio de pesquisa pós-doutoral, em Direito e Justiça pela UFMG. Servidor na 3ª Vara de Família de Belo Horizonte/MG. *E-mail*: santanaeder@gmail.com.

² Mestre em Direito e Justiça pela UFMG. Professora de Direito na UNA. Gerente da Secretaria da Justiça 4.0 - Cooperação Judiciária em Belo Horizonte/MG. *E-mail*: luanarbv@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço legislativo de aproximadamente quatro décadas, é possível dissolver o vínculo da sociedade conjugal sem qualquer exigência de lapso temporal e indagação acerca de motivos da ruptura do casamento. O ordenamento jurídico resguarda a autonomia e a liberdade de formar o vínculo matrimonial e de desfazê-lo, se assim for a vontade de qualquer dos cônjuges.

A dissolução da sociedade conjugal vem sendo objeto de debate ao longo dos anos, fruto das modificações nas relações sociais. Uma questão colocada atualmente para o debate jurídico diz respeito à possibilidade de concessão do divórcio no caso de falecimento de uma das partes no curso do processo e antes da sentença. Trata-se da configuração do instituto que vem sendo denominado divórcio *post mortem*.

Objeto de discussão doutrinária no âmbito do IBDFAM, o Instituto Brasileiro de Direito de Família, essa modalidade de término do casamento foi recepcionada pela jurisprudência de tribunais estaduais, inicialmente em São Paulo e em Minas Gerais. É um tema de grande repercussão jurídica, com efeitos processuais e materiais relativos, por exemplo, à decisão pela continuação do processo quanto à eventual partilha e ao estado civil da pessoa sobrevivente. Há ainda projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 4.288/21, de autoria do deputado Carlos Bezerra (MDB-MT), para inserir essa possibilidade na legislação civil.

O objetivo do presente estudo é, em um primeiro momento, explicitar o marco jurídico atual a respeito do divórcio e, por fim, adentrar o tema do divórcio *post mortem*, com recorte para sua abordagem atual na jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça

do Estado de Minas Gerais. Não se pretende adentrar todos os meandros possíveis dos efeitos do acolhimento do divórcio *post mortem*. Ao trazer à baila o estado atual da jurisprudência do tribunal mineiro sobre o assunto, espera-se contribuir para a maior compreensão dos termos do debate em torno da possibilidade do divórcio ante o falecimento de uma das partes durante o processo.

2 O DIVÓRCIO

A Constituição da República de 1988 dispõe no § 6º do art. 226 que o “casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (BRASIL, 1988). Referido dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 66/2010, suprimindo os requisitos de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de, comprovada separação de fato, por mais de 2 (dois) anos, para a dissolubilidade do casamento civil. Trata-se de uma inovação, com a instituição do divórcio “direto”.

A PEC nº 413/2005, que deu origem Emenda constitucional nº 66, foi apresentada em 15.06.2005, sugerindo a unificação do divórcio dentre as hipóteses de separação entre os cônjuges. A justificativa vislumbrava evitar acréscimos de despesas para o casal, com dois processos judiciais (separação judicial e divórcio), bem como não prolongar sofrimentos evitáveis (BRASIL, 2010).

O divórcio “direto” evitaria a exposição da intimidade familiar, bem como da vida privada dos cônjuges e de suas famílias no espaço público dos tribunais. A perquirição da culpa por meio da separação judicial trazia como consequência constrangimentos e agravamento de crises, o que dificultava a construção de soluções para a separação. Em resumo, dramas íntimos, falta de afeto e amor não estariam na seara do Estado e quando levados ao Judiciário,

dificultavam a construção de soluções céleres e eficazes (BRASIL, 2010).

A formação do núcleo familiar pelo casamento e sua respectiva dissolução pelo divórcio teve um percurso histórico que alterou a natureza do instituto.

No Código Civil de 1916, o casamento era indissolúvel. O termo da sociedade conjugal somente foi admissível com a instituição do divórcio, nos termos da Lei nº 6.515/77. O desquite, que não colocava fim ao casamento, deu lugar à separação judicial e à dissolução do vínculo, agora possível, dependia de uma série de requisitos, como prazos prévios, apuração de culpa e, em regra, duas fases processuais (separação judicial e divórcio).

O Estado, nesse período, somente reconhecia as relações familiares oriundas do casamento, e estabelecia uma série de condições para sua dissolução, o que colocava a família no invólucro do monopólio estatal.

Em 2007, houve uma inovação legislativa, que ampliou a autonomia da vontade dos cônjuges, e retirou do poder judiciário a exclusividade de ruptura do vínculo nupcial, por meio da Lei nº 11.441/07, a qual alterou o Código de Processo Civil. Tornou-se possível a separação e divórcio consensuais pela via administrativa, por meio de escritura pública diretamente no cartório. Ainda que com algumas restrições como: o casal não possuir filhos menores ou incapazes, requisitos legais quanto aos prazos, à descrição e à partilha dos bens comuns, definição quanto à pensão alimentícia e o retorno ou não ao nome de solteiro.

O Código Civil Brasileiro, no art. 1.571, prevê as causas de término da sociedade conjugal: “I – pela morte de um dos cônjuges; II – pela nulidade ou anulação do casamento; III – pela separação

judicial; IV – pelo divórcio”. Válido o casamento, esse somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. Assim, somente a morte ou o divórcio colocam fim ao vínculo conjugal, sendo o divórcio medida jurídica garantidora de liberdade e autodeterminação de qualquer dos consortes de escolher não permanecer casado, do mesmo modo que pode escolher se casar.

Em 2010, a Emenda Constitucional nº 66 ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, suprimindo prazos e análise de culpa para a dissolubilidade do casamento civil, concedeu aos cônjuges o poder de escolher livremente, sem qualquer restrição ao fim da vida conjugal, sem que o outro cônjuge pudesse contestar.

Desde então, basta a vontade de um dos cônjuges para que o vínculo seja rompido, sem qualquer necessidade de espera por prazos, procedimento prévio ou qualquer outra obrigação.

A autonomia da vontade das partes se tornou soberana e ninguém ficará vinculado ao cônjuge se não for de sua vontade. Nesse momento, o direito dos cônjuges ganha o caráter potestativo e expressa a autonomia das partes.

Etimologicamente, o direito potestativo vem do italiano *potestà* – poder. Como bem aponta Francisco Amaral, “é o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo” (AMARAL, 2003, p. 129), devendo apenas se sujeitar. Em resumo:

Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir (AMARAL, 2003, p. 129).

Como somente dependem da vontade de seu titular, os direitos potestativos são conhecidos também como direitos de formação, no sentido de que o seu titular pode “modificar, de modo unilateral, uma situação subjetiva de outrem, que, não podendo evitá-lo, deve apenas sujeitar-se” (AMARAL, 2003, p. 129).

Fredie Didier Jr. assim define o direito potestativo:

Direito potestativo é o poder jurídico conferido a alguém de submeter outrem à alteração, criação ou extinção de situações jurídicas. O sujeito passivo de tais direitos nada deve; não há conduta que precise ser prestada para que o direito potestativo seja efetivado. O direito potestativo efetiva-se no mundo jurídico das normas, não no mundo dos fatos, como ocorre, de modo diverso, com os direitos a uma prestação. A efetivação de tais direitos consiste na alteração, criação ou extinção de uma situação jurídica, fenômeno que só se opera juridicamente, sem a necessidade de qualquer ato material (no mundo dos fatos). (DIDIER JR., 2022, p. 403-404).

O divórcio possui, em si, natureza de direito potestativo extintivo, uma vez que se expressa e autodetermina pela autonomia da vontade de qualquer uma das partes, sem que a outra possa a ela se opor. Como um instituto de natureza potestativa e, portanto, que se efetiva normativamente, o centro nevrálgico desse direito é a manifestação de vontade, pois é ela que dá existência e se extraem consequências no mundo jurídico.

De seu turno, a proposição do divórcio possui natureza jurídica personalíssima, por competir somente aos cônjuges decidir pela medida, conforme art. 1.582 do Código Civil. A ação de divórcio tem natureza constitutiva, a qual, segundo Fredie Didier Jr., “é a demanda que tem o objetivo de obter a certificação e efetivação de um direito potestativo” (DIDIER JR., 2022, p. 403).

Como aponta Maria Berenice Dias (2016), o pedido de divórcio não permite oposição, não dispõe de causa de pedir e não necessita de fundamentação. Em resumo, não há defesa cabível. Por essa razão, defende Dias, pode ser adotada a decretação do divórcio a título de tutela de antecipada, mesmo sem pedido de concessão liminar.

Nesse sentido, não parece razoável, ou preciso, o termo “divórcio litigioso”, conflitantes podem ser as demandas adjacentes que permeiam as relações familiares como alimentos, guarda e regime de convivência dos filhos, alimentos, descrição e partilha de bens, entre outras (DIAS, 2016). A opção pelo divórcio diz respeito à preservação da liberdade, à autonomia da vontade e à dignidade humana.

3 O DIVÓRCIO *POST MORTEM*

É possível a decretação do divórcio no curso da ação após o falecimento de uma das partes antes da prolação da sentença? A resposta positiva configura o que vem sendo conhecido como divórcio *post mortem*.

Em decisão inovadora, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG reconheceu a possibilidade de decretação do divórcio, no curso da respectiva ação, mesmo diante do falecimento de uma das partes.³ Trata-se de colendo acórdão, na Apelação Cível nº 1.0000.17.071266-5/001, de 29/8/2018, de relatoria do Desembargador Oliveira Firmo, da 7ª Câmara Cível, segundo o qual:

³ Foi realizada pesquisa no banco de dados de Jurisprudência do sítio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (www.tjmg.jus.br) com a expressão “divórcio post mortem”, com o retorno de seis espelhos de Acórdãos específicos, todos listados nas referências bibliográficas.

[...] É potestativo o direito do cônjuge ao divórcio. 2. A morte do cônjuge no curso da ação não acarreta a perda da ação se já manifesta a vontade dos cônjuges de se divorciarem, pendente apenas a homologação, em omissão do juízo. (MINAS GERAIS, 2018).

A questão é nova no ordenamento jurídico e não é unânime no próprio TJMG. Em sentido contrário, o colendo acórdão de relatoria do Desembargador Fábio Torres de Souza, da 8ª Câmara Cível, na Apelação Cível nº 1.0000.21.080318-5/001, em julgamento datado de 28.10.2021, cuja ementa consta a seguinte orientação: “Tendo o óbito da parte autora ocorrido em momento anterior à sentença, e envolvendo a ação de divórcio direito personalíssimo, a manutenção da sentença que extinguiu o feito, sem resolução do mérito é medida que se impõe”.

Em julgamento datado de 26/1/2023, de relatoria do Desembargador Paulo Tamburini (Juiz de Direito Convocado), da 8ª Câmara Cível Especializada do TJMG, no Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.119860-9/001, ficou reforçada a posição contrária. Da ementa, extrai-se: “Ainda que se trate de direito potestativo, não é cabível a decretação de forma liminar, uma vez que a ação de divórcio é direito personalíssimo, não é possível que se decrete a medida após o falecimento de uma das partes, em momento anterior à prolação da sentença”. No mesmo sentido, o julgado de 26/8/2021, no Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.074484-3/001, de relatoria do Desembargador Carlos Roberto de Faria.

O julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.000.20.077742-3/004 expõe a divergência, vencido o entendimento contrário. Cabe trazer na íntegra a ementa da decisão:

Agravo de instrumento. Ação de divórcio. Extinção da sociedade conjugal. Possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à decisão judicial que decreta o divórcio do casal. “Divórcio *post mortem*”. Possibilidade jurídica. Respeito à autonomia da vontade das partes. Produção imediata de efeitos (art. 200 do CPC/15). Reconhecimento da procedência do pedido (alínea *a* do inciso III do art. 487 do CPC/15). Julgamento antecipado parcial do mérito (inciso I do art. 356 do CPC/15). Quando o término da sociedade conjugal se dá por meio do divórcio, deve ser observada a manifestação de vontade autonomamente manifestada pelos cônjuges no processo.- Com a apresentação da petição inicial e da contestação, aperfeiçoou-se a manifestação de ambas as partes acerca da expressa concordância quanto à finalização da sociedade conjugal, por meio do divórcio (inciso IV do art. 1.571 do CC/02 c/c inciso IV do art. 2º da Lei nº 6.515/1977).- Nos casos em que já exista manifestação de vontade de ambos os cônjuges de se divorciarem, a superveniência da morte de um dos cônjuges no curso do processo ação não acarreta a perda de seu objeto.- A superveniência da morte de um dos cônjuges, não é suficiente para superar ou suplantar o acordo de vontades anteriormente manifestado, o qual possui valor jurídico e deve ser respeitado, mediante a atribuição de efeitos retroativos à decisão judicial que decreta o divórcio do casal.

V.v.: Agravo de instrumento. Ação de divórcio. Ausência pedido liminar da sua decretação. Falecimento do réu no curso da ação. Homologação divórcio *post mortem*. Impossibilidade. Extinção da sociedade conjugal. Art. 1.571 CC. Decisão mantida. Havendo o falecimento de um dos cônjuges no decorrer da ação de divórcio, rompido se encontra o vínculo conjugal, na forma do art. 1.571 do CC, não havendo, pois, falar em homologação do pedido de divórcio *post mortem* (MINAS GERAIS, 2021a).

É importante extrair da ementa o necessário aperfeiçoamento da manifestação de vontade de ambas as partes sobre a dissolução da sociedade conjugal. Esse é o fundamento que se sobrepõe tanto ao fato morte como hipótese de dissolução do vínculo conjugal, quanto à perda do objeto da ação. A manifestação de vontade se sobrepõe a todos os outros

elementos configuradores da situação jurídica das partes, de que não se exclui aquela que falece no curso do processo.

Esse entendimento tem guarida no Código de Processo Civil, a teor do art. 200, segundo o qual: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. Desse modo, do ponto de vista do direito à ação, não haveria a perda do objeto.

Não se trata de ação a ser interposta após a morte de um dos cônjuges. Embora o divórcio seja um direito potestativo, a sua iniciativa é personalíssima. Não é possível ajuizar ação de divórcio em nome de terceiro já falecido. Isso porque, de acordo com o art. 1.571, I, do Código Civil, a morte é também causa de dissolução da sociedade conjugal.

Esse entendimento foi fixado nas Apelações Cíveis nº 1.0000.23.010593-4/0001 (Rel. Des. Delvan Barcelos Júnior, da 8ª Câmara Cível Especializada do TJMG, julgamento em 2/3/2023), cuja ementa é clara:

O ajuizamento da ação de divórcio após a morte de um dos cônjuges é inviável, observada a natureza personalíssima da pretensão e também o fato que a morte, por si só, é causa da dissolução da sociedade conjugal e nº 1.0000.22.045387-2/001 (Rel. Des. Pedro Aleixo, 4ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 2/6/2022, de que vale constar: ‘É descabido o ajuizamento de ação de divórcio por pessoa já falecida representada pela sua genitora, já que não há interesse processual no pedido (art. 1.571 CC), tampouco legitimidade processual para requerê-lo (art. 1.582 CC)’). (MINAS GERAIS, 2023).

Um dos efeitos para o cônjuge sobrevivente, que não será viúva/viúvo, mas passará à situação jurídica de divorciada/

divorciado, é a perda de legitimidade para qualquer iniciativa ou intervenção no processo de inventário do *de cujus*. Esse entendimento foi firmado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.239693-1/001 (8ª Câmara Cível Especializada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Rel. Des. Carlos Roberto de Faria, Julgamento 27/10/2022), cuja ementa é importante constar: “2. Considerando que foi decretado o divórcio *post mortem*, com modulação dos efeitos para antes do óbito, evidente que o cônjuge sobrevivente não tem legitimidade para intervir no processo de inventário.” (MINAS GERAIS, 2022)

Da ementa, verifica-se, ainda, a possibilidade de modulação de efeitos da decretação do divórcio para momento anterior ao óbito. Da leitura do voto do relator, vê-se que a decisão que reconheceu o divórcio *post mortem* modulou os efeitos da decisão para o momento da apresentação da contestação pelo *de cujus*. Está-se diante da exceção de uma decisão constitutiva com efeitos *ex tunc*, com eficácia retroativa. Verifica-se ser essa uma decisão balizada pelo momento da manifestação de vontade, alicerce de todo o pensamento acerca desse novo instituto.

4 CONCLUSÃO

O divórcio, como um instituto de direito material, tem natureza de direito potestativo extintivo. Concretiza-se pela expressão da autonomia da vontade de qualquer uma das partes, sem que a outra possa contestá-la. A ação de divórcio, por sua vez, possui natureza jurídica personalíssima, por competir somente aos cônjuges decidir pela medida.

A possibilidade de decretação do divórcio após a morte de um dos cônjuges no curso do processo gera debates diversos, entre eles, de natureza processual e a respeito das consequências para o cônjuge sobrevivente.

Verifica-se cingir-se à divergência entre a natureza potestativa do direito ao divórcio e a natureza personalíssima da ação de divórcio. A defesa da possibilidade de decretação de divórcio *post mortem* se alicerça na natureza potestativa do direito ao divórcio, sobrepondo-se à natureza personalíssima do direito à respectiva ação.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *DOU*, Brasília, DF, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. *DOU*, Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 1º mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. *DOU*, Brasília, DF, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm. Acesso em: 1º mar. 2023.

BRASIL. *Projeto de Lei Complementar PEC 413/2005*. Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre o divórcio. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5294D72DDE459F359E62ED6990A5CA8D.proposicoesWebExterno2?codteor=315665&filename=Tramitacao-PEC+413/2005. Acesso em: 1º mar. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 24. ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil – volume único*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0000.20.077742-3/004. Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes, Relatora para o acórdão: Des.^a Ana Paula Caixeta. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 6 ago. 2021a. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.074484-3-1/001. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 13 set. 2021b. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.

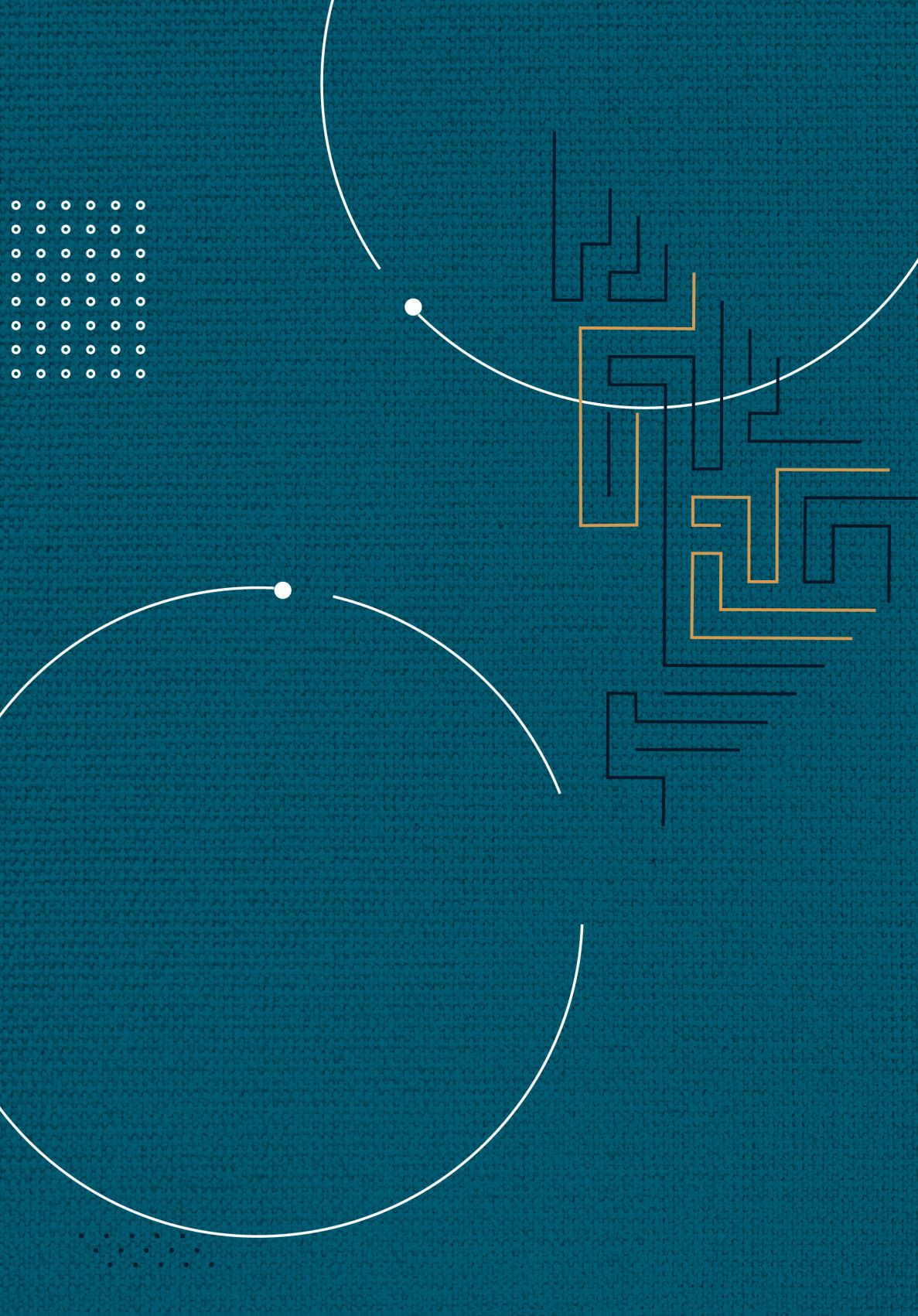
MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.239693-1/001. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 09 nov. 2022. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.119860-9/001. Relator: Des. Paulo de Tarso Tamburini Souza. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 30 jan. 2023. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.17.071266-5/001. Relator: Des. Oliveira Firmo. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 7 jun. 2018. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.045387-2/001. Relator: Des. Pedro Aleixo. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 2 jun. 2022. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.23.010593-4/001. Relator: Des. Delvan Barcelos Júnior. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 3 mar. 2023. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.



A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOB A ÓTICA DO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Francisco Ricardo Sales Costa¹

Raíssa Sofia Reis Martins²

Gabriela Nodari Fróes de Castro³

RESUMO

O entendimento de como a paternidade socioafetiva se dá no âmbito jurídico se molda a partir da época e de decisões baseadas em novos elementos da realidade. Dessa forma, com o passar do tempo, esse entendimento se adéqua ao próprio desenvolvimento da instituição familiar, considerando suas implicações jurídicas. Portanto, ao conectar seus elementos à ideia de autonomia privada e pela análise de um julgado proferido pelo eminente Tribunal de Justiça de Minas Gerais, propõe-se uma análise dos requisitos

¹ Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1984). Pós-Graduação em Direito Privado (2002). Mestrado pela Universidade de Franca. Atualmente está licenciado do cargo de professor da Faculdade de Direito Newton Paiva. Juiz de Direito da 10ª Unidade Jurisdicional Cível do Juizado Especial, Comarca de Belo Horizonte. Instrutor dos cursos de capacitação em conciliação do Juizado Especial Cível do Tribunal de Justiça de Minas. Juiz convocado em cooperação na 4ª Câmara cível especializada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *E-mail*: francisco.costa@tjmg.jus.br.

² Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2015). Atuou na assessoria de gabinete de magistrado na Turma Recursal Exclusiva (2019-2023) do Juizado Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Assessora de magistrado em cooperação na 4ª Câmara cível especializada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *E-mail*: raissasrmartins@gmail.com.

³ Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2015). Atuou como assessora em gabinete de magistrado na Turma Recursal Exclusiva do Juizado Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2019). Atuou como assistente judiciária em gabinete de desembargador na 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2019-2020). Analista judiciária, em gabinete da 2ª Vara Cível, Família, Órfão e Sucessões de Santa Maria do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *E-mail*: gabriela.nfcastro@gmail.com.

para a configuração da paternidade socioafetiva, por meio de uma reflexão doutrinária sobre uma perspectiva fundada na liberdade com responsabilidade entre as partes, e não na imposição estatal.

Palavras-chave: Direito de Família. Paternidade socioafetiva. Socioafetividade. Autonomia privada.

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família tem como uma de suas principais características a permeabilidade às transformações sociais, de modo a pautar a vida em sociedade em sintonia com a realidade cada vez mais fluida e sujeita à evolução contínua do cambiante conceito de família. Se algumas modificações de entendimento possuem maior capacidade de repercutir apenas na esfera privada dos indivíduos, outras saltam desse ambiente restrito para se tornar verdadeira expressão de direitos constitucionais, em expansão permanente para melhor acudir à pessoa em todas as suas dimensões.

Não por acaso, a constitucionalização do Direito Civil assume figura de proa na disciplina da família. De fato, verifica-se intenso desenvolvimento de institutos atrelados a princípios como a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988), a igualdade entre os filhos, prevista no art. 227, § 6º, do Texto Maior, e o da afetividade, que, embora não explicitamente previsto na Carta Constitucional, constitui estuário natural do princípio da dignidade e apontado atualmente como um dos principais fundamentos das relações familiares. (TARTUCE, 2017).

Como expressão desses direitos fundamentais, a paternidade socioafetiva é instituto em expansão aguda, a despertar a atenção dos operadores do direito. Objeto de provocação crescente, os tribunais têm se debruçado sobre a questão, reconhecida como materialização do princípio da busca pela felicidade em um dos aspectos da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o excelso pretório reconheceu a igualdade entre a paternidade socioafetiva e biológica, no RE 898.060/SC, de relatoria do Exm^o. Min. Luiz Fux. Em consequência, restou assentada a igualdade entre filhos biológicos e socioafetivos, impedindo-se a discriminação de fato ou de direito preexistente, à luz do Código Civil de 1916. Mais cristalina a expressão deste instituto, quanto ao princípio da afetividade, já que, neste caso, o vínculo familiar se constrói a partir não de um laço biológico, mas da valorização de uma relação complexa de afeto e das inúmeras consequências decorrentes de sua livre manifestação, que contam com intensa valoração jurídica. (TARTUCE, 2017).

Para melhor compreensão dessas vigorosas transformações que desaguaram na parentalidade socioafetiva e sua base calcada na “posse do estado de filho”, está em construção pela doutrina e jurisprudência um novo conceito. Por meio deste, delineiam-se com precisão os requisitos necessários, para a identificação da novel modalidade de paternidade amparada exclusivamente no afeto, em virtude de suas características embebidas nos direitos fundamentais, bem como as incontáveis decorrências jurídicas ligadas ao instituto.

Essa pesquisa tem como objetivo a análise dos requisitos necessários para a identificação da existência da paternidade socioafetiva. A análise parte da evolução histórica da família,

em conexão com o princípio da autonomia privada, elemento adicionado ao conceito das novas famílias e, por consequência, da própria socioafetividade, concluindo, por meio do estudo de acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a matéria.

2 ORIGEM E ANTECEDENTES

Para além da fundamentação antiga das famílias, baseada na estrutura romana que fundou este organismo institucional no ocidente, a concepção moderna de família teve grande contribuição do direito germânico. A instituição familiar passou, assim, de um poder autocrático do varão centrado no *pátrio poder*, que a organizava sob o princípio da autoridade, para uma orientação democrático-efetiva, fundada na compreensão e no amor. (PEREIRA, 2018).

Segundo Clóvis Beviláqua (BEVILÁQUA, 1916), a instituição familiar primordial baseada apenas no vínculo biológico, na forma exclusiva como era reconhecida nas antigas instituições, tornou-se inconsistente e perdeu conexão com a realidade. Essas espécies deram lugar a tipos familiares que correspondem diretamente à evolução do sentimento dentro das relações domésticas, sob influxo seja da religião, dos costumes, do direito e da própria sociedade, arquitetando construções relacionais mais complexas.

Nesse sentido, a família vem se transformando cotidianamente, tomando como essência os vínculos de afetividade que se projetam no campo jurídico. Em sua estrutura originária, a figura central e aglutinadora das relações internas se concentrava no *pater*, que se confundia como o chefe político, sacerdote e juiz, em consonância com a visão machista preponderante à época, que

orientou a formação da família na órbita de seu líder. Hodiernamente, o instituto passou a adotar um caráter democrático, com o reconhecimento da igualdade entre cônjuges, nos seus direitos e deveres, a igualdade entre os filhos, o reconhecimento de outras formas de conjugabilidade, além da família considerada como legítima, a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial e o reconhecimento de diferentes categorias de uniões estáveis.

Sob viés mais democrático, e também pelo desenvolvimento de novas formas de famílias, o Direito passou a dar maior proteção estatal a essas relações, tanto que as normas que as regem se apresentam, em sua essência, de ordem pública e, portanto, cogentes, já que relacionadas ao estado das pessoas, ou seja, ao seu próprio estado existencial. Não por outro motivo, parte da doutrina tende a aproximar o Direito de Família do Direito Público, levando em consideração vários preceitos inderrogáveis estabelecidos como *jus cogens* no Direito, como, por exemplo, o entendimento de nulidade do contrato de namoro, quando evidenciada entre as partes envolvidas uma união estável. Outros doutrinadores não o aproximam do Direito Privado, mas também não tendem para a seara do Direito Público, conferindo ao instituto natureza *sui generis*.

Em contraponto, a doutrina de Caio Mário leciona que, embora com eventuais normas de ordem pública, o Direito de Família nunca abandonou sua alocação no âmbito do Direito Civil e de caráter eminentemente privado. Isso ocorre devido às relações jurídicas que disciplina, entre pessoas naturais e no interior de suas relações domésticas. (PEREIRA, 2018).

Por conseguinte, embora não se despreze a proteção estatal, necessária em certos casos, diante de questões de ordem pública, a classificação de Caio Mário apresenta-se mais pertinente,

diante do caráter eminentemente privado das relações domésticas, condizentes com a evolução de sua estrutura e composição até a atualidade.

3 FAMÍLIA: estrutura e composição

Instrumento jurídico revelador das profundas transformações, em matéria de Direito de Família, a Constituição de 1988 apoiou-se em três eixos principais ao estruturá-la, como se observa:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º 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. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

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. (BRASIL, 1988).

A partir da leitura do texto constitucional, nos moldes da visão proposta por Rolf Madaleno (2018, p. 43), é possível observar que os eixos se traduzem nos seguintes: “a) o da família plural, com várias formas de constituição (casamento, união estável e a

monoparentalidade familiar); b) a igualdade no enfoque jurídico da filiação, antes eivada de preconceitos; e c) a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres.” Nesse contexto, a Constituição, em um retrato representativo da evolução sociológica, adotou um conceito mais expansivo de família do que aquele prévio centrado na relação doméstica patriarcal, com maior preocupação voltada ao direito patrimonial.

Não obstante, a composição das famílias há muito escapa do arquétipo instaurado pela Carta Constitucional e até mesmo pela Lei Civil que a sucedeu, tomando modelos de maior diversidade familiar e fundadas, sobretudo, no afeto, inserido como elemento cardeal nas relações de Direito de Família: é a mobilidade da vida social sobrepondo-se, ultrapassando o arquétipo normativo. A família instituída pelo matrimônio do homem e da mulher e a ligação biológica com seus descendentes continua tutelada pelo Estado. Contudo, houve uma extensão dessa proteção para a união estável, reconhecida pelo artigo 1.723 do Código Civil, que a define como “entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Também inserida como espécie, há a proteção constitucional à família monoparental, formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, conforme definição de Madaleno (2018). Esses modelos são os que se encontram dentro da proteção expressa da Constituição, mas ainda há, como já mencionado, vários outros que passaram a merecer a proteção jurídica, a partir da evolução doutrinária e jurisprudencial da própria interpretação, conforme o Texto Constitucional.

Nessa esteira, passou-se a reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, a merecer a tutela do Estado, a partir de

decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011. A partir do julgado, passou-se a entender que o artigo 1.723 do Código Civil não obstava a ampliação do conceito de entidade familiar por meio da união estável à união de pessoas do mesmo sexo, evolução notável do conceito de família.

Outro exemplo de instituto merecedor de proteção jurídica, embora brevemente tratado na Carta Constitucional e deixado a ser regulamentado por leis específicas além do Código Civil, foi o das famílias formadas por seus pais e filhos adotivos. Esses últimos alcançaram o degrau da igualdade àqueles havidos biologicamente dentro do casamento, embora não alcançada a regulamentação quanto à filiação socioafetiva. Apesar de ampliada a proteção, verifica-se que esses modelos ainda dependem de um esforço interpretativo dos tribunais e da escola doutrinária, a fim de perscrutarem o seu alcance e efeitos em termos civis.

Em que pesem os diferentes níveis de proteção, esses novos modelos vêm ganhando densidade. Com isso, amplia-se o reconhecimento dos institutos, movidos e atraídos primordialmente pelo afeto relacional, verdadeira viga mestra de sustentação do grupo familiar. Como conclui Arnaldo Rizzardo:

Há o reconhecimento constitucional, no sentido de admitir e proteger outras espécies de família, com a expressa inclusão de comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e da união estável, numa constante busca de adaptação do ordenamento legal à realidade social e cultural vigente. [...] Não importa tanto a dessacralização de antigos ritos, que eram havidos como mais importantes que os laços que sustentavam as uniões. Importa a *affectio maritalis* e parental, que é o valor primeiro a se valorar e proteger, pois constitui o elemento que dá sustentação ao grupo familiar. (RIZZARDO, 2019, p. 59).

4 AFETO: base das novas relações familiares

Como se observa da evolução histórica da composição familiar acima considerada, a base inicial da sua estrutura foi fundada na ideologia patriarcal e patrimonialista. No entanto, compreendeu-se a necessidade de atualizar a forma como se enxergam as relações familiares, a partir do entendimento de que o elemento, na verdade, que as conjuga em uma estrutura coesa é o afeto.

Em visão escoteira, à época do anteprojeto do Código Civil de 2002, Sérgio Resende de Barros defendia:

Nesse sentido, olhando para o presente e para o futuro, deve a ideologia do afeto, que é a positiva, substituir a velha ideologia da família patriarcal, parental, patrimonial. Esta há muito tempo se tornou ideologia negativa, desde que e na medida em que passou a negar, esconder e mascarar a realidade da vida social. (BARROS, 2002).

Essa reconstrução do conceito de família, com lastro no afeto, adequou-se e respondeu à realidade da vida em sociedade. Na concepção de Barros, ela transformou-se em uma ideologia positiva e em consonância com o presente e o futuro das relações familiares.

Entretanto, é preciso compreender o alcance do significado do afeto no contexto da família atual. Embora haja diferentes conotações, na psicanálise e na filosofia, a tradução latina literal do termo representa a ideia de “ser feito um para o outro”. (BARROS, 2002). Tartuce (2017) pondera, contudo, que o afeto não equivale necessariamente ao amor, mas sim à interação entre pessoas, sendo

este primeiro correspondente à sua faceta positiva por excelência, havendo ainda que se destacar a existência de sua face negativa, correspondente ao ódio. Tomando como base essa diferenciação, Caio Mário, citando Resende (2018), caracteriza o afeto familiar em um patamar especial, configurado de respeito, nas relações e no sentimento de afeição que surge de um para com outro por meio do convívio cotidiano, em razão de uma origem comum, ou mesmo um destino comum, capaz de conjugar suas vidas intimamente, leitura que se adéqua à promessa estampada no art. 3º, IV, da Constituição Federal.

A partir dessa compreensão, o afeto tornou-se tão importante, na configuração das relações familiares, que influenciou, de forma contundente, na doutrina e na jurisprudência. Foi, assim, erigido como princípio constitucional, ainda que implícito, mas decorrente direto da dignidade da pessoa humana. Paulo Lôbo (2004) demonstra como esse alcance constitucional torna-se claro, quando se faz referência a princípios explícitos na Constituição de igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º), bem como à possibilidade de adoção como escolha afetiva, alçada de maneira definitiva, no plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º), ou mesmo à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se aí os adotivos (art. 226, §§ 3º e 4º).

Por fim, Lôbo caracteriza o afeto como construção cultural, revelando-se em um ambiente de solidariedade e responsabilidade, sem interesses materiais, em sua função primária, concluindo que “onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estas suas causas originária e final, haverá família”. (LOBO, 2004, p. 4).

5 PATERNIDADE LEGAL E REAL

Considerando as lições de Maria Berenice Dias (2022), percebe-se a existência de muitas verdades no que diz respeito à paternidade. De início e como a mais antiga, temos a presunção legal da paternidade, ainda reproduzida no artigo 1.557 do Código Civil de 2002, que apresenta hipóteses de presunção da paternidade, a partir da máxima latina, segundo a qual a paternidade se presume da condição de casados (*mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant*). Com a evolução científica e a descoberta do exame de DNA, houve uma denominada “busca desenfreada pela verdade consanguínea”, ou seja, a necessidade de se verificar a paternidade, a partir dos laços biológicos e consanguíneos que uniam genitor e filhos, fenômeno comum entre as décadas de 1980 e 1990, quando essa evolução se tornou mais popular.

Não obstante, no mesmo período, um novo aspecto da paternidade tomava forma, tendo como precursor o trabalho do Professor João Baptista Vilela (1979) em sua obra “Desbiologização da paternidade”. Nela, o professor discorreu a respeito da insuficiência dos liames de sangue, para captar a relação necessariamente mais profunda que deva existir entre pais e filhos. Esta deve transcender para o terreno da afetividade, independentemente do vínculo biológico, que ocorre por meio da convivência e da criação de laços fundamentados em sentimentos mútuos.

A adoção mostra-se atualmente como exemplo por excelência da paternidade socioafetiva. Ela decorre da manifestação de vontade e pela qual há a máxima demonstração da opção e do exercício da paternidade, tanto que efetivada por meio de procedimento próprio e supervisionado ao longo do tempo. Nesse

sentido, foi por meio da doutrina e da jurisprudência que ocorreu a evolução do conceito legal de pai, como sendo o registral, para uma concepção que se adequasse às relações complexas cotidianas, reconhecendo-se os laços sociais e emocionais a despeito e para além do laço biológico.

Assim, o reconhecimento do afeto, como princípio jurídico, dentro das relações familiares, conecta-se ao surgimento do conceito da “posse de estado de filho” para caracterizar a família socioafetiva. Para Dias (2002, p. 52-53), ela pode ser explicada pela teoria da aparência: “as manifestações exteriores de uma realidade que, formalmente, não existe acabam ganhando juridicidade, de modo a emprestar segurança às relações jurídicas”. Aqui repousa o lastro maior do conceito atual de filiação, ou seja, filho nada mais é quem se apresenta como tal e assim é tratado no âmbito da família e da sociedade.

6 AUTONOMIA PRIVADA COMO FUNDAMENTO CARDIAL DAS NOVAS FAMÍLIAS

A legitimação da teoria do afeto e sua aplicação em larga escala ocupou posição de destaque nas relações familiares, soando contraditório relacioná-la a uma intervenção estatal mais aguda, uma vez que, conforme estudado, esse sentimento nasce e se constrói de maneira natural dentro da relação doméstica. Nesse contexto, torna-se necessário diferenciar relações estabelecidas sob o verdadeiro ponto basilar do afeto, combustível do poder familiar, das relações travadas puramente por caridade ou solidariedade. Essa situação é muito comum no Estado de Minas Gerais e já detectada, desde a época das viagens de Guimarães Rosa pelo

sertão mineiro que, a partir de relatos dos sertanejos, criou seu principal personagem, Riobaldo, como menino criado por seu padrinho, após a morte da mãe, em *Grande Sertão: veredas*. (ROSA, 2019).

Barros defende um verdadeiro direito à afetividade, segundo o qual:

O direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos. (BARROS, 2002).

Aqui, quando se fala em liberdade, utiliza-se a conotação emprestada da liberdade de contratar, em que impera a autonomia privada. Entretanto, é necessário o cuidado para não confundir a afeição com o contrato pura e simplesmente, para não correr o risco de ensejar a patrimonialização contratual do afeto, ou seja, reduzir a relação entre as partes a efeitos meramente patrimoniais, por vezes, nem sequer por elas desejado. Contudo, a analogia forma-se no sentido de realizar um paralelo entre a liberdade de contratar e a liberdade afetiva, direitos implícitos na Constituição brasileira de 1988 e inerentes aos relacionamentos sociais, uma e outra pautadas pela autonomia deferida aos cidadãos para a condução de suas vidas, em especial da constituição de suas famílias.

Em que pese explanar aqui sobre o direito ao afeto, como exercício da autonomia privada, não se descarta de vislumbrar as consequências de sua configuração. Isso ocorre porque as relações civis, em regra, são caracterizadas por um binômio direito-dever, característica essa que, de igual modo, não poderia ser afastada

das relações internas, ainda mais por se conjugar ao princípio da proteção ao melhor interesse da criança ou do adolescente. Nesse sentido, a construção de uma convivência equilibrada, nas relações familiares, vai muito além de um simples conviver, mas sim de uma participação ativa no desenvolvimento da criança ou do adolescente, por meio da educação, como atributo inerente ao poder familiar. (FARIAS, 2021).

Por isso mesmo, defende-se uma priorização da autonomia privada, no que se refere à paternidade socioafetiva, pautada, claro, na responsabilidade, a fim de se preservar esse princípio constitucional, como um sentimento mais natural possível, nas relações internas, e não simplesmente forçada pelo poder estatal.

Já defendia Villela, em conclusão:

Imagine-se cada um tendo como pai ou mãe, quem só o é por imposição da força: ninguém experimentará mais viva repulsa, nem mais forte constrangimento. Todo o direito de família tende a se organizar, de resto, sob o princípio basilar da liberdade, tão certo é que as prestações familiares, seja entre cônjuges, seja entre pais e filhos, só proporcionam plena satisfação quando gratuitamente assumidas e realizadas. (VILLELA, 1979, p. 414).

Na esteira da identificação do conceito, alcance e efeitos da afetividade, insere-se a análise do julgamento proferido pela 4ª Câmara Cível Especializada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cuja ementa está reproduzida a seguir, *ipsis literis*:

Apelação cível. Direito de Família. Ação negatória de paternidade c/c nulidade de registro de nascimento. Exame de DNA negativo. Inexistência de vínculo socioafetivo. Recurso desprovido. 1. Na filiação real é imprescindível a prova da relação pai/mãe e filho, sendo ela constituída por meio da demonstração

de que havia afeto entre as partes em um aspecto aprofundado, típico de relações familiares. 2. O estado de posse de filho não resta configurado quando não demonstrados os requisitos de trato e fama, sendo o primeiro caracterizado por meio da assistência financeira, psicológica, moral e afetiva; ao passo que o segundo é a exteriorização do estado de posse à sociedade.

3. Rompido há mais de uma década o relacionamento entre as partes, não há como pretender-se, à revelia dos fatos, patentear a presença de uma relação socioafetiva.

V.v.

Apelação cível. Direito de Família. Negatória de paternidade c/c nulidade de registro de nascimento. Exame de DNA negativo. Laudo psicossocial conclusivo. Existência de vínculo socioafetivo. - Cabe ação negatória de paternidade se demonstrado o erro, por parte do pai registral, em razão da crença de existência do vínculo biológico com a criança (art. 1.601 c/c 1.604, CC/02). - Conclusivo é o Exame de DNA acerca da paternidade biológica, mormente quando realizado em contraditório. - Constatado o vínculo emocional e afetivo inerente às relações de filiação legal, imperiosa a manutenção da paternidade (TJMG - Apelação Cível 1.0297.11.000526-3/001, Relatora: Des.^a Alice Birchall, 4^a Câmara Cível Especializada, julgamento em 16/8/2022, publicação da súmula em 25/8/2022).

7 DA DESCOBERTA POSTERIOR DA INEXISTÊNCIA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA E VERIFICAÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A controvérsia, objeto do julgado em análise, recai sobre a possibilidade de desconstituição do registro e revogação da condição de pai pelo autor, que havia reconhecido a menor como sua filha, porém, após realização de exame de DNA, houve comprovação de inexistência do vínculo biológico.

No caso, o autor havia se relacionado amorosamente com a genitora da requerida, havendo registrado a criança como sua filha. Contudo, pouco depois de a criança ter nascido, descobriu

que a mãe da ré o traía, sustentando que, embora ainda assim lhe tenha dispensado o tratamento afetivo até os oito anos de idade, após a dúvida sobre a paternidade da criança, decidiu fazer o exame de DNA, quando descobriu a inexistência do vínculo biológico e, por isso, acabou se afastando da menor e requereu judicialmente a desvinculação da paternidade. A douta Relatora acertadamente ponderou a necessidade de observação de alguns requisitos, para verificação da (in)existência da paternidade, quais sejam: eventual vício da vontade, quando do registro da menor, o que não ocorreu, tendo em vista que, ao tempo do registro, a dúvida sobre a paternidade já se encontrava instalada; a ausência do liame consanguíneo entre as partes, o que restou devidamente comprovado pelo exame de DNA; e, por último, eventual resquício de vinculação socioafetiva entre as partes, ponto central da discussão no caso sob estudo.

Com efeito, não se pode desprezar o entendimento da douta Relatora de que houve a criação do vínculo afetivo com a menor. Todavia, esse vínculo cessou, quando a criança contava com oito anos de idade, após a descoberta da inexistência do vínculo biológico e que, como acentuado no voto condutor:

Ora, não se podem criar ou romper estes vínculos paterno-filiais ao talante das sucessivas uniões e respectivos rompimentos amorosos entre homens e mulheres, que se dão durante toda a vida. Ser pai e filho não pode estar submetido aos caprichos momentâneos de paixões humanas, que se desfazem com o tempo e, acabadas estas relações, acabar-se-iam, com elas, os vínculos de parentesco de linha reta. Do mesmo modo, nascimentos posteriores não podem romper filiação anteriormente declarada, por mero resultado de exame biológico. A filiação está muito além da verdade biológica.

No caso retratado nos autos do processo, os estudos sociais apontaram que, no momento do julgamento, a ré já se encontrava com 20 anos de idade e que há mais de 12 anos houve um afastamento entre as partes, restando apenas um contato residual da ré com sua família registral. De fato, tais estudos apontaram que a socioafetividade foi se desfazendo gradativamente, em razão da descoberta do exame de DNA e após o casamento do autor, que também se mudou de cidade. Mesmo a infante menciona, na avaliação psicológica, que, apesar de ter ficado triste com o ocorrido, “agora não liga mais”. Destaca-se ainda, a fala no sentido de que o mais difícil era lidar com a rejeição gerada, sendo a questão do nome registral uma questão secundária. Por fim, o estudo concluiu que, embora houvesse um anseio da ré pela manutenção da paternidade socioafetiva, não havia anseio das partes em retomada da convivência, nem mesmo em um convívio social superficial.

A partir desse contexto, apresenta-se a divergência no posicionamento relatado. Com efeito, segundo Dias (2022), para a configuração da paternidade deve estar presente o conceito já noticiado da posse de estado de filho, que se compõe historicamente dos seguintes elementos: *tractatus*, quando a pessoa é tratada pela família como filha; *nomem*, que significa o uso do sobrenome da família; e a fama, que é a reputação, a notoriedade de ser reconhecida como filha no meio social.

Todavia, a utilização do sobrenome da família, como o utilizado pela requerida no caso analisado, não fortalece, por si só, o estado de filho, se não estiverem presentes os demais elementos. Assim, o pretense pai deve tratar a criança como se filho fosse, e esse tratamento deve ser perceptível no âmbito social de maneira perene, que demonstre estabilidade na relação.

A paternidade pautada na socioafetividade funda-se em um ato manifesto de vontade, que se sedimenta em um espaço de sentimento e criação espontânea de desenvolvimento de laços de amor e de carinhos profundos e duradouros (PEREIRA, 2018), e passa ao largo do poder impositivo do Estado. Por isso que, no quadro analisado, não se mostra cabível a imposição pelo poder estatal de um modelo de socioafetividade que, em verdade, não existia mais, já que ela apenas pode ser concebida a partir da manifestação livre da vontade de o pai exercer sua paternidade e de o filho exercer essa condição, em uma verdadeira e imprescindível relação de reciprocidade.

No caso retratado no acórdão, impor militarmente uma relação socioafetiva acarretaria efeitos contraditórios e indesejáveis, no relacionamento entre as partes, marcado por sentimentos de mágoa, revolta, raiva ou mesmo indiferença, como relatado nos estudos sociais, ao invés do amor, do sentimento de pertencimento àquela família tão relevante nessa espécie de relacionamento. Por isso faz sentido a noção do direito ao afeto preconizado por Barros, com prevalência da liberdade afetiva, sob pena de se instaurar a situação antevista pelo professor Vilella, em que a imposição transforma a relação com sentimentos de repulsa e constrangimento, distante da noção de um amor libertador que apenas proporciona plena satisfação, quando gratuitamente assumida e realizada.

8 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, buscou-se apresentar uma faceta da evolução histórica do direito das famílias sob o primado da afetividade, princípio basilar e reconhecidamente constitucional, embora não expresso na Carta Magna. A partir dessa análise e do estudo de como a importância das relações afetivas nasceram e se desenvolveram no Direito Civil, fez-se a análise do julgado publicado pela Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O objetivo da observação crítica do julgado foi propor uma reflexão doutrinária sobre uma perspectiva da paternidade socioafetiva, fundada na liberdade, e não na imposição estatal. Isso não significa uma afetividade sem responsabilidade, mas sim que deve ser o produto da autodeterminação entre as partes, sustentada por meio de uma convivência duradoura e marcada pelo carinho, pela proximidade e pelo amor, este que não se impõe, mas sim é construído paulatinamente pelas partes.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 14, p. 5-10, v. 4, n. 14, jul./set, 2002.

BARROS, Sérgio Resende. O direito ao afeto. *Revista Especial Del Rey IBDFAM*. 2002. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/50/O+direito+ao+afeto>. Acesso em: jan. 2023.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1916.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Supremo Tribunal Federal; Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. (Atualizada até a EC nº 116/2022).

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, p. 1, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas*: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas:+para+al%C3%A9m+do+numerus+clausus>. Acesso em: fev. 2023.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0297.11.000526-3/001. Direito de Família [...] Constatado o vínculo emocional e afetivo inerente às relações de filiação legal, imperiosa a manutenção da paternidade. Relatora: Des.^a Alice Birchall, 4^a Câmara Cível Especializada, Belo Horizonte, 16 ago. 2022. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=33683040CC70FC887AE6C13C0F3CBE9B;juri_nod e1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0297.11.000526-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: jan. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: veredas*. 22. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *In: CURSO de extensão sobre o direito do menor*. 1979. Faculdade de Direito de Minas Gerais. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, 1979, p. 400-418.



MULTIPARENTALIDADE E 20 ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL: aspectos controvertidos

Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹

Heloisa Alves de Paiva Josephson²

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, consignou a possibilidade de concomitância entre as filiações biológica e socioafetiva e a inexistência de hierarquia entre elas. O presente artigo visa, porém, tratar de situações atinentes à multiparentalidade, que não foram efetivamente solucionadas pelos tribunais superiores ou pela legislação, bem como analisar como elas foram abordadas nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apesar de ter sido dado “um pontapé inicial em alguns temas”, atendendo aos princípios constitucionais da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente e do pluralismo das entidades familiares, será mostrada a essencialidade de uma atualização legislativa para assegurar a maior segurança jurídica possível.

¹ Vice-Presidente e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ-ES); professor titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); professor permanente do PPGD da Universidade Estácio de Sá (UNESA); professor titular de Direito Civil do IBMEC; mestre e doutor em Direito Civil pela UERJ; acadêmico da Academia Brasileira de Direito Civil – ABDC; ex-conselheiro do Conselho Nacional de Justiça; juiz de enlace da Rede Internacional da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *E-mail*: gcalmon@trf2.jus.br.

² Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pós-graduanda em Direito e Advocacia Pública pela Procuradoria-Geral do Estado (PGE/RJ). Graduada pela Faculdade de Ciências Aplicadas – IBMEC. Advogada e Pesquisadora. *E-mail*: heloisa.josephson@hotmail.com.

Palavras-chave: Direito Civil. Parentesco. Vínculos parentais. Pluriparentalidade.

1 INTRODUÇÃO

Vinte anos de vigência da Lei nº 10.406 – mais conhecida como *Código Civil* de 2002 – representam período importante para empreender análise crítica sobre determinados institutos. O presente artigo discorre sobre certos aspectos lacunosos relacionados à multiparentalidade que tenham sido objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça de Estado de Minas Gerais (TJMG). Com isso, busca-se demonstrar que “foi dado um pontapé inicial” positivo em diversos pontos ainda sem uma resposta consolidada na jurisprudência dos Tribunais Superiores e no ordenamento jurídico pátrio.

No julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão nº 898.060/SC, o Supremo Tribunal Federal (STF) definiu ser cabível a concomitância da filiação socioafetiva com a filiação biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. No entanto, não foram concretizadas as adaptações legislativas necessárias para regulamentar o instituto, o que gera maior insegurança jurídica para esse modelo de composição familiar.

Nesse diapasão, tem-se como propósito principal fazer um estudo crítico de temáticas que remanescem sem solução e de como elas vêm sendo resolvidas em demandas judiciais que foram levadas para julgamento no TJMG.

No primeiro capítulo, realizar-se-á uma análise do reconhecimento da multiparentalidade e da viabilidade da concomitância entre a filiação civil, derivada da adoção e de outras

origens, e a filiação biológica. Cabe sublinhar, desde já, que essa matéria será examinada tomando-se como base os princípios da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente e do pluralismo das entidades familiares.

No segundo capítulo, será verificada a possibilidade de afastamento dos efeitos advindos de uma relação multiparental, considerando o princípio constitucional da igualdade entre os filhos. A partir disso, será também primordial efetuar uma distinção entre o direito ao conhecimento da origem genética e o reconhecimento do vínculo de parentesco.

No terceiro capítulo, será tratada da caracterização, ou não, da multiparentalidade, a partir de disposições testamentárias, especialmente na peculiar hipótese de determinado sujeito reconhecer um nascituro como seu filho por testamento, sem ter vínculo biológico, e falecer antes de seu nascimento. Ao final, caberá ainda investigar o cabimento da multiparentalidade *post mortem*.

Não obstante algumas questões não solucionadas pelo STF tenham sido delimitadas em julgados do TJMG, nada impede que outros tribunais estaduais e doutrinadores sustentem posições opostas. Assim, é fundamental que a legislação seja atualizada para dispor acerca do assunto, o que garantiria maior segurança jurídica às relações multiparentais, em benefício dos princípios constitucionais inerentes às relações familiares. Tal abordagem revela-se bastante atual, notadamente no aniversário dos vinte anos de vigência do *Código Civil* brasileiro recentemente completados em janeiro de 2023.

2 A MULTIPARENTALIDADE E A POSSIBILIDADE DA CONCOMITÂNCIA ENTRE FILIAÇÃO CIVIL E FILIAÇÃO BIOLÓGICA

A composição familiar sofreu grandes alterações a partir da evolução social ocorrida ao longo dos anos, afastando-se de um modelo tradicional constituído por um pai e uma mãe heterossexuais e sua prole para trazer outros formatos de família. Nesse contexto, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE), com repercussão geral, de nº 898.060/SC, o STF reconheceu ser cabível a multiparentalidade, fixando, no Tema de Repercussão Geral nº 622, que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, 2017).

Posteriormente, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) reiterou essa concepção, no Enunciado nº 29, no qual se admite a cumulação da parentalidade socioafetiva com a parentalidade biológica no registro civil, em caso de multiparentalidade (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2023). Todavia, não se verifica qualquer tratamento específico quanto à possibilidade de sua caracterização pela coexistência da filiação civil, decorrente de eventual adoção, por exemplo, e da filiação biológica ou socioafetiva.

A adoção é o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filha, independentemente da existência de parentesco consanguíneo ou afim (PEREIRA, 2022, p. 490). Nesse aspecto, o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990), expressamente prevê que por meio dela se atribui a condição de filho ao adotado, sendo rompidos os vínculos com todos os seus

parentes, salvo no tocante aos impedimentos matrimoniais.

Por conseguinte, a princípio, poder-se-ia entender pela inviabilidade da configuração de multiparentalidade, por não ser possível o restabelecimento do vínculo com seus pais biológicos (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020, p. 235). Assim, restaria ao adotado apenas o direito de conhecer sua origem genética, na forma do artigo 48 do ECA (BRASIL, 1990, nota 4), o que não gera qualquer efeito no parentesco.

Em virtude disso, Flávio Tartuce (2023) defende que a tese estabelecida pelo STF não poderia incidir para os casos de adoção. Segundo o autor, considerando que tal ato é irrevogável, acolher a multiparentalidade nessas hipóteses iria ferir a legislação sobre o instituto e o colocaria em descrédito. Cabe destacar, inclusive, que essa opinião também é seguida por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022, p. 230).

Contudo, é imprescindível visualizar que uma das grandes bases das relações familiares é o princípio da afetividade, que está implícito na Constituição Federal e faz com que aquelas sejam formadas pelo afeto entre os seus membros, em detrimento dos laços meramente sanguíneos e vínculos patrimoniais (PEREIRA, 2022, p. 69). Seguindo essa linha de raciocínio, esclarece Paulo Lôbo:

a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e não biológicos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares (LÔBO, 2022, p. 78).

É preciso deixar consignado que a afetividade é essencial para caracterização da multiparentalidade, tendo em vista que se deve ter uma preocupação em obstar pedidos que tenham objetivos puramente patrimoniais, os quais deturpariam a finalidade do referido instituto. Ainda nesse sentido, é necessária a observância ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o qual encontra guarida no artigo 227, *caput*, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), sendo tal proteção igualmente regulamentada entre os artigos 3º e 5º do ECA (BRASIL, 1990, nota 4).

Com base nisso, os interesses da criança e do adolescente devem ser tratados com prioridade pelo Estado, pela sociedade e pela família, no momento de elaboração e aplicação dos seus direitos como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade (LÔBO, 2022, p. 82). Cabe pontuar, ainda, o princípio do pluralismo das entidades familiares, que permite que as famílias sejam compostas de diversas formas, o que se extrai dos ensinamentos de Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira:

Os requisitos para a admissibilidade de uma nova entidade familiar – seriedade, estabilidade e propósito de constituição de família –, não podem ser reduzidos ao entendimento convencional da autoridade pública ou religiosa, mas valorados segundo a tábua de valores constitucionais que, de maneira objetiva e democrática, fixa na realização da pessoa humana e de sua dignidade o parâmetro para reconhecimento da entidade familiar. (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020, p. 23).

À vista disso, a regra de que a adoção ocasiona a ruptura do vínculo de parentesco com a família originária não pode ser interpretada de maneira absoluta, haja vista que há situações peculiares que devem ser consideradas pelo aplicador do Direito. Nesse sentido, o TJMG examinou uma demanda na qual a autora

havia sido adotada por seu avô, porém mantinha uma relação de afeto e convívio com seus pais biológicos, de modo que requereu judicialmente a inclusão de todos em seu registro civil de nascimento (BRASIL, 2023c).

No curso do processo, constatou-se que a demandante possuía intensa vinculação afetiva e que seu desenvolvimento foi junto aos seus genitores biológicos, tendo a adoção ocorrido por questões financeiras e para garantir seus direitos fundamentais. Assim, o TJMG reconheceu da multiparentalidade em respeito ao interesse do descendente (BRASIL, 2023c), salientando que:

[...] está claro que houve a adoção da autora por seu avô, havendo um vínculo filial, pelo período em que residiu com ele. Todavia, com a morte do adotante, a apelante e seus pais restabeleceram a identidade tradicional, passando todos a conviver juntos. [...] Nesse contexto, sendo constatado que a apelante jamais deixou de obter os cuidados dos pais biológicos, mas em virtude da adoção realizada pelo avô materno, este passou a figurar em seu registro de nascimento como pai, resta caracterizada a paternidade socioafetiva com ambos os pais biológicos, sendo possível o reconhecimento da multiparentalidade e dos efeitos jurídicos decorrentes dessa situação. (BRASIL, 2023c).

Percebe-se que o TJMG não restabeleceu o vínculo consanguíneo anteriormente existente, mas sim determinou a inserção dos pais biológicos no registro após ter identificado a socioafetividade entre eles. Essa mesma tese é defendida por Gustavo Tepedino e Ana Carolina Teixeira (2020, p. 235), por força do obstáculo gerado pelo artigo 41 do ECA.

Logo, nota-se que há controvérsia na doutrina, no que toca à aceitação da concomitância das filiações civil e biológica, em virtude das previsões contidas no ECA. Isso gera insegurança jurídica para tal modelo familiar, já existente no contexto fático, de modo que é fundamental a consolidação desse tema na legislação ou na jurisprudência vinculante.

Ressalte-se que a legislação infraconstitucional deve ser examinada à luz das normas constitucionais. Diante disso, há de ser admitida a multiparentalidade entre o pai/mãe adotivo e o pai/mãe biológico, desde que mantida uma relação afetiva entre eles e a criança ou o adolescente, por força dos princípios da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente e do pluralismo das entidades familiares.

No julgado mencionado, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais buscou preencher a lacuna sobre o tema e apropriadamente reconheceu a multiparentalidade, ao determinar a inclusão no registro de seu pai adotivo e de seus pais biológicos. Assim, concluiu-se que vedar por completo e em qualquer situação essa composição familiar restringiria excessivamente a incidência dos princípios supracitados.

3 A VIABILIDADE DE AFASTAMENTO DOS EFEITOS ADVINDOS DE UMA RELAÇÃO MULTIPARENTAL

Desde antes do julgamento do Recurso Extraordinário, com repercussão geral, de nº 898.060/SC, o Enunciado nº 9 do IBD FAM, aprovado em 2013, no IX Congresso de Direito de Família, já indicava que a multiparentalidade gerava efeitos jurídicos (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2023). Posteriormente, com a

fixação da Tese de Repercussão Geral nº 622, o STF solidificou que: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, 2023c, nota 1).

Primeiramente, cabe destacar que todo indivíduo tem direito ao nome, o que compreende o prenome e o sobrenome, nos termos do artigo 16 do *Código Civil* (CC) (BRASIL, 2002). Além de funcionar como um elemento designativo do indivíduo, é fator de sua identificação na sociedade, indicando, *grosso modo*, a sua procedência familiar (PEREIRA, 2022, p. 206).

Em complemento, o artigo 57, inciso IV e o § 8º, da Lei nº 6.015/73 (BRASIL, 1973) permite a inclusão de sobrenome, em razão de alteração das relações de filiação e para averbação do nome de família do padrasto ou da madrasta. Logo, um dos efeitos derivados da multiparentalidade vem a ser o acréscimo no registro civil do sobrenome do pai ou/e da mãe reconhecidos como tal, sem cancelamento do anterior (LÔBO, 2022, p. 267).

Diante da equivalência entre a filiação socioafetiva e a filiação biológica, o TJMG já decidiu no sentido da necessidade de se garantir a criança o exercício do direito de ostentar o sobrenome de seu genitor biológico, sem a exclusão de seu genitor socioafetivo, realçando que “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendido o sobrenome do pai biológicos e socioafetivo, quando reconhecida a multiparentalidade e ausente prejuízo ao infante” (BRASIL, 2023b).

É importante, ainda, abordar a viabilidade dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento do vínculo parental serem afastados. A resposta deve ser negativa, uma vez que

isso culminaria em uma discriminação entre os filhos, que não é permitida pelo ordenamento jurídico, conforme se depreende dos artigos 227, § 6º, da CRFB/88 (BRASIL, 2023b, nota 11) e 1.596 do CC (BRASIL, 2023b, nota 21).

No que concerne ao tema, cabe observar uma decisão monocrática bastante elucidativa, proferida pelo Desembargador Kildare Carvalho, nos autos da Apelação nº 1.0106.14.002044-2/001. No recurso interposto, os apelantes postularam a reforma da sentença, para que fossem declarados inexistentes os reflexos patrimoniais derivados do reconhecimento de paternidade de determinado indivíduo, visto que este já teria recebido a herança de seu pai registral (BRASIL, 2023d).

Conforme explicitado pelo Desembargador em seu voto, o recebimento da herança do pai registral não afasta os efeitos patrimoniais resultantes do reconhecimento superveniente da paternidade biológica (BRASIL, 2023d). Destacou, ainda, o que foi decidido no REsp. nº 1.487.596/MG (BRASIL, 2021), no qual o Superior Tribunal de Justiça assinalou a indispensabilidade de se garantir a equivalência dos efeitos jurídicos entre as filiações biológica e socioafetiva, se houver multiparentalidade, sob pena de se gerar um tratamento desigual entre os filhos.

Nesse diapasão, diante do reconhecimento da multiparentalidade, todos os efeitos jurídicos decorrentes da filiação biológica e da filiação socioafetiva devem ser plenamente aplicados, até porque não há no Direito brasileiro uma categoria intermediária entre a parentalidade e a não parentalidade (SCHREIBER, 2016, p. 851).

Entretanto, é imprescindível fazer uma distinção entre o estado de filiação e o direito de conhecimento da origem genética.

Isso porque este é um direito da personalidade que toda pessoa possui de investigar a sua ancestralidade, sem que isso gere vínculo parental, enquanto aquele advém da comunhão afetiva que se forma entre pais e filhos (LÔBO, 2022, p. 248).

Desse modo, Rolf Madaleno (2022, p. 592) clarifica que existiriam duas espécies distintas de ações de investigação de paternidade, explicitando que:

Existem, portanto, duas espécies distintas de demandas de investigação de paternidade ou de maternidade; onde uma objetiva a instituição do vínculo jurídico da paternidade ou da maternidade com a filiação, cujo provimento jurídico acarreta todos os efeitos legais, com o deferimento dos direitos sucessórios, alimentos, se for o caso, e outras implicações pertinentes à personalidade, como o direito ao uso do nome da família de origem e o estabelecimento de novos vínculos parentais, ou seja, é o direito à vida familiar; e existe o direito ao reconhecimento da ascendência genética com matiz constitucional. Esse é o direito à vida íntima, que não se confunde com o direito à vida familiar, porque esse filho socioafetivo já tem família, nome, vínculos, alimentos e herança dos seus pais que sabe serem socioafetivos. Entretanto, pode querer conhecer seus ascendentes genéticos, apenas reconhecer sua ascendência familiar. (MADALENO, 2022, p. 592).

O Ministro Edson Fachin seguiu essa visão, ao proferir o voto divergente e minoritário no Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, tendo compreendido que somente seria cabível salvaguardar o direito ao conhecimento da origem genérica – sem que isso gere filiação – com relação ao pai biológico naquele caso concreto (YOUTUBE, 2016).

É preciso ter cuidado, ainda, com as demandas nas quais se requer o reconhecimento da multiparentalidade, com objetivos meramente patrimoniais relativos, por exemplo, a alimentos e à

herança. Isso porque, consoante indica Flávio Tartuce (2023, p. 543), o filho poderia ter interesses econômicos e não afetivos ao pedir a inclusão de certo genitor em seu registro.

Anderson Schreiber e Paulo Lutoso (2016, p. 861) argumentam que o motivo íntimo do autor não pode impedir o reconhecimento da paternidade, porém assinalam que os institutos do abuso do direito e do comportamento contrário à boa-fé objetiva estão à disposição do intérprete para que sejam vetadas pretensões que violem o ordenamento jurídico.

Por conseguinte, caberá ao magistrado analisar a situação concreta em consonância com os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade responsável e da afetividade. E, se efetivamente comprovado que o interesse das partes, na configuração da multiparentalidade, é meramente patrimonial, não deve haver seu reconhecimento, mas apenas ser resguardado o direito à identidade genética (GAMA, 2023, p. 60-62).

Nesse seguimento, se a parte almejar a declaração da paternidade biológica, tendo seu genitor socioafetivo registrado, não basta o simples exame de DNA, sendo indispensável a verificação concreta do atendimento aos princípios supracitados. Todavia, essa avaliação deve ser feita com muita cautela, para evitar tanto a deturpação como a supressão do instituto da multiparentalidade (GAMA, 2023, p. 60-62).

Em sequência, será fundamental tratar da caracterização da multiparentalidade pelo testamento, assim como da possibilidade de seu reconhecimento *post mortem*.

4 O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE POR TESTAMENTO E O CABIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE *POST MORTEM*

A ausência de modificação da legislação civil para tratar da multiparentalidade fez com que alguns de seus aspectos não ficassem efetivamente definidos, sendo um deles os meios para o seu reconhecimento. Desse modo, neste capítulo, pretender-se-á estudar a possibilidade deste ocorrer pelo testamento.

Nas hipóteses em que não há incidência da presunção prevista no artigo 1.597 do CC, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento poderá ser feito pelos meios previstos no artigo 1.609 do mesmo diploma legal. Similarmente, o artigo 11, § 8º, do Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (BRASIL, 2017) passou a dispor expressamente que a paternidade socioafetiva poderia ser declarada por documentos público ou particular de última vontade.

Nesse diapasão, nada obsta que a multiparentalidade advenha do referido negócio jurídico unilateral. Todavia, enquanto a filiação biológica se configura com a concepção, a filiação socioafetiva depende da verificação de três elementos, quais sejam o tratamento (*tractacio*), a fama (*repuctacio*) e o nome (*nominatio*) (TARTUCE, 2020 p. 535-536).

À vista disso, a paternidade socioafetiva pode ser conceituada como o parentesco civil, na linha reta, em primeiro grau, entre pessoas que não possuem vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em razão da grande afetividade entre elas (CASSETTARI, 2017, p. 16). Assim, verifica-se que a construção de tal relação demanda um certo tempo de convivência.

O reconhecimento de paternidade por testamento pode, ainda, ocorrer antes mesmo do nascimento da criança, com base nos artigos 1.609, parágrafo único, do CC (BRASIL, 2002, nota 21) e 26, parágrafo único, do ECA. Observe-se, porém, que há uma situação concreta que ainda pode gerar dúvidas quanto à configuração ou não da relação multiparental, em que o companheiro de determinada pessoa declara em testamento que o nascituro é seu filho, falece antes do seu nascimento e posteriormente descobre-se que um terceiro é genitor biológico do infante.

Além de não incidir a presunção de paternidade inerente ao casamento, prevista no artigo 1.597 do CC, em tese não poderiam ser visualizados na realidade fática os elementos da posse de estado de filho, motivo pelo qual seria inviável a caracterização de uma paternidade socioafetiva.

Destaque-se que esse contexto poderia se modificar se a mulher casada estivesse grávida de seu amante, ante a aplicação da presunção de paternidade mencionada. Cumpre mencionar que, caso o cônjuge varão falecesse, em data anterior ao nascimento da criança, o ajuizamento da ação negatória de paternidade não seria cabível, visto que ele é único legitimado a propô-la, conforme artigo 1.601 do CC.

Percebe-se que isso gera um tratamento totalmente desigual se a situação envolver o casamento ou a união estável. Todavia, a partir dos princípios constitucionais da afetividade de e do melhor interesse da criança e do adolescente, essa seria a visão condizente com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico?

O TJMG, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0625.13.003018-6/001, buscou dar uma solução a esse questionamento, interpretando de maneira mais ampla a norma

em uma situação envolvendo dupla maternidade. Nela, os autores pretendiam a anulação do testamento formulado por sua filha, sustentando que o reconhecimento feito por ela em favor da ré não se amoldaria à hipótese legal de filho havido fora do casamento. Argumentaram, ainda, que a criança estaria desenvolvendo seu relacionamento com o pai biológico e que falecida não teria tido relação socioafetiva com aquela apta a caracterizar a filiação (BRASIL, 2021).

No que concerne à parentalidade, o TJMG frisou que todas as uniões que formem uma entidade familiar merecem proteção constitucional e apontou que o rol previsto na legislação não seria taxativo, devendo-se observar os aspectos afetivo, social e familiar no caso concreto. Nesse sentido, consignou-se a inviabilidade de se vedar o reconhecimento da filiação em hipóteses não previstas expressamente na legislação, mas consolidadas nas relações interpessoais (BRASIL, 2021).

No que tange ao caso concreto propriamente dito, o casal homoafetivo concordou em usar o esperma doado por pessoa conhecida para ter um(a) filho(a), porém a testadora acabou falecendo antes mesmo do seu nascimento. Apesar disso, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente e da livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, entendeu-se pela existência de uma afetividade implícita, resultante do sentimento natural de quem pretende constituir família. Caso essa percepção não fosse seguida, novamente as famílias seriam reduzidas à questão meramente genética (BRASIL, 2021).

Ademais, o TJMG ressaltou que o contato com o pai biológico não traria qualquer implicância no testamento confeccionado, porém aquele poderia ser incluído no registro civil de nascimento da criança juntamente com as duas mães, o que configuraria a multiparentalidade (BRASIL, 2021).

É evidente que a posição que traz maior proteção aos princípios da afetividade, da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente seria exatamente admitir o reconhecimento de filiação do(a) companheiro(a) com relação ao nascituro, ainda que não haja vínculo biológico e ocorra o seu falecimento antes do nascimento daquele. Todavia, as normas legais não trazem qualquer previsão expressa nesse sentido.

O julgado do TJMG “deu o pontapé inicial”, no sentido de proporcionar uma interpretação mais ampla das regras pertinentes ao reconhecimento de filho, contidas no *Código Civil*, porém isso não garante que outros tribunais ou doutrinadores não tenham compreensões diferentes. Desse modo, em prol dos princípios constitucionais inerentes à família, seria fundamental uma alteração legislativa, para garantir maior segurança jurídica, especialmente trazendo a concepção de uma afetividade implícita e situações aptas a ensejarem a multiparentalidade e nas quais houvesse alguma vedação.

Ademais, cabe enfatizar que a herança é um direito fundamental, nos termos do artigo 5º, inciso XXX, da CRFB/88, razão pela qual certo indivíduo pode fazer jus a quinhões hereditários de três genitores diferentes, se ficar caracterizada a relação multiparental.

Entretanto, consoante já mencionado, não deve ser reconhecida a paternidade em pleitos puramente patrimoniais, protegendo-se apenas o direito ao conhecimento da origem genética. Assim, seria aceitável a multiparentalidade *post mortem*?

Maria Berenice Dias (2021, p. 871) afirma que nada impede o reconhecimento da multiparentalidade *post mortem*, sendo apenas necessária a prova de estado de filho nos casos envolvendo filiação socioafetiva. Noutro giro, Christiano Cassettari (2017, p. 264) aponta ser complexa tal aceitação, argumentando que ficaria evidente o desejo de obtenção de vantagem financeira e asseverando que:

O temor de demandas exclusivamente de cunho patrimonial existe, mas caberá ao Judiciário coibir esse abuso de direito, como já faz com outros problemas; porém, não conseguimos conceber um filho sem herança, que é um direito fundamental (art. 5º, XXX, da CF), por acreditarmos que a multiparentalidade deve ser formada em vida, pois assim se permite que as pessoas possam conviver e criar laços de afeto, e não *post mortem*. Aliás, temos sérias dificuldades em aceitar uma formação de multiparentalidade *post mortem*, pois nesse caso fica evidente o desejo de obtenção de vantagem financeira (CASSETTARI, 2017, p. 264).

O TJMG apreciou um agravo de instrumento que tem íntima relação com o assunto atinente à multiparentalidade *post mortem*, cujo acórdão ficou sob relatoria da Desembargadora Albergaria Costa. No referido recurso, dois irmãos aduziam ser devida a reserva de quinhão em decorrência da propositura de uma ação de investigação de paternidade (BRASIL, 2023a).

Na ação de investigação de paternidade, os agravantes pretenderam desconstituir a paternidade registrada, para fazer prevalecer o vínculo biológico, com o intuito de obterem o direito

à herança. De acordo com a maioria dos desembargadores, em já possuindo o indivíduo filiação paterna em seu registro, somente seria possível assegurar o conhecimento da ascendência genética, sendo imprescindível a demonstração do interesse moral, e não apenas econômico. Dessa maneira, decidiram pela inviabilidade de reserva de bens em razão de a discussão não poder alcançar efeitos patrimoniais (BRASIL, 2023a).

Cabe apontar o voto minoritário do Desembargador Judimar Biber, o qual entendeu que a reserva de bens só poderia ocorrer com a prova inequívoca da relação de paternidade, mas não concordou com os fundamentos trazidos pela relatora. Segundo ele, não seria possível causar distinção entre os filhos, nem exclusão da filiação socioafetiva ou biológica, em casos de multiparentalidade, de modo que os descendentes biológicos também fazem jus à herança (BRASIL, 2023a).

A posição do Desembargador parece estar mais condizente com o princípio da igualdade entre os filhos, consagrado no artigo 227, § 6º, da CRFB/88 e com o Tema de Repercussão nº 622 do STF (BRASIL, nota 1), que traz a ideia de que a paternidade socioafetiva não obsta o reconhecimento da filiação biológica e gera todos os efeitos jurídicos que lhe são próprios.

No entanto, há um aspecto do referido julgado de grande importância e que já foi exposto no capítulo anterior, de que não é viável o reconhecimento da parentalidade se ficar comprovado o intuito puramente econômico das partes, ocasião em que ficará resguardado apenas o direito ao conhecimento da origem genética.

Neste diapasão, deve ser feita uma análise cautelosa do caso concreto apresentado, especialmente se o autor nunca conviveu com seu pai biológico e já recebeu herança de seu pai registral.

Inclusive, Christiano Cassettari aduz a aplicabilidade da tese da socioafetividade às avessas, isto é, a ausência de afetividade na relação pode gerar a perda do direito à herança do pai biológico (CASSETTARI, 2017, p. 137).

Ainda sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já declarou que o reconhecimento da filiação *post mortem* de filho maior depende do seu consentimento, na medida em que não seria plausível a alteração unilateral da verdade biológica ou afetiva sem dar a oportunidade dele se manifestar. No caso, buscou-se preservar a memória e imagem póstumas em respeito a história do filho e de sua genitora biológica, que tinham falecido, não sendo autorizada a inclusão da genitora socioafetiva (BRASIL, 2018).

Atualmente, a lei ainda autoriza que seja requerida a realização e exame de DNA em parentes consanguíneos do pai falecido, em ação de investigação de paternidade *post mortem*, gerando a recusa a presunção de paternidade, a ser averiguada juntamente com as provas colhidas nos autos, de acordo com a previsão do artigo 2º-A da Lei nº 8.560/92 (BRASIL, 1992).

5 CONCLUSÃO

Ante tudo que foi elucidado ao longo deste trabalho, fica claro que foi fundamental o reconhecimento da multiparentalidade pelo STF, por meio do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, em obediência aos princípios da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente, do pluralismo das entidades familiares, entre outros.

Contudo, verificou-se que a legislação não foi atualizada para dispor sobre diversos pontos relacionados ao instituto,

ocasionando uma verdadeira insegurança jurídica para tais relações. Nesse sentido, em lides remetidas a julgamento do TJMG, “deu-se um pontapé inicial” no sentido de dar uma resposta a algumas omissões.

Apesar de a lei prever que a adoção gera o rompimento do vínculo com os pais biológicos, há casos peculiaridades em que o vínculo entre eles e seu filho é mantido e precisa ser protegido pelo ordenamento jurídico. Assim, aferiu-se que nada impede que aqueles sejam incluídos no registro do infante, juntamente com os pais adotivos, se isso atender aos princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ademais, constatou-se que a pessoa tem direito de inserir em seu registro o sobrenome (ou nome patronímico) de todos os seus pais e faz jus a todas as consequências patrimoniais advindas dela, não sendo cabível afastar tais efeitos, por força do princípio da igualdade entre os filhos. Todavia, averiguou-se que há uma distinção entre o reconhecimento da paternidade/maternidade e o direito à ascendência genética, que não gera vínculo parental.

Logo, seria importante uma modificação legislativa para estabelecer uma afetividade implícita em situações peculiares. Por exemplo, aquelas nas quais um indivíduo, mesmo sem vínculo consanguíneo, reconhece o nascituro que sua companheira espera como seu por testamento, desejando formar família com ambos, mas acaba falecendo antes de seu nascimento, de modo que, em tese, não restaria formada a posse de estado de filho.

Ainda que tenha havido certa controvérsia no próprio TJMG acerca da multiparentalidade *post mortem*, esta deve ser admitida se atendidos os princípios constitucionais da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente, pois, caso contrário,

apenas se estaria esvaziando o propósito do instituto e permitindo a desigualdade entre os filhos. Isso somente não pode ocorrer se houver provas concretas de que o interesse das partes é puramente patrimonial; na dúvida, deve ser reconhecida a paternidade/maternidade.

Destarte, é evidente a importância de uma atualização legislativa versando sobre todos os aspectos necessários, no que diz respeito à multiparentalidade, a fim de esgotar maiores divergências da doutrina e da jurisprudência em torno de temas relacionados a tal modelo familiar. Neste momento em que o *Código Civil* completou vinte anos de sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro, revela-se mais do que oportuna – sendo necessária – a edição de normas infraconstitucionais que tratem dos temas desenvolvidos neste trabalho a respeito da configuração e dos efeitos da multiparentalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990 e retificado em 27 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.487.596/MG. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. *DJe* de 1º out. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402634796&dt_publicacao=01/10/2021. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.688.470/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. *DJe* de 13 abr. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574629231/recurs-o-especial-resp-1688470-rj-2017-0200396-5/inteiro-teor-574629241>. Acesso em: 26 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 898.060/SC. Relator: Ministro Luiz Fux. *DJe* de 24 ago. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento nº 1.0704.11.000578-9/001*. Relator: Desembargadora Albergaria Costa. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943412966/agravo-de-instrumento-cv-ai-10704110005789001-unai/inteiro-teor-943413104>. Acesso em: 23 mar. 2023a.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação nº 1.0000.22.044501-9/001*. Relatora: Desembargadora Alice Birchall. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1633747940>. Acesso em: 21 mar. 2023b.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação nº 1.0000.22.182611-8/001*. Relator: Desembargador Paulo Rogério de Souza Abrantes (JD. Convocado). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1707574149>. Acesso em: 18 mar. 2023c.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0106.14.002044-2/001*. Relator: Des. Kildare Carvalho (decisão monocrática). Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10106140020442001. Acesso em: 21 mar. 2023d.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0625.13.003018-6/001*. Relator: Desembargador Marcelo Rodrigues. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661095331/apelacao-civel-ac-10625130030186001-mg/in-teiro-teor-661095401>. Acesso em: 11 fev. 2021.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 6. *E-book*.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; JOSEPHSON, Heloisa Alves de Paiva. *Multiparentalidade no Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Enunciados do IBDFAM*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 17 mar. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Enunciados do IBDFAM são aprovados*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5194/enunciados+do+ibdfam>. Acesso em: 3 nov. 2020.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. v. 5. *E-book*.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*. 34. ed. Atualizadora e Colaboradora: Maria Celina Bodin de Moares. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 1. *E-book*.

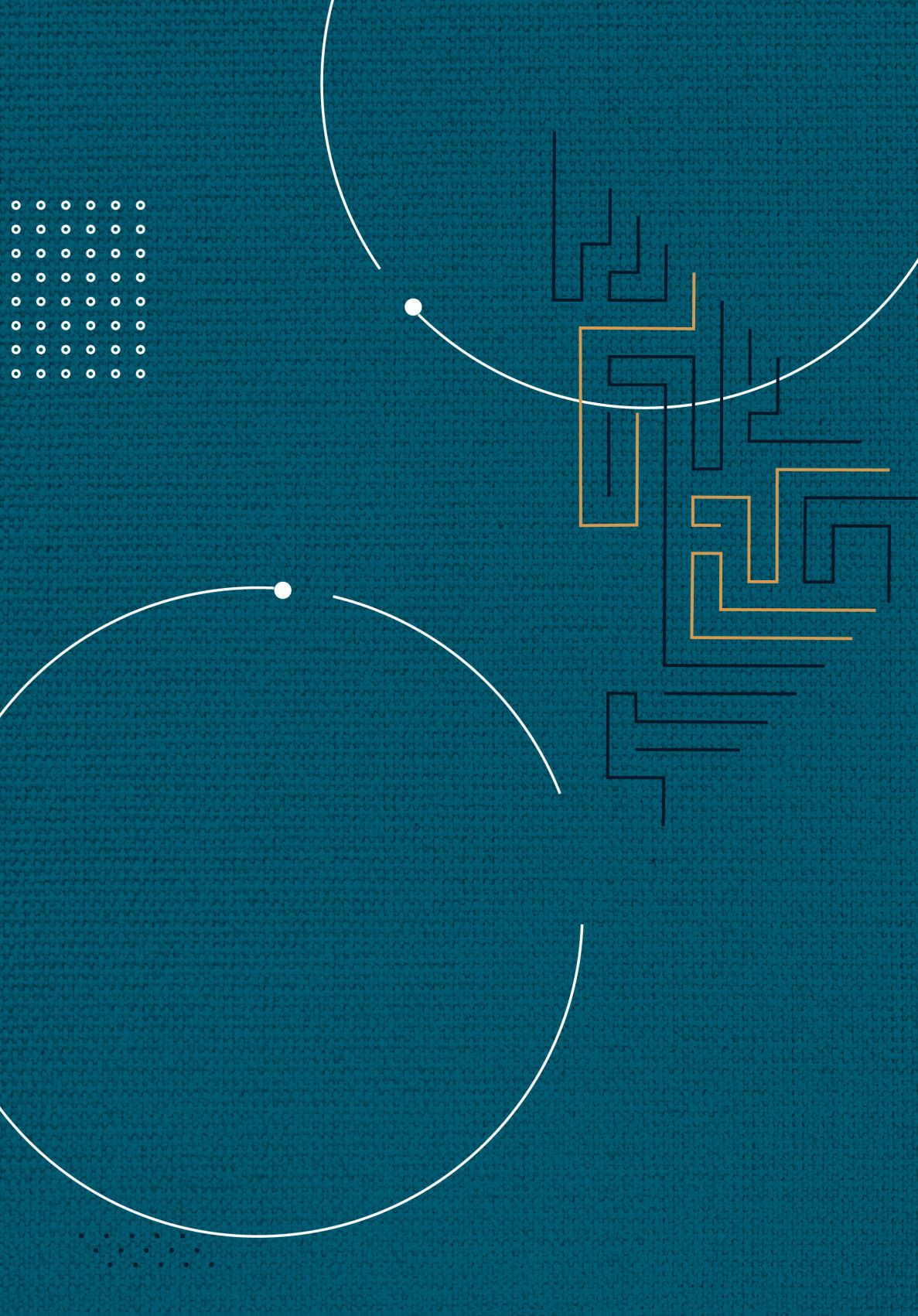
PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 29. ed. Atualizada e Revista por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 5 *E-book*.

SCHREIBER, Anderson; LUTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 35, p. 847-873, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824/pdf>. Acesso em: 21 mar. 2023.

TARTUCE, Flávio. *Da impossibilidade de reconhecimento da multiparentalidade em casos de adoção prévia*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/358629/impossibilidade-da-multiparentalidade-em-casos-de-adocao-previa>. Acesso em: 18 mar. 2023.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 5. *E-book*.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 6. *E-book*.



ALIMENTOS, DESDE QUANDO?

Maria Berenice Dias¹

RESUMO

Apesar de o direito a alimentos ser o mais fundamental dos direitos, a legislação não atende à urgência com que deve ser atendido. Além disso, a injustificável simultaneidade de vigência da Lei de Alimentos e do Código de Processo Civil gera enorme insegurança jurídica, o que só vem em prejuízo a quem necessita de alimentos. Daí a enorme responsabilidade da doutrina em construir balizas que levem a jurisprudência a estabelecer marcos de forma a garantir o direito à vida de maneira célere e efetiva.

Palavras-chave: Alimentos. Termo inicial. Eficácia. Alimentos gravídicos. Cumulação de execuções.

1 INTRODUÇÃO

Como dizia Betinho, a fome não espera!

Ninguém duvida que a busca por alimentos é um dos temas mais urgentes. Quem bate às portas do Poder Judiciário merece uma rápida resposta.

Talvez o primeiro questionamento a ser feito é sobre o momento a partir de quando existe a obrigação de pagar alimentos.

¹ Pós-Graduada e Mestre em Processo Civil. Advogada. Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). *E-mail:* berenice@berenicedias.com.br.

A dúvida se justifica. Primeiro, porque existem encargos alimentares de várias origens, que podem ser deferidos em circunstâncias diversas. Depois, diferente é a terminologia que identifica as modalidades de alimentos, as quais são regidas por leis diversas e até sobrepostas.

Claro que o resultado desse emaranhado de normas gera enorme perplexidade. Resulta em posições doutrinárias divergentes e decisões judiciais para todos os gostos.

2 ASPECTOS LEGAIS

O direito à alimentação tem assento constitucional, sendo reconhecido como um direito social.² Inclusive, é a única dívida que admite a prisão do devedor.³ A outra possibilidade de restrição ao direito de ir e vir por dívida é enfaticamente rechaçada pela jurisprudência.⁴

Cabe lembrar que o Brasil é signatário da Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e outros Membros da Família e do Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos.⁵

É o Código Civil que prevê quem tem direito e quem tem o dever de pagar alimentos. Consagra o princípio da reciprocidade,

² CR, art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

³ CR, art. 5º, LXVII: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

⁴ STJ - Súmula 419: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.” STF - Súmula 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” STF - Tema 60: “Possibilidade de prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.”

⁵ Promulgados pelo Decreto nº 9.176/2017.

entre cônjuges, companheiros e parentes.⁶ Diante de um leque de obrigados, a lei estabelece um critério de prioridade: primeiro, cônjuge ou companheiro, seguido dos parentes, atentando-se à ordem de proximidade. Os primeiros convocados são os parentes em linha reta.⁷ Na falta desses, aos parentes colaterais até o quarto grau.⁸ O fato de a lei trazer uma explicitação quanto aos irmãos⁹ não significa que afastou a obrigação dos demais parentes. Afinal, a lei atribui o dever aos “parentes”. A todos eles.

Como a lei põe a salvo os direitos do nascituro, desde sua concepção,¹⁰ existe obrigação alimentar a seu favor. São os chamados alimentos gravídicos.¹¹

Mas não é só.

O Estatuto da Criança e do Adolescente atribui à família, à comunidade, à sociedade e ao poder público o dever de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação ao direito à alimentação.¹² Trata-se de direito assegurado ao filho, mesmo que ele se encontre sob a guarda de terceiros, em preparação à adoção.¹³

⁶ CC, art. 1.694: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”

⁷ CC, art. 1.696: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

⁸ CC, art. 1.592: “São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.”

⁹ CC, art. 1.697: “Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.”

¹⁰ CC, art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

¹¹ Lei nº 11.804/2008.

¹² Lei nº 8.069/1990, art. 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

¹³ Lei nº 8.069/1990, art. 23: “A guarda obriga a prestação de assistência mate-

Nas hipóteses de maus-tratos, opressão ou abuso sexual, a título de medida cautelar, além de determinar o afastamento do agressor, o juiz pode fixar provisoriamente alimentos, a favor da vítima.¹⁴

A Lei Maria da Penha também traz previsões sobre alimentos. Assegura às mulheres vítimas de violência doméstica condições para o efetivo exercício do direito à alimentação.¹⁵ Prevê a possibilidade de impor o pagamento de alimentos como medida protetiva de urgência,¹⁶ tanto a favor da vítima como dos filhos.¹⁷ Desse modo, o não pagamento dos alimentos configura o crime de descumprimento de medida protetiva, cuja pena de detenção é de três meses a dois anos.¹⁸

rial, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. [...] § 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.”

¹⁴ Lei nº 8.069/1990, art. 130: “Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum. Parágrafo único. Da medida cautelar constará, ainda, a fixação provisória dos alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependentes do agressor.”

¹⁵ Lei nº 11.349/2006, art. 3º: “Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

¹⁶ Lei nº 11.349/2006, art. 22: “Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: [...] V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.”

¹⁷ Lei nº 11.349/2006, art. 23: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: [...] III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos.”

¹⁸ Lei nº 11.349/2006, art. 24-A: “Descumprir decisão judicial que defere medidas

De igual modo, o Estatuto da Pessoa Idosa, fazendo um paralelismo com o ECA, assegura direito à alimentação frente à família, à comunidade, à sociedade e ao poder público.¹⁹ Vai além. Dedicar um capítulo ao tema.²⁰

Gera a solidariedade obrigacional entre os parentes e impõe ao poder público o dever de sustento, no âmbito da assistência social. Atribui ao Ministério Público legitimidade para acompanhar as ações de alimento, quando a pessoa idosa se encontrar em condição de risco.²¹ Do mesmo modo, criminaliza, com pena de dois meses a um ano e multa, quem expõe a perigo pessoa idosa, privando-a de alimentos.²²

Por seu turno, o Código Penal tipifica como crime de abandono material não prover o sustento de quem tem direito a recebê-los, bem como de pagar pensão alimentícia previamente estabelecida.²³

protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.”

¹⁹ Lei nº 10.741/2003, art. 3º: “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

²⁰ Lei nº 10.741/2003, arts. 11 a 14.

²¹ Lei nº 10.741/2003, art. 74: “Compete ao Ministério Público: [...] II – promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos das pessoas idosas em condições de risco.”

²² Lei nº 10.741/2003, art. 99: “Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, da pessoa idosa, submetendo-a a condições desumanas ou degradantes ou privando-a de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado. Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.”

²³ CP, art. 244: “Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra

3 TERMO INICIAL DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A vigência da Lei de Alimentos está expressamente assegurada pela lei processual, no que diz com a demanda que busca o reconhecimento do direito aos alimentos.²⁴

O procedimento especial é reservado a quem tem prova pré-constituída da obrigação alimentar: filiação, parentesco, casamento ou união estável. É o que se chama de prova tarifada. Dispõem do mesmo procedimento as demandas revisionais e exoneratórias, pois já comprovada a existência da obrigação.

Em todas essas demandas que tenham como causa de pedir vínculo obrigacional comprovado, indispensável a fixação de alimentos provisórios, mesmo que não tenham sido pedidos pelo autor. Deve o juiz fixá-los de ofício.

E, nos precisos termos da lei, os alimentos são devidos a partir do momento em que são fixados: “Art. 4º Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.” (BRASIL, 1968).

Trata-se de medida liminar concedida antes da ouvida do réu. Quer seja reconhecida como tutela de urgência,²⁵ como tutela de evidência,²⁶ trata-se de tutela provisória, que dispõe de vigência imediata, antes do ato citatório.

ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.”

²⁴ CPC, art. 693. “Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.”

²⁵ CPC, art. 300, § 2º.

²⁶ CPC, art. 311, parágrafo único.

4 CUMULAÇÃO DE AÇÕES

Apesar de o Código de Processo Civil avocar para si os processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação,²⁷ é possível cumular a essas demandas pretensão alimentar.

Expressamente assim admite a Lei de Alimentos: “Art. 13. O disposto nesta lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções.” (BRASIL, 1968).

No entanto, se não acompanhar a inicial dessas ações prova ou fortes indícios da existência de relação jurídica que assegure direito a alimentos, não cabe sua concessão em sede liminar.

Mas, a partir do momento em que se aportem aos autos elementos que comprovem o direito obrigacional, a qualquer tempo, pode — ou melhor, deve — o juiz fixar os alimentos. Quer durante a instrução, quer na sentença.

O encargo passa a ser devido imediatamente, a partir da publicação da decisão, ainda que esteja sujeita a recurso. Tanto o agravo de instrumento como a apelação não dispõem de efeito suspensivo.²⁸

²⁷ CPC, art. 693: “As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.”

²⁸ CPC, art. 531, § 1º: “A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados.” CPC, art. 1.012: “A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: II - condena a pagar alimentos.” Lei nº 5.478, art. 14: “Da sentença caberá apelação no efeito devolutivo.”

Quando a lei fala em “condenar” ao pagamento de alimentos, leia-se: majorar, reduzir ou extinguir o encargo alimentar.

Diante dessa possibilidade de cumulação de pedidos, cabe questionar em que hipótese se aplica o parágrafo 2º do art. 13 da Lei de Alimentos, que faz retroagir os alimentos à data da citação: “§ 2º Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação.” (BRASIL, 1968).

A expressão “retroagir” significa que antes da citação não havia alimentos estabelecidos.

E, se os alimentos foram estabelecidos incidentalmente ou na sentença, somente em uma hipótese pode ser buscado o efeito retroativo. É quando os alimentos definitivos são fixados em montante superior ao valor dos alimentos estabelecidos provisoriamente.

Como os alimentos são irrepetíveis e não podem ser compensados, na hipótese de os alimentos provisórios serem superiores aos definitivos, descabe invocar a aplicação do indigitado dispositivo legal.

Até parece que se está concedendo interpretação diferenciada a situações análogas. Só que não.

A obrigação alimentar é preexistente. Não nasce com a citação. Estabelecida em juízo, o valor fixado passa a ser devido imediatamente. No entanto, no momento em que se amplia o campo cognitivo sobre as necessidades do credor e as possibilidades do devedor, é possível estabelecer o valor definitivo com mais precisão.

Daí o marco da citação para estabelecer a partir de quando o valor definido em decisão final passa a ser devido.

A outro giro, eventuais valores a maior, pagos a título de alimentos provisórios, durante a tramitação da demanda, não têm como ser compensados.

Apesar da clareza das diferentes hipóteses, de forma reiterada, tribunais estaduais e superiores têm embaralhado esses dispositivos. Determinam que os alimentos provisórios, mesmo que fixados liminarmente, são devidos somente após a citação do devedor.

Esse posicionamento, além de afrontar a Lei de Alimentos, subverte o sistema processual que regulamenta as medidas cautelares.

Destaca-se desse panorama o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), que, reiteradamente, determina que os alimentos sejam pagos a partir do momento em que são fixados pelo juiz.

Agravo de instrumento. Alimentos provisórios. Termo inicial da obrigação. - Os alimentos provisórios são devidos a partir do arbitramento, não se mostrando razoável impor ao alimentando aguardar a citação do alimentante, mesmo porque a sua concretização poderá protelar o tempo inicial da obrigação. (MINAS GERAIS, 2022).

5 ALIMENTOS GRAVÍDICOS

A postergação — injustificável e mais do que injusta — do encargo alimentar para o momento da citação tem ocorrido também quando se trata de alimentos gravídicos, encargo devido durante o período gestacional.

Expressamente a lei explicita que a responsabilidade parental tem início quando da concepção.²⁹ O fato é que a própria

²⁹ Lei nº 11.804/2008, art. 2º: “Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão

descoberta da gravidez já gera custos. Custos que só aumentam até o nascimento.

Apesar disso, e invocando o mesmo § 2º do art. 13 da Lei de Alimentos, tem a justiça fixados os alimentos liminarmente, mas condicionando sua exigibilidade à citação do demandado.

Sequer se atenta que o dispositivo da Lei dos Alimentos gravídicos, que previa o dever de pagamento dos alimentos gravídicos a contar da citação do réu, foi vetado.³⁰ Ainda bem, pois nem sempre a citação ocorre de forma célere de modo a garantir as necessidades da gestante.

Esse é mais um motivo que cabe ser invocado. Em face da essência do encargo, impositivo reconhecer que os alimentos gravídicos são devidos, retroativamente, a contar da concepção do nascituro.

Mais uma vez, destaca-se o TJMG, a evidenciar enorme sensibilidade e coerência.

Alimentos gravídicos. Valor. Majoração. Termo inicial. - [...] Os alimentos gravídicos previstos na Lei 11.804/08 destinam-se a cobrir as despesas decorrentes da gravidez, perdurando até o nascimento, quando, confirmada a paternidade se convertem em alimentos - Os Alimentos Gravídicos têm como termo inicial a concepção e terminam com o nascimento, quando se converte em pensão alimentícia - Os alimentos gravídicos serão fixados dentro do binômio necessidade/possibilidade, tomando por base 'valores suficientes para cobrir despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes', inclusive alimentação especial e atendimento médico, constituindo-se de

os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes."

³⁰Lei nº 11.804/2008, art. 9º: "Os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu."

obrigação destinada a propiciar o desenvolvimento saudável do feto que repercutirá para o resto da vida do nascituro [...] (MINAS GERAIS, 2021).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm. Acesso em: jul. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso: jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.423, de 2022). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 out. 2003.

BRASIL. Lei nº 11.349, de 27 de setembro de 2006. Dispõe sobre a criação de funções comissionadas no Quadro de Pessoal do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 set. 2006.

BRASIL. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 nov. 2008.

BRASIL. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jul. 1968 e retificado em 14 ago. 1968 e republicado em 8 abr. 1974.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973 e republicado em 27 jul. 2006.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990 e retificado em 27 set. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 419. Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel. *DJe*, Brasília, DF, ed. 535, 11 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. *DJe*, Brasília, DF, 23 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 60. Possibilidade de prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. *DJe*, Brasília, DF, nº 104, ata nº 17/2009, 5 jun. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 10000200448975002 MG. Relator: Des. Renato Dresch. *DJe*, Belo Horizonte, 5 nov. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 10000220641377001 MG. Relator: Des. Alexandre Santiago. *DJe*, Belo Horizonte, 21 jun. 2022.



OS ANIMAIS DOMÉSTICOS COMO SERES SENCIENTES NAS AÇÕES JUDICIAIS DE GUARDA COMPARTILHADA

Patrícia de Paula Vaz¹

RESUMO

O presente trabalho é um estudo sobre a natureza jurídica dos animais domésticos no Brasil. O objetivo desta obra é demonstrar que o Judiciário brasileiro, ao julgar as ações de família envolvendo a tutela desses animais, quando da dissolução da sociedade conjugal, eleva seu *status* de objetos de direito para seres sencientes. Foi utilizado, no desenvolvimento desta obra, o método dedutivo de abordagem, os métodos de procedimento histórico e comparativo, e abordada a técnica de documentação indireta, através das pesquisas documental e bibliográfica. De acordo com o estudo bibliográfico desenvolvido, foi possível verificar que a senciência é a característica comum que une os seres humanos e os animais domésticos e significa a capacidade que determinada categoria de animais – vertebrados superiores – possuem de experimentarem sensações de dor, prazer, alegria e bem-estar. Esse vínculo afetivo que une homens e animais, existente desde os primórdios da civilização, vem evoluindo concomitantemente com as sociedades humanas, e hoje se tornou um vínculo, também, jurídico, uma vez que esses animais compõem a família multiespécie. Observou-se, também, que o tratamento dispensado aos animais no Brasil pela Constituição Federal, não é o mesmo em relação ao Código Civil. Ao término do trabalho, constatou-se a senciência dos

¹ Graduada em Direito. Pós-Graduada em Direito Público. E-mail: patriciade paulavaz@gmail.com.

animais domésticos, tal qual preconizado pelo art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal de 1988, ratificada pela jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em consonância com Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Animais domésticos. Guarda compartilhada. Seres sencientes. Senciência. Bem-estar animal.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva defender que os animais domésticos, tratados como objetos de direito pelo Código Civil, são considerados seres sencientes nas ações judiciais de guarda compartilhada no Brasil.

A presente pesquisa se justifica diante da relevância e recorrência do tema nos tribunais brasileiros, como resultado do tratamento dispensado a esses animais como membros da família na atualidade e, também, do aumento dessa categoria de animais na sociedade brasileira.

A problemática a ser discutida na presente obra relaciona-se à forma como o Poder Judiciário no Brasil tem resolvido os conflitos envolvendo esses animais, quando da dissolução do vínculo conjugal de seus tutores.

Diante da omissão normativa dessa temática, o julgador serve-se da analogia, aplicando os dispositivos do Código Civil que tratam “Da Proteção da Pessoa dos Filhos”, dispensando a esses seres sencientes o mesmo *status* jurídico de pessoas absoluta ou relativamente incapazes.

O objetivo geral é demonstrar que essa postura do Poder

Judiciário brasileiro, tratando os animais domésticos como seres sencientes nas ações de guarda compartilhada, pode representar a elevação do *status* jurídico desses animais, de objetos de direito para seres sencientes, e, futuramente, para sujeitos de direito.

Como objetivos específicos, pretende-se relatar os conceitos de animais, animais domésticos e senciência; quem e quais são os sujeitos e os objetos de direito; a diferença entre personalidade e capacidade jurídicas; o conceito de família multiespécie; o tratamento dos animais na Constituição Federal e no Código Civil, bem como correlacionar a senciência ao vínculo que une animais e seres humanos.

No presente trabalho, foi empregado o método de pesquisa bibliográfica crítica ou reflexiva, com o estudo comentado de alguns dispositivos civis, constitucionais e processuais civis, relacionados ao tema em debate.

Os dados coletados foram obtidos em consulta à legislação pertinente, em especial o Código Civil, a Constituição Federal, o Código de Processo Civil, à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e às obras de renomados doutrinadores civilistas.

2 ANIMAIS, ANIMAIS DOMÉSTICOS E SERES SENCIENTES

Animais e Fauna são conceitos intimamente ligados, e, na Língua Portuguesa, o primeiro é substantivo coletivo do segundo. Consoante o site “Significados BR” (2023):

A Fauna vem do antigo latim, Fauna, deusa dos romanos que protegia a terra e dava fertilidade aos animais. O seu sentido atual foi usado pela primeira vez em 1746, por Carolus Linnaeus, o pai da taxonomia moderna, em seu livro Fauna Suecica.

Fauna é a definição que utilizamos para um

conjunto de animais que convivem em um determinado espaço geográfico ou temporal. A fauna está intrinsecamente associada à flora, que é o conjunto de vegetais e flores que compõem um microssistema ambiental, dependendo uns dos outros para sua manutenção e sobrevivência. (SIGNIFICADOS BR, 2023, grifo nosso).

A fauna é então o conjunto de animais de uma determinada região. O art. 2º, III, da Portaria nº 93, de 07 de julho de 1998, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis assim define a “fauna doméstica”:

Art. 2º Para efeito desta Portaria, considera-se:
[...];

III - Fauna Doméstica: Todos aqueles animais que através de processos tradicionais sistematizados de manejo e/ou melhoramento zootécnico, tornaram-se domésticas, apresentando características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, podendo apresentar fenótipo variável, diferente da espécie silvestre que os originou. (BRASIL, 1998, grifo nosso).

O conceito de “animal de companhia”, fornecido pelo art. 1º da Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, também merece destaque neste trabalho, pois está intimamente relacionado aos animais domésticos, sendo compreendido como “qualquer animal possuído ou destinado a ser possuído pelo homem, designadamente em sua casa, para seu entretenimento e enquanto companhia” (LEITE; NASCIMENTO *apud* MEDEIROS, 2013, p. 208).

Para Medeiros (2013, p. 36), os seres sencientes são “os animais não humanos com estados de consciência subjetivos, ou seja, aqueles que são capazes de experimentar sofrimento, sentir dor ou bem-estar”.

Devem, assim, ser considerados seres sencientes: “[...] todos os vertebrados (mamíferos, aves, répteis, anfíbios e peixes), seres sencientes, dotados de sistema nervoso sofisticado o suficiente para possibilitar a experiência dolorosa” (MEDEIROS, 2013, p. 36).

A senciência é o fundamento moral em que se baseia o movimento do *Welfarismo* ou Bem-Estar Social, vertente ética do Protecionismo Animal, defendida principalmente por Peter Singer, em sua obra *Libertação Animal*:

[...] o Bem-estar Animal defende o bem-estar dos Animais não-humanos em razão do princípio da igual consideração de interesses, ainda que, muitas vezes, em prejuízo dos homens. Esta preconiza que os Direitos dos Animais estão fundamentados no respeito, no bem-estar, no valor intrínseco, na compaixão, na sensibilidade ao sofrimento, na inteligência e outros conceitos de ordem moral, [...]. Ou seja: a questão está atrelada aos deveres do ponto de vista ético, e não, do Direito. Os ‘welfaristas’ utilizam-se de duas noções fundamentais: o tratamento humanitário e a eliminação de qualquer sorte de sofrimento desnecessário (RODRIGUES, 2012, p. 207, grifo nosso).

Para Singer, os animais têm direito a uma igualdade de direitos de ordem moral, pautada na consideração de seus interesses de vida e bem-estar, tendo como fundamento a senciência:

Se um ser sofre, não pode haver justificação moral para recusar ter em conta esse sofrimento. Independentemente da natureza do ser, o princípio da igualdade exige que ao seu sofrimento seja dada tanta consideração como ao sofrimento semelhante – na medida em que é possível estabelecer uma comparação aproximada – de um outro ser qualquer. Se um ser não é capaz de sentir sofrimento, ou de experimentar alegria, não há nada a ter em conta. Assim, o limite da senciência (utilizando este termo

como uma forma conveniente, se não estritamente correta, de designar a capacidade de sofrer e/ou experimentar alegria) é a única fronteira defensável de preocupação relativamente aos interesses dos outros. [...]. (SINGER, 2008, p. 8, grifo nosso).

A moral e a ética estão intimamente relacionadas ao direito. Dessa forma, reconhecer a dignidade dos animais, a partir de critérios morais e éticos, é abrir caminho para lhes reconhecer direitos jurídicos. Acerca dos três institutos, assim esclarece Maria Berenice Dias:

[...] De modo geral, costuma-se definir moral como normas estabelecidas e aceitas segundo consenso individual e coletivo. [...]. Dispõe de um caráter mais pessoal, pois exige fidelidade aos próprios pensamentos e convicções íntimas. [...]. Já a ética representa o estudo dos padrões morais já estabelecidos. É reconhecida como a ciência da moral, ou seja, o estudo dos deveres e obrigações do indivíduo e da sociedade. Ética e moral têm muito em comum: regulam relações humanas, mediante normas de conduta impostas ao indivíduo para possibilitar a vida em sociedade. Ambas têm âmbito de abrangência bem mais amplo que o do Direito. [...] O direito se justifica enquanto regulamenta as relações humanas fundamentais ao Estado, sob pena de imposição de sanções. (DIAS, 2013, p. 75, grifo nosso).

Sendo os animais domésticos enquadrados na categoria de animais vertebrados superiores, uma vez que são “mamíferos”, evidencia-se a sciência nessa categoria de seres vivos. Dessa forma, conclui-se que, *biologicamente*, os *animais domésticos* podem ser considerados *seres sencientes*.

3 SUJEITOS E OBJETOS DE DIREITO, PESSOA, PERSONALIDADE E CAPACIDADE

Com relação aos *sujeitos de direito*, o Código Civil (BRASIL, 2022) estabelece que esses podem ser: as pessoas naturais, as pessoas jurídicas e alguns entes despersonalizados. Ser sujeito de direito é poder figurar em um dos polos de uma relação jurídica.

Com relação às *pessoas*, o Direito Brasileiro reconhece a existência de duas espécies, quais sejam: a pessoa natural (o ser humano) e a pessoa jurídica “(agrupamento de pessoas naturais, visando alcançar fins de interesse comum, também denominada, em outros países, pessoa moral e pessoa coletiva)” (GONÇALVES, 2012, p. 98-99).

Os entes despersonalizados são assim conceituados por Carlos Roberto Gonçalves:

A lei prevê, com efeito, certos casos de universalidades de direito e de massas de bens identificáveis como unidade que, mesmo não tendo personalidade jurídica, podem gozar de capacidade processual e ter legitimidade ativa e passiva para acionar e serem acionadas em juízo. São entidades que se formam independentemente da vontade de seus membros ou em virtude de um ato jurídico que os vincule a determinados bens, sem que haja a *affectio societatis*. (GONÇALVES, 2012, p. 226, grifo nosso).

Também, são exemplos de grupos ou entes/entidades despersonalizados: o nascituro, o embrião, (CARNACCHIONI, 2010, p. 54), a família, a massa falida, as heranças jacente e vacante, o espólio, as sociedades sem personalidade jurídica (sem registro dos seus atos constitutivos nos órgãos competentes), os condomínios geral e edilício (GONÇALVES, 2012, p. 227-228).

“A *personalidade jurídica* é a potencialidade *genérica* de se contrair direitos ou obrigações na ordem civil; já a capacidade jurídica é o limite, a *medida da personalidade*” (MONTEIRO *apud* GONÇALVES, 2012, p. 95, grifo nosso).

Considerando que “somente poderá ser titular de relações jurídicas, ser sujeito de direito, quem tem personalidade” (CARNACCHIONI, 2010, p. 51); então, todos os sujeitos de direito a possuem. Para Gonçalves (2012, p. 95), “o direito reconhece personalidade também a certas entidades morais, denominadas pessoas jurídicas [...]”.

Já a capacidade de fato, de exercício ou de ação “é a aptidão para *exercer, por si só*, os atos da vida civil” (GONÇALVES, 2012, p. 96). A “capacidade de fato” é a capacidade de direito em ação, movimento, pelo próprio titular do direito, sendo manifestação da autonomia privada (CARNACCHIONI, 2010, p. 87).

A incapacidade é a ausência da capacidade de exercício, por faltar a alguns sujeitos de direito determinados requisitos de ordem material, tais “como a maioridade, saúde, desenvolvimento mental, etc.” (GONÇALVES, 2012, p. 96). “Os incapazes são aqueles que *praticam atos jurídicos* por meio de *representantes ou assistentes*, dependendo do ‘grau’ ou da intensidade dessa incapacidade. A regra é a capacidade plena, sendo a incapacidade exceção” (CARNACCHIONI, 2010, p. 87, grifo nosso).

Caio Mário da Silva Pereira informa que toda incapacidade decorre da lei, nos seguintes termos:

[...] *toda incapacidade é legal, independente da indagação de sua causa próxima ou remota. É sempre a lei que estabelece, com caráter de ordem pública, os casos em que o indivíduo é privado, total ou parcialmente, do poder de ação pessoal, abrindo, na presunção de capacidade genérica, a exceção*

correspondente estritamente às hipóteses previstas. Toda incapacidade resulta, pois, da lei. Consequência é que não constitui incapacidade qualquer restrição ao exercício dos direitos, originária do ato jurídico, seja *inter vivos*, seja *causa mortis*. (PEREIRA *apud* CARNACCHIONI, 2010, p. 88, grifo nosso).

O Código Civil dispõe sobre pessoa, personalidade, capacidade e incapacidade em seu LIVRO I – DAS PESSOAS, TÍTULO I – DAS PESSOAS NATURAIS, CAPÍTULO I – Da Personalidade e da Capacidade, que vai do art. 1^a ao art. 10 (BRASIL, 2002).

Com relação aos “bens jurídicos”, pode-se afirmar que “bens são valores materiais ou imateriais que servem de objeto a uma relação jurídica” (BEVILÁQUA *apud* GONÇALVES, 2012, p. 276). Dentre esses bens, citam-se: “[...] a liberdade, a honra, a vida, por exemplo” (BEVILÁQUA *apud* GONÇALVES, 2012, p. 276). Para José Tavares (*apud* GONÇALVES, 2012, p. 98), “Relação jurídica é toda relação da vida social regulada pelo direito”.

O Código Civil trata dos bens, em seu “Livro II – Dos bens, Título Único – Das Diferentes Classes de Bens”, do art. 79 até o art. 103. Os animais são tratados no art. 82: “Art. 82 - São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.” (BRASIL, 2022).

Se as “pessoas” são os “sujeitos” das “relações jurídicas”, os “bens” são o seu objeto. Logo, conclui-se que os conceitos de sujeitos de direito, pessoa, personalidade, capacidade e incapacidade são todos estritamente formais, uma vez que são todos definidos por lei.

Qualquer alteração legislativa poderia incluir os animais domésticos como sujeitos de direito ou como entes despersonalizados, por exemplo, conferindo-lhes personalidade jurídica, ou, conforme o caso, incapacidade, para lhes tutelar direitos.

4 NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS NA CF/88 E NO CÓDIGO CIVIL

Assim dispõe o art. 225 da Constituição Federal sobre o meio ambiente e sobre os animais:

Art. 225. Todos têm direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...];

VII - *proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade*.

[...].

§ 3º *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.* (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Ao proibir práticas cruéis contra os animais, a Constituição Federal lhes reconhece a sensibilidade, que é a “capacidade de sentir”, principalmente dor e sofrimento.

Quanto à natureza jurídico-constitucional da fauna, Rodrigues (2012, p. 69) informa que todos os animais, inclusive os domésticos, passaram a ser considerados bem públicos, de uso comum do povo.

Para Gustavo Scatolino e João Trindade (2022, p. 1.238), os bens públicos de “*uso comum do povo* – são aqueles destinados ao uso comum e geral de toda a comunidade. Dispensam consentimento individualizado por parte da Administração para que possa ser utilizado”. Os bens públicos são estudados entre os art. 98 a 103 do Código Civil.

Para a Constituição Federal de 1988, os animais, incluindo os domésticos e de companhia, são considerados bens de uso comum do povo, sendo-lhes vedadas práticas cruéis. Logo, para a CF/88, os animais são “bens sencientes”.

Embora a Constituição Federal de 1988 classifique os animais domésticos como “bens sencientes”, diferente é o tratamento dispensado a eles pelo Código Civil de 2002, que os classifica como objetos de direitos, pois, os bens são os objetos das relações jurídicas (BEVILÁQUA *apud* GONÇALVES, 2012, p. 276).

Bem é espécie do gênero coisa, sendo essa “tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem” (GONÇALVES, 2012, p. 276). Diferentemente de *coisa*, “Bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico” (GONÇALVES, 2012, p. 276).

Melhor dizer que *bens são valores*, sejam eles concretos (materiais, como as “coisas”) ou abstratos (imateriais, como os “direitos” à vida, liberdade, igualdade). Dessa forma, os *animais são considerados bens móveis*, coisas, consoante o art. 82 do Código Civil (BRASIL, 2002): “Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de

movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

Para a maior parte dos civilistas, os animais não podem ser sujeitos de direito, embora possuam valor. É assim o entendimento de Washington de Barros Monteiro:

Os animais não são considerados sujeitos de direitos, embora mereçam proteção. Por essa razão, não têm capacidade para adquirir direitos. Não podem, por exemplo, ser beneficiados em testamento, a não ser indiretamente, sob a forma de encargo, imposto a herdeiro testamentário, de cuidar deles. [...]. (MONTEIRO *apud* GONÇALVES, 2012. p. 98, grifo nosso).

Para a doutrina, os animais são considerados “semoventes”, conforme esclarece Gonçalves:

Semoventes – São suscetíveis de *movimento próprio*, como os animais. Movem-se de um lugar para o outro por força própria. *Recebem o mesmo tratamento jurídico dispensado aos bens móveis propriamente ditos*. Por essa razão, pouco ou nenhum interesse prático há em distingui-los. (GONÇALVES, 2012, p. 290, grifo nosso).

5 A FAMÍLIA MULTIESPÉCIE

De acordo com o jornal eletrônico Correio do Estado:

Dados da Associação Brasileira da Indústria de Produtos Para Animais de Estimação (Abinpet) apontam que existem 144,3 milhões de animais no Brasil. Desse número, 55,9 milhões são cães, 40,4 milhões aves canoras e ornamentais, 25,6 milhões gatos, 19,9 milhões peixes ornamentais e 2,5 milhões compõem o grupo de répteis e pequenos mamíferos.[...]. O Brasil possui 213,7 milhões de habitantes em suas 27 unidades federativas, de acordo com dados do censo demográfico divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Portanto, o número de pets representa 67,6% da população brasileira. Isto significa que mais da metade da população possui pelo menos um animal. (CAMARGO, 2021, grifo nosso).

Esse aumento da população de animais domésticos nos lares brasileiros se deve a extrema sociabilidade desses animais e dos sentimentos de afetividade, fidelidade, amor e carinho que demonstram para com seus “donos” ou “proprietários”, uma vez que são seres sencientes.

Esses animais tiveram um papel muito importante durante a pandemia da Covid-19, em especial para pessoas que moram sozinhas ou casais que optam por não ter filhos, conforme dados informados por Camargo:

O número de animais em lares brasileiros aumentou 30% durante a pandemia da Covid-19, segundo dados da pesquisa Radar Pet 2021, divulgada pela Comissão de Animais de Companhia (Comac). Desse percentual, 22% de cães e 37% de gatos foram adotados ou comprados durante a pandemia. Pessoas que moram sozinhas ou casais sem filhos são os perfis que mais adotaram ou compraram animais durante a pandemia. (CORREIO DO ESTADO, 2021, grifo nosso).

Mulheres que não podem ter filhos também optam por adotar um cão ou gato para suprir a tristeza e a frustração de uma gravidez impossível, formando a família multiespécie (MEDEIROS, 2012, p. 213).

Desse modo, os cães e gatos são tratados como filhos por muitos casais e, em razão do afeto recíproco que nutrem por seus tutores e, quando da dissolução dessas famílias, surgem demandas judiciais acerca da posse e a propriedade do animal, que antes se dava sob o condomínio (MEDEIROS, 2013, p. 213).

Essas relações de afeto remontam aos primórdios da civilização e, segundo Samylla Mól e Renato Venâncio (2014, p. 35), o cão se tornou efetivamente um animal doméstico há 30 mil anos, em especial na África. Já os gatos, foram domesticados no Egito Antigo, principalmente para combater os ratos que atacavam os celeiros dos egípcios.

O art. 226 da CF/88 dispõe que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Infere-se, pela leitura desse dispositivo, que “a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 2).

É a instituição celular de que é formado o organismo “sociedade”; é uma célula social. Sua proteção constitucional decorre do fato de ser no seio da família que o ser humano inicia seu processo de socialização.

Uma família é composta por membros, que podem estar ligados por vários vínculos. A concepção atual dessa instituição permite laços que vão além do parentesco, da consanguinidade e, até mesmo, da espécie.

O princípio da afetividade é o núcleo basilar de todo o Direito das Famílias. É essencial para uma vida em comum uma boa convivência. Para Tartuce (2012), “Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio”.

Esse princípio está implícito na Constituição, quando do reconhecimento das uniões estáveis como entidades familiares, no art. 226, § 3º (BRASIL, 1988). No Código Civil, o princípio da afetividade se mostra de forma explícita, no art. 1.583, § 2º, I, o qual identifica o genitor responsável pela guarda unilateral (BRASIL, 2002).

E, também, está presente no art. 1.584, § 5º, o qual “invoca a relação de afetividade como elemento indicativo para definição da guarda a favor de terceira pessoa” (DIAS, 2013, p. 73).

Pela afetividade, foram surgindo as mais variadas classificações de família pela doutrina civilista, merecendo destaque a família multiespécie.

Logo, as relações que se estabelecem entre humanos e animais domésticos são fundamentadas pelo afeto recíproco, uma vez que ambos são seres sencientes, e fazem com que constituam entidades familiares denominadas de famílias multiespécie.

6 AS DEMANDAS JUDICIAIS DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE

Quando um relacionamento conjugal chega ao fim e filhos estão envolvidos nesse processo, a lei estabelece, de forma clara, quais providências a serem tomadas pelo Judiciário.

Todavia, o mesmo não ocorre quando estão envolvidos os animais domésticos. A falta de legislação específica sobre o tema obriga o julgador a se valer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, quando demandas dessa natureza aparecem no Judiciário brasileiro.

Conforme dispõe o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942), uma vez que, no Brasil, é vedado o *non liquet*.

O princípio do *non liquet* é assim definido no art. 140 do Código Civil (BRASIL, 2015): “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

A Justiça Brasileira, então, se vale da analogia, aplicando o Capítulo XI do Código Civil, dos art. 1.583 ao 1.590, que trata “Da Proteção da Pessoa dos Filhos”, dispensando a esses seres sencientes o mesmo *status* jurídico de pessoas absoluta ou relativamente incapazes.

Acerca das demandas judiciais sobre o tema, cita-se um julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que resume bem o conteúdo desta obra, em consonância com os Tribunais Superiores (Ag. nº 1.0000.22.204116-2/001. Rel.^a Des.^a Eveline Mendonça, Quarta Turma Cível Especializada, j. em 27/10/2022, *DJe* de 28/10/2022):

Ementa: Agravo de instrumento. Direito Civil. Direito e família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Animais de estimação. Guarda. Família multiespécie. Acervo probatório que evidencia que os tutores dos animais são os filhos da agravante. Impossibilidade de regulamentação da guarda.

- Atentas ao fenômeno da afetividade que tem permeado cada vez mais os vínculos estabelecidos entre as pessoas e os animais domésticos com quem dividem a convivência, a doutrina e a jurisprudência passaram a dispensar tratamento diferenciado às relações entre as pessoas e tais seres vivos, notadamente aqueles denominados ‘animais de companhia’ ou ‘animais de estimação’, passando a vislumbrar a possibilidade de se decidir judicialmente questões referentes à guarda e visitação, em caso de rompimento do grupo familiar ao qual estava integrado o ‘pet’ e, até mesmo, aos alimentos a serem pagos em favor daquele que detiver a guarda, a fim de que possa arcar com os custos da manutenção, sob a ótica do Direito de Família e não mais exclusivamente do Direito das Coisas.[...].

O Direito Civil pátrio dispensa aos animais o tratamento de bens semoventes, regidos pelas disposições relativas ao direito das coisas e tratados como mera propriedade. Os seres vivos em questão não seriam, portanto, dotados de personalidade jurídica ou sujeitos de direitos. Entretanto, o Direito deve acompanhar as mudanças socioeconômicas pelas quais passa a sociedade, sob pena de se

tornar estanque, obstando o desenvolvimento da coletividade. [...].

[...]. Conforme leciona Maria Berenice Dias, em sua obra Manual de Direito das Famílias:

‘O conceito de família vem adquirindo tal elasticidade que a doutrina passou a denominar de família multiespécie a constituída pelos donos e seus animais de estimação, como membros não humanos. A tendência é chamá-los de seres sencientes - seres sensíveis - por possuírem aptidão emocional e capacidade cognitiva. Apesar da falta de previsão legal, quando do término do casamento ou da união estável, a disputa pelos animais de companhia tem sido apreciada pelo juízo de família. Vem sendo reconhecida a cotitularidade dos animais, com o estabelecimento de custódia compartilhada, a regulamentação do direito de convivência e a imposição do pagamento de alimentos.’ (op. cit. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021. f. 460/461 e 780).

O colendo Superior Tribunal de Justiça, ao se manifestar sobre a guarda e o direito de visitação relativamente a animais de estimação, apresentou esclarecedor posicionamento sobre o tema. Veja-se: Recurso especial. Direito Civil. Dissolução de união estável. Animal de estimação. Aquisição na constância do relacionamento. Intenso afeto dos companheiros pelo animal. Direito de visitas. Possibilidade, a depender do caso concreto. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII – ‘proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade’). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os

animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (REsp nº 1.713.167/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 19/6/2018, DJe de 9/10/2018.)

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a respeito do tema, editou o Enunciado nº 11: 'Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável,

pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal'. [...]. (MINAS GERAIS, 2023).

7 CONCLUSÃO

No desenvolvimento desta obra, constatou-se que os animais domésticos são considerados seres sencientes por alguns doutrinadores e, também, pela jurisprudência pátria.

Essa consideração se pauta por valores morais e éticos fundados na senciência, que é a capacidade que os vertebrados superiores possuem de experimentar diversas sensações e sentimentos, como dor, alegria, prazer e sofrimento, por possuírem um sistema nervoso central muito bem desenvolvido.

Constatou-se que a senciência serviu de fundamentação para justificar a tutela constitucional ambiental dos animais, atribuindo-lhes o *status* jurídico de bens sencientes, ao proibir tratamento cruéis contra os animais, e que a senciência também legitima o vínculo afetivo, e, agora, jurídico, entre animais domésticos e seres humanos.

Já o Código Civil e a doutrina civilista classificam os animais, inclusive os domésticos, como objetos de direito, sendo considerados bens semoventes. Mas, diante do aumento da população de cães e gatos nas famílias brasileiras, denominadas famílias multiespécie, a postura do legislador ordinário precisa mudar.

Pelo princípio da afetividade, também desdobramento da senciência, presente nos animais domésticos, a família multiespécie se expande e, quando de sua dissolução, por um de seus integrantes, difícil estabelecer com quem ficará o animal de estimação.

A jurisprudência pátria, nesse sentido, vem aplicando os art. 1.583 a 1.590 do Código Civil, os quais tratam da guarda compartilhada de filhos, dispensando a esses animais o mesmo tratamento das pessoas absoluta e relativamente capazes, nas ações de “guarda compartilhada”, e, não mais, “posse compartilhada”.

Tal postura pelos tribunais brasileiros também se pauta na sciência, uma vez que não se pode aplicar aos animais de estimação e de companhia, nas ações de dissolução da família multiespécie, os institutos civilistas da posse e da propriedade.

Essas decisões judiciais abrem precedentes para que, os animais domésticos e de companhia, sejam entendidos como seres sencientes, não só pelo Direito Civil, mas para todo o ordenamento jurídico brasileiro, e quem sabe, futuramente, os animais poderão estar incluídos no rol dos sujeitos de direito do Código Civil?

Tal postura é possível, uma vez que a inclusão ou exclusão dos sujeitos de direito no Código Civil, bem como a questão da capacidade e da incapacidade jurídica, é tema afeto ao legislador ordinário, conectado com a evolução moral das famílias contemporâneas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *DOU*, Brasília-DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 9 abr. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *DOU*, Brasília-DF, 04 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. 2015. *DOU*, Brasília-DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

CAMARGO, Nayara. Animais de estimação representam 67% do número de habitantes no Brasil: país possui 213,7 milhões de brasileiros e 144 milhões de animais de estimação. *Correio do Estado*, Campo Grande, 14 out. 2021. Disponível em: <https://correiodoestado.com.br/cidades/animais-de-estimacao-representam-67-do-numero-de-habitantes-do-brasil/392074/>. Acesso em 12 abr. 2023.

CARNACCIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil: parte geral*. Institutos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais*. 10. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodvim, 2014. 5 v.

FAUNA, Significado de. *O que é fauna: o que é fauna*. Significados Br. São Paulo, 26 out. 2016. Disponível em: <https://www.significadosbr.com.br/fauna>. Acesso em: 7 abr. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Portaria nº 93, de 07 de julho de 1998, Anexo 1, listagem de fauna considerada doméstica para fins de operacionalização do IBAMA. *DOU*, Brasília, 08 jul. 1998. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/fauna_silvestre_2/legislacao_fauna/1998_portaria_ibama_093-1998_anexo_1_lista_fauna_domestica.pdf. Acesso em: 7 abr. 2023.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros. *Direito dos animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.204116-2/001. Relatora: Des.^a Eveline Mendonça. *DJe*, Belo Horizonte, 28 out. 2022.

MÓL, Samylla; VENANCIO, Renato. *A proteção jurídica dos animais no Brasil: uma breve história*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. (Coleção FGV de bolso. História; 37).

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

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual didático de direito administrativo*. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução de Maria de Fátima St. Aubyn. 2. ed. Porto: Via Óptima, 2008.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. *Jusbrasil*, Salvador, 14 nov. 2012. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 28 out. 2016.



OS ANIMAIS DOMÉSTICOS PELA PERSPECTIVA ATUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

Roberta Azevedo Dias¹

Rodrigo Kuniuchi²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal discutir as questões não consolidadas acerca da possibilidade de aplicação de normas do instituto de família aos animais domésticos. Isso porque, em relação aos animais de estimação, há controvérsia entre o entendimento do Direito das Coisas e a atual perspectiva do Direito de Família, principalmente no que concerne às possíveis garantias individuais dos seres não humanos, como é o caso do direito de guarda unilateral e de alimentos. Diante disso, tendo em vista a maior participação dos *pets* no cotidiano da sociedade, compondo as chamadas famílias multiespécies, é imprescindível a discussão acadêmica a fim de alcançar maior esclarecimento acerca do entendimento que melhor resolve os conflitos gerados dentro dessa nova concepção de família. A metodologia adotada foi a exploratória e descritiva, com método de abordagem dedutivo, indutivo e dialético. No que diz respeito ao método de procedimento, tem-se o histórico e estruturalista para melhor alcance dos resultados epistemológicos e melhor condução da pesquisa. Já em relação à técnica de pesquisa, foi utilizada a bibliográfica documental, em virtude do uso de doutrinas, jurisprudências, leis e artigos.

¹ Acadêmica de Direito na Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). E-mail: robertaa-dias@hotmail.com.

² Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e de Execuções de Pena da Comarca de Bocaiúva - Minas Gerais. E-mail: Rodrigo.kuniuchi@tjmg.jus.br.

Palavras-chave: Animais. Seres *sencientes*. Direito de Família. Pensão alimentícia.

1 INTRODUÇÃO

Da mesma forma que os seres humanos se desenvolvem com o curso do tempo, tal como as sociedades se modificam ao longo dos anos, o direito evolui! Trata-se de premissa básica, inconteste, incontroversa, uníssona, e não só entre juristas, mas também arraigada no bojo do conhecimento da própria sociedade. Leis, costumes, jurisprudência são exemplos da franca e contínua evolução/expansão que o direito sofre.

Nesse diapasão, o Direito Civil não é exceção à regra. Aliás, trata-se do ramo do Direito que, quiçá, mais se modificou nos milhares de anos de sua existência, evoluindo junto à sociedade, contextualizando-se aos tempos presentes e adequando-se às novas realidades. Fonte dessa afirmação encontra-se no fato de que, há 20 anos, nos deparamos com o nascimento de uma nova Codificação Civil. Dela surgiram as novas doutrinas, os novos julgados e as novas teorias da evolução do direito civil, de onde também nasceram as dúvidas, as novas indagações, os questionamentos, os novos desafios, sempre voltados para um foco central: *para onde iremos?*

Fato é que caminhamos até aqui, sempre com a certeza de que temas antes desconhecidos ou suscitados pelos juristas passam à discussão, e daqui destacamos a evolução do Direito de Família como um dos eixos temáticos do Direito Civil que mais se modificou e evoluiu nessas últimas duas décadas de história de nossa Codificação. Sendo assim, a conclusão que podemos chegar: não há término, fim da evolução ou linha de chegada para o Direito.

Nessa linha de ponderações, alinhamos à baila o fenômeno jurídico da família pós-moderna, que traz consigo a multiplicidade de ramificações das entidades familiares que hodiernamente existem paridas nas mais formais, constituídas pelo casamento civil, passando às anaparentais, formadas entre irmãos, primos ou pessoas que têm uma relação de parentesco entre si, sem que haja conjugalidade entre elas e sem vínculo de ascendência ou descendência, e chegando àquelas constituídas por uniões estáveis. Após, o reconhecimento de famílias constituídas por casais homoafetivos, aquelas nascidas do poliamor.

Como ponto comum de intersecção entre todas as formas familiares, temos o fato de que estão baseadas no Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, que prega que todos têm o direito de constituir família, na mais ampla acepção do termo.

Adentrando ainda mais os meandros dessa questão, destacamos o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 (BRASIL, 2011), oportunidade em que os Ministros de nossa Suprema Corte — Supremo Tribunal Federal — entenderam que a união homoafetiva deve ser considerada entidade familiar, estendendo-se, assim, o conceito de família, antes fechado, de forma a abarcar as diversas conjunturas familiares. Assim, demonstra-se que o art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que disciplina as entidades familiares, é rol exemplificativo, garantindo-se a todos o direito à participação, com idêntica dignidade, nas relações existenciais e afetivas.

Voltando ao eixo temático da expansão das formas familiares, atualmente, há quem defenda a existência das chamadas famílias multiespécies, cujo núcleo familiar seria composto por

seres humanos e seres também de outras espécies, com a inclusão dos animais domésticos ou de estimação como entes da família, afastando-os da ideia do Direito das Coisas previsto no atual Código Civil do ano de 2002.

Forte em todas as premissas acima, o presente trabalho abordará elementos de análise voltados aos aspectos que incluem, como estudo preliminar, a estrutura e as tendências da perspectiva atual do Direito de Família em relação aos animais de estimação, mormente quanto à aplicação de institutos da guarda e da pensão alimentícia, antes somente pensados aos seres humanos, a fim de permitir ao leitor conhecer o tratamento jurídico dado aos animais domésticos pelo direito moderno.

Por fim, destaco que o tipo de pesquisa utilizado foi exploratório e descritivo, com método de abordagem dedutivo, indutivo e dialético, enquanto o método de procedimento foi histórico e estruturalista, com técnicas de pesquisa documentais, utilizando-se de leitura de materiais como artigos, jurisprudências e revisões literárias.

Busca-se, portanto, permitir ao operador do direito expandir os horizontes e os conhecimentos acerca do tema da família multiespécie, com a consequente extensão da aplicação dos institutos do Direito de Família aos animais domésticos, como seres sencientes e, consequentemente, sujeitos de direitos.

2 TRATAMENTO JURÍDICO DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De início, e seguindo a lógica normativa da pirâmide de Kelsen, destaca-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, disciplina e garante a todos o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. (BRASIL, 1988).

Por sua vez, ao disciplinar o tema em comento, o Código Civil de 2002 dispôs que os animais domésticos são coisas móveis semoventes, isto é, bens suscetíveis de movimento próprio, desprovidos de direitos individuais, nos termos do art. 82 desse *Codex*. (BRASIL, 2002).

Nessa dicção constitucional-legal, a moderna doutrina da teoria das famílias multiespécie busca, no texto aberto previsto no dispositivo constitucional, acusar a suposta antinomia da disciplina dada aos animais pelo Código Civil, ao afirmar, a partir do exercício da hermenêutica jurídica, e utilizando-se de todos os métodos de interpretação da norma existentes, que a tutela dada pela Carta Magna resguarda a todas as formas de vida, e não somente seres humanos, ainda que esses sejam o foco central de proteção, e isso com olhos às atuais conjunturas sociais.

A partir de tal afirmação, ultrapassaram-se as balizas de uma visão exclusivamente antropocêntrica — aquela em que os seres humanos são tidos por detentores de um direito absoluto sobre as coisas, sem qualquer limitação, para chegar ao viés do biocentrismo — teoria que prega serem os seres humanos e as demais formas de

vida integrantes de uma mesma comunidade na Terra, tendo em vista a interdependência entre as espécies.

Vale destacar, por um viés histórico, que, já na época do governo de Getúlio Vargas, por meio do Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, atualmente revogado, estabeleceram-se certas medidas de proteção aos animais, de sorte que estes não fossem tratados apenas como bens, mas também como sujeitos de tutela do Estado.

Também não é demais asseverar que, em termos de inovações legislativas atinentes aos animais domésticos, existe projeto de lei que visa à regulamentação da proteção jurídica na linha acima defendida, em vista do crescimento do debate, no âmbito jurídico, acerca da temática, fundamentada na participação direta e contínua desses seres na vida familiar pós-moderna, como integrantes de um núcleo familiar que sobressai na atual sociedade.

Diante das razões acima expostas, prega-se que a visão civilista do animal doméstico, tradicionalmente visto como coisa, é fadada à inconstitucionalidade da norma quando assim interpretada.

Como dito, renomados estudiosos, com base em uma perspectiva de adequação da norma ao fato social, conforme os ensinamentos, já bastante repisados, do jurista e filósofo Miguel Reale (2003), colocam os animais domésticos como integrantes do núcleo familiar.

Rememora-se Reale, quando afirma que o Direito é compreendido por três conjunturas, sendo elas: fato, valor e norma (2003, p. 119). Nesse sentido, para que o Direito fosse preenchido em sua totalidade, seria necessário respeitar esses três substratos. No que diz respeito ao fato, tem-se aquele pelo qual a realidade

é percebida pelo Direito, de forma a refletir na esfera jurídica. Já em relação ao valor, a importância dada ao fato pela perspectiva social, podendo influir em comportamentos pela coercitividade moral e não obrigatória. E, por fim, reputa-se a norma como aquela dotada de coercitividade obrigatória, por decorrer do poder estatal de intervenção. Esta deve correlacionar o fato ao valor, gerando, por consequência, a norma. Assim, a norma surge a partir do valor dado pela sociedade a um fato que importa ao Direito.

Foi nesse sentido, inclusive, que determinou o Superior Tribunal de Justiça, quando instado a decidir acerca de questão afeta aos animais domésticos, ao firmar que:

[...] A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais [...] Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente — dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais —, também devem ter o seu bem-estar considerado. [...] (BRASIL, 2018).

E é nesse contexto de visão sistêmica, diante das inter-relações entre os seres vivos, considerando o ser humano também como dependente de outras espécies animais, que se insere a novel discussão acerca dos direitos dos animais domésticos e o surgimento da denominada família multiespécie.

Quanto ao Projeto de Lei nº 145/2021-CD (BRASIL, 2021), este pretende alterar a definição jurídica dada aos animais pelo Código Civil de bens móveis para seres sencientes, isto é, aqueles dotados de natureza biológica emocional, passíveis de sentimento, como raiva, dor, angústia, amor, dentre outras emoções.

É nessa perspectiva que os animais de estimação assumiriam uma nova condição jurídica, com identidade individual própria, de forma a serem reconhecidos direitos e garantias, abandonando-se a definição de coisa dada aos animais como rege o Direito Civil, concebido pelo atual Codex, adotando-se a teoria de que os *pets* podem e devem, sim, fazer parte do núcleo familiar, equivalendo-se à importância de um/a filho/a.

Com efeito, o projeto de lei permite, inclusive, reconhecer aos animais legitimação processual, representados nos processos judiciais por instituições de Justiça, como o caso do Ministério Público e a Defensoria Pública, e, ainda, por meio de associações de proteção animal, ou por aqueles que detenham sua tutela ou guarda.

Frise-se, ainda, que, apesar de tratarmos como inovação no direito pátrio, tal fenômeno não é novidade mundo afora, pois somente replica perspectiva já adotada em diversos países, como a França, que prevê, em seu art. 515, inciso XIV (incluído pela Lei nº 177, do ano de 2015) do Código Civil francês, também chamado de Código Napoleônico, que os animais são seres dotados de sensibilidade, na linha do que se pretende aqui.

Destarte, diante de toda a normativa acima apresentada, *lege lata* ou *lege ferenda*, passa-se a analisar, de forma mais detalhada, a teoria que reconhece os animais domésticos como sujeitos de direitos e garantias individuais, bem como o fenômeno das famílias multiespécie.

3 INCLUSÃO DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Como visto acima, o conceito de família para o direito brasileiro evolui dia após dia, todo com fulcro em um ponto central e comum, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Com efeito, as novas formas de família valorizam e buscam raiz no subprincípio da afetividade, que daquele primeiro deriva, buscando a interação válida entre os membros familiares. Nesse sentido se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. (STJ, REsp nº 1.026.981/RJ, Rel.^a Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 4/2/2010). (BRASIL, 2010).

Demais disso, as novéis lições do Direito de Família defendem a existência da família multiespécies, como uma nova concepção e forma de família, baseada nos laços de afeto e manifestações de relações entre os seres humanos e não humanos. Concatenando-se as ideias acima expostas ao Princípio do Afeto, defende-se que esses animais domésticos integram o núcleo familiar, a ensejar o nascimento desse novo conceito de família. Não se olvida que pessoas e animais domésticos muitas vezes possuem mais laços afetivos quando comparados a relações puramente humanas.

A participação desses seres não humanos nas famílias modernas, com ampla interação com os demais entes do núcleo familiar, se justifica pelas novas relações sociais existentes, em que a rotina do *pet* é incluída no dia a dia dos demais membros do núcleo familiar, dotada de cuidados essenciais semelhantes aos destinados aos seres humanos e que até então eram destinados somente a estes, tal qual alimentação, água, higiene, consultas médicas (veterinárias), dentre outras necessidades que podem variar com o tipo de cada animal.

No caso das famílias multiespécies, outras *nuances* jurídicas criam-se a partir desse conceito, quando pensamos que os animais de estimação também ficam expostos às problemáticas ocasionadas por eventual cisão da união do casal, como as questões afetas à custódia do animal e custeio de gastos em sua criação.

No Brasil, diante da ausência de leis em vigor a regular tal matéria, não havendo nenhum estatuto que trate de maneira direta sobre o papel do animal de estimação dentro da família, as demais fontes do direito são empregadas para suprir as lacunas existentes, aqui lembrada a analogia, para que sejam resolvidos os conflitos que envolvam esses seres domésticos.

Nesse sentido, enfrentando a temática e aderindo à teoria, os julgadores terão que se valer atualmente da analogia ao Código Civil para conseguir concluir se existem e quais são os direitos que permeiam os animais domésticos dentro do seio familiar, quando reconhecidos como membros da família.

Não é demais lembrar que, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), o magistrado deverá decidir o caso concreto de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, quando houver omissão da lei.

Também imperiosa a colocação de que ao Poder Judiciário é dado visar ao bem-estar e interesse de todos os entes integrantes da família, composta por seres humanos e não humanos, como defende a tese. E, nesse contexto, vale relembrar que o Princípio do Afeto pode nortear a decisão pela configuração da família multiespécie. Como dito acima, não é incomum que o vínculo afetivo entre o tutor e seu *pet* possa ser semelhante ao de pai e filho, valendo-se da afirmação de que os animais domésticos, no contexto hodierno, elevam-se à condição de ente familiar.

Outra questão já posta em debate e decidida pelos nossos tribunais é a possibilidade de extensão da aplicação do instituto da guarda aos animais domésticos. Hoje, tornou-se corriqueira, durante as dissoluções de uniões familiares, a submissão ao Poder Judiciário da questão afeta à guarda de um animal de estimação até então criado pelo casal.

Nesse sentido, mesmo com a falta de previsão legal, a disputa pelos animais de estimação tem sido apreciada por alguns juízos de família com base nos métodos de suprimento de lacunas, também levando em consideração o bem-estar do animal e a sua

relação com cada um dos tutores, para decidir qual será a melhor forma de compartilhar a guarda.

Em uma análise da jurisprudência, esta tem se mostrado cada vez mais favorável a essa possibilidade, reconhecendo os animais de estimação como seres com sentimentos e que merecem tratamento de respeito e cuidado, mesmo em situações de conflito familiar, direitos e garantias até então somente defendidos aos seres humanos.

Nessa linha de raciocínio, entendeu o Enunciado nº 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM): “Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal”. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA).

Também por essa perspectiva já concebeu o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Agravo de instrumento. Direito civil. Direito de família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Animais de estimação. Guarda. Família multiespécie. Acervo probatório que evidencia que os tutores dos animais são os filhos da agravante. Impossibilidade de regulamentação da guarda. - Atentas ao fenômeno da afetividade que tem permeado cada vez mais os vínculos estabelecidos entre as pessoas e os animais domésticos com quem dividem a convivência, a doutrina e a jurisprudência passaram a dispensar tratamento diferenciado às relações entre as pessoas e tais seres vivos, notadamente aqueles denominados ‘animais de companhia’ ou ‘animais de estimação’, passando a vislumbrar a possibilidade de se decidir judicialmente questões referentes à guarda e visitação, em caso de rompimento do grupo familiar ao qual estava integrado o *pet* e, até mesmo, aos alimentos a serem pagos em favor daquele que detiver a guarda, a fim de que possa arcar com os custos da manutenção, sob a ótica do Direito de Família e não mais exclusivamente do Direito das Coisas. - Na hipótese dos autos,

evidenciando o acervo probatório que os verdadeiros tutores/guardiões dos animais de estimação são os filhos da agravante, revela-se adequada a reforma da decisão, que havia disciplinado a guarda dos *pets* entre as partes. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.22.204116-2/001, JD Convocada Eveline Mendonça, 4ª Câmara Cível Especializada, j. em 27/10/2022, p. em 28/10/2022). (MINAS GERAIS, 2022).

É importante ressaltar que cada caso, como de praxe, deverá ser analisado individualmente pelo magistrado, e que não há uma regra geral que determine a concessão da guarda de animais em todos os casos, tampouco a extensão de outros direitos a esses bichanos.

No mesmo sentido, e para além das questões que envolvem a guarda do *pet*, podemos vislumbrar discussões já decididas acerca do dever de contribuir com as despesas de manutenção do animal, direito aos alimentos; higiene; consultas veterinárias; internações; medicamentos; dentre os demais gastos que incidem nos cuidados do animal, de forma a garantir o exercício do seu bem-estar, tudo com vista aos direitos já reconhecidos aos seres humanos.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2020), no ordenamento jurídico brasileiro, a pensão alimentícia abarca todo o aparato indispensável ao sustento, levando em consideração a manutenção da condição social e moral do alimentando.

Novamente, deparando-se com as questões, e diante da lacuna legislativa, é possível aplicar o Código Civil, utilizando-se da analogia, em favor dos animais, uma vez que, assim concluindo, o animal é sujeito de direitos, incapaz de suprir as suas próprias despesas, razão pela qual tem no seu tutor um garantidor, sendo possível a aplicação do instituto da pensão alimentícia aos animais domésticos, visando a uma divisão igualitária entre os responsáveis,

com o objetivo de atender as necessidades do *pet* de acordo com suas peculiaridades.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2020), a obrigação de prestar alimentos está correlacionada com a solidariedade humana e econômica entre os membros da família. Assim, considerando que o animal doméstico é um ente de família, de acordo com a concepção defendida por aqueles que entendem pela família multiespécie, pode-se mencionar o implemento da pensão alimentícia aos animais de estimação que vivem apenas com um de seus tutores legais.

Nesse sentido, já enfrentou a questão a 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Naquela oportunidade, ao dar provimento por unanimidade ao recurso de uma mulher, que pleiteava pensão alimentícia para os seus animais de estimação, o colegiado condenou o ex-marido da apelante a pagar por mês 15% do salário-mínimo a cinco cães e um gato.

Verifica-se, assim, que a evolução do direito já atinge esse campo, já havendo julgados que consideram a possibilidade de extensão dos institutos de Direito de Família aos animais domésticos, devendo o operador do direito se preparar para a questão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com os argumentos e fatos acima expostos, percebe-se que se exige cada vez mais dos operadores do direito a constante atualização acerca do tema, mormente no que diz respeito à resolução de conflitos que surgirão dentro do Direito de Família — famílias multiespécies.

Lembrando-se de que a lacuna gerada pela ausência de regulamentação legal dos institutos específicos que tratam dos direitos dos animais não poderá servir de fundamento para eximir-se do dever de requerer a tutela jurisdicional, tampouco do dever de decidir inerente ao Poder Judiciário.

Desse modo, questões como guarda e pensão alimentícia, institutos afetos ao Direito de Família, extensíveis aos direitos de animais domésticos, tendem a ser cada vez mais frequentes no meio forense.

E, por não se tratar de um assunto pacífico, mas sim objeto de muita discussão e polêmica, diante das lacunas e da ausência de pacificação acerca do tema, é fundamental que este seja alvo de debate e pesquisa, com o fito de se alcançar uma maior homogeneidade das decisões em relação às possíveis resoluções dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário, enquanto a lacuna legislativa não seja preenchida pela promulgação de lei que regulamente a matéria.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo. A doutrina da família multiespécie e a identidade animal. *Revista Consultor Jurídico*, 14 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-14/processo-familiar-doutrina-familia-multiespecie-identidade-animal>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 145, de 1º de fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1959938. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Distrito Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Presidente da República. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 set. 1942, retificado em 8 out. 1942 e retificado em 17 jun. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.026.981/RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, *DJe*, 4 fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.713.167/ SP 2017/0239804-9. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, *DJe*, 9 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, de 5 de maio de 2011. *DJe*, Brasília, DF, n. 198, 14 out. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 29 mar. 2023.

ELOÍSE, Moraes; APPOLINÁRIO, Paula. Animais na legislação brasileira: objetos ou sujeitos de direito?. *Revista Arco*, 23 mar. 2022. Disponível em: <https://www.ufsm.br/midias/arco/animais-sujeitos-de-direito-legislacao-brasileira>. Acesso em: 29 mar. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6.

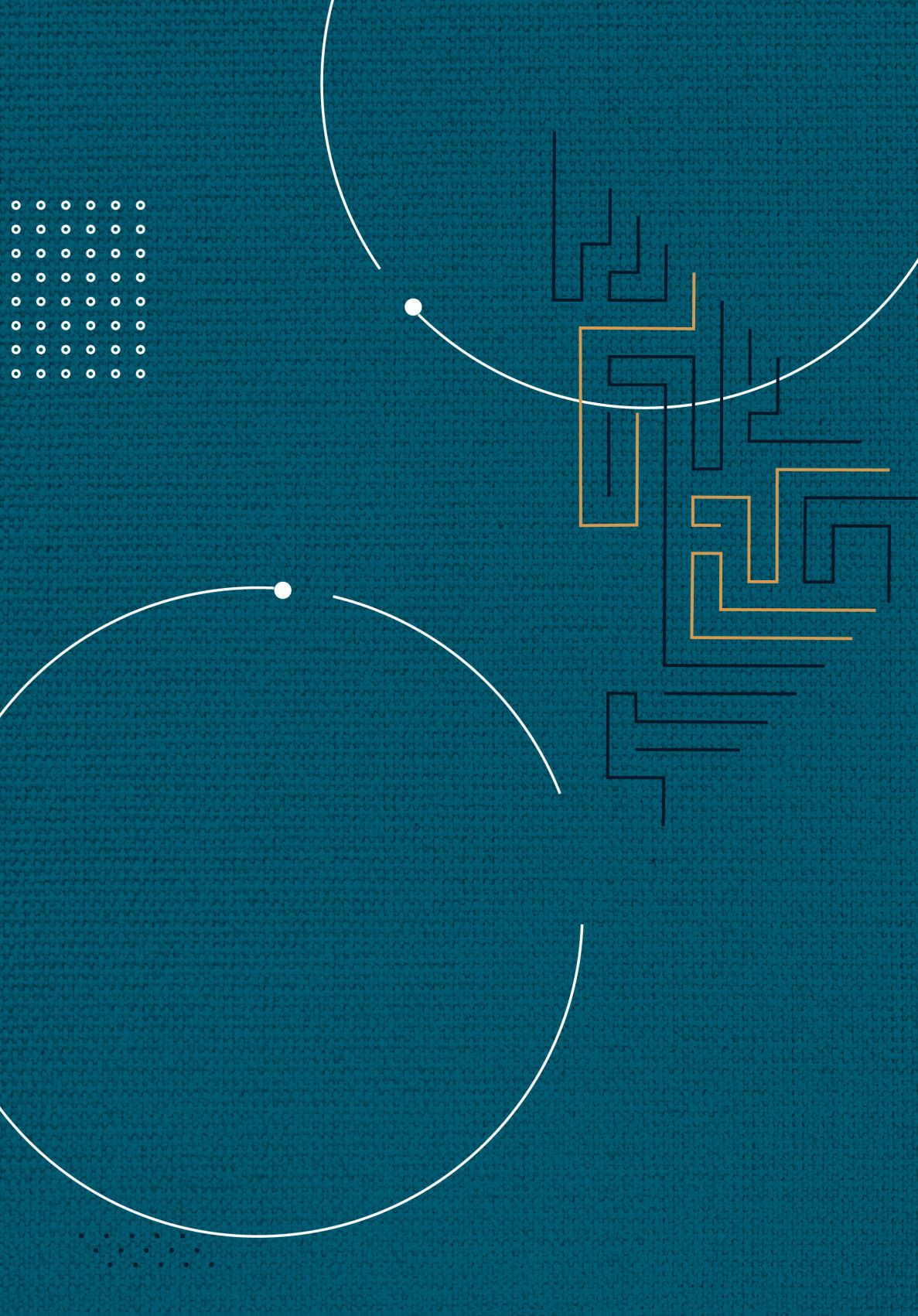
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). Enunciado nº 11. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 29 mar. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.22.204116-2/001. Relatora. JD Convocada Eveline Mendonça. Belo Horizonte, *DJe*, 28 out. 2022.

REALE, Miguel. *A teoria tridimensional do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 2003.

SOUZA, Lavínia Almeida; THOMASI, Tanise Zago. Filho de quatro patas: pensão alimentícia nos casos de custódia unilateral dos animais domésticos. *Revista Brasileira de Direito Animal - Brazilian Animal Rights Journal*, Salvador, v. 17, n. 1, p. 1-19, jan./maio 2022.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.



MULTICONJUGALIDADE E A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE ÉTICA E MORAL

Rodrigo da Cunha Pereira¹

RESUMO

Com a evolução do pensamento científico, a compreensão da subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos, a ordem passa a ser a consideração do sujeito na relação, e não mais o objeto da relação. Em outras palavras, o Direito deve ter o “olhar” voltado para a priorização do sujeito na relação, ainda que em detrimento do objeto da relação jurídica. E é assim que as famílias simultâneas devem ter um lugar social e jurídico, ainda que isso signifique contrariar o princípio jurídico organizador da monogamia.

Palavras-chave: Subjetividade. Objetividade. Atos e fatos jurídicos. Ética. Moral civilizatória excludente. Monogamia. Famílias simultâneas.

¹ Advogado. Presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Doutor (UFPR) e Mestre (UFMG) em Direito Civil. Autor de vários artigos e livros em Direito de Família e Psicanálise. *E-mail:* rcp@rodrigoda-cunha.adv.br.

Direito das famílias. União estável contemporânea a casamento. União dúplice. Possibilidade de reconhecimento face às peculiaridades do caso. Recurso parcialmente provido. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva - pública, contínua e duradoura - um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina - palavra preconceituosa - mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. (MINAS GERAIS, 2008).

1 PRELÚDIO: As novas representações sociais da família

A interlocução do presente artigo, com o supracitado acórdão, leva em consideração o fenômeno da multiconjugalidade, que significa que as famílias podem se constituir com mais de uma conjugalidade, sejam simultaneamente, ou em um mesmo núcleo familiar. Os exemplos mais comuns são as famílias simultâneas ou paralelas, que o CCB/2002 (artigo 1.727) ainda chama de concubinato, e as famílias poliafetivas. Embora não haja previsão legal de reconhecimento de direitos às famílias multiconjugais, não significa que elas não existam e que não reivindicam um lugar social e jurídico. A família não é monopólio da monogamia. As famílias multiconjugais podem conviver com as famílias monogâmicas, sem que uma exclua ou afronte a outra, assim como as famílias homoafetivas podem conviver e ter os mesmos direitos das famílias heteroafetivas.

Os movimentos sociais, políticos e econômicos do século XX, associados à evolução do conhecimento científico e ao fenômeno da globalização, provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo ocidental. Casamentos, uniões estáveis, famílias desconstituídas, recompostas, monoparentais, nucleares, binucleares, homoafetivas, famílias ectogenéticas geradas por inseminações artificiais, simultâneas, multiparentais, poliafetiva, eudemonista, anaparental, mosaico, socioafetiva, famílias de rua e na rua, eis aí algumas das diversas formatações familiares do século XXI. Estará a família em desordem?

Essas variadas formas e representações sociais da família, consequências das novas relações econômicas e sociais, remetem os operadores do Direito a uma reflexão e a um desafio para uma nova

organização jurídica, cujos pilares de sustentação sejam a ética, a liberdade dos sujeitos e o afeto como valores e princípios jurídicos, acima de valores morais estigmatizantes. Quer queiramos ou não, gostemos ou não, novas estruturas parentais e conjugais estão em curso. E o Direito não pode fechar os olhos, excluir ou condenar à invisibilidade essas novas relações que vêm se formando como expressão de afeto e da liberdade.

A Psicanálise e a Antropologia já demonstraram que a família não é um fato da natureza, mas da cultura. E assim, por ser um elemento muito mais cultural do que natural e biológico, ela está sempre se reinventando. Aliás, se não se reinventasse já teria acabado. A família é *locus* formador e estruturador do sujeito. É ali que ele se desenvolve, biológica e psiquicamente, e determina sua estrutura psíquica. (PEREIRA, 2023, p. 70).

A família transcende à própria historicidade, pois suas formas de constituição são variáveis, de acordo com o momento histórico, social e geográfico. A riqueza dela se deve ao mesmo tempo à ancoragem em uma função simbólica e na multiplicidade das recomposições possíveis. Por isso, haverá sempre, de uma forma ou de outra, algum tipo de núcleo familiar que fará a passagem da criança do mundo biológico, instintual, para o mundo social, independentemente da forma da família conjugal, ou como aquela pessoa foi gerada.

A partir da compreensão de que a família é um núcleo estruturante do sujeito (PEREIRA, 2018, p. 319), e o que interessa na vida é nos tornarmos sujeitos, uma simples lógica nos conduzirá à conclusão de que não faz diferença, para um ordenamento jurídico, pautado na ética, a maneira como a família se constitui. O importante é saber se ela é capaz de ser fundante e estruturante

da pessoa para torná-la um sujeito. Aí está a essência da família e, por isso, a sua trans-historicidade. Fora daí serão variações em torno de um mesmo tema. A multiplicidade de formas de família, aparentemente tão assustadoras e desorganizadoras das relações sociais, na verdade é o retrato da vida como ela é, e como as famílias vêm se adaptando à realidade. Até mesmo as crianças de rua e na rua reinventam os núcleos familiares, reproduzindo e instituindo lugares paternos e maternos.

Para se entender o Direito de Família contemporâneo é necessário considerá-la sob duas perspectivas: família parental e família conjugal. Elas podem estar juntas ou não. Nas famílias conjugais, a grande reformulação deu-se no século passado quando surgiu o casamento por amor. A partir daí, ela ficou menos hierarquizada e perdeu a preponderância patrimonialista. Como o amor às vezes acaba, surge o divórcio. Afinal, casa-se para ser feliz e separa-se em busca da felicidade. Consequentemente surgem as famílias mosaicos, isto é, casamentos e/ou uniões estáveis de pessoas que tiveram vínculos conjugais anteriores, trazendo os respectivos filhos e tendo filhos nessa nova união. Se a família passou a ser regida pelo princípio da afetividade, o tripé que sempre esteou o Direito de Família - sexo, casamento e reprodução - desatrelou-se. O casamento deixou de ser legitimador das relações sexuais e os processos reprodutivos ganharam outra dimensão com a evolução biotecnológica. A sexualidade foi libertada pela Psicanálise, ao trazê-la para a compreensão de que ela é muito mais da ordem do desejo que da genitalidade, como sempre foi compreendida pelo Direito. E assim, a livre expressão do afeto e da sexualidade, autorizadas pelos princípios constitucionais da dignidade, responsabilidade, pluralidade das formas de família, reconhece e legitima outras

formas de famílias conjugais para além do casamento. As relações homoafetivas ganham legitimidade e quebrou-se o monopólio do casamento heteroafetivo. A jurisprudência e a doutrina, ao ponderarem o princípio da monogamia com o de dignidade humana, prescreveram que não se pode repetir as injustiças históricas de ilegitimação de pessoas e famílias. E assim não se pode condenar as famílias simultâneas ou paralelas à invisibilidade e não lhes atribuir direitos.

2 MONOGAMIA, DESEJO E FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. (PEREIRA, 2022, p. 104). Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. Se fosse mera regra moral, teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários Estados não adotam a monogamia.

Fidelidade ou infidelidade pode ser um código moral e particular de cada casal. Fidelidade pode ser o mesmo que lealdade, ou não. A quebra da monogamia vincula-se mais ao estabelecimento de famílias paralelas ou simultâneas ao casamento/união estável. A infidelidade não necessariamente constitui quebra de monogamia.²

² O STJ assim decidiu: “[...] Se o descumprimento dos deveres de lealdade ou de fidelidade não necessariamente implicam em ruptura do vínculo conjugal ou convivencial, justamente porque está na esfera das partes deliberar sobre esse aspecto da relação, *a fortiori* somente se pode concluir que a pré-existência ou observância desses deveres também não é elemento essencial para a concretização do casamento ou da união estável. 6 - Dado que os deveres de fidelidade e de lealdade são bastante abrangentes e indeterminados, exige-se a sua

Às vezes, estabeleceu-se uma relação paralela sem que haja ali uma outra família. Pode ser apenas uma relação extraconjugal, sem necessariamente estabelecer outra família. Amantes, no sentido tradicional da palavra, sempre existiram e continuarão existindo, enquanto houver desejo sobre a face da terra. Mas amantes não têm direitos, a não ser aos prazeres que dão e recebem. O direito constituiu-se, como bem preceituou o iluminado acórdão que aqui se comenta, quando ali se constituiu uma família, ainda que simultânea ou paralela à outra.

Assim como acontece com a proibição do incesto, a monogamia e a poligamia, em alguns países, são interditos viabilizadores das relações e organizações sociais. Não há cultura, socialização e sociabilidade sem que haja proibições e interdições ao desejo. Para que exista sociedade, e conseqüentemente ordenamento jurídico, é necessário um não ao desejo e assim barrar os excessos gozosos. E nesse encontro, ou desencontro, do desejo e da lei, há uma questão relevante que merece ser formulada. É possível à lei jurídica regular o desejo? Em outras palavras, a necessidade da lei moral pressupõe a regulação do desejo, ou é a lei jurídica que institui um desejo de transgressão? A conclusão a que podemos chegar é que se se quebrar a monogamia, estabelecer-se-á outro código de conduta, mas jamais será a promiscuidade, como às vezes se pensa.

exata conformação a partir da realidade que vier a ser estipulada por cada casal, a quem caberá, soberanamente, definir exatamente o que pode, ou não, ser considerado um ato infiel ou desleal no contexto de sua específica relação afetiva, estável e duradoura. 7 - Na hipótese, conquanto tenham sido numerosas as relações extraconjugais mantidas por um dos conviventes na constância de seu vínculo estável, da qual resultou prole igualmente extensa (23 filhos), ficou demonstrado, a partir de robustos e variados elementos de fato e de prova, a existência a da união estável entre as partes desde dezembro de 1980 até a data do falecimento de um dos conviventes e que as relações extraconjugais por um deles mantidas com terceiros foram eventuais e sem o propósito de constituição de relação estável e duradoura. [...]". (BRASIL, 2022).

O Direito só existe porque existe o torto, ou seja, toda Lei pressupõe um desejo que se lhe contrapõe. Não roubar, não matar, não cobiçar a mulher do próximo, só tiveram que ser escritos porque há um desejo contraposto a eles. A fidelidade ou infidelidade conjugal deve funcionar como um código moral particular de cada casal. O Estado tem se afastado cada vez mais dessas questões, como por exemplo, quando, em março de 2005 (Lei 11.106/05), retirou-se do *Código Penal* o adultério como crime.

Com a evolução do pensamento científico, a compreensão da subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos, a ordem passa a ser a consideração do sujeito na relação, e não mais o objeto da relação. Em outras palavras, o Direito deve ter o “olhar” voltado para a priorização do sujeito na relação, ainda que em detrimento do objeto da relação jurídica. E é assim que as famílias simultâneas devem ter um lugar social e jurídico, ainda que isso signifique contrariar o princípio jurídico organizador da monogamia.

A tendência das organizações jurídicas ocidentais é relativizarem o princípio da monogamia, para não condenar as famílias, que de fato existem, à invisibilidade jurídica,³ considerando-as como inexistentes, eliminando essa reprovabilidade para não repetir as mesmas injustiças históricas, como os filhos e famílias havidos fora do casamento, que, por muito tempo, foram condenados à ilegitimidade.

³ Em um Estado que se proclama democrático e orientado pelo princípio pluralista inclusivo, não há lugar para o regramento unívoco da conjugalidade. Estabelecer um *standard* para todas as relações conjugais, com as facilidades e praticidades inerentes a determinado modelo único, talvez seja o caminho mais fácil e mais apto a proporcionar a chamada segurança jurídica, porém a vida e os relacionamentos são dinâmicos, criativos, voláteis e mutantes. A diversidade que implica sempre certa dose de conflito não pode ser aniquilada em nome de um modelo únicos expresso em lei. (SILVA, 2013, p. 181).

A monogamia funciona como um ponto chave das conexões morais de determinada sociedade, como já dito acima. Mas não pode ser uma regra ou princípio moralista, a ponto de inviabilizar direitos. Por exemplo, se se constitui uma família paralelamente à outra, não se pode negar que aquela existiu. Condená-la à invisibilidade é deixá-la à margem de direitos decorrentes das relações familiares. O princípio da monogamia deve ser conjugado e ponderado com outros valores e princípios, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Qualquer ordenamento jurídico que negar direitos às relações familiares existentes estaria invertendo a relação sujeito e objeto, isto é, destituindo o sujeito de sua dignidade e colocando a lei como um fetiche. E foi com base nessa lógica que o acórdão aqui em comento fez sua base de sustentação.

Aliás, se fetiche traz o sentido de objeto, ou pessoa a que se venera e a quem se obedece às cegas, como um enfeitiçamento, é necessário tirar a regra jurídica (lei) desse lugar mágico e a que todos devem subserviência às cegas, como se ela tivesse o poder absoluto de tudo determinar. Interpretar uma lei, sem ponderá-la com outras fontes de Direito, como os princípios constitucionais, equidade, doutrina, jurisprudência, e principalmente os costumes, é dar a ela um sentido de fetiche, é empobrecê-la.

Nossas condutas são guiadas e ditadas pelos nossos afetos, que muitas vezes esbarram em proibições legais, como, por exemplo, a de não poder casar com duas pessoas ao mesmo tempo. Mas, se isso torna um ato-fato jurídico, como uma união estável paralela à outra, ou ao casamento, apegar-se à literalidade da lei, sem interpretá-la no contexto social, de acordo com outras fontes do Direito, especialmente os princípios da dignidade humana, da pluralidade das famílias, da menor intervenção estatal e autonomia

privada, é fazer da lei um fetiche. Nem todos os aplicadores da lei são fetichistas, como é o caso deste julgado supracitado, objeto de reflexão do presente artigo.

Em síntese, e no caminho que aqui se argumenta, o justo e o legal nem sempre são coincidentes. Ao depararmos com esse velho e persistente dilema, melhor seguirmos pelo caminho do justo. Ficar apegado excessivamente à literalidade da lei pode significar insegurança, ou um fetichismo.

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O NÃO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES SIMULTÂNEAS, SERIA UM ESTÍMULO A IRRESPONSABILIDADE?

Muitos anos depois do referido acórdão, o Supremo Tribunal Federal - STF enfrentou essa mesma questão das famílias simultâneas, o que muitos ainda insistem denominar de concubinato. Ele decidiu não ser possível o reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas para rateio de pensão por morte,⁴ benefício pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Não foi a primeira vez que o STF analisou o tema. Em 27 de março de 2009, da mesma forma, concluiu que essas famílias, formadas simultaneamente a outra família, não podem ser reconhecidas pelo Estado, com o voto divergente do então ministro Ayres Brito. Com tais decisões, é como se dissesse: “Essas famílias existem, mas não se pode dizer que existem”. Afinal, elas afrontam a moral e os bons costumes. Não podem ser reconhecidas e qualquer direito que se dê a elas deve ser no campo do Direito obrigacional, e não no âmbito do Direito de Família, ou seja, devem ser vistas como concubinato e estão condenadas ao limbo jurídico.

⁴ RE 1.167.478 e RE 883.168.

Assim, um homem que tenha constituído uma família simultânea nenhuma responsabilidade terá com ela. Endossando uma lógica moralista, o STF continuou preferindo fazer de conta que essas famílias não existem, tirando a responsabilidade de quem, adulto e por livre e espontânea vontade, constitui uma união simultânea à outra, pois nenhuma responsabilidade ele terá com esta segunda família. Importante lembrar que atualmente as famílias multiespécies — aquelas formadas por humanos e animais de estimação — têm conquistado mais direitos e reconhecimento do que as simultâneas. Essas, assim como as poliamorosas, não “cabem” à mesa na ceia de Natal.

Julgamentos como esse acabam sendo muito mais morais do que jurídicos. Sabemos que os julgadores são imparciais, mas não são neutros. E, nessa não neutralidade, entra toda a concepção moral particular de cada julgador. É aí que se misturam ética e moral, direito e religião, proporcionando injustiças e exclusões de pessoas e categorias do laço social. Assertivo foi o voto divergente do Ministro Fachin, do qual comungo desse entendimento:

[...] Ademais, a boa-fé se presume, inexistente demonstração em sentido contrário, prevalece a presunção, especialmente porque não se cogita de boa-fé subjetiva e sim de boa-fé objetiva. Desse modo, uma vez não comprovado que ambos os companheiros concomitantes do segurado instituidor, na hipótese dos autos, estavam de má-fé, ou seja, ignoravam a concomitância das relações de união estável por ele travadas, deve ser reconhecida a proteção jurídica para os efeitos previdenciários decorrentes. Assim, o caso é de provimento do recurso extraordinário, possibilitando o rateio da pensão por morte entre os conviventes. Proposta de tese: É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários póstumos a uniões estáveis concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva. (BRASIL, 2020).

Em síntese, devemos tratar a questão da justiça, sem uma abordagem moralista. Mas não basta, para tanto, propor uma abordagem ética no lugar de uma abordagem moralista. É preciso que nos fixemos numa ética que em nada se permita confundir com a moral do julgador. É preciso separar radicalmente ética e moral, privilegiando a ética, que é universal, em detrimento da moral, que é o campo do relativismo e do subjetivismo, e varia conforme a singularidade de cada julgador, contaminado pelas suas convicções morais-sexuais e religiosas.

4 A CONCEPÇÃO ÉTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

A distinção entre ética e moral é necessária para que tenha um Direito de Família mais justo. A ética constitui-se efetivamente em um princípio, à medida que ela se distingue da moral. Sem essa distinção, o Direito de Família tenderá a ancorar-se em regras moralistas e moralizantes. Do ponto de vista ético, o que se deve buscar nos princípios, e por intermédio deles, é o respeito à dignidade e aos seus elementos fundamentais. Dessa forma, a solução mais justa para os conflitos que se apresentam para a justiça da família é aquela que busca o verdadeiro respeito aos elementos fundamentais das relações de família. Optar pela ética, em detrimento de juízos morais particulares, significa trazer para o campo jurídico o conceito mais profundo de família, e vê-la com um grupamento cultural e não natural, como se concebia até recentemente.

A dignidade da pessoa humana pressupõe um sujeito ético que está acima dos valores morais, muitas vezes estigmatizantes e excludentes do laço social e jurídico. É essa ética que impulsionou

Lacan (1937) a construir, buscando na Antropologia de Claude Lévi-Strauss, um conceito de família que pode ser visto e entendido acima de qualquer valor moral e em qualquer tempo ou espaço: a família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função. Essas noções, trazidas ao Direito pelo discurso psicanalítico, traz uma outra compreensão da moral sexual das relações de família que dá ao afeto um valor jurídico, que se traduz também como um princípio jurídico norteador de todas as relações de família.

Afeto, igualdade e alteridade, pluralidade de famílias, melhor interesse da criança/adolescente, paternidade responsável, autonomia da vontade, intervenção estatal mínima, solidariedade e responsabilidade são os princípios fundamentais e norteadores do Direito de Família contemporâneo, e sob os quais está o macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Esses são os ingredientes essenciais e necessários que nos guiarão para distinguir e recusar os juízos particularizados, como são os juízos morais, a moral do poder, a serviço dos bens. (LACAN, 1997, p. 378). São esses princípios que nos possibilitam, portanto, estabelecer e optar por razões mais universais, ou seja, pela ética. O acórdão que aqui se comenta só foi possível ter sustentação jurídica porque esta estava embasada no espírito desta ética.

5 CONCLUSÃO

Os Direitos Humanos são indissociáveis da democracia e, conseqüentemente, da cidadania, palavra de ordem da contemporaneidade, que é hoje um imperativo categórico, à semelhança do imperativo categórico ético de Kant.

O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cujas bases e ingredientes estão, também, diretamente relacionados a noção de cidadania.

Cidadania significa não exclusão. E, portanto, a inserção das várias representações sociais da família, da valorização do sujeito de Direito em seu sentido mais profundo e ético. E a inclusão e a consideração das diferenças como imperativo da democracia.

O Direito, ideologicamente, vai incluindo ou excluindo pessoas do laço social. Não podemos permitir que a história das exclusões se repita, ou resista. Por exemplo, no Brasil, até 1888, os negros não eram Sujeitos de Direito; as mulheres, até 1932, não podiam votar e só foram consideradas juridicamente capazes em 1962; os filhos havidos fora do casamento, além de receberem o selo oficial de ilegítimos, não podiam ser reconhecidos na ordem jurídica; famílias sem a formalidade do casamento civil não eram legitimadas/reconhecidas pelo Estado. Até 2011, as famílias homoafetivas ainda recebiam o selo da ilegitimidade. As famílias simultâneas ainda não têm um lugar jurídico e social adequado. É preciso parar com esse negacionismo jurídico, como bem o fez o acórdão que aqui se comentou.

A história do Direito de Família no Brasil, e em quase todos os ordenamentos jurídicos, é marcada por vários registros de exclusão. Não podemos dar as costas a História, sob pena de continuarmos perpetuando injustiças. Até quando o judiciário continuará negando a existência dessas famílias que existem, mas não se pode dizer que elas existem, ao não reconhecer seus direitos?

REFERÊNCIAS

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.974.218/AL. Relatora: Min. Nancy Andrighi. *DJe*, Brasília, DF, 11 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.045.273 Sergipe. Voto divergente Ministro Fachin. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Salvador: JusPodivm, 2020.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HARMATIUK, Ana Carla. Matos. Direito de família e a proibição do retrocesso social. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

HIRONAKA, Giselda. Famílias paralelas. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, 2014.

HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio. Famílias paralelas: visão atualizada. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 33, maio/jun. 2019.

KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Tradução de Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

LACAN, Jacques. *O seminário, livro 7: a ética da psicanálise*. Tradução de Antônio Quinet. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: ANAIS do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM / Del Rey, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10017050168826003. Relatora: Des.^a Maria Elza. *DJe*, Belo Horizonte, 10 dez. 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões ilustrado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

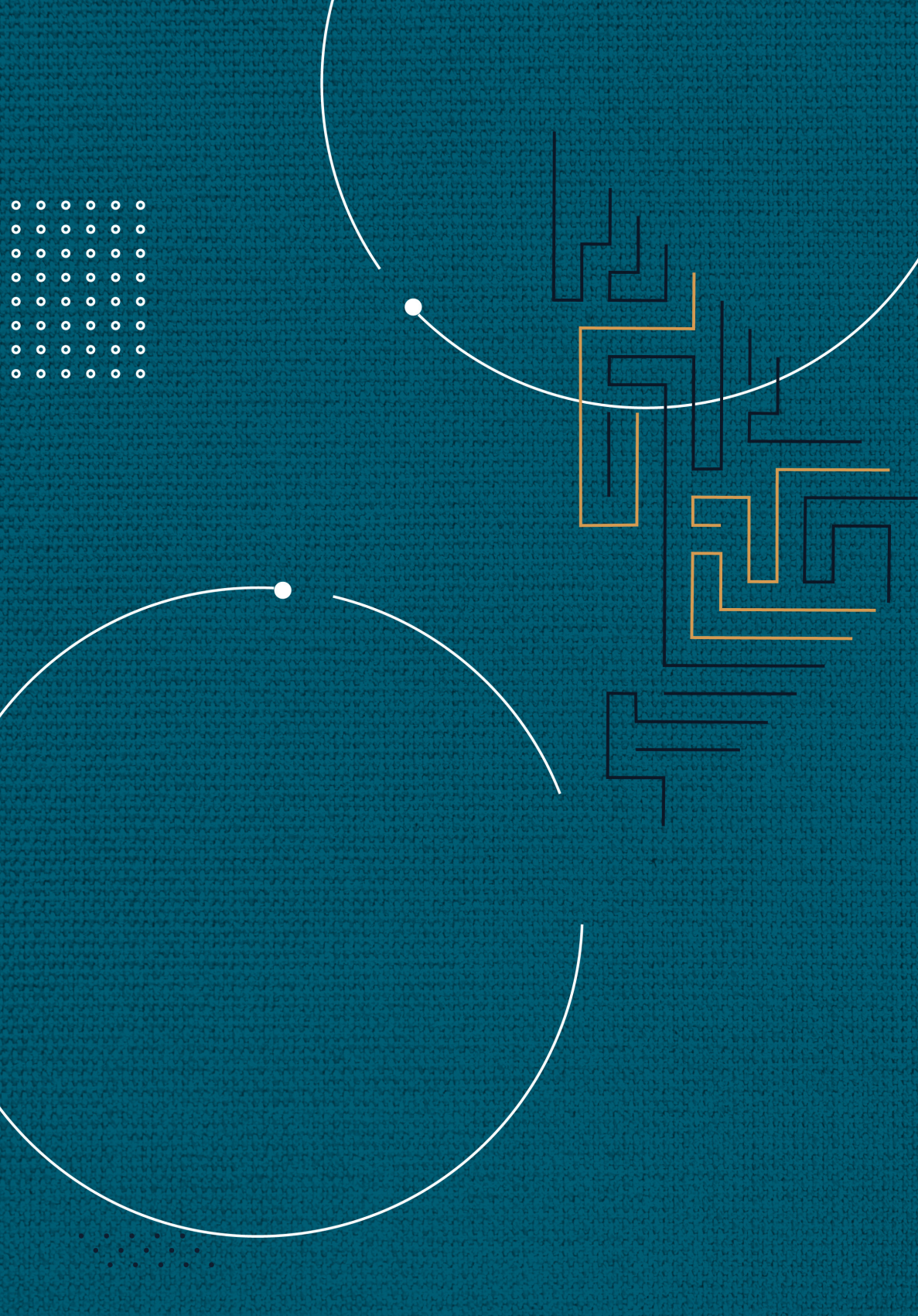
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Tratado de direito das famílias. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *União estável*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013.

Título VII

Direito das Sucessões



NATUREZA JURÍDICA DO VGBL E DIREITO DAS SUCESSÕES

Giselda Hironaka¹

Maurício Bunazar²

RESUMO

O presente artigo se debruça sobre a investigação quanto à natureza jurídica do plano de previdência privada “Vida Gerador de Benefício Livre” (VGBL). As discussões acerca de sua natureza jurídica, se seguro de vida ou não, tem por causa a possibilidade de o beneficiário indicar terceiro que poderá levantar os valores caso aquele faleça antes do início dos resgates. Essa possibilidade afeta o campo do Direito das Sucessões, em especial a legítima e os herdeiros necessários. Para que se cumprir o objetivo proposto, partiu-se de uma distinção entre a estrutura do VGBL e as funções que ele pode assumir. Percebeu-se que, conquanto o VGBL tenha a estrutura de negócio jurídico de seguro e, por conseguinte, receba a incidência do art. 794 do Código Civil, poderá haver situações em que ele funcionará como negócio jurídico indireto, cujo escopo seja o de fraude à lei, mais especificamente, às normas protetoras da legítima. Essa conclusão não deveria, contudo, descuidar de outros princípios jurídicos importantes, notadamente o da conservação do

¹ Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. Doutora, Livre Docente e Titular (concursos) pela Faculdade de Direito da USP. Coordenadora Titular dos Cursos de Especialização em Direito Civil da Escola Paulista de Direito – EPD. Patronesse dos Cursos de Especialização em Direito de Família e Sucessões da Escola Brasileira de Direito – Ebradi. Advogada, árbitra, consultora, parecerista. Autora de livros, capítulos de livros e artigos, em publicações nacionais e internacionais. *E-mail*: giselda@usp.br.

² Professor no IBMEC-SP e no Mackenzie. Mestre, Doutor e Pós-doutor em Direito Civil pela USP. *E-mail*: mbunazar@gmail.com.

negócio jurídico (favor negotii). Em assim sendo, verificou-se que, atuando com vistas a fraudar a legítima, a solução adequada será a de convertê-lo em negócio jurídico de investimento, preterindo-se a sanção de nulidade em favor de sua ineficacização.

Palavras-chave: Seguros de vida. VGBL. Negócio jurídico indireto. Fraude à lei. Princípio da conservação do negócio jurídico.

1 O PROBLEMA

O chamado VGBL – sigla para Vida Gerador de Benefício Livre – é geralmente qualificado pelos agentes do sistema financeiro como plano de previdência privada, destinado a garantir ao beneficiário o recebimento de valores no futuro mais ou menos próximo. Quanto mais tempo os valores ficarem investidos, mais vantajoso será o benefício no futuro. Ademais, o imposto de renda somente incide sobre os rendimentos, e não sobre o valor acumulado. Apenas a título exemplificativo, se o beneficiário aplicou ao longo da vida um milhão de reais e o rendimento foi de duzentos mil reais, ele só pagará o imposto de renda sobre esses duzentos mil reais.

Há, ainda, a possibilidade de o beneficiário escolher livremente quem poderá levantar os valores investidos, caso ele morra antes de começar a resgatar os valores a título de aposentadoria, única ou complementar. É justamente essa possibilidade que tem instado o Poder Judiciário a decidir sobre a natureza jurídica do VGBL, é dizer, se ele tem ou não a natureza jurídica de seguro.

Se a resposta for afirmativa, os herdeiros do investidor, ainda que necessários, não terão sequer direito expectado aos valores investidos; caso contrário, tornar-se-ão proprietários dos valores investidos em razão do direito de *saisine*, isto é, no exato momento em que for aberta a sucessão do investidor.

É fundamental, portanto, definir se o VGBL tem ou não natureza de seguro.

2 A NATUREZA JURÍDICA DO VGBL

A determinação da natureza jurídica de dado ente é operação intelectual fundamental da qual dependem todas as demais, designadamente a aplicação do regime jurídico específico, isto é, a concretização dos seus efeitos jurídicos. Quanto à natureza jurídica do VGBL, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP³ –, a doutrina (DELGADO, 2004, v. 9, t. 1p. 748)⁴ e a jurisprudência

³ “VGBL é um plano de seguro de pessoas com cobertura por sobrevivência, cuja principal característica é a ausência de rentabilidade mínima garantida durante a fase de acumulação dos recursos ou período de diferimento, sendo a rentabilidade da provisão idêntica à rentabilidade do fundo onde os recursos estão aplicados.” (BRASIL, 2022).

⁴ Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus entendem que, *a priori*, não são colacionáveis os valores de VGBL. Todavia, devem se restringir ao montante calculado para a parte disponível da herança. Caso ultrapassado esse limite, haveria redução do capital recebido. A esse respeito, cf. MALUF; MALUF, 2021, cap. 34, item 34.3.4.

majoritárias^{5,6} atribuem-lhe a natureza jurídica de seguro privado.

⁵ “Ementa: Tributário. Agravo interno no agravo em recurso especial. Mandado de segurança. VGBL. Incidência de ITCMD. Impossibilidade. Natureza jurídica de seguro. Revisão. Súmula 7/STJ. Entendimento em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior. Súmula 83/STJ. Agravo interno do ente estadual não provido. 1. A alteração das conclusões da Corte de origem, quanto à natureza jurídica do plano VGBL, demandaria, necessariamente, a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Contudo, tal medida encontra óbice na Súmula 7 do STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. 2. Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o plano de previdência privada denominado VGBL não pode ser caracterizado como herança, nos termos do art. 794 do Código Civil, razão pela qual incide, na hipótese, a Súmula 83/STJ. 3. Agravo interno do Estado do Rio Grande do Sul não provido” (BRASIL, 2021). No mesmo sentido: STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial – AgInt no AREsp 1.748.288/RS; Órgão Julgador: 2ª Turma; Data da Decisão: 13/12/2021; Data de Publicação: 15/12/2021; STJ, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial – AgInt nos EDcl no AREsp 947.006/SP; Relator: Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF da 5ª Região); Órgão Julgador: 4ª Turma; Data da Decisão: 15/5/2018; Data de Publicação: 21/5/2018; STJ, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial – AgInt nos EDcl no AREsp 1.832.714/SP; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 13/12/2021; Data de Publicação: 15/12/2021; STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial – AgInt no AgInt no AREsp 1.797.886/RS; Órgão Julgador: 2ª Turma; Data da Decisão: 28/3/2022; Data de Publicação: 12/4/2022.

⁶ Nos tribunais estaduais, o entendimento pela aplicação do art. 794 do Código Civil, com a exclusão do VGBL da herança, em detrimento dos herdeiros necessários e do fisco, também é seguido majoritariamente: “Ementa: Agravo de instrumento. Inventário. VGBL. As razões deste recurso não colocam em dúvida que o único beneficiário do VGBL foi criado desde os dois meses de idade pela autora da herança. O conjunto probatório demonstra que ela contratou essa forma de previdência privada para assegurar ao seu ‘filho de criação’ uma garantia. No caso concreto, o VGBL tem natureza securitária, não é aplicação financeira. Precedentes deste e. TJ. Confirma-se decisão que considerou que o valor depositado a título de VGBL não integra a herança. Nega-se provimento ao recurso.” (SÃO PAULO, 2016). No mesmo sentido: TJBA, Recurso Inominado 8131769-79.2020.8.05.0001; Relator: Paulo Cesar Bandeira de Melo Jorge; Órgão Julgador: Sexta Turma Recursal; Data da Decisão: 3/8/2022; Data de Publicação: 3/8/2022; TJRS, Apelação/Remessa Necessária 5097720-82.2021.8.21.0001; Relator: Ricardo Torres Hermann; Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível; Data da Decisão: 15/12/2021; Data de Publicação: 16/12/2021; TJSP, Agravo de Instrumento 2082267-63.2021.8.26.0000; Relator: Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 30/4/2021; Data de Publicação: 30/4/2021; TJSP, Agravo de Instrumento 2265648-79.2018.8.26.0000; Relatora: Mary Grün; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 17/6/2019; Data de Publicação: 17/6/2019; TJSP, Agravo de Instrumento 2065038-56.2022.8.26.0000; Relatora: Hertha Helena de Oliveira; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data da Decisão: 29/4/2022; Data de Publicação: 29/4/2022.

A título de exemplo, pode-se citar decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, em agravo de instrumento, reafirmou a decisão então atacada do juízo *a quo*, que havia negado a colação dos valores recebidos por parte dos herdeiros, a título de seguro de vida na modalidade VGBL, em aplicação ao art. 794 do *Código Civil*. Extrai-se do teor da decisão citada a seguinte passagem:

certo que a natureza dos planos VGBL e PGDL é securitária e, portanto, não comporta a incidência do ITCD, por não ser considerado como herança para todos os efeitos. Assim, nos termos do art. 794 do *Código Civil*, não se tratando de herança, o valor investido pelo titular deve ser revertido, após a sua morte, ao beneficiário indicado no plano. (MINAS GERAIS, 2022).

Outros tantos julgados, também do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, seguem a mesma linha de argumentação, sendo ora citados, a título de exemplo, as seguintes ementas:

Agravo de instrumento. Ação de inventário inclusão dos valores oriundos do plano de vida gerador de benefício livre (VGBL) no espólio. Natureza jurídica securitária. Aplicação do art. 794 do *Código Civil*. Valores que não devem integrar a partilha.- Os valores oriundos do Plano Vida Gerador de Benefícios Livres têm natureza jurídica de seguro de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência e, em regra, não devem integrar o espólio e a partilha de bens nos autos do inventário, nos termos do art. 794 do *Código Civil*. (MINAS GERAIS, 2018).

Agravo de instrumento. Mandado de segurança. VGBL (vida gerador de benefícios livres). Natureza jurídica securitária. Definição conferida pela SUSEP. Aplicação do art. 794 do *Código Civil*. Exclusão do acervo hereditário. Não incidência do ITCD. Recurso desprovido. De acordo com a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, o VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) se caracteriza como seguro de pessoas. Tendo em vista a natureza jurídica

securitária, aplica-se o disposto no artigo 794 do Código Civil, que determina que, no seguro de vida, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito. Nesse contexto, incabível a incidência do ITCD, já que o tributo incide na transmissão da propriedade de bem ou direito, por ocorrência do óbito. (MINAS GERAIS, 2020).

Pese respeitável entendimento em sentido contrário,⁷ a natureza jurídica do VGBL é a de seguro privado, isso porque os elementos categoriais inderrogáveis⁸ desse tipo de negócio jurídico encontram-se presentes. Trata-se do risco a ser coberto e da obrigação de garantia dele oriunda.⁹ Com efeito, o VGBL é espécie de seguro de pessoas, garantindo-se a sobrevivência do segurado. Só por isso, a álea especial existe, já que não há como saber quando o segurado falecerá. Todavia, essa álea é exacerbada pelo fato de não haver taxa de rendimento mínima, sendo que os aportes rendem de acordo com a taxa do fundo em que foram investidos.

⁷ “O recebimento dos benefícios do PGBL e o VGBL aos herdeiros dá-se independentemente da abertura do inventário. E assim é, em razão da circunstância de que tanto o PGBL como o VGBL não ostentam caráter securitário, mas sim de investimento financeiro. Integram tais modalidades de previdência privada, portanto, o acervo hereditário, devendo ser objeto de partilha e, se o caso, até mesmo de colação sempre que necessário assegurar a igualdade das legítimas entre os herdeiros”, cf. FONSECA, 2022, parte II, cap. 3, item 3.4.1.

⁸ “Os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e do que, em torno desta, a doutrina e a jurisprudência constroem. Na esteira dos juristas romanos e com base na ideia de *natura* de cada tipo de negócio, a análise revela duas espécies de elementos categoriais: os que servem para definir cada categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência são os elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis; e os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo, são os elementos categoriais naturais ou derogáveis”, cf. AZEVEDO, 2010, p. 35.

⁹ “Por conseguinte, conteúdo das obrigações de garantia é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor. Eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as consequências de sua realização. Mas mesmo que esta não se verifique, a simples assunção do risco pelo devedor de garantia representa o adimplemento de sua prestação”, cf. COMPARATO, 1978, p. 537.

Tanto seguros quanto investimentos financeiros são negócios jurídicos sensivelmente dependentes de eventos futuros. A diferença entre um seguro e um investimento qualquer é que, enquanto o primeiro faz surgir uma obrigação de garantia cujo objetivo é reduzir um risco, o último tem finalidade especulativa, é dizer, fazer o capital investido render. Aliás, o *Código Civil* de 2002 corretamente apontou para o cerne da questão, ao definir o contrato de seguro a partir da perspectiva da obrigação de garantia; lê-se no art. 757: “Pelo contrato de seguro, o *segurador se obriga*, mediante o pagamento do prêmio, a *garantir* interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados” (destacou-se).¹⁰

Há, contudo, que se diferenciar a natureza jurídica do ente (*quid est*) da função do ente (*cur*). É justamente na distinção entre o que é o VGBL e para que serve ou pode servir o VGBL que está a chave hermenêutica para que o Judiciário, no caso concreto, ou aplique o regime jurídico dos seguros privados, ou o regime jurídico do direito da sucessão *causa mortis*.

Com efeito, muito embora a estrutura do negócio jurídico de VGBL seja a de seguro, verifica-se ser possível e até mesmo comum que os agentes a usem para finalidade diversa daquela típica – a eliminação de um risco. Quando isso ocorre, tem-se o chamado negócio jurídico indireto.

¹⁰ “Assim, do simples pagamento de indenização que se revelava inadequado por diversas razões de ordem técnica e jurídica, o novo Código Civil foi reconhecidamente aplaudido pela doutrina por haver trazido a concepção relativa à obrigação de garantia, cuja amplitude viria ao encontro da necessidade vazada pelo tomador ao contratar o seguro, qual seja transferir o risco financeiro que pesava sobre o interesse legítimo que desejasse tutelar”, cf. GOLDBERG, 2018, v. 4, p. 283.

3 O NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO

É comum – e salutar – que um determinado negócio jurídico sirva para que os agentes, por meio dele, alcancem finalidades diversas daquela típica. Assim, a compra e venda, cuja função típica é ser causa da transmissão onerosa e entre vivos de bens corpóreos (coisas) ou incorpóreos, pode ser celebrada para fins de garantia de obrigação, como na hipótese de alienação fiduciária.

Assim, o negócio jurídico indireto caracteriza-se por uma intencional discrepância entre sua função típica e a função concretamente perseguida pelos agentes.¹¹ Nesse ponto, há uma nítida aproximação entre o negócio jurídico simulado e o indireto, visto que em ambos a função concreta não é idêntica à típica. Todavia, os efeitos do negócio jurídico simulado não são desejados pelas partes. Diferentemente, os efeitos do negócio jurídico indireto o são. Ademais, como salienta Emilio Betti, no negócio jurídico simulado não há nenhuma compatibilidade da função verdadeiramente perseguida pelas partes com a tipicamente reconhecida para o negócio.

¹¹ “Indiretto è quel negozio che le parti vogliono realmente porre in essere, conseguente assoggettamento alla sua disciplina formale e sostanziale; ma non in quanto esse vogliano, come scopo ultimo, lo scopo al quale il negozio attuato è tipicamente rivolto, sibbene in quanto esso sia necessario per il raggiungimento di uno scopo ulteriore, distinto da quello”, cf. GENNARO, 1934, p. 72. “Sem necessidade de maiores indagações, importa salientar que no negócio indireto existe um *negócio-meio*, típico e um *fim ulterior*, correspondente a um outro negócio, típico ou tipificável. Assim, por exemplo, na compra e venda com pacto de retrovenda, com fins de garantia, hipótese típica do negócio indireto, a compra e venda é um negócio-meio, destinado a alcançar um fim (ulterior) que não é típico da compra e venda (circulação de bens), mas de um outro negócio, a hipoteca (garantia)”, cf. MIRANDA, 2009, p. 118.

Por outro lado, no negócio jurídico indireto, a função concreta é compatível com a típica.¹²

Por essa mesma razão, o negócio jurídico não será necessariamente inválido pelo simples fato de ser indireto. Tanto assim é que a alienação fiduciária em garantia foi expressamente disciplinada pelo ordenamento jurídico. O problema da validade surge, quando a função concreta dada ao negócio pelas partes revela-se incompatível com o próprio ordenamento jurídico, seja porque ela é ilícita *tout court*, seja porque ela tem por finalidade fraudar preceito legal (fraude à lei imperativa).¹³

Com efeito, a fraude à lei apresenta-se como causa de nulidade do negócio jurídico, conforme disposto no art. 166, IV, do Código Civil. Tanto o negócio jurídico que tem objeto ilícito, quanto aquele que apresenta finalidade de fraudar norma cogente, são nulos por força do mesmo dispositivo legal supracitado. No entanto, ambos divergem na estrutura adotada para a persecução de objetivos vedados pelo legislador. De um lado, o negócio jurídico que tenha objeto ilícito violará diretamente a legislação; de outro, haverá fraude à lei imperativa, quando (i) a norma que se deseja burlar for cogente, isto é, inafastável por declaração

¹² “Nel fenomeno della simulazione la discrepanza in parola configura una vera-incompatibilità, e questa rende ragione del fatto che di solito, non però necessariamente, lo scopo dissimulato non si rende riconoscibile dal contenuto del negozio (perché sarebbe contraddittorio dire che la vendita si conclude senza un prezzo effettivo, o la società si stringe senza un contributo sociale da parte di uno dei partecipanti). Per contro nel negozio indiretto, in modo analogo come nel negozio fiduciario, la discrepanza dalla funzione tipica del negozio assume il carattere di una semplice incongruenza fra scopi che, per quanto diversi, sono fra loro perfettamente compatibili”, cf. BETTI, 2002, p. 320.

¹³ “Os institutos da fraude contra credores e da simulação fraudulenta, no próprio Código Civil, e, ainda, da fraude à lei, da fraude à execução e da fraude ao negócio jurídico, em outras leis e na jurisprudência, somente se explicam convenientemente se identificarmos o defeito do negócio na ilicitude do fim a atingir. [...] Esse fim é tomado hipoteticamente, ele é o resultado a que se chegaria se os efeitos objetivamente visados pela declaração fossem levados até o fim; ele é o efeito dos efeitos do negócio”, cf. AZEVEDO, 1986, p. 107-108.

negocial em sentido contrário; e (ii) o meio empregado para tanto – o negócio jurídico – for lícito, em si mesmo, considerando-se a sua função típica.¹⁴ Dito de outro modo, como salienta Pontes de Miranda, o negócio jurídico, nulo por fraude à lei, não infringe a lei diretamente, mas sim, “respeitando-a, usa de maquinação, para que ela não incida; transgride a lei, com a própria lei”. (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. 4, p. 296).

4 O VGBL COMO NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO

Nada impede que o negócio jurídico de seguro, como é o VGBL, seja utilizado para que sejam alcançados objetivos diversos do típico. Se os fins atípicos forem lícitos, não haverá nenhum problema, mas, se forem ilícitos por fraudarem lei imperativa, haverá invalidade.

Ao que parece, a depender das circunstâncias, o VGBL pode vir a violar a proteção reconhecida aos herdeiros legítimos. De antemão, cabe ressaltar não caber nos propósitos do presente artigo analisar ou questionar o fundamento último para a existência da legítima. Fato é que o ordenamento jurídico brasileiro ainda a protege, mediante um conjunto de normas e institutos jurídicos, seja exigindo o assentimento dos demais herdeiros descendentes e do cônjuge para a celebração de uma compra e venda entre ascendente e descendente (Código Civil, art. 496), seja impondo a nulidade das doações inoficiosas (Código Civil, art. 549), seja

¹⁴ “A ofensa à lei, para nulificar o negócio jurídico, tem de ser cometida contra lei imperativa (CC, art. 166, VI e VII). A atuação contra a lei imperativa, por outro lado, pode dar-se de duas maneiras: a) por meio da ofensa frontal ou direta (*agere contra legem*), convencionando-se claramente o que a lei proíbe; b) por meio de um negócio em si lícito e válido, mas que atinge, por via reflexa, o resultado proibido (*agere in fraudem legis*). Por meio da própria lei pratica-se a sua violação”, cf. THEODORO JÚNIOR; FIGUEIREDO, 2021, p. 188.

determinando a redução das disposições testamentárias (Código Civil, art. 1.967), seja, ainda, impondo a obrigação de restituir os bens e aplicando a pena de sonegados (Código Civil, art. 1.994), etc.

Tradicionalmente, as vantagens percebidas por negócios jurídicos de seguro não são abarcadas pelo acervo hereditário. A explicação para isso encontra-se em previsão legal específica, presente no art. 794 do *Código Civil*, de acordo com o qual, “no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito”. A razão é simples. O valor do seguro não ingressa no patrimônio do morto, pois, no exato momento em que pode ser exigido, a pessoa natural (o segurado, no caso) já não existe, como preceitua o art. 6º do Código Civil.¹⁵

Ocorre que, por vezes, o capital do VGBL tem um valor notavelmente alto, em comparação com a herança deixada pelo *de cujus*, verificando-se que esse último foi, progressivamente, erodindo o seu patrimônio mediante os aportes feitos a título de prêmio. Em outras ocasiões, o VGBL é contratado com poucos aportes, mas todos de quantia significativa quando comparada ao

¹⁵ “Ocorrido um sinistro, nasce a obrigação do segurador em realizar o pagamento do capital segurado ao beneficiário. Este capital será retirado do patrimônio do segurador, e não do segurado. E, pago diretamente ao beneficiário, jamais terá integrado, ainda que por um átimo, o patrimônio do segurado. A morte do segurado faz nascer, para o beneficiário, um direito próprio, decorrente do contrato de seguro. Eis por que no seguro de vida o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, e nem se considera herança, conforme o art. 794 do CC. Veja-se que o legislador refere-se a seguro de vida e de acidentes pessoais para o caso de morte, apenas. Assim, sujeitam-se às dívidas do segurado o valor por ele recebido em razão de um seguro de vida e ou de acidentes pessoais que garanta o risco de invalidez. Neste, há a incorporação do capital pago pelo segurador ao patrimônio do segurado, o quanto basta para que fique ao alcance de seus credores”, cf. CAMPOY, 2014, cap. 6, item 6.2.4. No mesmo sentido: DIAS, 2018, cap. 25, item 25.5; DELGADO, 2004, v. 9, t. 1, p. 748; TARTUCE, 2021; LÔBO, 2022, v. 6, cap. 13, item 13.10.

patrimônio do autor da herança.¹⁶

¹⁶ Como já se reconheceu em alguns julgados: “Inventário – Decisão que excluiu do acervo hereditário, valor depositado pelo falecido a título de VGBL – Recurso interposto pelos herdeiros – Acolhimento – Não obstante o entendimento desta Turma Julgadora, acerca da natureza securitária da aludida verba (art. 794 do Código Civil), no caso concreto, o VGBL deve ser considerado mero investimento, eis que realizado em detrimento de herdeiros necessários (favorecendo apenas a irmã do falecido) – Aplicação feita, no valor de R\$246.430,11, que supera, em muito, o monte-mor (composto de um único veículo, com valor sete vezes inferior ao do VGBL) – Inclusão no acervo hereditário – Medida que se impõe – Precedentes, inclusive desta Câmara – Decisão reformada – Recurso provido” (SÃO PAULO, 2022c); “Agravado de Instrumento – Inventário – Autores da herança que deixaram, como herdeiros diretos, dois filhos e como herdeiros por representação, dois netos, descendentes de filho pré-morto – Decisão agravada que considerou a doação feita por um dos autores da herança como adiantamento de legítima – Irresignação dos agravantes, sob o fundamento de que a matéria estava preclusa, porque já havia sido proferida decisão anterior, em outro sentido – Não acolhimento – Primeiras declarações ou esboço de partilha que podem ser objeto de questionamento até a homologação da partilha, que ainda não ocorreu – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Irresignação dos agravantes também contra capítulo da decisão que indeferiu a inclusão, para fins de partilha, de VGBL do autor da herança – Acolhimento – Previdência privada que, em regra, não integra o acervo hereditário – Hipótese, no entanto, em que o VGBL deve ser considerado mero investimento, tendo sido feito em detrimento de herdeiros necessários – Aplicação feita quando o autor da herança já contava 83 anos, no valor de R\$1.600.000,00, que corresponde a quase quatro vezes o valor atribuído ao monte-mór pelo esboço de partilha – Previdência que atribuía apenas aos dois filhos do autor da herança a condição de dependentes, sem incluir os netos, igualmente herdeiros necessários – Inclusão que era devida – Desnecessidade, no entanto, e ao menos por ora, de arresto cautelar dos bens dos beneficiários, uma vez não comprovada a dilapidação de patrimônio – Recurso parcialmente provido” (SÃO PAULO, 2021); “Agravado de Instrumento – Inventário – Inconformismo em relação à decisão que incluiu na partilha o saldo de fundo de previdência privada VGBL – Ausência, no caso concreto, de feição securitária a franquear a aplicação do disposto no artigo 794 do CC – Fundo que foi composto por aporte inicial na ordem de R\$900.000,00, para início de recebimento apenas aos 90 anos – Caracterizada a natureza de investimento e não de seguro – Aporte proveniente da venda de imóvel e que representa a maior parte do patrimônio do autor da herança – Fundo que não tem por beneficiária a filha, caracterizando burla à ordem de sucessão hereditária beneficiando filho e mulher em detrimento da filha herdeira – Desrespeito à legítima da herdeira necessária – Valor que deve compor o monte partível – Decisão mantida – Recurso improvido” (SÃO PAULO, 2022a); “Agravado de Instrumento. Inventário e partilha. Planos de previdência privada (VGBL). Decisão pela qual foram excluídos os valores do montante objeto de partilha. Anulado o julgamento colegiado em que se deu provimento ao recurso da inventariante com pretensão de partilha dos valores. Novo julgamento. Descaracterizada natureza securitária ou previdenciária do fundo. Aporte dos valores pelo autor da herança aos 87 anos de idade, com falecimento aos 90. Fraude à ordem de sucessão hereditária. Indícios de intuito fraudulento. Natureza de aplicação financeira. Inclusão no montante objeto de partilha. Decisão reformada. Recurso provido” (SÃO PAULO, 2022b).

Nessas ocasiões, em se permitindo a manutenção dos efeitos do VGBL tais como tipicamente previstos, haveria flagrante prejuízo aos herdeiros legítimos e, portanto, possível violação à norma cogente que impõe proteção à legítima (Código Civil, art. 1.846).

Utilizado para esse fim, o negócio jurídico de VGBL é indireto e nulo, por se afastar de sua típica função de garantia e buscar fraudar a legítima, que é imposta por norma cogente.

Pouco importa se o segurado tinha, ou não, intenção de fraudar a legítima, pois a hipótese de nulidade de fraude à lei aplica-se independentemente de um elemento subjetivo voltado para a burla. Isso se explica em virtude da impossibilidade de se evitar a aplicação de norma jurídica, por meio da alegação de ignorância (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 3º). As normas jurídicas cogentes incidem, quer seus destinatários delas saibam, quer não. Como pontua Marcos Bernardes de Mello:

Na verdade, tem-se como infringida a lei, se o resultado positivo ou negativo a que se destina foi alcançado ou evitado. Não importa por que meios. Importa, apenas, que a conduta humana lhe foi contrária aos mandamentos, precisamente, porque a incidência da norma jurídica, pelo seu caráter lógico, se dá fatalmente à concreção do seu suporte fáctico. Por consequência, tem-se que basta a constatação de que houve a infração indireta da lei. (MELLO, 2008, p. 98).

Portanto, preenchidos os requisitos para a configuração de fraude à lei, a rigor, o negócio jurídico de VGBL seria declarado nulo e o capital segurado, em sua integralidade, deveria compor a herança. Essa é a conclusão que uma parcela minoritária da jurisprudência adota. Com efeito, no julgado abaixo, verifica-se ter havido o expresse reconhecimento de um negócio jurídico indireto,

com a consequente determinação de colação do capital segurado:

Inventário. Decisão que determinou que o saldo do VGBL deixado pelo autor da herança integre o monte-mor. Manifesta natureza de aplicação financeira. Elevado saldo do VGBL revela não se tratar de mero benefício de seguro de vida, mas sim investimento financeiro em fundo de previdência. Maior ativo do patrimônio do *de cujus* não pode ser revertido em proveito de apenas um herdeiro em detrimento dos demais. Violação das legítimas dos demais herdeiros necessários. Aplicação da quase totalidade do patrimônio do autor da herança em VGBL, poderia, inclusive, ser examinada sob a ótica do negócio jurídico indireto em fraude à lei. VGBL deve se submeter à partilha. Decisão agravada mantida. Recurso não provido. (SÃO PAULO, 2020).

Uma parcela da doutrina brasileira, também minoritária, tem entendimento semelhante, considerando que, embora, a princípio, não se possa afastar a incidência do art. 794 do *Código Civil*, visto que o VGBL tem a natureza de seguro de vida, em determinadas ocasiões, provando-se que os aportes não foram periódicos e que seus valores foram consideráveis, a regra do art. 794 poderá ser afastada, privilegiando-se o direito dos herdeiros necessários.¹⁷

¹⁷ "Tratando-se os fundos de previdência privada de uma espécie de pensão por morte ou aposentadoria e tendo exatamente essa função de segurança futura, sendo construídos mediante periódicas contribuições, usualmente mensais, não podem ser necessariamente considerados como bens comunicáveis, como pensa uma vertente doutrinária e jurisprudencial, dizendo que esses investimentos não passam de uma aplicação financeira. Um ativo construído em longo prazo delinea com suficiente segurança, e reiterada demonstração de propósitos, que se trata de uma efetiva previdência privada, poupada mês a mês, e não de um dissimulado investimento criado para ludibriar direitos hereditários ou para fraudar alguma meação. No entanto, aqueles que concluem pela comunicação da previdência privada argumentam que há várias maneiras de proteção pelo desconhecido porvir, investindo alguns no ramo imobiliário para receberem aluguéis, enquanto outros montam carteiras de ações para receberem dividendos, e existem outros que optam por investimentos em renda fixa ou variável, como têm aqueles que investem em previdência privada e nos seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência de vida, como qualquer outro investimento financeiro e, portanto, passíveis de partilha como meação ou como quinhão hereditário. Há, contudo, decisões em sentido contrário, com prevalência de julgamentos no STJ, devendo ser creditada maior veracidade ao plano de previdência privada

Em se resguardando apenas a aplicação das normas protetoras da legítima, a solução acima é adequada. Entretanto, ela descuida de outras normas jurídicas, presentes no ordenamento, que reclamam a preservação do negócio jurídico, sempre e quando for possível, indicada pela expressão *favor negotii*.

Como já se explicou alhures (BUNAZAR, 2021, p. 177-178), o princípio da conservação do negócio jurídico, também conhecido como *favor negotii*, representa a tutela que o ordenamento jurídico confere aos negócios jurídicos concretos.

Antonio Junqueira de Azevedo, talvez o autor que mais tenha contribuído para a existência de uma dogmática tipicamente brasileira do negócio jurídico, ensina que o princípio da conservação do negócio jurídico não visa à proteção de uma abstração qualquer [negócio jurídico em tese], mas de uma concreta relação jurídica entre pessoas, da qual resulta uma série de consectários, não só jurídicos, mas também sociais e econômicos.

Com eloquente simplicidade, a lição do autor permite que se ponha em perspectiva realista a gravidade da imposição da consequência da invalidação do ato jurídico preceptivo: a destruição de obra da autonomia privada. Segundo o autor, a possibilidade de conservar negócios *in concreto* é corolário necessário do valor que o ordenamento jurídico, ao reconhecer a categoria negocial *in abstracto*, confere à autonomia privada. (AZEVEDO, 2007, p. 67).

na pureza de sua constituição, se tanto a previdência privada como o seguro de vida foram construídos mês a mês, com aportes homogêneos, paulatinos e proporcionais aos rendimentos da pessoa, ao longo de uma trajetória de vida e de trabalho; ou se, pelo contrário, se trata de previdência privada de poucos e expressivos aportes, realizados durante o período suspeito da crise conjugal, que depois culminou com o divórcio ou com a dissolução de uma união estável, havendo nesse histórico fortes indícios de se tratar de um recurso usado para o efetivo desvio de patrimônio e das economias conjugais comuns e comunicáveis”, cf. MADALENO; MADALENO; MADALENO, 2021, cap. 2, item 2.2.29.

Conservar o negócio jurídico, portanto, é, antes de tudo, prestigiar a liberdade de autodeterminação das pessoas. (GUERRA, 2016, p. 170).

Sobre o que seja o princípio da conservação do negócio jurídico, Antonio Junqueira de Azevedo ensina que consiste “em se procurar salvar tudo o que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia”. (AZEVEDO, 2007, p. 66).

Para Del Nero, a conservação do negócio jurídico nada mais é do que a preservação de valores caros ao ordenamento. Essa preservação realiza-se, portanto, por meios explícitos e implícitos. (DEL NERO, 2001, p. 351-352). Enquanto os meios explícitos representam regras específicas que concretizam o princípio, o meio implícito é exatamente a construção do princípio em sua fórmula geral. (DEL NERO, 2001, p. 351-352).

No plano da existência, o princípio surge como uma máxima hermenêutica, concretizada em nosso ordenamento por meio do preceito contido no art. 112 do *Código Civil*, com amplitude máxima e, mais restritamente, no art. 1.899, consagrando um subprincípio conhecido como *favor testamenti*. (MARINO, 2011, p. 351-352).

O princípio da conservação dos negócios jurídicos encontra suas origens no *favor testamenti*, o qual, inicialmente, consistia num favorecimento da instituição de herdeiro e depois passou a ter um alcance mais geral, designando um favor para a vontade testamentária. (MARINO, 2011, p. 351-352).

De um lado, se é flagrantemente contrária à lei a manutenção do negócio jurídico de VGBL cujo objetivo foi fraudar norma jurídica cogente, de outro é excessivo declarar sua nulidade e desfazer todos os seus efeitos.

Ao que parece, a solução mais adequada, levando-se em consideração não apenas a proteção à legítima, mas também ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, é, por meio da conversão do negócio jurídico, requalificá-lo, recebendo-o como se negócio jurídico de investimento fosse.

5 A CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO E SEUS LIMITES

O *Código Civil* brasileiro, em seus arts. 169 e 170, demarca rigorosamente os pressupostos e requisitos do procedimento de conversão do negócio jurídico.

Com efeito, o art. 170 requer que o negócio jurídico nulo contenha os requisitos daquele em que será convertido e que, pelas circunstâncias, possa-se perceber que a parte ou as partes teriam optado por ele se anteviessem a nulidade.

Por essa razão, o princípio da conservação do negócio jurídico não chega ao extremo de permitir a redução teleológica do VGBL, a fim de que a parte disponível do patrimônio do *de cujus* aportada nesse seguro seja atribuída às pessoas apontadas como beneficiárias.

Indiscutivelmente, essa seria a solução que mais atenderia à vontade presumida do *de cujus*, mas ela esbarra em limites intransponíveis postos pelo art. 170.

A conversão pressupõe que o negócio jurídico inválido seja mais complexo do que aquele em que será convertido, e, no caso, permitir que os apontados no seguro como beneficiários recebam o equivalente à parte disponível implicaria converter um negócio jurídico entre vivos (seguro) em negócio jurídico *causa mortis*, qual seja o testamento.

O testamento talvez seja o negócio jurídico mais solene do ordenamento jurídico brasileiro e certamente tem mais requisitos que o mero contrato de seguro, razão pela qual é inviável, ao menos sem graves distorções dogmáticas, pretender “converter” o VGBL em testamento de parte disponível.

6 CONCLUSÕES

À questão sob análise subjaz o conflito entre dois interesses juridicamente protegidos, quais sejam o respeito à vontade do morto – consagrada no princípio geral do *favor testamentii* – e o direito à legítima.

Os conflitos entre interesses juridicamente protegidos não se resolvem, ao menos não adequadamente, sem a consideração dos elementos concretamente presentes. Por isso, não é possível afirmar que em conflitos entre a vontade do morto e a legítima sempre deva preponderar um ou outro.

Nada obstante, em se considerando os elementos postos neste artigo, designadamente a caracterização do VGBL como negócio jurídico indireto em fraude à lei imperativa, a solução que parece mais adequada ao ordenamento jurídico brasileiro é a ineficacização do negócio jurídico de seguro mediante sua requalificação como negócio jurídico de investimento.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2007.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1952.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Superintendência de Seguros Privados (Susep). *VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre*, 15 set. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/meu-futuro-seguro/seguros-previdencia-e-capitalizacao/seguros/seguro-vgbl-vrgp-vagp-vrsa-vri-dotat/vgbl-vida-gerador-de-beneficio-livre>. Acesso em: 8 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial – AgInt no AREsp. nº 1.847.351/RS. Relator: Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF da 5ª Região). *DJe*, Brasília, DF, 14 out. 2021.

BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CAMPOY, Adilson José. *Contrato de seguro de vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 521-539.

DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*: das várias espécies de contrato, do seguro. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 9, t. 1.

DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Manual do planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

GENNARO, Gino. *I contratti misti: delimitazione, classificazione e disciplina*. Padova: Cedam, 1934.

GOLDBERG, Ilan. Reflexões a respeito do contrato de seguro. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 4, p. 239-418.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos: a eficácia jurídico-social como critério de superação das nulidades negociais*. São Paulo: Almedina, 2016.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v. 6.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rafael. *Fraude no Direito de Família e Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.18.083265-1/001. Relator: Des. Geraldo Augusto. *DJe*, Belo Horizonte, 13 nov. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.19.1582873/001. Relator: Des. Wilson Benevides. *DJe*, Belo Horizonte, 24 maio 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.22.009525-1/001. Relatora: Des.^a Alice Birchall. *DJe*, Belo Horizonte, 14 out. 2022.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte geral. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4.

ROPPO, Vincenzo. *Diritto privato*. Torino: Giappichelli, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2060719-45.2022.8.26.0000. Relator: Silvério da Silva. *DJe*, São Paulo, 5 out. 2022a

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2140031-41.2020.8.26.0000. Relator: Christiano Jorge *DJe*, São Paulo, 6 jun. 2022b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2196813-97.2022.8.26.0000. Relator: Salles Rossi. *DJe*, São Paulo, 27 out. 2022c.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2198522-41.2020.8.26.0000. Relator: Francisco Loureiro. *DJe*, São Paulo, 7 dez. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2198661-56.2021.8.26.0000. Relator: Marcus Vinicius Rios Gonçalves. *DJe*, São Paulo, 28 out. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2250501-18.2015.8.26.0000. Relatora: Mary Grün. *DJe*, São Paulo, 23 mar. 2016.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*: nulidades e medidas sanatórias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

TARTUCE, Flávio. Comentários ao art. 794. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VON TUHR, Andreas. *Derecho civil: teoría general*. Tradução de Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. 3, t. 1.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Cape Town: Juta & Co., 1992.

