

(Coord.)  
Giselda Maria F. Novaes Hironaka  
Romualdo Baptista dos Santos

 **SÉRIE**  
**DIREITO CIVIL**

# **DIREITO CIVIL: ESTUDOS**

## COLETÂNEA DO XV ENCONTRO DOS GRUPOS DE PESQUISA – IBDCIVIL



# SÉRIE DIREITO CIVIL

**GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA**

**ROMUALDO BAPTISTA DOS SANTOS**

(Coordenadores)

## DIREITO CIVIL: ESTUDOS

COLETÂNEA DO XV ENCONTRO DOS GRUPOS DE PESQUISA – IBDCIVIL

*Adroaldo Agner Rosa Neto*  
*Alexandre Junqueira Gomide*  
*Anderson Schreiber*  
*André Luiz Arnt Ramos*  
*Bruno de Lima Acioli*  
*Bruno Terra de Moraes*  
*Daniele Chaves Teixeira*  
*Danilo Rafael da Silva Mergulhão*  
*Débora Brandão*  
*Eroulths Cortiano Junior*  
*Flávio Tartuce*  
*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*  
*José Barros Correia Júnior*  
*José Claudio Oliveira Mergulhão Júnior*  
*Joyceane Bezerra de Menezes*  
*Luciana Pedroso Xavier*  
*Luciano de Souza Godoy*  
*Maici Barboza dos Santos Colombo*  
*Marcos Ehrhardt Júnior*  
*Maria Rita de Holanda Silva Oliveira*  
*Marília Pedroso Xavier*  
*Mário Luiz Delgado*  
*Maurício Bunazar*  
*Paula Falcão Albuquerque*  
*Paulo Luiz Netto Lobo*  
*Rodrigo da Guia Silva*  
*Romualdo Baptista dos Santos*  
*Thamis Dalsenter Viveiros de Castro*  
*Vitor Almeida*

**Blucher**

## **DIREITO CIVIL: ESTUDOS**

COLETÂNEA DO XV ENCONTRO DOS GRUPOS DE PESQUISA – IBDCIVIL

2018

*Série Direito Civil*

© 2018 Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Romualdo Baptista dos Santos

*Direito Civil: Estudos* | Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil

Editora Edgard Blücher Ltda.

Produção editorial: Know-How Desenvolvimento Editorial

---

# Blucher

---

Rua Pedroso Alvarenga, 1245, 4º andar

04531-934 – São Paulo – SP – Brasil

Tel 55 11 3078-5366

**contato@blucher.com.br**

**www.blucher.com.br**

Segundo Novo Acordo Ortográfico, conforme 5. ed.  
do *Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa*,  
Academia Brasileira de Letras, março de 2009.

---

É proibida a reprodução total ou parcial por  
quaisquer meios sem autorização escrita da Editora.

Todos os direitos reservados pela Editora  
Edgard Blücher Ltda.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Angélica Ilacqua CRB-8/7057

---

Direito Civil : estudos - coletânea do XV Encontro  
dos Grupos de Pesquisa - IBDCivil -- São Paulo : Blucher,  
2018

488 p. (Série Direito Civil / coordenação Giselda  
Maria Fernandes Novaes Hironaka e Romualdo Baptista  
dos Santos)

Bibliografia

ISBN 978-85-8039-347-7 (e-book)

ISBN 978-85-8039-346-0 (impresso)

1. Direito civil 2. Tutela 3. Contratos 4. Direito imobiliário  
5. Direito de família I. Hironaka, Giselda Maria Fernandes  
Novaes II. Santos, Romualdo Baptista dos

18-1602

CDD 347

---

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito Civil

---

## EXPOSITORES

### EXPOSITORES NO XV ENCONTRO DOS GRUPOS DE PESQUISA – IBDCIVIL

#### São Paulo

Giselda Maria Fernandes Novais Hironaka – líder  
Débora Vanessa Caus Brandão – presidente de mesa  
Flávio Murilo Tartuce Silva – presidente de mesa  
José Fernando Simão – presidente de mesa

Alexandre Junqueira Gomide – expositor  
Cláudia Stein Vieira – expositora  
João Ricardo Brandão Aguirre – expositor  
Mário Luiz Delgado Regis – expositor  
Maurício Baptistella Bunazar – expositor  
Romualdo Baptista dos Santos – expositor  
Fernanda Tartuce Silva – participante  
Hernani Zanin Júnior – participante  
Luciano de Souza Godoy – participante  
Maria Beatriz Baptista dos Santos – participante  
Maria Beatriz de Miranda Toledo – participante  
Maurício Andere Von Bruck Lacerda – participante

#### Rio de Janeiro

Anderson Schreiber – líder  
Deborah Pereira – presidente de mesa  
Carlos Nelson Konder – coordenador

Daniel Bucar Cervásio – expositor  
Daniele Chaves Teixeira – expositora  
Raul Murad – expositor  
Rodrigo da Guia Silva – expositor  
Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de Castro – expositora  
Vitor Almeida Júnior – expositor  
Bruno Terra de Moraes – participante  
Cíntia Muniz de Souza Konder – participante  
João Quinelato de Queiroz – participante  
Lívia Maia – participante  
Mariana Siqueira – participante  
Micaela Fernandes – participante  
Rodrigo Leitão Requena – participante  
Thiago Villela Junqueira – participante

## **Pernambuco**

Paulo Luiz Netto Lobo – líder e palestrante  
Gustavo Henrique Baptista Andrade – presidente de mesa

Fabíola Albuquerque Lobo – expositora  
José Barros Correia Júnior – expositor  
Joyceane Cristina de Menezes – expositora  
Marcos Augusto de Almeida Ehrhardt Júnior – expositor  
Maria Rita de Holanda Silva Oliveira – expositora  
Rodrigo Toscano de Brito – expositor  
Camila Buarque Cabral – participante  
Danilo Rafael da Silva Mergulhão – participante  
Elaine Cristina de Moraes Buarque – participante  
Karina Barbosa Franco – participante  
Luciana da Fonseca Lima Brasileiro Auto – participante  
Paula Falcão Albuquerque – participante

## **Paraná**

Eroulths Cortiano Junior – líder

Alexandre Barbosa da Silva – presidente de mesa

Marília Pedroso Xavier – expositora

André Luiz Arnt Ramos – expositor

Luciana Pedroso Xavier – expositora

Pablo Malheiros da Cunha Frota – expositor

Ricardo Lucas Calderón – expositor

Taysa Schiocchet – expositora

Amanda de Oliveira Laffitte – participante

Ana Carla Harmatiuk Matos – participante

Jussara Maria Leal de Meirelles – participante

Marcelo Luiz Francisco de Macedo Bürger – participante

Micheli Mayumi Iwasaki – participante



*Nous voyons tous les jours la société refaire la loi;  
on n'a jamais vu la loi refaire la société.*

Nós vemos todos os dias a sociedade refazer a lei;  
não se vê jamais a lei refazer a sociedade.  
(Tradução livre)

Jean Cruet

*A vida do direito e a inutilidade das leis* (em epígrafe à abertura da obra)  
Lisboa: Bertrand-José Bastos, 1908 (*Bibliotheca de Philosophia Scientifica*)



---

## APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

Iniciamos, com este volume, a *Série Direito Civil*, da Editora Blucher, voltada à difusão dos temas mais relevantes dessa área do Direito.

A série atenderá a uma importante demanda dos alunos da pós-graduação, bem como dos profissionais das carreiras jurídicas: oferecer estudos aprofundados sobre as questões de maior impacto no Direito Civil, baseados numa contemporânea visão doutrinária, bem como na jurisprudência mais recente.

Os livros da Série Direito Civil são escritos por mestres e doutores nas respectivas matérias, consubstanciando, principalmente – mas não apenas –, os resultados de estudos defendidos perante as bancas das principais universidades do Brasil.

Pioneira nesse modelo, a *Série Direito Civil* será composta por obras avaliadas e aprovadas segundo padrões rígidos de apuro acadêmico e doutrinário. Esse é o nosso compromisso!

O leitor tem a opção de adquirir o livro físico, ou tem a opção de acessar livremente (gratuitamente) esse conteúdo pelo site da Editora Blucher, que, por meio do selo Open Access, pretende atingir o patamar de principal repositório brasileiro de estudos acadêmicos.

Os volumes serão publicados segundo a divisão clássica do Direito Civil: Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito dos Contratos, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões. A expectativa é a de reunir a maior quantidade de informações sobre o Direito Civil contemporâneo e ainda romper com o paradigma da superficialidade, proporcionando ao leitor um novo olhar sobre temas atuais e indispensáveis.

Para atingirmos esse intento, sua colaboração, com críticas e sugestões, será de grande valia.

*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*

*Romualdo Baptista dos Santos*

(Coordenadores da Série)



---

## APRESENTAÇÃO DO VOLUME

Tenho a honra e o privilégio de trazer a público a obra *Direito Civil: Estudos – Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil*, que constitui o primeiro volume da *Série Direito Civil*, lançada pela Editora Blucher e coordenada pela professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. O livro tem como base os trabalhos apresentados por ocasião do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa ligados ao Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Fadusp, entre os dias 1º e 3 de junho de 2017, sob a coordenação geral da professora Giselda Hironaka.

O Encontro contou com a participação de quatro Grupos de Pesquisas ligados ao Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, cada qual com 15 participantes: o Grupo de São Paulo, liderado pela Professora Titular Giselda Hironaka, da USP; o Grupo do Rio de Janeiro, liderado pelo Professor Titular Anderson Schreiber, da UERJ; o Grupo da Região Nordeste, liderado pelo Professor Titular Paulo Lobo, da UFPE; o Grupo do Paraná, liderado pelo Professor Adjunto Eroulths Cortiano Jr., da UFPR.

O livro está organizado de acordo com a ordem dos painéis temáticos apresentados no Encontro. No primeiro bloco de artigos, Paulo Lobo e Flávio Tartuce trazem reflexões sobre a necessidade de diálogo entre a doutrina e a jurisprudência, bem como sintetizam a metodologia e a teleologia do Encontro. No segundo bloco, dedicado à tutela da pessoa humana, Bruno Terra de Moraes reafirma a aplicação direta das normas constitucionais aos casos concretos como forma de rejeição a espaços de não juridicidade; Joyceane Menezes discorre sobre o novel instituto da tomada de decisão apoiada, à luz do recém-promulgado Estatuto da Pessoa com Deficiência; Marcos Ehrhardt Júnior e Bruno Acioli discorrem sobre o direito ao esquecimento, tema que foi reavivado entre nós com o advento do Marco Civil da Internet; por fim, Thamis Dalsenter de Castro aborda o tema direito de não saber como corolário

do direito à privacidade. O terceiro bloco de artigos é dedicado ao direito de responsabilidade civil, no qual Anderson Schreiber e Rodrigo da Guia abordam a indenizabilidade do lucro da intervenção, que vem a ser a vantagem advinda da exploração não autorizada de bens alheios; Danilo Mergulhão e José Cláudio Mergulhão enfrentam o tema do dano existencial, enquanto modalidade que se distingue do dano moral; finalmente, em mesmo escrito sobre o conflito entre a liberdade de imprensa e as prerrogativas da advocacia.

No bloco sobre direitos dos contratos, Alexandre Gomide, José Barros e Paula Albuquerque, assim como Luciana Pedroso Xavier e Adroaldo Agner Rosa Neto, discutem a natureza do contrato de corretagem e a pertinência da cobrança da comissão dos corretores em face do adquirente de imóvel. No tópico sobre titularidades, André Arnt Ramos e Eroulths Cortiano Júnior, assim como Maurício Bunazar, discutem o tema da multipropriedade imobiliária, à luz do que restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no RESP 1.546.165/SP e considerando a taxatividade dos direitos reais previstos no art. 1.225 do Código Civil; ainda nesse tópico, Luciano Godoy aponta a insuficiência da legislação em vigor perante os problemas de subutilização de prédios urbanos, com prejuízos para o direito urbanístico e para o direito social à moradia.

Giselda Hironaka abre o tópico sobre direito de família, apresentando um panorama sobre a evolução dos vários institutos do direito de família, a partir da promulgação do Código Civil de 1916, e destacando que sempre haverá que se avançar em face da fugacidade da felicidade e da fluidez da sociedade em que vivemos; na sequência, Débora Brandão e Mário Delgado defendem a necessidade de se estabelecerem os contornos e as distinções entre casamento e união estável, de modo a preservar a autonomia individual e inibir a excessiva intervenção estatal nas relações privadas. Maria Rita de Holanda questiona os limites da liberdade individual na escolha do projeto parental e defende que a binariedade parental é a regra no direito brasileiro, admitidas a monoparentalidade e a multiparentalidade como exceções; analisando a mesma questão, à luz da principiologia constitucional, Vitor Almeida propõe a superação do modelo de biparentalidade heterossexual, que deve ceder espaço a outras formas de exercício da parentalidade, como a monoparentalidade e a multiparentalidade. No tópico final, sobre direito das sucessões, Daniele Chaves Teixeira, assim como Marília Pedroso Xavier e Maici dos Santos Colombo, analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a

inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, de modo a equiparar os efeitos sucessórios da união estável e do casamento.

Conforme se pode observar, os autores são professores e pesquisadores dos centros de investigação em Direito Civil de quatro grandes universidades brasileiras. Por isso, os trabalhos apresentados abordam os temas mais palpitantes do Direito Civil na atualidade, dentro das áreas de interesse e de especialidade de cada autor. Não só isso, a metodologia de trabalho do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa impôs a necessidade de diálogo entre a doutrina e a jurisprudência, mediante análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, bem como a distribuição dos temas de acordo com os diversos capítulos da dogmática civil.

Como resultado, o livro traduz a riqueza dos debates travados durante o Encontro. De um lado, a abrangência de seu conteúdo, a compreender os diversos capítulos da dogmática. De outro, a especificidade de cada abordagem por autores que são pesquisadores especialistas em cada um dos temas propostos. Por fim, o sentido pragmático de cada abordagem, que tem em perspectiva decisões judiciais proferidas sobre casos concretos.

Por todas essas razões, recomendo enfaticamente a leitura!

*Romualdo Baptista dos Santos*



## DIREITO CIVIL

### DIÁLOGOS ENTRE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

DIREITO CIVIL: ESTADO DA ARTE NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	21
<i>Paulo Luiz Netto Lobo</i>	

A NECESSIDADE DE DIÁLOGOS ENTRE A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO CIVIL: REFLEXÕES SOBRE O XV ENCONTRO DOS GRUPOS DE PESQUISAS EM DIREITO CIVIL – SÃO PAULO – 2017.....	31
<i>Flávio Tartuce</i>	

## TUTELA DA PESSOA HUMANA

APLICAÇÃO DIRETA X INDIRETA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: REJEIÇÃO DE ESPAÇOS DE NÃO DIREITO.....	59
<i>Bruno Terra de Moraes</i>	

TOMADA DE DECISÃO APOIADA E SUA CORRELAÇÃO COM INSTITUTOS AFINS.....	83
<i>Joyceane Bezerra de Menezes</i>	

UMA AGENDA PARA O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL.....	103
<i>Marcos Ehrhardt Júnior   Bruno de Lima Acioli</i>	

NOTAS SOBRE TEORIA TRÍPLICE DA AUTONOMIA, PATERNALISMO E DIREITO DE NÃO SABER NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL.....	143
<i>Thamis Dalsenter Viveiros de Castro</i>	

## NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

LUCRO DA INTERVENÇÃO: PERSPECTIVAS DE QUALIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO.....	175
<i>Anderson Schreiber   Rodrigo da Guia Silva</i>	

DANO EXISTENCIAL: O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO CIVIL E DIREITO DO TRABALHO DO BRASIL.....	207
<i>Danilo Rafael da Silva Mergulhão   José Claudio Oliveira Mergulhão Júnior</i>	

LIBERDADE DE IMPRENSA <i>VERSUS</i> PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA. ABUSO DE DIREITO NA DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIA. CRÍTICA ÁSPERA E OFENSIVA DE JORNALISTA À ATUAÇÃO DO ADVOGADO .....	227
<i>Romualdo Baptista dos Santos</i>	

## CONTRATOS

CONTRATO DE CORRETAGEM: RESPONSABILIDADES QUANTO À SEGURANÇA JURÍDICA DO CONTRATO PRETENDIDO E COMISSÃO PELO RESULTADO ÚTIL. UM ESTUDO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL.....	251
<i>Alexandre Junqueira Gomide</i>	

<b>CONTRATO DE CORRETAGEM DE IMÓVEIS NA PLANTA E A (IM)POSSIBILIDADE DA COBRANÇA DA TAXA DE CORRETAGEM EM FACE DO COMPRADOR.....</b>	<b>273</b>
<i>José Barros Correia Júnior   Paula Falcão Albuquerque</i>	

<b>COMISSÃO DE CORRETAGEM EM COMPRA E VENDA SUBMETIDA À INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: QUEM DEVE PAGAR?.....</b>	<b>291</b>
<i>Luciana Pedroso Xavier   Adroaldo Agner Rosa Neto</i>	

## **TITULARIDADES**

<b>PAS BESOIN DE GRIL: O ESTATUTO JURÍDICO DA MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA SEGUNDO O JULGAMENTO DO RESP 1.546.165/SP .....</b>	<b>313</b>
<i>André Luiz Arnt Ramos   Eroulths Cortiano Junior</i>	

<b>A MULTIPROPRIEDADE À LUZ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: BREVES COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO ORIUNDO DO RECURSO ESPECIAL N. 1.546.165-SP .....</b>	<b>327</b>
<i>Maurício Bunazar</i>	

<b>A EXTINÇÃO DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO – REVENDO O FILME “AQUARIUS”.....</b>	<b>341</b>
<i>Luciano de Souza Godoy</i>	

## **DIREITO DE FAMÍLIA**

<b>DIREITO DE FAMÍLIA NO TEMPO: DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 AO DE 2002 E ALÉM.....</b>	<b>353</b>
<i>Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka</i>	

<b>UNIÃO ESTÁVEL OU CASAMENTO FORÇADO? .....</b>	<b>369</b>
<i>Mário Luiz Delgado   Débora Vanessa Caús Brandão</i>	

<b>OS LIMITES JURÍDICOS DO PROJETO PARENTAL NO BRASIL: CRÍTICA ESTRUTURAL À MULTIPARENTALIDADE.....</b>	<b>393</b>
<i>Maria Rita de Holanda Silva Oliveira</i>	

<b>O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E AS NOVAS FORMAS DE PARENTALIDADE NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>419</b>
<i>Vitor Almeida</i>	

## **DIREITO DAS SUCESSÕES**

<b>A RELEVÂNCIA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 CC NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO .....</b>	<b>451</b>
<i>Daniele Chaves Teixeira</i>	

<b>DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PRIMEIRA ANÁLISE SOBRE OS EFEITOS DA EQUIPARAÇÃO .....</b>	<b>469</b>
<i>Marília Pedroso Xavier   Maici Barboza dos Santos Colombo</i>	

**DIREITO CIVIL**  
DIÁLOGOS ENTRE DOCTRINA  
E JURISPRUDÊNCIA



---

# DIREITO CIVIL

## ESTADO DA ARTE NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA\*

*Paulo Luiz Netto Lobo\*\**

Antes, uma palavra de regozijo por mais esse encontro. Somos todos frutos dos programas de Pós-Graduação no Brasil, da pesquisa e investigação que ultrapassam o autodidatismo que sempre esteve presente na elaboração doutrinária do Direito Civil no Brasil, até quando aqueles se instauraram no Brasil, como resultado de luta tenaz das universidades, especialmente as universidades públicas, na década de 1970. Aos poucos, esses programas foram se instalando e se desenvolvendo, criando uma massa crítica fantástica, produzindo ciência de qualidade, superando o que criticamente se diz “ciência de repetição” e produzindo saber novo, rente à realidade, trazendo o Direito Civil a um nível de reconhecimento e respeitabilidade merecidos. Acima de tudo, fazendo um Direito Civil com qualidade, orientado para o reencontro com sua vocação histórica, que é de ser o direito de cada pessoa humana, de ser o direito de todo povo e não apenas de uma parcela da população.

Portanto, eu só posso louvar esse esforço e esperar que continuem as gerações que estão vindo de estudiosos do Direito Civil nessa direção. Para que possamos ter um Direito Civil levado a sério e com recusa clara à superficialidade e ao saber fugaz, que também no nosso meio, infelizmente, às vezes, ocorre. Portanto, vamos

---

\* Palestra de abertura do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa em Direito Civil. Desgravada pelos professores Danilo Mergulhão, Karina Franco e Patrícia Rocha.

\*\* Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professor emérito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Líder do grupo de pesquisa “Constitucionalização das relações privadas” (CNPq/UFPE). Ex-Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

persistir nesse caminho de intercâmbio dos estudos do Direito Civil naquilo que nos toca e especialmente naqueles pontos em comum dos nossos trabalhos de pesquisa.

Esta exposição centraliza-se em dois pontos essenciais:

Primeiro: O protagonismo da Doutrina e da Jurisprudência no Direito Civil brasileiro;

Segundo: A recuperação da importância do Estado Social para o Direito Civil contemporâneo.

Vamos então ao primeiro ponto.

Não devemos olvidar os fundamentos do nosso sistema jurídico. E o nosso sistema jurídico é o romano-germânico. Nele destaca-se o papel insubstituível da Doutrina. Como nós sabemos, historicamente, no sistema romano-germânico, a Doutrina, não obstante não figurar como fonte formal do Direito, sempre foi concebida como fonte material e a que lhe deu unidade como sistema. O direito luso-brasileiro é tributário desse enorme sistema romano-germânico, cujas vicissitudes perpassam mais de dois milênios e meio.

Antes de falecer, num escrito muito interessante, o ex-ministro Teori Zavaski alertava-nos – que é uma preocupação também minha, pois sempre a tenho levantado, quando posso – do risco (que ele chamava de perigo) de certo desvio ou descaminho do Direito Civil Brasileiro para o sistema do *common law*, que é outro grande sistema do Direito. Mas não é o nosso, dadas suas distinções histórico-culturais, de fontes e de estrutura jurídica.

Comparado ao sistema romano-germânico, o sistema de *common law* é um sistema rudimentar em termos de organização temática e de estrutura. Não é pela circunstância da hegemonia econômica dos países centrais desse sistema que devemos nos deixar atrair ou seduzir. Infelizmente, em várias áreas isso está acontecendo.

Uma das poucas áreas da cultura em que o modo de ser, de ver o mundo norte-americano não tinha ainda nos influenciado era, exatamente, a do Direito, mas ultimamente, percebe-se que no caso do Direito Civil, esse risco – eu diria – tem ocorrido e é extremamente perigoso para o desenvolvimento da nossa disciplina.

Não podemos deixar de ter presente que são dois direitos privados distintos, com diálogos complicados. Veja a dificuldade que a União Europeia teve até hoje para tentar desenvolver e levar adiante códigos comuns na área do direito privado. Nem mesmo um código de direito contratual conseguiu êxito, em grande medida por conta da resistência do Reino Unido, que não queria abrir mão de sua tradição jurídica distinta dos direitos europeus continentais. Agora com o *Brexit* essa

distinção se tornará ainda mais evidente, e talvez os europeus continentais consigam levar adiante aquilo que seria o mais importante no direito contratual, ou seja, um código dos princípios do direito contratual, tais como formulados pela Comissão Lando, patrocinada pela União Europeia, mas que não conseguiu ir adiante, nem tem força normativa como se esperaria. Note-se que essa é a área do direito que é a que mais exige de regulação para o trânsito das pessoas e coisas em uma comunidade de nações, impressionando a imensa dificuldade para se chegar a normas comuns.

Outro tema importante para aqui discutirmos é o papel da Jurisprudência no direito civil e o da força determinante que ela ostenta no sistema do *common law*, máxime o precedente, diferentemente do sistema romano-germânico. O nosso Código de Processo Civil de 2015 adotou um modelo forte de precedente. Tenho muita preocupação com relação a isso. O precedente no sistema do *common law* resulta de uma longa tradição, por conta, justamente, da precariedade da estrutura legal nesse sistema, o que leva a atribuir ao precedente a força normativa equivalente à Lei. Resulta quase uma imposição legal do precedente, uma compulsoriedade, o que é estranho à tradição do sistema romano-germânico. É a crítica que faço dessa valorização do precedente, que tem sido salientada pelos processualistas como uma das mais importantes novidades do novo Código de Processo Civil.

A interlocução no nosso sistema jurídico, da Jurisprudência e da Doutrina, especialmente no que concerne ao Direito Civil, é importante, é necessária, desde que não perca a dimensão crítica; que seja feita com reflexão crítica, como se pretende neste encontro dos grupos de pesquisas. Não é pura e simplesmente um comentário de decisões judiciais, mas o contributo doutrinário, efetivo, crítico às decisões judiciais que envolvem e repercutem na sociedade e nas relações jurídicas em geral.

O que não podemos permitir é que a Doutrina fique a reboque da Jurisprudência, porque há aí o risco da subalternização e de prejuízo para a ciência.

Há um efeito indireto positivo dessa interlocução entre a Doutrina e a Jurisprudência no campo do Direito Civil. Vejo como uma revalorização da pesquisa empírica, que sempre foi muito negligenciada em nosso meio. Em boa parte, mercê da influência do positivismo formalista, que vez ou outra retoma com força.

Não esqueçamos – esse dado para mim é importante – que a Jurisprudência opera com o fato passado. Decide sobre o que aconteceu no passado. Confina-se ao que efetivamente ocorreu no passado; e é e deve ser assim como conquista da humanidade e da civilização, para se evitar o arbítrio judicial, os juízos de valor subjetivos e o avanço sobre o campo político, que lhe é estranho.

Enquanto isso a Doutrina opera preferencialmente com o presente e aponta para o futuro *de lege ferenda*, sem evidentemente desmerecer o passado. Chamo atenção para esses caracteres, que bem demonstram as condições distintas da apreciação do fenômeno jurídico, em ambos os grandes sistemas de direito.

Ainda bem que passamos aquela fase triste de Doutrina rasteira e pedestre de “direito tal de acordo com a jurisprudência”. Livros inteiros foram publicados reproduzindo decisões judiciais, às vezes sem a menor reflexão e anotação, nem mesmo comentário. Essa mudança deve-se, em parte, ao avanço e desenvolvimento da informática, porque hoje está ao nosso alcance rapidamente uma pesquisa da jurisprudência em qualquer tribunal ou sobre qualquer matéria. Não precisamos mais dessa suposta doutrina de jurisprudência, que havia e ainda resiste. Também não podemos ir ao extremo oposto de só valorizar a ciência dogmática do Direito Civil, como fez Orlando Gomes em suas obras de direito civil, nas quais não citava uma decisão judicial. Sob outro ângulo, talvez seja por isso mesmo que os livros dele ainda se leem com proveito, quarenta anos depois.

Tem-se outro dado, relativamente à Jurisprudência, que é a própria fugacidade das matérias por ela tratadas, principalmente nos conflitos interindividuais. A sociedade vai desenvolvendo novos valores, novos conflitos vão surgindo e as demandas ao Poder Judiciário vão crescendo e têm que ser enfrentadas, com suas múltiplas nuances. Passados alguns anos, aquilo que parecia novidade já não mais o é. Há, ainda, o componente pessoal que influi nos convencimentos dos julgadores e até mesmo decorrente das mudanças de composições dos tribunais. Enquanto isso, a Doutrina e a Lei, de natureza mais geral, tendem a perdurar mais.

Outro ponto importante, havido numa crítica de um grande professor de direito aposentado, é que hoje fala-se mais em Jurisprudência do que na Lei. Tem razão, pois mais importante no nosso sistema romano-germânico é a lei, até porque ela traz a presunção de um *quantum* de legitimidade maior, que é a da representação popular.

O direito não se realiza apenas nos tribunais. O mundo da vida é muito mais amplo e complexo. A observância do direito se dá em nível e proporção muito maiores do que o da aplicação pelos tribunais, já dizia Kelsen. Aliás, Kelsen submetia todo o sistema dele ao que denominava de eficácia, dependente faticamente e em grande medida da observância pelos destinatários da norma e não apenas da aplicação pelos tribunais.

Há uns quarenta anos, eu conversava com o professor que foi o mais brilhante lógico do direito que conheci, kelseniano refinado, e ele me dizia: “não preciso me preocupar em desenvolver uma atividade profissional” que já tinha tido no

passado, como advogado, como consultor jurídico, porque “para que eu possa aferir a validade da teoria com a realidade da vida, eu vou para as decisões judiciais”. Aí eu ficava pensando e comentei isso com ele: Mas o tribunal é suficiente? O direito se realiza apenas nos tribunais?

No caso do Direito Civil, por excelência, vejam os espaços que há e que crescem em sua realização, independentemente dos tribunais: os atos e contratos, o uso crescente da mediação ou da arbitragem, o direito notarial que avança cada vez mais em várias áreas e em vários campos que afetam o Direito Civil, a assessoria jurídica, a consultoria jurídica, preventiva ou não. São espaços enormes de atuação do profissional do direito civil, que não pode se ater, exclusivamente, no sistema judicial. Tampouco os professores de direito não podem dizer a seus alunos: “olha, o direito é esse, foi aplicado assim pelos tribunais, ou pelo STF ou pelo STJ”, pois isto não é o bastante.

Quanto à questão da fugacidade da jurisprudência, que é natural e a que me referi, trago um exemplo recente do que pode ocorrer – o caso do prazo prescricional da responsabilidade negocial – que foi objeto de algumas reflexões da professora Judith Martins-Costa. Estamos lidando com um tribunal numericamente pequeno, que é o Superior Tribunal de Justiça, o qual, na área do direito privado conta com duas turmas de 5 juízes cada, com 10 juízes no total. As duas turmas de direito privado do STJ proferiram decisões divergentes ao longo dos vários anos em relação ao prazo prescricional da responsabilidade negocial e da responsabilidade extranegocial, entendendo algumas decisões que era o mesmo prazo de três anos para a pretensão para a reparação civil (art. 206, § 3º, V, CC/2002), enquanto outras decisões entenderam que os prazos eram distintos, por que distintas eram as responsabilidades, fixando o prazo prescricional geral de dez anos para a pretensão relativa à inexecução de negócio jurídico contratual, em função da sua natureza de execução da obrigação e o prazo de três anos para a responsabilidade extranegocial. O segundo entendimento prevaleceu na Segunda Seção do STJ que congrega as duas Turmas, ou seja, o da distinção dos prazos, como se vê no julgamento do REsp 1.033.241, em 2008. Posteriormente, houve decisões de turmas do mesmo Tribunal que reafirmaram a tese vencida do prazo uniforme de três anos, a exemplo do REsp 1.281.594 em 2016.

Por essas e outras razões, não é possível a Doutrina ficar a reboque da jurisprudência. A doutrina tem que ter firmeza de convicção, ter uma dimensão clara, independentemente da orientação que a Jurisprudência adote e quem sabe, quiçá, conseguir convencê-la do rumo eventualmente equivocado que tenha tomado a respeito de determinado tema.

Sem soberba ou arrogância intelectual, já é hora de superarmos a reverência ao eurocentrismo doutrinário, mas sem cairmos – me perdoem o palavirão – no *commonlawismo*. O tempo é de diálogo entre as doutrinas que se constroem aqui e lá, e de mais aproximação no mundo latino americano. Veja-se, a respeito, a grande ebulição doutrinária provocada pelo novel Código Civil argentino de 2014.

Só para citar um exemplo, a construção doutrinária que se fez a partir de 1988 no Brasil, relativamente ao direito de família, é a mais avançada do mundo, reconhecida assim por juristas de outros países.

Há necessidade também de revalorização das fontes primárias do nosso direito civil. Por exemplo, quando estudamos propriedade, tende-se às vezes, como vejo em teses que eu oriento ou que tenho examinado, a busca das origens desse instituto no direito romano ou direito medieval, e depois dá-se um pulo, indo-se, quando muito, a Teixeira de Freitas, ao seu Esboço no século XIX. Todavia, a propriedade se instaurou no Brasil de modo diferente. A titularidade sobre a coisa se constituiu, inicialmente, como titularidade empresarial, um empreendimento empresarial, como foram as capitâneas hereditárias, que tinham o objetivo de implantar atividade econômica, explorar e exportar.

As sesmarias foram transplantadas para o Brasil, em desconformidade com o texto expresso das Ordenações do Reino, ambientando-se aqui de modo diferente. O sesmeiro era o responsável em Portugal para fazer a distribuição da terra, para conferir, atribuir a exploração da terra; aqui no Brasil passou a ser o titular da sesmaria. A sesmaria se desenvolve em Portugal para a promoção da produção agrícola pela dificuldade das terras agricultáveis, ante os terrenos particulares sem uso. O monarca, convencido pelos seus assessores, criou o sistema para o Estado se apropriar, até compulsoriamente, da terra não utilizada, para dar-lhe utilidade econômica e social. No Brasil, ao contrário, a sesmaria foi utilizada para o povoamento, como meio de atrair colonos; daí as grandes extensões que causaram a concentração fundiária, com reflexos negativos até hoje. A Lei de Terras de 1850 tinha o propósito – ao contrário do que se disse – de acabar com as posses que proliferaram à margem das sesmarias, como se fosse possível acabar com essa força da natureza, que é a posse. E ela continuou insurgente até hoje, impondo-se, às vezes, à titularidade oficial ou formal.

Chamo atenção para esse ponto, para demonstrar como é importante nos nossos estudos e nas nossas pesquisas, atentarmos para as fontes primárias do direito brasileiro. Para mim – um estudioso e entusiasta do Direito Civil Constitucional, que privilegia o contemporâneo – é de suma importância enlaçar o presente

com a nossa história e buscar as nossas fontes, para entendermos melhor o direito que temos hoje.

Agora passo a aludir ao segundo ponto desta exposição, como um chamamento à nossa reflexão, para que não esqueçamos desta peculiaridade, sob a ótica de um jusprivatista, que é o conceito de Estado Social para o desenvolvimento do direito civil contemporâneo.

Nós sabemos que o Estado Moderno vivenciou e tem vivenciado até hoje três fases: a fase do Estado Absolutista, a fase do Estado Liberal e a fase do Estado Social. Apesar de todas as desgraças ocorridas no século XX, o Estado Social é fruto do esforço tenaz da experiência de quase todos os países do mundo de desenvolver uma síntese entre liberdade e igualdade, orientada pela justiça social.

Ouçó muito falar que o Estado Social acabou e que estamos diante de um Estado pós-social, para outros um Estado retro liberal, que olha o passado mais do que o presente e o futuro. Isso me fez lembrar constantemente a necessidade de ter presente a história e não a ideologia relativa a esse tempo. O fato de realidade histórica é que o Estado Social é uma experiência que subsiste. Permito-me parafrasear Habermas, quando ele se referiu à modernidade e disse: fala-se em pós quando estamos no ainda. Transplantando esse raciocínio para o Estado Social: fala-se em pós quando estamos ainda no Estado Social.

Por que nos interessa? E o que é que nos peculiariza? Qual é a ótica do Estado Social para o jusprivatista? Diferentemente da ótica do economista, ou da ótica do cientista político ou social, que podem, por variadas razões, afirmar que o Estado Social, sob o ponto de vista das promessas sociais, das promessas econômicas, entrou numa profunda crise, especialmente depois da década de 1980, o ângulo do jurista é diferente. No que concerne ao direito privado, paradoxalmente aconteceu o contrário. O Estado Social cresceu. Ele cresceu, se avantajou, porque o Estado Social, na ótica do jusprivatista, é o Estado que ordena, que regula a ordem econômica e a ordem social.

No Estado Liberal do século XIX, a preocupação constitucional era com o controle do poder político e com as garantias individuais. Na verdade, as garantias individuais vieram depois. Sabemos, por exemplo, que a Constituição Americana não fez referência alguma aos direitos e garantias individuais, que foram objeto do *Bill of Rights*, posteriormente, mas que são considerados materialmente constitucionais. Nada tratava de ordem econômica e ordem social, para além do controle do poder político, ou seja, o controle dos poderes privados.

Isso vai acontecer no século XX, introduzindo-se a ordenação da ordem econômica em duas constituições paradigmáticas – a mexicana de 1917 e a Constituição de

Weimar de 1919 – e difundindo-se amplamente após a Segunda Guerra mundial. No Brasil, a constituição que inaugura o Estado Social é a de 1934, como sabemos.

Então, quando se fala em crise do Estado social, para mim, é a que se percebe em outros domínios do conhecimento, mas não a crise no domínio do direito privado. Vou dar alguns exemplos. No caso da Constituição de 1988, é uma Constituição de um Estado Social, justamente por conter o controle dos poderes privados. Como já dizia Montesquieu todo poder sem controle degenera em opressão ou tirania ou despotismo. Isso serve para qualquer poder, inclusive para os poderes privados. Então, a experiência do século XX, que se irradia pelo século XXI, para mim, é extremamente virtuosa.

Mas vejamos então a situação específica da Constituição de 1988. Por ter falado em expansão do Estado Social, dou exemplos. O que me vem primeiro à mente é o da Emenda Constitucional n. 66, que suprimiu a restrição que havia na Constituição relativamente ao divórcio e ampliou a liberdade das pessoas dissolverem o casamento. Houve ampliação e não restrição.

Em verdade, no meu levantamento só encontrei uma alteração constitucional que posso encarar como retrocesso, redução, restrição daquilo que esteve no projeto constituinte de 1987/1988, que foi a exclusão da limitação dos juros bancários, por emenda constitucional, que atendeu aos interesses de poderosos grupos econômicos. A norma constitucional da limitação dos juros nunca foi regulamentada por lei complementar e por esta razão o STF entendeu que não era autoaplicável, ficando inerte até que foi suprimida pela emenda.

Mas se nós olharmos o art. 6º da Constituição, constatamos que as alterações vieram para ampliar, não para reduzir os direitos sociais. Moradia em 2000. Em 2010 acrescentou-se, como direito social, a alimentação. Em 2015 incluiu-se o transporte como direito social.

Se nós formos ao Supremo Tribunal Federal, que faz o seu papel de garante da Constituição, vou lembrar algumas decisões paradigmáticas, que amplificam o alcance do direito civil a partir dos fundamentos constitucionais empregados nessas decisões. A Lei da Biossegurança, com a ADI 3.510, relativamente aos embriões excedentários, que não foram considerados sujeitos de direito; antes da Constituição, mas em compatibilidade com ela, a situação do nascituro como proteção de expectativa de direito, mas não como pessoa, ou pessoa em formação, ou sujeito de direito, com o RE 99.038 de 1983.

Recentemente, o caso do anencéfalo e a afirmação da inexistência da vida nesses casos, com a ADPF 54. Outro exemplo, o da união homoafetiva, com a ADI 4.277, célebre decisão tomada em 2011. A questão dos direitos sucessórios iguais

entre cônjuges e companheiros, decidida em 2017. O reconhecimento da paternidade socioafetiva, reafirmando o que a doutrina já vinha desenvolvendo no Brasil, e avançando para acolher a multiparentalidade, em decisão de 2016.

Lembremos, ainda, a definição clara no que concerne à livre iniciativa, ou seja, de que a livre iniciativa não é um princípio absoluto e que o princípio constitucional e fundamental é o da garantia dos valores sociais da livre iniciativa, desde o caso das mensalidades escolares, que foi a ADI 319-4 de 1993, que teve como relator Moreira Alves, e o Agravo de Instrumento 636.883 de 2011, que trata da regulação do mercado de combustíveis. Se a livre iniciativa fosse um princípio jurídico absoluto, todas as leis que eventualmente regulem setores da economia seriam consideradas inconstitucionais, algo que também foi apreciado, na mesma direção de nosso STF, pelo Conselho Constitucional Francês ao longo da década de 1990.

Outro tema também decidido pelo Supremo e com impacto muito forte no campo dos jusprivatistas foi a exclusão de associado apenas mediante o devido processo legal (RE 201.819), orientação que depois se converteu em lei, alterando o Código Civil brasileiro.

No que concerne à privacidade, há um sem número de decisões de direitos da personalidade, mas lembro um dos mais recentes, uma das decisões mais notórias, que teve muita repercussão, relativa às biografias não autorizadas decididas pelo Supremo, dando interpretação em conformidade com a Constituição para o artigo 20 do Código Civil.

Às vezes, até mesmo quando o Supremo decide e nós não estamos de acordo com a decisão, tem-se de reconhecer que houve a aplicação direta da Constituição nas relações privadas, o que fortalece o Estado Social, sob o ponto de vista do jusprivatista. Vou citar dois casos cujas conclusões não acolho – vocês podem concordar com STF, mas deixo aqui registrada por honestidade intelectual a minha discordância à orientação tomada nesses dois casos. No caso do bem de família do fiador (RE 407.688), a decisão é para mim insustentável, pois no conflito do direito ao crédito e a preservação da moradia do fiador, prevaleceu o direito ao crédito. E o outro, mais recente, foi a decisão do STF, para mim espantosa, voltando atrás numa longa e demorada orientação adotada pelos Tribunais Superiores, inclusive pelo próprio Supremo, a respeito do transporte aéreo internacional, que afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor e toda legislação relativa à responsabilidade civil do transportador aéreo internacional, mandando aplicar a Convenção de Varsóvia. E nesse caso, fui tentar localizar as decisões mais antigas em que o Supremo firmou posição contrária a essa decisão recente e pelo menos

dois fundamentos me chamam a atenção, que agora foram desconsiderados: o primeiro era de ser matéria constitucional a proteção do consumidor e o segundo era o princípio da proibição do retrocesso.

Em suma e finalizando, me parece que enquanto houver na Constituição ordenação social e econômica, ou seja, a regulação da ordem econômica e social, para além dos conteúdos do Estado Liberal de ordenação do poder político e das garantias individuais, haverá Estado Social, sob o ponto de vista do direito privado.

Enquanto houver Estado Social, impõe-se a conformação da aplicação e da interpretação do direito privado de acordo com os princípios e normas fundamentais da Constituição nessa matéria e, conseqüentemente, a constitucionalização do direito privado e da constitucionalização do direito civil, que é um fato, não é ideologia. Encontram-se na Constituição 85 preceitos fundamentais dizendo respeito às pessoas, às obrigações negociais e não negociais, aos contratos, às titularidades, às famílias, às sucessões. Está lá a essência fundamental do direito privado, especialmente do direito civil, ainda que não queiram vê-los ou não os aceitem, ou não concordem com esses conteúdos. Mas o fato é que a constitucionalização do direito privado é um dado de realidade. Diferentemente é o direito civil constitucional, a metodologia civil constitucional, que é uma construção doutrinária a partir desse fato, desse dado de realidade, não consistindo em disciplina distinta do direito civil.

Isso no que concerne ao aspecto formal. Mas, também, no que concerne à realidade social concreta e mutante subjacente a isso tudo, parafraseando o que alguém já disse, impõe-se a nós civilistas, estudiosos do Direito Civil, um *retour à l'humanisme*, um retorno ao humanismo puro e sincero, um retorno ao humanismo que está demarcado na nossa Constituição em dois princípios estruturantes, que perpassam todo o direito, inclusive e sobretudo o nosso Direito Civil, que são o princípio da dignidade da pessoa humana de um lado e o princípio da solidariedade social do outro.

Obrigado!

---

# A NECESSIDADE DE DIÁLOGOS ENTRE A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO CIVIL

## REFLEXÕES SOBRE O XV ENCONTRO DOS GRUPOS DE PESQUISAS EM DIREITO CIVIL – SÃO PAULO – 2017

*Flávio Tartuce\**

**Sumário:** 1. Primeiras palavras – 2. Tutela da pessoa humana. O “direito de não saber” e seus limites – 3. Técnica de ponderação e responsabilidade civil – 4. Abusividades nos contratos imobiliários de aquisição de imóveis na planta – 5. Direitos reais na contemporaneidade. O enquadramento da multipropriedade imobiliária – 6. A parentalidade socioafetiva após a decisão do STF – 7. O reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil – Conclusões – Referências.

### 1. PRIMEIRAS PALAVRAS

Entre os dias 1º e 3 de junho de 2017 ocorreu na cidade de São Paulo, no Largo de São Francisco, o *XV Encontro dos Grupos de Pesquisas em Direito Civil*, reunindo cerca de cem professores e pesquisadores ligados às Faculdades de Direito da UERJ, da UFPR, da UFPE e da USP. O evento teve a liderança dos Professores Anderson Schreiber, Eroulths Cortiano Junior, Paulo Luiz Netto Lôbo e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ligados a tais instituições, respectivamente.

---

\* Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professor Titular permanente do programa de mestrado e doutorado da FADISP. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da EPD. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL). Advogado, parecerista e consultor jurídico.

O evento foi estruturado em seis painéis ou mesas, tratando dos seguintes temas: *a)* tutela da pessoa humana; *b)* novos paradigmas da responsabilidade civil; *c)* contratos; *d)* titularidades; *e)* Direito de Família; e *f)* Direito das Sucessões. Tive a honra de ser nomeado pela Professora Giselda Hironaka, coordenadora-geral do encontro, como responsável pela metodologia a ser aplicada e, assim, pensei em trazer para a aplicação acadêmica algo que sempre pensei como necessário: o diálogo entre a doutrina e a jurisprudência no âmbito do Direito Privado. Tendo aceitado de imediato a incumbência para cada um dos painéis, escolhi um recente julgado de relevo na contemporaneidade do Direito Civil Brasileiro.

Para o painel de tutela da pessoa humana, o acórdão escolhido e abordado foi o julgamento prolatado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.195.995/SP, no ano de 2011. Trata-se de ação indenizatória proposta em face de prestador de serviços médicos e ambulatoriais, que entregou um exame HIV positivo que não foi solicitado pelo cliente, pois o requerido pelo médico do paciente era o HCV, relativo à hepatite C.

No painel relacionado à responsabilidade civil, analisou-se o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 127.467, originário de São Paulo e do ano de 2016. O *decisum* abordou ação indenizatória proposta por procuradora federal em face do jornal *Folha de S.Paulo* e do colunista Elio Gaspari, diante de supostas ofensas feitas em uma de suas colunas, relativa à hipótese fática que ficou conhecida como “Casa da Morte”.

Para a abordagem do Direito Contratual, selecionei o acórdão da mesma Corte, em incidente de recursos repetitivos e pela sua Segunda Seção, a respeito da abusividade ou não da comissão de corretagem e da taxa SATI (Serviço de Assessoria Técnica Imobiliária) nos contratos imobiliários de aquisição de imóveis na planta (por todos os três julgamentos, foi debatido o REsp 1.5995.11/SP, de Relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 24 de agosto de 2016).

Para o painel de titularidades ou sobre Direito das Coisas, o *decisum* discutido disse respeito ao enquadramento ou não da multipropriedade imobiliária presente no “*time-sharing*” como direito real, o que foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2016 (STJ, REsp 1.5461.65/SP, Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 26.04.2016, *DJe* 06.09.2016). A escolha foi óbvia, diante da citação, na ementa do julgado, da doutrina do Professor Gustavo Tepedino, um dos ícones acadêmicos das escolas que ali se encontravam.

Encerrando o nosso encontro, aponte dois julgados do Supremo Tribunal Federal, de grande impacto jurídico, sobre o Direito de Família e das Sucessões.

Em Direito de Família, o julgamento a respeito da repercussão geral da parentalidade socioafetiva, do ano de 2016, publicado no Informativo n. 840 da Corte. Em Sucessão, foi debatido o acórdão sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, a respeito da sucessão do companheiro (constante do Informativo n. 864 do STF).

Neste texto pretendo trazer minha visão geral sobre os debates que ocorreram no encontro, e sobre como se deu o desenvolvimento da visão doutrinária sobre as ementas selecionadas, na busca da sempre necessária interação entre a doutrina e a jurisprudência, muitas vezes esquecida ou abandonada por estudiosos e julgadores. Sobre esse *diálogo*, a propósito, naquele momento do encontro já estava em desenvolvimento obra que propõe tais interações, recentemente lançada.<sup>1</sup>

## 2. TUTELA DA PESSOA HUMANA. O “DIREITO DE NÃO SABER” E SEUS LIMITES

O primeiro painel do encontro foi composto pelos Professores Thamis Dalsenter, Taysa Schiocchet, Joyceane Bezerra e João Ricardo Brandão Aguirre, cabendo a mim a presidência dos trabalhos, inclusive como debatedor. Como já mencionei, o julgado escolhido foi o julgamento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.195.995/SP, em ação movida por consumidor de serviços médicos-laboratoriais em face da Sociedade Beneficente Israelita Hospital Albert Einstein. Argumentou o autor da demanda que, atendendo a prescrição médica, solicitou ao hospital a realização dos seguintes exames: hemograma, creatinina, glicemia jejum, glicemia pós-prandial, Hb glicosilada, ácido úrico, colesterol total e frações, triglicérides, gama GT, glicoproteína ácida, T4 livre, TSH, anti-HCV e HBSAG. Entretanto, sem que houvesse qualquer solicitação de sua parte ou de seu médico, foi realizado exame anti-HIV, cujo resultado foi entregue positivo.

Segundo sustentou o requerente da ação de reparação de danos, “a atitude negligente do réu em relação ao autor proporcionou a este último enorme dano, tanto de ordem material e moral, notadamente pela manifesta violação a sua intimidade”. O pleito foi julgado improcedente na primeira e na segunda instância do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o argumento principal da ausência de nexo causal entre a conduta do hospital e do laboratório e o dano causado, pois a doença decorreu de conduta da própria vítima (culpa ou fato exclusivo do consumidor).

---

<sup>1</sup> A obra referenciada é coordenada com o Ministro Luis Felipe Salomão (*Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a relatora sorteada, Ministra Nancy Andrighi, acabou por acatar o pedido, condenando o laboratório ao pagamento do montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais. Como argumentos principais, deduziu a julgadora pela presença da responsabilidade objetiva do prestador de serviços, com fundamento no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e nos arts. 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil. Entendeu, ainda, que houve agressão à intimidade do requerente, diante da investigação abusiva da vida alheia e da divulgação não solicitada de informações.<sup>2</sup>

Entretanto, essa forma de julgar os fatos restou vencida pelos votos dos Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina. Para o primeiro julgador, cujo voto acabou prevalecendo para os fins de composição da ementa do acórdão, o direito à intimidade, como qualquer outro direito individual, não é absoluto, devendo ser ponderado em face de outros direitos ou valores, especialmente aqueles previstos no Texto Maior. Nesse contexto de análise, consta do aresto que “o direito de o indivíduo não saber que é portador do vírus HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade), sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida, o direito à vida com mais saúde, o direito à vida mais longa e saudável”. Por isso, ainda segundo o Ministro Massami Uyeda, mesmo que o paciente não tivesse interesse ou não quisesse saber da enfermidade que o acometia, a informação que lhe foi fornecida não teve o condão de ofender a sua intimidade, pois se deve assegurar a proteção de um direito maior, qual seja, o direito à vida e à saúde hígida.

Além dessa ponderação, feita do ponto de vista individual e dos direitos do próprio demandante, foram considerados os interesses de terceiros de que o portador do vírus HIV se cuide e se trate. Por fim, o Ministro Ueda asseverou que o Estado vem incentivando, por meio de políticas públicas, que as pessoas façam o

---

<sup>2</sup> Merecem destaque as seguintes palavras da Relatora, Ministra Nancy Andrighi: “Neste processo, o direito à intimidade do recorrente foi violado quando da realização de exame não autorizado, o que causou indevida invasão na esfera privada do recorrente (investigação abusiva da vida alheia). É irrelevante, portanto, o fato de que o resultado do exame não foi divulgado a terceiros. Por mais que se possa adotar a presunção de que a constatação da doença pelo recorrido lhe propiciou melhores condições de tratamento, esse fato, por si só, não retira a ilicitude de sua conduta – negligente – de realizar exame não autorizado nem pedido em favor do recorrente. Acrescente-se que a intimidade abrange o livre-arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada. Vale dizer: todos têm direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparadas para encarar a realidade” (STJ, REsp 1.195.995/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/acórdão Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 22.03.2011, *DJe* 06.04.2011).

exame anti-HIV como uma das principais formas de prevenção e controle da disseminação do vírus. Sendo assim, atribuir o pagamento de uma indenização naquele caso concreto seria uma negação dessas políticas, configurando uma indevida sobreposição de um direito individual sobre o interesse público.

O Ministro Beneti seguiu essa fundamentação, acrescentando ainda: *a)* a ausência de vício ou defeito do serviço, com base no Código de Defesa do Consumidor; *b)* que, graças ao equívoco laboratorial, o autor pôde iniciar o tratamento da doença, antecipando os seus cuidados e *c)* que, se o hospital agisse de maneira diversa, poderia igualmente responder por danos morais. O Ministro Sanseverino filiou-se a essas premissas, destacando os benefícios não só ao paciente no tratamento precoce como a terceiros, para evitar a propagação da doença a outras pessoas. Por fim, expressou o Ministro Vasco Della Giustina: “o caso é importante, e os posicionamentos são muito aprofundados. Entendo que a Sra. Ministra Nancy Andrighi tem bons argumentos. Mas considero que o eminente Ministro Massami foi feliz, quando lembrou do cotejo entre dois princípios: o da vida e o da intimidade. Qual deve prevalecer?”.

Como se pode notar pela divergência e pela argumentação, o caso era de difícil julgamento e a divisão de pensamento acabou também se refletindo na mesa de debates do nosso encontro. As Professoras Thamís Dalsenter, Taysa Schiocchet e Joyceane Bezerra filiaram-se ao entendimento da Ministra Nancy Andrighi, especialmente na afirmação de que o direito à intimidade deve prevalecer em casos semelhantes. Para elas, haveria, de fato, um *direito de não saber* do paciente na hipótese fática descrita, o que justificaria o pleito indenizatório.<sup>3</sup>

O Professor João Ricardo Brandão Aguirre seguiu a posição majoritária do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, principalmente pelo fato de não ter havido fato do serviço, previsto como ilícito indenizante no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o exame apenas condizia com a verdade. Acompanhei essa argumentação, sendo certo que foi inevitável o debate a respeito da ponderação dos interesses e direitos fundamentais envolvidos, de um lado a vida e a saúde do outro a intimidade e a privacidade.

Esse primeiro painel já demonstrou que a técnica da ponderação – desenvolvida na Alemanha por Alexy e positivada à *brasileira* pelo art. 489, § 2º, do CPC/2015 – é um mecanismo eficiente para resolver os dilemas práticos do Direito Civil, o

<sup>3</sup> Sobre a existência desse direito, como faceta da privacidade e intimidade: LOPES, Lucas Miotto. Eu não quero saber! Uma defesa do direito de não saber como independente do direito à privacidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUCRJ, p. 82-97, 2014.

que também foi amplamente discutido na mesa seguinte, apesar de um certo ceticismo verificado na sua utilização.

### 3. TÉCNICA DE PONDERAÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL

O segundo painel do *XV Encontro dos Grupos de Pesquisas em Direito Civil* tratou da responsabilidade civil e de seus novos paradigmas, sendo composto pelos Professores Raul Murad, Pablo Malheiros da Cunha Frota, Marcos Ehrhardt Jr. e Romualdo Baptista dos Santos. A presidência dos trabalhos foi da Professora Elisa Cruz, também responsável pelos debates.

O acórdão selecionado dizia respeito a notícia veiculada pelo Jornal *Folha de S.Paulo*, pelo jornalista Elio Gaspari, a respeito de uma procuradora da Fazenda Nacional que, em contestação apresentada pela União em ação proposta por vítima da tortura praticada durante a ditadura militar, argumentou pela necessidade de se exigir a identificação dos responsáveis pelas nefastas práticas dentro da chamada “Casa da Morte”, localizada em Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro (STJ, Ag. Rg. no AREsp 127.467/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, j. 17.05.2016, *DJe* 27.06.2016). Vejamos os trechos principais da notícia veiculada pelo jornalista, para as devidas reflexões e análise jurídica:

O médico do DOI deixou uma aula para a procuradora Zandonade.

A procuradora da Fazenda Nacional Adriana Zandonade quer inaugurar um novo capítulo na história dos direitos humanos no Brasil. Ela meteu-se numa história comprida e vale a pena contá-la desde o início.

No dia 5 de maio de 1971 a cidadã Inês Etienne Romeu, quadro de chefia da organização terrorista VAR-Palmares, foi presa em São Paulo pelo delegado Sérgio Fleury. Três dias depois, tendo passado pelo Hospital Central do Exército, no Rio, foi levada para uma casa em Petrópolis (rua Artur Barbosa, 668, propriedade de Mario Lodders). Lá ficou até o dia 11 de agosto. Foi sistematicamente torturada e, por duas vezes, estuprada.

Tornou-se a única pessoa a sair viva daquilo que mais tarde viria a se chamar Casa da Morte. Era um aparelho clandestino do Centro de Informações do Exército, tripulado por oficiais no exercício burocrático de suas funções. Pelas contas de Inês, lá foram mortas pelo menos quatro pessoas.

Atualmente, Inês Etienne Romeu está na Justiça, pedindo que se reconheça que foi mantida em cárcere privado por torturadores a serviço do governo da época. Não quer mais nada. Não está pedindo indenização pelo que lhe fizeram.

A doutora Zandonade sustentou que a denúncia de tortura e cárcere privado não se sustenta porque Inês “nem sequer identifica” as pessoas que a mantiveram em cativeiro. Foi clara: “caberia à requerente indicar com clareza quem é o autor dos atos de tortura, incumbindo-lhe produzir a prova”.

Beleza. Nesse caso, não desapareceu ninguém na guerrilha do Araguaia.

Primeiro, porque o Exército jamais admitiu a sua existência. Segundo, porque os desaparecidos desapareceram. Da mesma forma, ninguém pode dizer que foi torturado no DOI-Codi, a menos que traga a identidade do torturador e o livro de ponto do calabouço.

Os procuradores são pagos para defender os interesses do Estado, mas qualquer vestibulando de direito sabe que isso não significa defender crimes praticados pelos governantes.

(...)

Uma coisa é certa. A doutora Zandonade conseguiu entrar para a pobre história dos direitos humanos nacionais. Não há por que duvidar de que ostentará a sua contestação ao caso de Inês Etienne como um indicador de sua competência profissional.

A veiculação da notícia transcrita motivou a propositura de ação pela procuradora contra o veículo de comunicação e o colunista. Mais uma vez houve divergência na Corte Superior sobre o direito de indenização a favor da procuradora federal nesse julgamento. O Ministro Marco Buzzi entendeu que o recurso interposto pelos réus não mereceria prosperar, por não atender a requisitos procedimentais, o que geraria a confirmação da procedência da demanda.

Porém, superados tais aspectos instrumentais, o Ministro Luis Felipe Salomão concluiu pela ausência de ofensa a direito da personalidade, pois a crítica foi formulada dentro dos limites da garantia de liberdade de imprensa, tendo em vista o uso da técnica da ponderação. Como destacou em seu voto, afirmação que apoio, “as pessoas consideradas públicas estão sujeitas a maior exposição e suscetíveis a avaliações da sociedade e da mídia, especialmente os gestores públicos de todas as esferas de poder, mesmo quando envolvidos em processos judiciais – que, em regra, não correm em segredo de justiça – como partes, procuradores ou juízes” (STJ, Ag. Rg. no AREsp 127.467/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.05.2016, *DJe* 27.06.2016). Assim, houve a valorização do papel da imprensa com mero *animus narrandi e criticandi*.

Penso que o acórdão seguiu a linha jurisprudencial de tratar a liberdade de expressão como um *superdireito*, afirmação confirmada com a leitura e análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre as biografias não autorizadas. Como é notório, foi proposta uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal contra os arts. 20 e 21 do Código Civil, pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ADIn 4.815, intentada em julho de 2012). O pedido da ação era no sentido de ser reconhecida a inconstitucionalidade parcial dos arts. 20 e 21 do CC/2002, sem redução de texto, “para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a

necessidade do consentimento da pessoa biografada e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo”. A Suprema Corte Brasileira acabou por julgar conforme foi requerido pela associação-autora.

A questão de tratar-se ou não de um *superdireito*, a prevalecer sobre qualquer outro, foi amplamente debatida no painel do nosso evento. Acrescente-se que, na *VIII Jornada de Direito Civil*, em abril de 2018, aprovou-se proposta doutrinária de Anderson Schreiber, no sentido de que não se pode afirmar que a liberdade de expressão sempre prevalecerá sobre a tutela da intimidade, da vida privada ou do segredo. Conforme o Enunciado n. 613 do Conselho da Justiça Federal, “a liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro”. Em certo sentido, o nosso encontro antecipou os debates para a tese que culminou no enunciado doutrinário.

Reitere-se que, assim como se deu no painel anterior, houve também um profundo debate sobre a aplicação da técnica da ponderação no âmbito do Direito Civil Brasileiro, o que reflete na análise da responsabilidade civil e da imputação do dever de indenizar. Como é notório, a técnica de ponderação – positivada pelo Novo CPC – é um dos artifícios metodológicos para a solução de casos concretos utilizados pela escola do Direito Civil Constitucional, linha seguida pelos pesquisadores que participaram do encontro.

Apesar do ceticismo e das críticas de Pablo Malheiros no painel, acabou por se concluir que a técnica de ponderação deve ser utilizada nos casos de colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, sendo o meio mais adequado para resolver os conflitos entre tais direitos, imputando-se ou não o dever de indenizar. Na mesma linha, a propósito, vale lembrar o teor do Enunciado n. 279, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, evento de 2006: “a proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações”.

Por fim, restou pacificado entre os presentes na mesa e os debatedores que participaram das discussões que a ponderação deve ser melhor conduzida pelos julgadores brasileiros e, assim como concebida por Alexy, deve ser efetivada com o

uso de critérios objetivos e a necessária fundamentação, como aliás consta do próprio Código de Processo Civil de 2015.<sup>4</sup>

#### 4. ABUSIVIDADES NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS DE AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS NA PLANTA

O painel sobre Direito dos Contratos foi presidido por José Fernando Simão, contando com a participação dos Professores Daniel Bucar Cervasio, Luciana Xavier, José Barros e Alexandre Junqueira Gomide como expositores. A temática analisada foi a relativa aos contratos de aquisição de imóveis na planta, notadamente os entendimentos da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça sobre as cobranças da taxa de corretagem e da taxa SATI (Serviço de Assessoria Técnica Imobiliária).

A conclusão do painel, unânime entre seus participantes e de forma bem incisiva, foi no sentido de que ambos os valores não poderiam ser cobrados dos consumidores e adquirentes dos imóveis, fazendo com que fosse cabível a sua devolução em dobro, incidindo plenamente a regra do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Sobre a correta forma de conduzir a ponderação, veja-se: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>5</sup> Aponte-se que, concluindo dessa forma, já existiam julgados estaduais, caso do seguinte, do Tribunal Paulista: “Verbas de assessoria imobiliária. Devolução dos valores. Possibilidade, segundo o Enunciado n. 38.3 desta Câmara, exibindo as vendedoras legitimidade para a restituição: ‘O adquirente que se dirige ao estande de vendas para a aquisição do imóvel não responde pelo pagamento das verbas de assessoria imobiliária (corretagem e taxa SATI). É da responsabilidade da vendedora o custeio das referidas verbas, exibindo legitimidade para eventual pedido de restituição’. Devolução em dobro, entretanto, afastada. Má-fé não demonstrada. Incidência do enunciado pela Súmula n. 159 do STF. 5. Despesas de condomínio e taxas de IPTU exigidas antes da entrega das chaves. Impossibilidade, segundo o Superior Tribunal de Justiça: ‘Para efeitos do art. 543-C do CPC, firmam-se as seguintes teses: A) O que define a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais não é o registro do compromisso de compra e venda, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse pelo promissário comprador e pela ciência inequívoca do condomínio acerca da transação’. Devolução em dobro dos valores, entretanto, afastada. Ausência de má-fé na realização da cobrança. 6. Indenização por danos materiais. Arbitramento de lucros cessantes. Admissibilidade, segundo o entendimento do STJ também adotado pela Câmara (Enunciado n. 38.5). Necessidade, entretanto, de arbitramento da verba no equivalente ao aluguel do imóvel a contar da data de constituição das vendedoras em mora até a efetiva entrega das chaves. Apuração do valor devido em liquidação de sentença. 7. Indenização por danos morais. Acolhimento do pleito indenizatório. Frustração relacionada à aquisição do imóvel que importou em lesão extrapatrimonial” (TJSP, Apelação Cível 0006490-36.2013.8.26.0114, Acórdão 8762314, Campinas, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Donegá Morandini, j. 31.08.2015, *DJeSP* 04.09.2015).

Entretanto, como já adiantei, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acabou por concluir, no ano de 2016, pela possibilidade de cobrança da taxa de corretagem, desde que exista uma prévia, clara e ostensiva comunicação aos adquirentes. Como constou do julgado que foi analisado no encontro, há “validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem” (STJ, REsp 1.599.511/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 24.08.2016, *DJe* 06.09.2016).

Na mesma oportunidade, entendeu-se no Tribunal da Cidadania que a taxa SATI seria abusiva, sendo cabível a sua repetição ou devolução de forma simples, mas não em dobro. Sobre o prazo prescricional, a conclusão do Tribunal foi no sentido da subsunção do prazo de prescrição de três anos, previsto para as pretensões fundadas no enriquecimento sem causa, a contar da celebração do contrato (art. 206, § 3º, inc. IV, do Código Civil).

Todos os presentes no encontro lamentaram o teor da decisão. Como restou novamente pacificado entre os juristas presentes, do art. 722 do Código Civil retirar-se a dedução no sentido de que aquele que contrata o corretor, e obtém da sua atuação o resultado útil contratual, é o responsável pelo pagamento da sua comissão.<sup>6</sup> Sobre a possibilidade de transferir tais montantes aos adquirentes – enquadrados como consumidores na grade maioria das situações concretas e em regra –, foi pontuado tratar-se de uma cláusula abusiva, por força do art. 51, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor, por colocar o consumidor em posição manifestamente desproporcional. Haveria, assim, uma *cláusula lesão*.

Mesmo não se tratando de contrato de consumo – como ocorre nos imóveis adquiridos para investimento –, a abusividade dessa imposição seria retirada do art. 424 do Código Civil, por se tratar de negócio de adesão, em que não há margem para debate do teor das cláusulas contratuais. Conforme esse comando, nos contratos de adesão são nulas de pleno direito as cláusulas que impõem ao aderente a renúncia antecipada a um direito que resulte da natureza do negócio. Na hipótese, os adquirentes-aderentes renunciaram ao direito de não pagar a taxa de corretagem, o que é imposto pela regra geral a quem contrata ou busca os serviços dos corretores,

---

<sup>6</sup> CC/2002. “Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.”

ou seja, às construtoras. Como foi desenvolvido e pontuado em nosso encontro, essa inversão do pagamento conduz claramente ao enriquecimento sem causa das construtoras.

Frise-se que restou igualmente pacificado entre os pesquisadores presentes no evento que a repetição de indébito deveria ser em dobro, para os dois valores tidos como abusivos, aplicando-se o art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.078/1990, *in verbis*: “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”. Em tal aspecto foi feita uma crítica à interpretação jurisprudencial restritiva que se tem feito sobre esse comando, com teor praticamente negado por nossas Cortes que ainda entendem pela necessidade de prova da má-fé dos fornecedores e prestadores para a incidência do seu conteúdo.

Trata-se, na verdade, de uma interpretação extensiva e equivocada da antiga Súmula n. 153 do STF, segundo a qual “cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil”. A ementa é do remoto ano de 1963 e o dispositivo citado, do Código Civil de 1916, equivale ao atual art. 940 do Código Civil de 2002, tratando da possibilidade de repetição em dobro dos valores indevidamente pagos nas relações civis.<sup>7</sup> Ora, para as relações de consumo, notadamente diante do fato de ter o CDC adotado um sistema objetivo de responsabilização, não deveria ser cogitado o debate da má-fé. Entretanto, a jurisprudência ainda está apegada a uma antiga tradição, por ora superada.

No tocante ao prazo de prescrição subsumido ao caso, concluíram os juristas presentes que deveria incidir o lapso de dez anos, previsto no art. 205 do Código Civil, por ser mais favorável ao consumidor, em consonância com a *teoria do diálogo das fontes*. Cite-se, a esse propósito, que o Superior Tribunal de Justiça tem súmula estabelecendo que o consumidor tem esse prazo maior para repetir tarifas abusivas, como as de água e esgoto (Súmula 412). Houve, assim, certa contradição do julgamento em relação a essa súmula, com o devido respeito. Acrescente-se,

---

<sup>7</sup> Era a redação do art. 1.531 do Código Civil de 1916: “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação”. O art. 940 do Código Civil de 2002 tem a seguinte previsão: “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

como reflexão atualizada, que essa repetição de indébito mantém relação com a responsabilidade civil contratual, e, em junho de 2018, a própria Segunda Seção do STJ acabou por concluir pela aplicação do prazo geral de dez anos para as pretensões em situações tais.<sup>8</sup>

Não se pode negar o infeliz impacto social decorrente do julgamento, uma vez que as pessoas não mais procurarão – e, de fato, já não estão mais procurando – os negócios de financiamento da casa própria nos próximos anos, informadas por situações injustas anteriores, de pagamento de montantes extorsivos e abusivos. Como tenho sustentado, os contratos de aquisição de imóveis na planta apresentam um extenso rol de claras abusividades impostas aos adquirentes, em regra consumidores.

Em corajoso e apurado estudo sobre a temática, Tatiana Bonatti Peres, Ana Beatriz Marchioni Kesselring e Alessandro Segalla demonstram a presença de pelo menos dezoito cláusulas ou práticas abusivas em tais contratos.<sup>9</sup> São elas, representando verdadeiro abuso de direito por parte das construtoras e agentes financeiros que participam do contrato: *a)* atraso na entrega da obra; *b)* cláusula de tolerância pelo atraso; *c)* reajuste em caso de atraso na entrega; *d)* presença de danos morais

---

<sup>8</sup> Em 27 de junho de 2018, a questão relativa ao prazo prescricional para a responsabilidade civil contratual foi pacificada na Segunda Seção do Tribunal da Cidadania, tendo prevalecido a tese pelo prazo de dez anos para a responsabilidade civil contratual decorrente do inadimplemento. Afastou-se a unificação de prazos que era seguida por julgados mais recentes da Terceira Turma. A afirmação se deu no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.280.825, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que parece ter mudado seu entendimento anterior. Juntou-se ela aos Ministros da Quarta Turma da Corte, formando maioria, em face dos julgadores da Terceira Turma. Segundo a sua argumentação principal, a regra para os casos de descumprimento do contrato é a execução específica da obrigação, uma vez que “ao credor é permitido exigir do devedor o exato cumprimento daquilo que foi avençado. Se houver mora, além da execução específica da prestação, o credor pode pleitear eventuais perdas e danos. Na hipótese de inadimplemento definitivo, o credor poderá escolher entre a execução pelo equivalente ou a resolução da relação jurídica contratual. Em ambas alternativas, poderá requerer, ainda, o pagamento de perdas e danos”. Sendo desse modo, existem três pretensões potenciais por parte do credor, o que exige do intérprete a aplicação das mesmas regras para as três pretensões: “não parece haver sentido jurídico nem lógica a afirmação segundo a qual o credor tem um prazo para exigir o cumprimento da obrigação e outro para reclamar o pagamento das perdas e danos”. Diante desse cenário, entendeu-se que não havia razão para se entender pelo prazo de três anos para as pretensões reparatórias por inadimplemento, raciocínio que também é preciso, juntando-se à argumentação aqui antes deduzida.

<sup>9</sup> SEGALLA, Alessandro. Cláusulas abusivas comuns na aquisição de imóvel em construção e proteção do consumidor em juízo. In: ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; CHIAVASSA, Marcelo (Coord.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: panorama atual e perspectivas futuras*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

pelo atraso; *e*) multas ou descontos excessivos em caso de resolução por inadimplemento; *f*) devolução do valor pago que não seja em dinheiro; *g*) devolução do valor pago somente após a conclusão da obra; *h*) cobrança de taxa em caso de cessão da posição contratual (contrato de gaveta); *i*) repasse de comissão, especialmente da antes comentada SATI; *j*) cobrança de “juros no pé”, antes da entrega das chaves; *k*) correção pela tabela PRICE; *l*) entrega de área menor do que o prometido; *m*) não fixação de prazo para outorga da escritura definitiva; *n*) previsão de cláusula de eleição de foro e de arbitragem, em contrato de adesão e de consumo, sem os devidos destaques; *o*) presença de variadas formas de publicidade enganosa, enganando o consumidor; *p*) imposição de penalidades excessivas ao adquirente, sem reciprocidade; *q*) constituição de garantias desproporcionais sobre a área construída, pela construtora, capazes de colocar em risco as unidades adquiridas; e *r*) cobrança de constituição condominial antes da entrega das unidades.

Como palavras finais, o painel concluiu que tais negócios jurídicos são maléficis não só para as partes que os celebram, mas para toda a sociedade, contrariando os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, previstos nos arts. 421 e 422 do Código Civil. O desejo externado por todos foi no sentido da necessidade de maior intervenção do Poder Judiciário para corrigir esses desvios e abusividades.

## 5. DIREITOS REAIS NA CONTEMPORANEIDADE. O ENQUADRAMENTO DA MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

A quarta mesa do XV Encontro dos Grupos de Pesquisas em Direito Civil foi dedicada às titularidades, ou seja, ao Direito das Coisas e aos Direitos Reais. Participaram do painel os Professores Rodrigo da Guia, André Luiz Arnt Ramos, Rodrigo Toscano de Brito e Maurício Bunazar. A presidência e a condução dos debates foram do Professor Gustavo Andrade. O julgado escolhido tratou do enquadramento ou não da multipropriedade imobiliária ou “*time-sharing*” como direito real (STJ, REsp 1.546.165/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 26.04.2016, DJe 06.09.2016).

A discussão envolve o art. 1.225 do Código Civil, que traz o rol dos direitos reais. A dúvida que sempre é colocada a respeito do preceito diz respeito à existência de um rol taxativo (*numerus clausus*) ou exemplificativo (*numerus apertus*).<sup>10</sup>

<sup>10</sup> CC/2002. “Art. 1.225. São direitos reais: I – a propriedade; II – a superfície; III – as servidões; IV – o usufruto; V – o uso; VI – a habitação; VII – o direito do promitente comprador do imóvel; VIII – o penhor; IX – a hipoteca; X – a anticrese. XI – a concessão de uso especial para fins de moradia; XII – a concessão de direito real de uso; e XIII – a laje.”

Para a visão *clássica*, que ainda prevalece no Brasil, consubstanciadora de uma primeira e principal corrente doutrinária sobre o tema, a relação dos direitos reais é taxativa ou *numerus clausus*. Por todos os autores que assim entendem, afirma Orlando Gomes que “diz-se, por isto, que a constituição dos direitos reais obedece ao sistema do *numerus clausus*, ao contrário da formação dos contratos, na qual, vigorando o princípio da liberdade de estruturação do conteúdo, prevalece o sistema *numerus apertus*. Em consequência, toda limitação ao direito de propriedade que não esteja prevista na lei como direito real tem natureza obrigacional”.<sup>11</sup>

Na minha leitura, entre os que sustentam que o rol não é taxativo, podem ser encontradas duas subcorrentes. Para a primeira, não haveria taxatividade dos direitos reais, mas sim tipicidade, uma vez que outras leis podem criar direitos reais; posição que defendo.<sup>12</sup> Entretanto, há quem entenda não haver taxatividade ou tipicidade, pois a autonomia privada pode criar novos direitos reais. Seguindo a última visão, ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que “a rigidez na elaboração de tipos não é absoluta. Nada impede que o princípio da autonomia privada possa, no âmbito do conteúdo de cada direito real, ainda que em pequena escala, intervir para a afirmação de diferentes modelos jurídicos, com base nos espaços consentidos em lei. Desde que não exista lesão a normas de ordem pública, os privados podem atuar dentro dos tipos legais, utilizando a sua vontade criadora para inovar no território concedido pelo sistema jurídico, modificando o conteúdo dos direitos reais afirmados pela norma. Como exemplo, podemos citar a multipropriedade – tanto resultante da fusão da propriedade individual e coletiva nas convenções de condomínio, como aquela tratada na propriedade de *shopping center*, de *flat* ou *time sharing*”.<sup>13</sup> Como se pode notar, os últimos doutrinadores citam o exemplo do “*time-sharing*”, que representa um sistema de multipropriedade fracionada entre pessoas distintas no tempo.

No acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva julgou no sentido de ter o “*time-sharing*” natureza contratual, uma vez que “não se admite a criação de um direito real propriamente dito, devendo-se seguir os tipos reais previstos na legislação específica, especialmente os do Código Civil”. Ainda segundo ele, “a adoção da forma livre de criação dos direitos

---

<sup>11</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Coord. Edvaldo Brito. Atualizador Luiz Edson Fachin. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21.

<sup>12</sup> Ver: TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: v. 4. Direito das coisas. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Capítulo 1.

<sup>13</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: direitos reais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 12.

reais seria capaz de promover um ambiente de insegurança jurídica aos negócios imobiliários devido à impossibilidade de se prever as formas variadas e criativas de novos direitos reais que surgiriam e os efeitos jurídicos que poderiam irradiar” (STJ, REsp 1.546.165/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 26.04.2016, DJe 06.09.2016).

Essa visão acabou por ser superada, pois prevaleceu o voto do Ministro João Otávio de Noronha, seguido pelos Ministros Paulo Dias Moura Ribeiro, Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Aurélio Bellizze de Oliveira. De acordo com a tese prevalecente, o *time-sharing* deve ser tratado como direito real, o que não representaria ofensa à taxatividade dos direitos reais. Conforme a ementa do julgado, citando expressamente a melhor doutrina sobre a temática, “o sistema *time-sharing* ou multipropriedade imobiliária, conforme ensina Gustavo Tepedino, é uma espécie de condomínio relativo a locais de lazer no qual se divide o aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento) entre os cotitulares em unidades fixas de tempo, assegurando-se a cada um o uso exclusivo e perpétuo durante certo período do ano. Extremamente acobertada por princípios que encerram os direitos reais, a multipropriedade imobiliária, nada obstante ter feição obrigacional aferida por muitos, detém forte liame com o instituto da propriedade, se não for sua própria expressão, como já vem proclamando a doutrina contemporânea, inclusive num contexto de não se reprimir a autonomia da vontade nem a liberdade contratual diante da preponderância da tipicidade dos direitos reais e do sistema de *numerus clausus*”.

Ao final, entendeu-se que não haveria óbice para se dotar a multipropriedade imobiliária de um caráter real, mesmo sob a ótica da taxatividade dos direitos reais, diante da ausência de vedação ou proibição da existência de novas categorias com as suas características: “além disso, com os atributos dos direitos reais se harmoniza o novel instituto, que, circunscrito a um vínculo jurídico de aproveitamento econômico e de imediata aderência ao imóvel, detém as faculdades de uso, gozo e disposição sobre fração ideal do bem, ainda que objeto de compartilhamento pelos multiproprietários de espaço e turnos fixos de tempo. A multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (*time-sharing*), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição” (STJ, REsp 1.546.165/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 26.04.2016, DJe 06.09.2016).

O julgado foi festejado no encontro por ter adotado expressamente visão doutrinária de relevo sobre o assunto, fruto de um dos ícones da escola do Direito Civil Constitucional. Porém, com o devido respeito, o julgado merece críticas pelo fato de não ter ingressado diretamente na afirmação de ser o rol do art. 1.225 do Código Civil meramente exemplificativo. Apesar de ter sido dada uma interpretação extensiva ao comando, notadamente à menção à propriedade no inciso I do preceito, a verdade é que a multipropriedade não está expressa no rol do dispositivo. Além disso, não há qualquer norma jurídica que trate da categoria. Por isso, o julgamento não deixa de trazer a mim certa perplexidade.

## 6. A PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA APÓS A DECISÃO DO STF

A quinta e penúltima mesa de debates do nosso encontro tratou do Direito de Família, sob a presidência e condução do Professor Alexandre Barbosa e a atuação dos palestrantes Vitor Almeida, Ricardo Calderón, Maria Rita de Holanda e Mário Luiz Delgado.

Foi estudado o julgado do Supremo Tribunal Federal do ano de 2016 em que se analisou repercussão geral sobre a parentalidade socioafetiva. Conforme a tese firmada nesse *decisum*, “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Recurso Extraordinário n. 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu Informativo n. 840).

O julgamento dividiu opiniões. Ricardo Calderón, por exemplo, festejou o seu conteúdo, pelas razões que desenvolvo a seguir. Maria Rita Holanda, por outra via, manifestou uma visão crítica, por entender que a afetividade foi derrotada no julgamento, conforme sustentado por José Fernando Simão em seus textos, uma vez que deveria prevalecer o voto do Ministro Edson Fachin, que entendeu pela prevalência da parentalidade socioafetiva.

Fiquei e permaneço com a primeira opinião. Isso porque, além de reconhecer a possibilidade de vínculos múltiplos parentais, uma das grandes contribuições do aresto foi consolidar a posição de que a socioafetividade é forma de parentesco civil, em posição igualitária diante do parentesco consanguíneo. Nesse sentido, destaque-se o seguinte trecho do voto do Ministro Relator: “a compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais; (ii) pela descendência biológica;

ou (iii) pela afetividade. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele que utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*)”.

Houve, além disso, a afirmação, feita por vários Ministros, de ser a afetividade um valor jurídico e um princípio inerente à ordem civil-constitucional brasileira, como é defendido por Ricardo Calderón.<sup>14</sup> Afirmou-se, igualmente, que a parentalidade socioafetiva, como forma de parentesco civil, está em situação de igualdade com a parentalidade biológica. Em outras palavras, não há hierarquia entre uma e outra modalidade de filiação, o que representa um razoável equilíbrio, como bem ponderou Calderón no painel.

Por fim, concretizou-se a *vitória da multiparentalidade*, que passou a ser admitida pelo Direito Brasileiro, mesmo que contra a vontade do pai socioafetivo ou do pai biológico, fazendo-se uma *leitura inversa* da tese final decorrente do julgamento. Ficou claro, pelo acórdão superior, que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins, inclusive alimentares e sucessórios. Como apontado por todos os pesquisadores presentes no encontro, grandes são os desafios que derivam dessa afirmação.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> CALDERÓN, Ricardo. *O princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>15</sup> A respeito da possibilidade do vínculo concomitante, destaque-se que o Ministro Fux utilizou como paradigma um caso julgado nos Estados Unidos da América. Foram suas palavras: “a pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de ‘dupla paternidade’ (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º)” (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016).

Como problema criado pelo julgamento, e ora apontado pela mesa do encontro, a tese firmada acaba por possibilitar que os filhos acionem os pais biológicos para obter o vínculo de filiação com intuitos alimentares e sucessórios, em claras *demandas frívolas*, com *finalidade patrimonial pura*. Seguiu-se, assim, o caminho que já vinha sendo percorrido pelo Superior Tribunal de Justiça, e muito criticado pela doutrina.<sup>16</sup> Esse foi um dos pontos negativos da premissa fixada, concluindo os juristas presentes que tais demandas devem ser sempre evitadas pelo Poder Judiciário.

De fato, a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal possibilita tal injusto e infeliz caminho, tendo sido utilizado como argumento o princípio constitucional da paternidade responsável. Nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, “a paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos” (decisão publicada no Informativo n. 840 do STF). Ressalve-se, ao contrário da posição anterior do Superior Tribunal de Justiça, que, em casos de concomitância de vínculos, deve ser mantido o vínculo com o pai socioafetivo e incluído o pai biológico ou vice-versa.

---

<sup>16</sup> Sobre a posição do Superior Tribunal de Justiça, veja-se o acórdão anterior publicado no Informativo n. 512 da Corte, com o seguinte trecho: “é possível o reconhecimento da paternidade biológica e a anulação do registro de nascimento na hipótese em que pleiteados pelo filho adotado conforme prática conhecida como ‘adoção à brasileira’. A paternidade biológica traz em si responsabilidades que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade. A prática conhecida como ‘adoção à brasileira’, ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrais, os patrimoniais e os hereditários. Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos do filho resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre a ‘adoção à brasileira’ e a adoção regular. Ademais, embora a ‘adoção à brasileira’, muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor. Precedente citado: REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007” (STJ, REsp 1.167.993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.12.2012).

## 7. O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

A sexta e última mesa do *XV Encontro dos Grupos de Pesquisas em Direito Civil* tratou do Direito das Sucessões. A presidência dos trabalhos foi da Professora Débora Brandão e contou com a presença dos pesquisadores Daniela Teixeira, Marília Xavier, Fabíola Lôbo e Cláudia Stein Vieira como palestrantes. Como não poderia ser diferente, analisou-se o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que tratava da sucessão do companheiro.<sup>17</sup> Por maioria de votos, entendeu-se pela equiparação sucessória total entre o casamento e a união estável, para os fins de repercussão geral (STF, Recurso Extraordinário n. 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, publicado no seu Informativo n. 864). Nos termos do voto do relator, “não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição”.

Quando da realização do evento, o acórdão ainda não havia sido publicado, mas já se tinha o fim do julgamento. Oportuno lembrar que, na primeira votação, no ano de 2016, foram sete votos concluindo pela inconstitucionalidade da norma em face do Texto Maior. Além do Relator, concluíram dessa forma os Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Carmen Lúcia. Sucessivamente, houve pedido de vista do Ministro Dias Toffoli. A tese então fixada, que acabou sendo mantida para os devidos fins de repercussão geral, foi a seguinte: “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

Após pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, o processo retomou seu destino em 2017, tendo esse julgador concluído pela constitucionalidade da norma, pois haveria justificativa constitucional para o tratamento diferenciado entre o casamento e a união estável (voto prolatado em 30 de março de 2017). O Ministro

---

<sup>17</sup> CC/2002. “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

Marco Aurélio pediu nova vista, unindo também o julgamento do Recurso Extraordinário n. 646.721/RS, que tratava da sucessão de companheiro homoafetivo, do qual era Relator (Tema 498).

Em maio de 2017 foram retomados de forma definitiva os julgamentos das duas demandas, iniciando-se pela última. O Ministro Marco Aurélio apontou não haver razão para a distinção entre a união estável homoafetiva e a união estável heteroafetiva, na linha do que fora decidido pela própria Corte quando da análise da ADPF 132, oriunda no Estado do Rio de Janeiro, em 2011. Porém, no que concerne ao tratamento diferenciado da união estável diante do casamento, asseverou não haver qualquer inconstitucionalidade, devendo ser preservado o teor do art. 1.790 do Código Civil, na linha do que consta do art. 226, § 3º, do Texto Maior, que, ao tratar da conversão da união estável em casamento, reconheceu uma hierarquia entre as duas entidades familiares.

Ao final, o Ministro Marco Aurélio restou vencido, prevalecendo a posição dos Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes. Frise-se que o último julgador não votou no processo anterior – pois ainda era magistrado o Ministro Teori Zavascki –, mas prolatou sua visão na demanda envolvendo a sucessão homoafetiva. Com o Relator, apenas votou o Ministro Ricardo Lewandowski, que adotou a premissa *in dubio pro legislatore*.

Em suma, o placar do julgamento do Tema 498 foi de 7 votos a 2, ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Conforme consta da publicação inserida no sempre citado Informativo n. 864 da Corte, “o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a Constituição prevê diferentes modalidades de família, além da que resulta do casamento. Entre essas modalidades, está a que deriva das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva. Frisou que, após a vigência da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996). O Código Civil, no entanto, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Dessa forma, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração. O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso”.

Quanto ao processo original, o que iniciou o julgamento da questão (Recurso Extraordinário n. 878.694/MG) apenas confirmou o que estava consolidado

desde 2016, entendendo pela constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e mantendo-se a coerência de posições com a demanda anterior. Neste primeiro processo, o placar foi de 7 a 3, ausente novamente o Ministro Gilmar Mendes (Tema 809). Mais uma vez, conforme consta do Informativo n. 864 do STF, “o Supremo Tribunal Federal afirmou que a Constituição contempla diferentes formas de família, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. Portanto, não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada por casamento e a constituída por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares mostra-se incompatível com a Constituição. O art. 1.790 do Código Civil de 2002, ao revogar as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso”.

Todos os presentes na última mesa do nosso evento elogiaram a premissa final de equiparação, ressaltando as contribuições doutrinárias citadas no acórdão, notadamente de Zeno Veloso e Giselda Hironaka. Todavia, também restou pacificado no painel que a grande dúvida deixada pelo julgamento diz respeito à afirmação de ser ou não o companheiro herdeiro necessário. Conforme salientado pelos juristas presentes, do voto do Ministro Roberto Barroso a resposta parece ser positiva, em contraste com o voto do Ministro Edson Fachin, que se expressou em sentido contrário. O Professor Paulo Lôbo manifestou a sua opinião, no sentido de seguir a primeira visão, sendo seguido por outros professores presentes, como Giselda Hironaka, João Aguirre e por mim mesmo. Como tem sido costume, Mário Luiz Delgado discordou desse entendimento, sustentando não ser o convivente herdeiro reservatário, pois caso contrário a união estável passaria a ser um *casamento forçado*.

Houve, ainda, um interessante debate sobre a modulação dos efeitos do *decisum*, na linha das palavras do Ministro Roberto Barroso, a saber: “é importante observar que o tema possui enorme repercussão na sociedade, em virtude da multiplicidade de sucessões de companheiros ocorridas desde o advento do CC/2002. Assim, levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado. Assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, entendo que a solução ora alcançada

deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública” (STF, Recurso Extraordinário n. 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso). Alguns dos presentes expuseram situações concretas em que tais conclusões podem ser mostrar injustas, o que, sem dúvida, é uma realidade.

De todo modo, parecem ter sido majoritárias as conclusões de que o julgamento representou um avanço e que dele deve decorrer a afirmação de que o convivente é herdeiro necessário, devendo ter a proteção da legítima. Como consequência, alguns efeitos podem ser destacados, a saber: *a*) incidência das regras previstas entre os arts. 1.846 e 1.849 do CC/2002 para o companheiro, o que gera restrições na doação e no testamento, uma vez que o convivente deve ter a sua legítima protegida, como herdeiro reservatário; *b*) o companheiro passa a ser incluído no art. 1.974 do Código Civil, para os fins de rompimento de testamento, caso ali também se inclua o cônjuge; e *c*) o convivente tem o dever de colacionar os bens recebidos em antecipação (arts. 2.002 a 2.012 do CC), sob pena de sonegados (arts. 1.992 a 1.996), caso isso igualmente seja reconhecido ao cônjuge.

No que concerne ao direito real de habitação do companheiro, também não mencionado nos julgamentos, não resta dúvida da sua existência, na linha do que vinham reconhecendo a doutrina e a jurisprudência superior. Mas qual a extensão desse direito real de habitação ao companheiro? Terá o direito porque subsiste no sistema o art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/1996, na linha do último julgado? Ou lhe será reconhecido esse direito real de forma equiparada ao cônjuge, por força do art. 1.831 do Código Civil? O Supremo Tribunal Federal não enunciou expressamente essa questão, apesar de tender à última resposta, cabendo à doutrina e à própria jurisprudência ainda resolvê-la.

Por derradeiro, debatemos no evento se a equiparação sucessória feita pelo Supremo Tribunal Federal incluiria os devidos fins familiares, sendo, portanto, total. Em nosso encontro surgiu uma visão interessante, sustentada por Anderson Schreiber e Ana Luiza Naves, no sentido de haver equiparação das duas entidades familiares somente para os fins de *normas de solidariedade*, caso das regras sucessórias, de alimentos e de regime de bens. Em relação às *normas de formalidade*, como as relativas à existência formal da união estável e do casamento, aos requisitos para a ação de alteração do regime de bens do casamento e às exigências de outorga conjugal, a equiparação não deve ser total.

Esse entendimento doutrinário acabou por gerar a aprovação do Enunciado n. 641, na *VIII Jornada de Direito Civil*, em 2018: “a decisão do Supremo Tribunal

Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável”. Em suma, mais uma vez, os debates foram profícuos, influenciando o surgimento e a consolidação de uma nova tese, que ganhou grande prestígio um ano depois.

## CONCLUSÕES

Como este artigo demonstrou, a visão doutrinária muitas vezes tem se mostrado diferente da jurisprudência brasileira, e vice-versa, notadamente quanto às conclusões sobre os fatos sociais. Porém, essa diferenciação de ideias não pode representar um isolamento ou *apartheid* quanto aos debates entre uns e outros. A democracia cresce com o embate na divergência e com as deduções que decorrem desse enfrentamento das discussões.

Com o fim de intensificar essa interação entre doutrina e jurisprudência, concebemos, em conjunto de esforços, o *XV Encontro dos Grupos de Pesquisas em Direito Civil* a partir da análise crítica de julgados recentes, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, de grande impacto para o Direito Civil Contemporâneo. Em todos os sete painéis, as discussões demonstram olhares muito além do que foi pronunciado nos acórdãos escolhidos, o que muito contribuiu para o aprofundamento dos temas correlatos.

As divergências são salutares para o avanço de toda a ciência jurídica nacional. Muitas vezes esquecida por estudiosos e julgadores, é preciso aproximar a doutrina da jurisprudência, como foi feito no evento. O lançamento deste livro, fruto dos nossos debates, igualmente contribuiu para a intensificação desse *approach*. Outras obras devem surgir na mesma linha, como o caso do recente trabalho *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*, que coordeno com o Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (Editora Atlas, 2018).

Compartilhando um pouco dessa outra experiência, trata-se de uma obra coletiva inédita, sem precedentes no meio editorial jurídico brasileiro, concebida por meio de artigos científicos compartilhados, em uma *composição cega*, sem que um autor visse antecipadamente o que foi desenvolvido pelo outro. A obra foi estruturada em quinze capítulos, em temas polêmicos que são debatidos por doutrinadores – autores de obras de importância para o Direito Privado nacional – e

juízes – Ministros do Superior Tribunal de Justiça e Desembargadores de Tribunais de Justiça –, em textos separados. Muitos dos juízes são doutrinadores, pela sua grande contribuição para a ciência jurídica, e vice-versa, pois alguns doutrinadores também desenvolvem a atividade de magistrados.

Como temas contemporâneos de destaque, escolhemos os seguintes, de acordo com a ordem de tratamento no Código Civil: *a)* adequação de sexo do transexual; *b)* direito ao esquecimento; *c)* questões polêmicas sobre a prescrição; *d)* boa-fé objetiva nos contratos; *e)* função social do contrato; *f)* contrato de seguro-saúde; *g)* responsabilidade objetiva na atualidade; *h)* critérios para a quantificação dos danos morais; *i)* novos danos na responsabilidade civil (danos morais coletivos, danos sociais ou difusos e danos por perda de uma chance); *j)* função social da posse e da propriedade; *k)* questões polêmicas quanto ao condomínio edilício; *l)* parentalidade socioafetiva e multiparentalidade; *m)* alimentos entre os cônjuges; *n)* polêmicas na sucessão do cônjuge; e *o)* a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Alguns assuntos são comuns ao nosso encontro ora relatado, como se pode notar.

Entre os doutrinadores, foram convidados, em ordem alfabética: Anderson Schreiber, Bruno Miragem, Carlos Roberto Gonçalves, Claudia Lima Marques, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Gustavo Tepedino, José Fernando Simão, Mário Luiz Delgado, Nelson Rosendal, Pablo Stolze Gagliano, Paulo Lôbo, Rodolfo Pamplona Filho, Rolf Madaleno, Zeno Veloso, além da minha participação. Entre os juízes, aceitaram o convite, também em ordem alfabética: Desembargador Cláudio Luiz Bueno de Godoy (TJSP), Desembargador Ênio Santarelli Zuliani (TJSP), Desembargador Jones Figueirêdo Alves (TJPE), Ministro Marco Aurélio Bellizze (STJ), Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo (TJRJ), Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi (STJ), Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (STJ), Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro (STJ), Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ), Desembargador Ronei Danielli (TJSC), Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior (STJ, aposentado), Desembargador Sergio Cavalieri Filho (TJRJ, aposentado), Ministro Sidnei Beneti (STJ, aposentado) e Desembargador Sílvio Venosa (TJSP, aposentado) – em texto escrito em coautoria com a advogada Cláudia Rodrigues. Também entre os juízes, há artigo do coordenador, Ministro Luis Felipe Salomão, em texto escrito com a assessora do Superior Tribunal de Justiça Ivoney Severina de Melo Pereira do Nascimento.

Além das obras jurídicas que buscam esse diálogo, há muito tempo tenho destacado a necessidade de maior interação entre a doutrina e a jurisprudência em eventos e encontros jurídicos. Muitas vezes, tais diálogos ocorrem nas já consagradas

*Jornadas de Direito Civil*, realizadas pelo Conselho da Justiça Federal desde 2002, que têm contado com a crescente participação de Ministros dos Tribunais Superiores e de julgadores de primeiro e de segundo grau nos últimos anos. Mas ainda é muito pouco, pois precisamos de mais oportunidades para esses embates. Espero que isso ocorra nos próximos anos, sendo os congressos do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL) foro dos mais apropriados para a ampliação das experiências que demonstrei neste texto.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CALDERÓN, Ricardo. *O princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Coord. Edvaldo Brito. Atualizador Luiz Edson Fachin. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LOPES, Lucas Miotto. Eu não quero saber! Uma defesa do direito de não saber como independente do direito à privacidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUCRJ, p. 82-97, 2014.
- SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018.
- SEGALLA, Alessandro. Cláusulas abusivas comuns na aquisição de imóvel em construção e proteção do consumidor em juízo. In: ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; CHIAVASSA, Marcelo (Coord.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: panorama atual e perspectivas futuras*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: v. 4. Direito das coisas*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.



# TUTELA DA PESSOA HUMANA



---

# APLICAÇÃO DIRETA X INDIRETA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS REJEIÇÃO DE ESPAÇOS DE NÃO DIREITO

*Bruno Terra de Moraes\**

**Sumário:** Introdução – 1. Perda da centralidade do Código Civil e a supremacia da Constituição – 2. Inexistência de setores imunes à incidência constitucional: rejeição de espaços de não direito – 3. Aplicação direta x indireta das normas constitucionais às relações privadas – Conclusão – Referências.

## INTRODUÇÃO

Durante muito tempo vigorou no exterior e no Brasil doutrina constitucional inspirada por uma ideologia liberal-burguesa, segundo a qual a Constituição se prestaria a, tão somente, garantir direitos dos particulares ante os abusos perpetrados pelo Estado, limitando-se, assim, o poder estatal.<sup>1</sup>

A evolução da sociedade levou a que tal concepção fosse modificada. Percebeu-se que, na realidade, a ameaça a direitos não partia, apenas, do Estado, mas se dava, também, entre particulares. Com essa percepção, tomou-se consciência de que a doutrina constitucional liberal-burguesa tradicional não mais dava conta de responder às necessidades da sociedade. Daí, então, a instituição, ao longo do Século XX, de constituições em diferentes partes do mundo com cunho social e força normativa acentuados.

---

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 293.

O Brasil não ficou imune às transformações acima, o que se reflete no elevado componente social e no amplo leque de direitos fundamentais insculpidos na Constituição de 1988. Diante da realidade exposta, é preciso verificar como isto repercute na prática, basicamente sob dois aspectos. O primeiro, se refere à análise da possibilidade de existir espaços de não direito no ordenamento. Sabe-se que o legislador ordinário não regula a integralidade das relações jurídicas, seja por não vislumbrar a ocorrência de determinadas situações, seja por, deliberadamente, pretender deixá-las sem regulamentação. Nos casos de omissão involuntária por parte do legislador, há as normas de integração. Entretanto, em caso de omissão legislativa consciente, deliberada e pretendida, deve ser verificado se isto poderia acarretar um espaço de não direito, isto é, imune a qualquer regulação estatal.

O segundo aspecto se refere à forma com que as normas constitucionais incidem sobre as relações particulares, isto é, se e em que medida as normas constitucionais necessitam da atuação do legislador para incidir nas relações entre particulares.

São estas as investigações a serem realizadas no presente trabalho.

## **1. PERDA DA CENTRALIDADE DO CÓDIGO CIVIL E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**

Pode-se afirmar que o Código Civil Brasileiro de 1916 foi concebido em contexto no qual prevalecia um ideário individualista e voluntarista, que encontrou no Código de Napoleão a sua grande expressão.<sup>1</sup> Havia, sob o referido ideário, a pretensão de centralidade do código civil, encarado esse “como monumentos da ordem jurídica, destinados a perdurar”.<sup>2</sup> Tratava-se, assim, o código civil como algo perene<sup>3</sup>, destinado a ultrapassar gerações e a conferir estabilidade ao sistema jurídico.

Em decorrência disso, o direito civil passou a ser confundido com o próprio código respectivo, que “regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade”.<sup>4</sup> Havia, portanto,

---

<sup>1</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo 2, p. 23.

<sup>2</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

<sup>3</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

<sup>4</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 4.

uma aspiração de completude do código<sup>5</sup>, cuja disciplina teria o condão de abarcar a totalidade das relações privadas.

Completude e perenidade do código foram reflexo de uma época em que se exigia segurança, refletida essa na previsibilidade das consequências do comportamento dos sujeitos, conforme sustenta Maria Celina Bodin de Moraes:

O sentido de segurança [...] surgiu das estruturas profundas da sociedade. A exigência de estabilidade, ou de previsibilidade, quanto aos comportamentos dos sujeitos passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas, na medida em que a burguesia francesa, vitoriosa na Grande Revolução, se tornou a nova classe dirigente, portadora da tábua de valores na qual toda a sociedade foi chamada a se reconhecer. O ‘mundo da segurança’ é, portanto, o ‘mundo dos códigos’, que consubstanciam, em ordenada sequência de artigos, os valores do liberalismo do século XIX.<sup>6</sup>

Logo, se o que se objetivava era estabilidade, previsibilidade e permanência do código, ele estaria, assim, depurado de conteúdo ideológico, sobrevivendo incólume, pois, às naturais vicissitudes da sociedade, em especial “às revoluções políticas e às diversas ideologias”.<sup>7</sup>

Consequência disso era a nítida separação dos campos de incidência do código civil e da constituição. Enquanto aquele se destinaria à regulação das relações privadas, a constituição vincularia o legislador ordinário, mormente no que se refere à concepção da estrutura do Estado.<sup>8</sup> Em virtude de tal separação no âmbito de aplicação de ambos os diplomas, não se cogitava de uma norma hierarquicamente superior ao código civil no que tange ao campo de incidência desse. Tanto é assim que eventuais lacunas tinham que ser resolvidas dentro do próprio sistema, isto é, lançando-se mão de instrumentos previstos no âmbito do próprio direito privado. É daí a lógica que inspirou a tímida possibilidade de utilização dos princípios constitucionais pelo intérprete<sup>9</sup>, o que se reflete no art. 4º<sup>10</sup> da Lei

<sup>5</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. In: *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 34.

<sup>6</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. In: *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 34.

<sup>7</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo 2, p. 24.

<sup>9</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo 2, p. 24.

<sup>10</sup> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DL 4657/42), no sentido de que a omissão na lei deve ser resolvida mediante a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Não se verificava, assim, a influência da constituição na interpretação do direito civil. Ela era vista como tendo conteúdo meramente programático, sendo considerada simples carta política, isto é, corporificava meras tendências apontadas pelo constituinte, ignorando-se, pois, a força normativa dos dispositivos do ápice do sistema jurídico.<sup>11</sup> Tal prática subvertia por completo a lógica, na medida em que tornava a aplicação da norma situada no ápice do sistema algo meramente subsidiário, por ocasião da inexistência “de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso da analogia e da regra consuetudinária”.<sup>12</sup>

Pretendia-se, assim, sob o ideário então vigente, conferir a segurança jurídica proporcionada por um conjunto de normas reunidos em um código com pretensões de completude, de modo a prever, com clareza, as consequências dos atos das partes. Seria supostamente garantida, dessa maneira, a realização das atividades privadas de forma mais segura, em razão da previsibilidade e imutabilidade das normas insculpidas no código civil.<sup>13</sup>

Ocorre que por ocasião do final do século XIX e início do século XX, começaram a emergir na Europa a industrialização e a conseqüente emergência dos conflitos sociais daí decorrentes, mormente se for considerada a complexificação da sociedade na referida época. Dessa forma, o liberalismo e o voluntarismo, que até então prevaleciam, não mais conseguiram dar conta de tais conflitos, passando a ser necessária a intervenção do Estado legislador no sentido de discipliná-los.<sup>14</sup>

Essa realidade se refletiu no Brasil. Ato contínuo, foi iniciada a proliferação de produção legislativa extracodificada, a fim de regular as situações não previstas pelo código. Em um primeiro momento, tal legislação extravagante pretendia ser excepcional, episódica. Entretanto, com o passar do tempo, tal corpo de leis extracodificadas se tornou tão expressivo que já não mais foi possível considerar o

---

<sup>11</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 12-13.

<sup>12</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo 2, p. 25.

<sup>13</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo 2, p. 25.

<sup>14</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo 2, p. 26.

código civil como o centro do sistema do direito privado. Assim, o referido código passou a ser considerado expressão do direito comum, a ser aplicável aos negócios jurídicos em geral, enquanto ao seu lado passaram a vigorar as leis extravagantes, destinadas a regular os novos institutos surgidos com a evolução econômica. Tais são as *leis especiais*, que passaram a regular relações não contempladas no código, mas sem “qualquer caráter emergencial ou conjuntural”.<sup>15</sup>

Ainda no contexto da necessidade de fazer frente às novas demandas sociais advindas com o progresso econômico e o desenvolvimento industrial, começaram a surgir Constituições com maior cunho interventivo nas questões sociais. Percebeu-se que não só o Estado se constituía em ameaça aos particulares, mas as ameaças e abusos poderiam partir de outro particular, o que levou à necessidade de uma ação estatal mais efetiva.<sup>16</sup> A Constituição de Weimar inaugura essa fase, em 1919. Tal constituição, ao lado da formação da estrutura do Estado, pretendeu regular diversas outras matérias, inclusive atinentes às relações jurídico-privadas. Porém, a despeito dessa pretensão, referida constituição ainda tinha eficácia jurídica mais restrita, na medida em que, em muitos casos, remetia para o legislador ordinário a competência para regulamentar determinadas matérias nela previstas. Em razão disso, a constituição de Weimar, embora sendo considerada um passo adiante no que se refere ao espectro de matérias constitucionalmente disciplinadas, ainda possuía uma baixa normatividade, em virtude da deferência prestada, em muitas ocasiões, ao legislador ordinário.<sup>17</sup> Com isso, ainda não foi aí a abertura de um campo fértil para a colocação da constituição, de forma eficaz, no ápice de um ordenamento jurídico.

Somente após a segunda grande guerra é que o panorama começou a se modificar. Muitas das constituições que lhe foram posteriores já possuíam, além da pretensão de regulamentar questões atinentes às relações sociais, um grau maior de força jurídica, dotada de normas com maior vocação para a produção de efeitos

<sup>15</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo 2, p. 27.

<sup>16</sup> Uma das principais ameaças de violação de direitos de particulares por outros particulares se dá no campo do trabalho subordinado, a reclamar uma maior intervenção estatal. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “A evolução do direito civil também se explica como um efeito da influência de grandes correntes do pensamento, em particular da marcada tendência para uma justiça social em maior proporção, decorrente, principalmente, do alastramento do trabalho subordinado.” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 6).

<sup>17</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, p. 729-755, 1998, p. 731-732.

concretos e diretos nas relações sociais.<sup>18</sup> Nesse momento, pois, é que se pavimentou o caminho para que as constituições, então, alçassem ao ápice do ordenamento jurídico com efetiva força normativa. São exemplos de constituições com estas características a Constituição Italiana de 1948<sup>19</sup>, a Constituição da Alemanha de 1949, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Brasileira de 1988.

Nota-se, assim, uma situação de muito maior complexidade normativa do que aquela verificada no início do século XX, por ocasião da instituição do código civil de 1916. Afinal, naquela época, tinha-se esse como o diploma que, por excelência, regulava as relações privadas, com as já citadas pretensas neutralidade, completude e perenidade. Já nos tempos atuais, além do código civil, tem-se uma plethora de leis extravagantes atinentes ao direito civil. Além disso, supera-se a ideia de outrora segundo a qual a constituição era considerada, apenas, uma carta política, passando-se à fase em que nela se reconhece uma efetiva força normativa.

Diante de tal complexidade normativa, foi preciso estabelecer a interconexão lógica entre código civil, as leis extravagantes e a constituição, ou seja, uma coexistência coerente. E isto se deu, sobretudo, pela emanção, da constituição, dos princípios e valores que vão se espraiar e informar a totalidade do ordenamento, incluindo-se aí o direito civil. É o que sustenta Gustavo Tepedino:

Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas francas para a atuação da autonomia privada. A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional.<sup>20</sup>

Portanto, o direito civil, como todos os demais campos do direito, não está, de modo algum, imune à incidência dos princípios e valores emanados da Constituição, sendo, assim, por eles conformado. Cai por terra, por conseguinte, a tradicional noção de que o direito civil seria algo neutro e atemporal.<sup>21</sup> Vale, nesse sentido, trazer à baila os ensinamentos de António Manuel Hespanha, para quem:

---

<sup>18</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, p. 729-755, 1998, p. 732.

<sup>19</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo 2, p. 29.

<sup>20</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo 3, p. 5-6.

<sup>21</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

[...] a missão histórica do direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo. A história do direito realiza esta missão sublinhando que o direito existe sempre ‘em sociedade’ (situado, localizado) e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, políticos, econômicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais.<sup>22</sup>

Logo, nota-se que o direito só o é no contexto em que inserido. Ou melhor: o direito nunca *é*, mas sim, *está*. Repulsiva à ideia de historicidade, contextualização e pertencimento será a tradicional ideia de neutralidade e perenidade que se tinha, outrora, do direito civil. E quem determina essa contextualização é a Constituição. O direito somente *está* na medida em que sofre a incidência da Constituição.

Daí surge a noção de direito civil constitucional, sendo esse a expressão da convicção de que não existe, na realidade, um direito neutro e atemporal. Aliás, a própria invocação da neutralidade de outrora refletia a máxima expressão do individualismo de então, de modo a apartar da regulamentação estatal as relações negociais estabelecidas entre os particulares. Logo, a referida “neutralidade”, de neutralidade, nada tinha.<sup>23</sup>

## 2. INEXISTÊNCIA DE SETORES IMUNES À INCIDÊNCIA CONSTITUCIONAL: REJEIÇÃO DE ESPAÇOS DE NÃO DIREITO

O fato de as constituições serem alçadas ao ápice do ordenamento com efetiva força normativa apenas acentuou a tendência de desconsideração do código civil como diploma central do direito privado. No caso brasileiro, por exemplo, em razão da abrangência da constituição e da real eficácia das normas definidoras de direitos, muitas leis especiais foram editadas ao longo dos anos, tais como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.<sup>24</sup> Importante notar que as leis mencionadas espelham valores e princípios emanados da Constituição, a realçar a centralidade que essa ocupa no ordenamento.

---

<sup>22</sup> HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13.

<sup>23</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

<sup>24</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo 2, p. 30.

E vale ressaltar a observação de Gustavo Tepedino, no que tange à insistência de alguns em se considerar o código como o elemento central do ordenamento, referindo-se à errônea interpretação do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Tal alteração metodológica implica a superação de outro grande equívoco, já acima acenado, em que incorrem os operadores do direito e os civilistas em particular: a consideração dos princípios constitucionais como meros princípios gerais de direito, não como normas jurídicas aplicáveis aos casos concretos. O Código Civil seria o verdadeiro estatuto constitucional do direito privado, de tal modo que os princípios constitucionais, além de funcionarem como limite ao legislador ordinário, se constituiriam em princípios gerais do direito, utilizados de maneira apenas indireta pelo intérprete.

[...]

Daqui decorre que a consideração de tais normas como princípios gerais de direito significaria adotá-las, nas relações privadas, somente na hipótese de inexistir lei infraconstitucional prevista especificamente para o caso concreto, ausente ainda a possibilidade de analogia e sendo impossível recorrer aos costumes, nos termos do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil.<sup>25</sup>

Pois bem: se a constituição funciona como o centro do ordenamento, estando em seu ápice, funcionará ela como o polo irradiador de princípios e valores que conformarão o ordenamento como um todo. E isso acarreta algumas consequências. A primeira delas é o papel da constituição como um elemento unificador do sistema interpretativo. Desse modo, todas as normas devem ser interpretadas à luz da constituição. Sendo assim, não mais são verificados sistemas setoriais (micro-sistemas), voltados para si próprio, sem comunicação com a constituição ou com os outros diplomas normativos. Na realidade, em havendo um diploma normativo na centralidade do ordenamento, todos os conjuntos de normas acabam sendo dirigidos por um liame em comum, a sistematizar o ordenamento.<sup>26</sup>

Em razão da referida sistematização, sendo a constituição o liame que a produz, as antinomias devem ser resolvidas à luz dos princípios e valores constitucionais.<sup>27</sup> Logo, os dispositivos contidos nas leis setoriais devem ser interpretados à luz

---

<sup>25</sup> TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*, p. 6. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8788-8787-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.

<sup>26</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo 2, p. 33.

<sup>27</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo 2, p. 33.

da Constituição, de modo que eventuais antinomias sejam superadas a partir da interpretação à luz daqueles princípios e valores.

Já em um contexto no qual se rejeita a Constituição como o polo irradiador de princípios e valores para todo o ordenamento, a existência de nichos legais, dotados de uma lógica própria e interna, seria a decorrência natural. Recorrendo-se à analogia, tais nichos equivaleriam às placas tectônicas, que ora se chocam e se friccionam, ora se afastam, fazendo surgir fendas. Na primeira situação, teríamos as antinomias e as redundâncias que, em um contexto desprovido de um liame comum, devem ser resolvidas por meio de instrumentos que lhe são de mesma hierarquia – por exemplo, conforme preceitua o art. 4º da LINDB –, já que, como visto, não haveria normas superiores que se espraiassem para as normas em contradição. Por outro lado, no caso dos afastamentos, ocorreria o surgimento de espaços de não direito.

Sendo assim, os espaços de não direito, somente existentes sob ambiente de rejeição da constituição como o diploma ocupante do seu cume, seriam aquelas fendas provocadas pela omissão do legislador infraconstitucional em disciplinar determinada matéria. Tal omissão, no caso de espaço de não direito, seria aquela deliberada, por entender o legislador que determinada matéria não merecia ser disciplinada. E isso poderia se dar em duas situações:

- a) Com o entendimento por parte do legislador de que determinada matéria não possuiria relevância social merecedora de disciplina.
- b) Com o entendimento por parte do legislador de que sua intervenção em determinada matéria seria inconveniente.

Com relação ao primeiro caso, podemos citar aquelas situações aparentemente prosaicas e desimportantes, tais como a que rege o processo de escolha da cor de uma camisa ou do sabor de um sorvete a ser comprado. O legislador, aqui, não entendeu ser necessária a imposição, via legal, de tal ou qual cor ou tal ou qual sabor.

Porém, em se entendendo de forma diferente, ou seja, a se partilhar da ideia de existência da centralidade da Constituição, no mínimo o processo de escolha da cor da roupa ou do sabor do sorvete será ditado pela liberdade. Nesse espaço de omissão do legislador infraconstitucional incidirão as normas constitucionais.

Com relação à segunda situação mencionada acima, há casos em que, claramente, por opção política, o legislador deixa de regulamentar determinada matéria. Porém, aqui, não por entendê-la desimportante, mas sim por entender que a intervenção dele, legislador, é inconveniente.

Isto se dá, por exemplo, nos casos em que, vigorando exacerbado ideário liberal, rejeita-se quase que por completo a intervenção estatal. Quanto a isto, situação concreta é o movimento que vem sendo construído no Brasil de estabelecimento de uma acentuada divisão entre contratos civis e empresariais, estes últimos imunes “a intervenções jurídicas e a todas aquelas novas construções inspiradas na tábua axiológica da norma fundamental da ordem jurídica brasileira”.<sup>28</sup>

Para além da manifesta discordância em relação à metodologia civil constitucional, o posicionamento daqueles que sustentam uma espécie de imunidade dos contratos empresariais parece incorrer em insanável ilogicidade. Afinal, uma coisa é partilhar do posicionamento segundo o qual a constituição não ocupa o cume do ordenamento, de modo que, por consequência, não será ela a incidir nos contratos empresariais. Repetindo, tal posicionamento, em que pese contrariar a metodologia civil constitucional, guarda uma lógica interna. Parte-se de uma premissa equivocada, mas da qual, necessariamente, pela lógica, se chega à conclusão segundo a qual as normas e princípios constitucionais não se aplicariam aos contratos empresariais. Chegou-se, nesse exemplo, à conclusão equivocada pelo fato de as premissas terem sido, igualmente, equivocadas. Mas a lógica interna do raciocínio é perfeita. Porém, reconhecer a centralidade da constituição, mas reconhecer a sua incidência somente em parte do ordenamento é, indubitavelmente, um raciocínio que não se sustenta em nenhuma circunstância, por padecer de ilogicidade interna. Ou seja, das premissas das quais se parte, não há hipótese de se chegar à conclusão preconizada. Isto porque, se a constituição ocupa a centralidade do ordenamento, os princípios e valores que dela irradiam irrigam a totalidade do ordenamento, não devendo haver, portanto, zonas de sombra, quanto mais se estabelecidas pelo legislador ordinário. Entender diversamente, isto é, entender no sentido de que há áreas de sombra, é inverter a lógica do sistema, com o legislador infraconstitucional condicionando e conformando a incidência das normas constitucionais.

Não se pode confundir as situações acima com aquelas nas quais o legislador infraconstitucional não legisla quer por esquecimento, quer por não ter previsto determinada matéria. Aí, não se está falando de espaço de não direito, mas sim de uma lacuna. Nesses casos, em se entendendo que a constituição não ocupa o papel central do ordenamento, a própria legislação indica os instrumentos por meio dos quais tais lacunas serão superadas – como aqueles previstos no art. 4º da LINDB.

---

<sup>28</sup> SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil constitucional. *IBDCivil*, v. 10, p. 21, 2016. Disponível em: <[https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume10/rbdcivil\\_vol\\_10\\_02\\_doutrina-nacional\\_uma-agenda.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume10/rbdcivil_vol_10_02_doutrina-nacional_uma-agenda.pdf)>. Acesso em: 04 out. 2017.

Sendo assim, o simples fato de se entender necessário lançar mão dos critérios de superação de lacunas em determinada matéria já as afasta, automaticamente, dos espaços de não direito.

Entretanto, em se entendendo que a Constituição ocupa a centralidade do ordenamento, as lacunas da legislação devem ser supridas por meio daquilo que indica a constituição.

Mas a incidência da constituição não se resume às situações de lacuna. Afinal, mesmo quando há uma previsão legal específica para a hipótese, as normas constitucionais incidem sobre o caso. Daí a afirmação de Gustavo Tepedino:

A este respeito, deve-se observar que o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição. Tal realidade, reduzida por muitos a fenômeno de técnica legislativa, ou mesmo à mera atecnia, revela profunda transformação dogmática, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública. Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas francas para a autonomia privada. A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional.<sup>29</sup>

Há uma explicação racional para a supremacia axiológica da constituição. Na realidade, ela exprime os consensos mínimos da sociedade. A constituição, especialmente aquela que estabelece o Estado Democrático de Direito e é oriunda de um processo constituinte originário, como é a de 1988, é o elemento fundador da racionalidade social e política<sup>30</sup>, refletindo a concepção de sociedade da época em que editada.

E essa inauguração, por uma constituição, de um novo estado de coisas se dá de maneira bastante evidente na medida em que a nossa constituição sucedeu constituição autoritária. Então, dizer que a Constituição de 1988 funda uma racionalidade social e política talvez se torne mais fácil, em virtude do regime autoritário anterior. Ocorre que essa afirmação sempre se justifica, mesmo que seja um regime democrático superando um outro período democrático. Isto porque deve-se ler a constituição como a fundação de uma racionalidade adequada ao momento. Nesse sentido, sustenta Pietro Perlingieri:

<sup>29</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo 3, p. 5.

<sup>30</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 214-215.

Dever do jurista, e especialmente do civilista, é ‘reler’ todo o sistema do código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais [...], de forma a individuar uma nova ordem científica que não freie a aplicação do direito e seja mais aderente às escolhas de fundo da sociedade contemporânea.<sup>31</sup>

A racionalidade instaurada pela constituição é a única adequada para aquele momento histórico. Ainda que pudessem ocorrer outros pactos possíveis, a constituição representa o pacto vigente. Dessa forma, não há “pactos” vigentes, mas sim um único “pacto” vigente<sup>32</sup>, que deve ter, portanto, a máxima eficácia. Ilógico, então, enfraquecer a constituição, sob pena de se conceber a efetivação de algo que não corresponde ao pacto nela corporificado. Daí a constituição como ocupante do ápice do ordenamento.

E a consequência lógica da colocação da constituição na posição de cume do ordenamento, com o fortalecimento de sua normatividade, é a incidência de seus princípios e valores por todo o ordenamento, devendo as leis que lhe estão abaixo ser interpretadas à luz daqueles. Confere-se, assim, unidade e completude ao sistema. Mais uma vez, recorre-se à lição de Gustavo Tepedino:

[...] como antes demonstrado, as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando os seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema. Se assim não fosse, o ordenamento restaria fragmentado, decompondo-se o sistema por força da pluralidade de núcleos legislativos que substitui, no curso do tempo, o sistema monolítico da codificação oitocentista.<sup>33</sup>

Como se percebe do trecho transcrito, a constituição preenche todas as “fendas legislativas”, tornando unitário o ordenamento. Sendo assim, não se concebe a existência de espaços desprovidos de incidência da constituição. Daí é que Pietro Perlingieri sustenta a relevância jurídica de todo e qualquer fato concreto. Nesse sentido:

O fato concreto é sempre juridicamente relevante; não sempre, todavia, a norma lhe atribui consequências jurídicas tangíveis, que podem ser individuadas de modo específico e determinado como o nascimento, a aquisição, a extinção, a modificação de uma de uma situação subjetiva [...].

[...]

Fato juridicamente relevante não é somente aquele produtor de consequências jurídicas que podem ser bem individuadas, mas qualquer fato, enquanto expressão

<sup>31</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 137.

<sup>32</sup> HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13.

<sup>33</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo 3, p. 8.

positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou de princípios presentes no ordenamento. Não existe fato que não tenha uma valoração expressa ou implícita no âmbito do ordenamento.<sup>34</sup>

O raciocínio de Pietro Perlingieri é absolutamente lógico. Afinal:

- a) a constituição se localiza no ápice do ordenamento;
- b) ela tem força normativa;
- c) seus princípios e valores são aplicados à totalidade do ordenamento;
- d) ela confere unidade ao sistema, impedindo que este se apresente de forma fragmentada e entender de forma diferente contrariaria a própria noção de sistema;
- e) se há unidade do ordenamento, não há “fendas” legislativas;
- f) se não há “fendas” legislativas, todos os fatos terão uma valoração, ainda que não expressa, no ordenamento.

Inconcebíveis, portanto, os espaços de não direito. Mesmo fatos corriqueiros, tais como a escolha da cor de uma camisa ou do sabor de um sorvete – exemplos já citados anteriormente – configuram-se emanações de princípios e valores constitucionais, como, por exemplo, a liberdade.

E mesmo naquelas situações em que se pretende conferir um maior espaço à autonomia privada, isto é, um maior espaço a que os particulares regulem seus interesses, o que aí ocorre é a conferência de tal espaço pelo próprio ordenamento. Vale dizer: não é um espaço imune à incidência do direito, mas sim um espaço no qual o próprio direito confere aos particulares um campo maior de ação. Isto não impede que, extrapolado esse campo de ação conferido pelo ordenamento, as normas constitucionais sejam invocadas pela parte eventualmente prejudicada. Assim, é a própria constituição que confere, em determinados campos, um maior espaço de autorregulamentação aos particulares, maior espaço este fundado em seus próprios princípios e valores, tais como a Liberdade, prevista no seu art. 5º, *caput*, e a Livre Iniciativa, prevista no seu art. 170, admitindo-se a invocação de eventuais princípios e valores contrapostos no caso concreto.

Não há, pois, fatos irrelevantes para o direito.

Assentado o fato de que a constituição ocupa o ápice do ordenamento, espraçando seus princípios e valores para a totalidade do ordenamento e impedindo a existência de espaços de não direito, resta saber se suas normas se aplicam direta ou indiretamente às relações privadas. É o que se analisará adiante.

---

<sup>34</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 90.

### 3. APLICAÇÃO DIRETA X INDIRETA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

Como se viu, a constituição incide sobre todo o ordenamento, não permitindo que, no espaço compreendido entre as diferentes leis setoriais, sejam verificados espaços de não direito. Diante dessa premissa, afigura-se claro, já de início, esse campo de aplicabilidade imediata da constituição, isto é, quando se verifica a ausência de norma infraconstitucional reguladora das relações em questão. Ou seja, considerando-se a constituição como autêntica norma, ilógico é entender que ela somente incidiria mediante a edição de uma norma infraconstitucional.<sup>35</sup> Pensar o contrário seria ferir de morte a normatividade da constituição. Isto porque, em última análise, quem definiria o grau de normatividade da constituição seria o legislador ordinário, isto é, as normas constitucionais somente seriam aplicadas por intermédio de lei editada pelo próprio legislador. Tal situação não condiz com a posição de supremacia da constituição.

Logo, a partir das premissas até aqui adotadas, pode-se entender evidente que a constituição se aplica diretamente aos fatos jurídicos que deixaram de ser contemplados na legislação ordinária. Resta analisar, contudo, os casos em que o legislador infraconstitucional, de fato, editou normas disciplinadoras da matéria. Logo, se determinada relação jurídica é abarcada por legislação infraconstitucional, deve-se investigar como se dará a incidência, nesses casos, da constituição. Vale dizer: deve ser verificado se sua aplicação será direta (imediate) ou indireta (mediata)?

E a fim de estabelecer as bases para a resposta à indagação acima, devem ser retomadas algumas ideias já expostas no presente trabalho, mormente no que se refere à visão tradicional da posição da constituição no ordenamento. Lembre-se de que em um contexto no qual se pretendia o direito civil como algo permanente, neutro e completo, pouquíssimo espaço se abria para a incidência da constituição nas relações civis. E essa afirmação decorre da própria lógica do referido ideário: se o direito civil é completo, regula de forma suficiente as relações por ele tratadas, não sendo necessário recorrer a diplomas outros.

Decorre daí a ideia de que a constituição constituiria um simples limite em relação às normas ordinárias. Desta forma, se não afrontassem interesses constitucionalmente protegidos, as normas ordinárias ganhariam vida autônoma, a incidir sobre as relações jurídicas independentemente da constituição. Com isso, somente em situações de falta de legislação específica é que a norma constitucional incidiria,

---

<sup>35</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

ou seja, de forma meramente residual.<sup>36</sup> Certamente que tal concepção torna rarefeita a normatividade da Constituição.

E no que tange à eficácia indireta, Daniel Sarmento, tratando especificamente dos direitos fundamentais, apresenta algumas de suas principais características daquela ao afirmar que “cabe antes de tudo ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina nas relações privadas que se refere compatíveis com os valores constitucionais”.<sup>37</sup>

Note-se do trecho acima que, para os adeptos da eficácia indireta, mesmo no que se refere aos direitos fundamentais, haveria a necessidade de uma participação do legislador ordinário a fim de possibilitar a fruição dos referidos direitos.

Deve ser analisada, ainda, a tese de que, além de ser limite, a constituição seria, também, um parâmetro interpretativo, isto é, seria “além de [...] um limite à norma ordinária, uma expressão de princípios jurídicos gerais a serem utilizados somente em sede de interpretação de enunciados normativos ordinários”.<sup>38</sup> Observe-se que isto já representa algum avanço em relação à tese de que a constituição funcionaria, apenas, como um limite ao legislador ordinário. Contudo, tal avanço é, ainda, muito tímido, já que coloca a constituição em uma posição meramente passiva. Deve-se deixar assentado que conferir alto grau de normatividade à constituição é incompatível com a ideia de que suas normas são, apenas, uma regra hermenêutica, já que não são utilizadas plenamente “as potencialidades das normas constitucionais”.<sup>39</sup>

No direito estrangeiro, mais especificamente em Portugal, também são encontradas vozes a advogar a aplicação indireta da constituição às relações privadas. Uma das mais qualificadas nesse sentido é a de Carlos Alberto da Mota Pinto, para quem:

Parece conveniente e suscetível de conduzir a resultados mais razoáveis que a aplicação das normas constitucionais e actividades privadas se faça em primeira linha com referência a instrumentos e regras próprias do direito civil. Assim se chama a atenção para a necessidade de atenuações à plena afirmação de um ou outro princípio constitucional, isoladamente considerado, por força de princípios fundamentais de direito

<sup>36</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

<sup>37</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 308.

<sup>38</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

<sup>39</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

privado, também eles consagrados na Constituição (ou, pelo menos, conformes a ela): por exemplo, o princípio da igualdade do cidadão não pode prevalecer, antes tem que ceder, sobre a liberdade contratual [...].<sup>40</sup>

Nota-se do trecho acima que as normas constitucionais, para produzirem melhores resultados segundo o referido autor, deverão ser remetidas a regras próprias do direito civil. Assim, as normas constitucionais conformariam a legislação infra-constitucional, mas não seriam diretamente aplicadas às relações jurídicas privadas. Para o referido autor, entender diversamente seria prejudicial, na medida em que os preceitos constitucionais seriam por demais genéricos, dificultando a invocação de uma pretensão com base neles.<sup>41</sup>

Diante disso, Carlos Alberto da Mota Pinto sustenta que:

A aplicação das normas constitucionais à atividade privada faz-se:

- a) através de normas de direito privado que reproduzem o seu conteúdo [...];
- b) através de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, cujo conteúdo é preenchido com os valores constitucionalmente consagrados [...];
- d) em casos absolutamente excepcionais, por não existir cláusula geral ou conceito indeterminado adequado, uma norma constitucional reconhecadora de um direito fundamental aplica-se independentemente de da mediação de uma regra de direito privado.<sup>42</sup>

Note-se que Carlos Alberto da Mota Pinto, em que pese advogar a aplicabilidade indireta das normas constitucionais às relações privadas, possui um posicionamento moderado com relação ao tema. Isto porque, admite, ainda que em situações excepcionais, a aplicabilidade direta de referidas normas, conforme se infere da alínea c), acima.

Já sustentando a incidência direta das normas constitucionais às relações privadas, encontra-se José Joaquim Gomes Canotilho, para quem:

Hoje, é a própria constituição a prescrever a aplicabilidade directa: as normas constitucionais além de serem de direito actual no sentido acabado de precisar, valem também como normas de aplicação directa. Assim, por exemplo, o art. 18º/I da CRP [...] dispõe que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. O que significa, em termos jurídico-constitucionais, aplicabilidade directa?

---

<sup>40</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 75.

<sup>41</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 76.

<sup>42</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 74-75.

[...]

Aplicabilidade directa significa, desde logo, nesta sede – direitos, liberdades e garantias – a rejeição da “ideia criacionista” conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. [...].

Aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente de intervenção legislativa [...]. Significa também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição [...]. Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da constituição consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga [...]. Se se preferir, dir-se-á que a aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias implica a inconstitucionalidade superveniente das normas pré-constitucionais em contradição com eles.<sup>43</sup>

Canotilho é claro no sentido de rejeitar a tese de que as normas constitucionais dependeriam de um veículo – a lei – para incidir no caso concreto. Portanto, a intervenção do legislador não é uma condicionante para que as normas constitucionais incidam sobre as relações jurídicas.

O referido autor aponta, ainda, que a incidência da norma constitucional também se dá de forma direta sobre a lei, na medida em que induz à inconstitucionalidade das normas que lhe são divergentes. E se assim o é, parece claro que incidirá também diretamente sobre a relação jurídica a ser considerada. A norma constitucional regula, assim, a relação jurídica concreta. Pegue-se o exemplo de relação jurídica abrangida por lei inconstitucional: note-se que, nesse caso, não há a necessidade de haver a declaração formal da inconstitucionalidade da lei reguladora para que a Constituição passe a regular, diretamente, aquela relação jurídica. Não: desde o momento em que tal relação se constituiu ela já se encontrava regulada pela norma constitucional. O que conduz à incidência da norma constitucional não é o momento em que se reconhece uma patologia da legislação. Na realidade, tal incidência é inerente ao ordenamento.

Mas deve ser observada, ainda, uma situação diversa, isto é, aquela na qual a norma infraconstitucional reguladora do caso concreto não é inconstitucional. Veja-se que na hipótese anterior, determinada relação jurídica estaria regulada por lei cuja inconstitucionalidade foi suscitada. Portanto, desde o seu nascedouro a relação jurídica estava regulada pela constituição, independentemente da declaração formal da inconstitucionalidade da lei. Mas e nos casos em que a questão da inconstitucionalidade da lei sequer se coloca, isto é, quando nem sequer se cogita da

---

<sup>43</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1178-1179.

inconstitucionalidade da lei reguladora da relação jurídica concreta? Nesses casos, ainda assim subsistiria a incidência direta da Constituição sobre o caso concreto?

A resposta é positiva.

É importante deixar assentado que a participação do legislador ordinário é irrelevante para fins de se considerar se, no caso concreto, a aplicabilidade das normas constitucionais será direta ou indireta. Portanto, quer seja o legislador omissivo, quer tenha instituído lei inconstitucional, quer tenha instituído lei constitucional, a aplicabilidade da constituição à relação jurídica se dará de maneira direta. A razão principal para isto é o fato de ser essa a única solução que confere o máximo possível de efetividade às normas constitucionais, não se permitindo que ao legislador seja viável, de alguma forma, manipular a normatividade da constituição. Pensar diferente, isto é, admitir que os atos do legislador ordinário influenciem na aplicabilidade das normas constitucionais é condicionar a eficácia da constituição ao legislador ordinário, e não o contrário, isto é, a eficácia da constituição condicionar o legislador ordinário. O legislador ordinário é que definiria em que termos a constituição incidiria sobre o caso concreto. Seria, assim, subverter a lógica, já que aquilo que está no ápice do ordenamento seria condicionado por quem lhe está abaixo.

A subversão acima apontada da lógica seria a própria negação do ordenamento jurídico como sendo, de fato, um *ordenamento*. Deve-se levar em consideração que a existência de um *ordenamento* leva em consideração o fato de que coexistem diversas normas, de diversos graus hierárquicos e de distintos campos de incidência. Tais diferentes normas devem coexistir de maneira harmônica, sob pena de se ter um amontoado disforme de diplomas legislativos, sem uma interconexão coerente. Daí a afirmação de Gustavo Tepedino:

Se o conceito de ordenamento pudesse se reduzir ao conjunto de normas de um mesmo nível hierárquico, poder-se-ia admiti-lo como um universo técnico homogêneo e fechado em si mesmo. Sendo, ao contrário, o ordenamento jurídico composto por uma pluralidade de fontes normativas, apresenta-se necessariamente como sistema heterogêneo e aberto; e, daí a sua complexidade que, só alcançará a unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade.<sup>44</sup>

Se é a constituição que faz com que o ordenamento jurídico seja entendido como tal, os valores e princípios dela emanados incidem diretamente sobre a totalidade daquele. Entender diversamente ou seja, pela aplicabilidade meramente indireta, acarretaria as seguintes consequências:

---

<sup>44</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo 3, p. 9-10.

- a) em caso de omissão do legislador, a inaplicabilidade das normas constitucionais; e
- b) em caso de atuação do legislador, a existência de um anteparo postado entre a Constituição e a relação jurídica, impedindo que as normas constitucionais cheguem à superfície.

Ambas as situações são inconcebíveis, já que o legislador ordinário, em ambos os casos, é que definiria o grau de força normativa da constituição.

E a aplicabilidade direta das normas constitucionais às relações privadas já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Exemplo disto pode ser encontrado na decisão prolatada no RE 201819/RJ<sup>45</sup>, que versa sobre situação na qual um

---

<sup>45</sup> “EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido

associado foi excluído da União Brasileira de Compositores, sociedade civil sem fins lucrativos. No caso em questão, foi decidido que referida exclusão não poderia ocorrer sem a observância do contraditório e da ampla defesa. Entendeu-se que a autonomia privada não teria o condão de afastar a incidência das normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais dos associados, significando isto a incidência direta das normas constitucionais na relação privada mantida entre o associado e a União dos Compositores Brasileiros.

Outro exemplo pode ser encontrado na decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada no RE 161243/DF<sup>46</sup>, que versou sobre caso de empregado brasileiro da empresa aérea Air France, que pleiteou fosse aplicado a ele o Estatuto Pessoal da Empresa. O referido estatuto conferia vantagens aos empregados, porém só era aplicado àqueles de nacionalidade francesa. Assim, sob argumento do princípio da igualdade, o Estatuto Pessoal da Empresa também foi aplicado em favor do empregado brasileiro. Nota-se que a política interna de pessoal da empresa não deve se sobrepor aos direitos fundamentais previstos na constituição.

Verifica-se que, em ambos os casos, a autonomia privada não foi aniquilada. Isto porque, ela prevaleceu até o momento em que se verificou uma violação a

---

processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 201.819/RJ*. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 11/10/2005. Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação: *DJ 27/06/2006*).

<sup>46</sup> “EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. *CF*, 1967, art. 153, § 1º; *CF*, 1988, art. 5º, *caput*. I. – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: *CF*, 1967, art. 153, § 1º; *CF*, 1988, art. 5º, *caput*). II. – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. – Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. – R.E. conhecido e provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 161243/DF*. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 29/10/1996. Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação: *DJ 19/12/1997*).

princípio que lhe era, concretamente, contraposto. No primeiro caso, isto se deu em relação à ampla defesa e ao contraditório; já no segundo, isto se deu em face da igualdade.

Nota-se que a incidência direta das normas constitucionais nas relações privadas não fulmina a autonomia das partes, mas, apenas, a compatibiliza com outros princípios que, no caso concreto, podem prevalecer.

## CONCLUSÃO

Inicialmente, foi feito um breve histórico da evolução do direito civil, partindo-se da concepção outrora vigente de que o sistema se centrava no código civil. Abordou-se a questão da ideologia individualista e voluntarista que permeou referido ideário e pretendia conferir estabilidade e segurança às relações privadas, livre de interferências externas. Consequência disto foi a pretensão de completude e perenidade do código civil. Com a sua completude, pretendeu-se conferir uma autossuficiência ao sistema nele concretizado. Já com a sua permanência, pretendeu-se manter as relações civis livres da influência das vicissitudes próprias da sociedade, tais como guinadas políticas repentinas e revoluções, que representariam um fato de instabilidade às relações privadas.

Consequência dessa visão do direito civil era o afastamento da incidência da constituição sobre as relações privadas. A incidência da constituição se dava mais sobre o legislador, mormente no que se refere à concepção da estrutura do Estado. E mesmo com relação à superação de lacunas do sistema, primordialmente estas eram resolvidas dentro do próprio sistema do código civil, que se pretendia fechado.

Fase seguinte dessa evolução se deu no contexto da complexificação das relações sociais, principalmente com o advento da revolução industrial. O sistema centralizado no código já não mais dava conta das necessidades da sociedade, de modo que foi iniciada a fase da edição das legislações extravagantes. Se, em um primeiro momento, as legislações setoriais somente se prestavam a regular matérias episódicas não contempladas no código, em um momento posterior a profusão de novas legislações específicas fez com que o código civil perdesse a centralidade, reservando-se a ele somente a disciplina do direito comum.

Também na esteira da maior complexidade das relações sociais, notou-se que não só o Estado seria uma ameaça a direitos dos particulares, mas, também, outros particulares. Então, foi percebida a necessidade de maior intervenção do Estado para responder aos reclamos daí decorrentes. Começaram, assim, a surgir as constituições de maior cunho social, inaugurando essa fase a Constituição de Weimar, de 1919. Essa tendência se acentuou após a Segunda Grande Guerra, com a edição

de constituições que traziam em si normas de caráter social bastante acentuado, tais como a da Itália, de 1948; da República Federal da Alemanha, de 1949; de Portugal, de 1976; e a do Brasil, de 1988. Todas elas corporificaram uma mudança de paradigma axiológico do individualismo para o solidarismo.

Em um cenário no qual coexistem a constituição com acentuado cunho normativo, leis extravagantes e códigos, foi preciso estabelecer a forma de interconexão lógica entre eles. Daí a concepção da constituição como o elemento central do sistema, a espalhar seus princípios e valores por todo o ordenamento, sistematizando-o e conferindo unidade a ele.

E a colocação da constituição, com força normativa, no ápice do ordenamento, acabou por tornar ilógica qualquer tese que sustente a existência de espaços de não direito. Afinal, os princípios e valores constitucionais são aplicados à totalidade do ordenamento. A totalidade do ordenamento será informada pelos mesmos princípios e valores, conferindo-se unidade ao sistema, impedindo-se que esse se apresente de maneira fragmentada. Aliás, eventual fragmentação seria a própria negação das noções de sistema e ordenamento.

Na inexistência de fragmentação, a decorrência lógica é a inexistência de “fendas” legislativas. Sendo assim, todos os fatos, por mais prosaicos que sejam, terão uma valoração jurídica, ainda que não expressa no ordenamento. Não há, portanto, fatos irrelevantes para o direito.

Por fim, foi analisada a questão acerca da forma pela qual se dá a incidência da constituição nas relações privadas. Já de plano, o fato de não haver fendas legislativas já leva à conclusão de que, ao menos nos espaços deixados pelo legislador ordinário, os valores e princípios constitucionais incidem de forma direta.

O passo seguinte foi analisar se a incidência direta também ocorre mesmo nos casos em que o legislador ordinário não se encontra omissos. E tal omissão se dá, basicamente, em suas situações. A primeira delas, é aquela em que o legislador ordinário, embora não tendo sido omissos, instituiu lei inconstitucional. Nesse caso, foi a própria incidência direta das normas constitucionais que conduziu à inconstitucionalidade da lei. Entendeu-se por inconstitucional a lei exatamente pelo fato de ela ter caminhado contrariamente a um preceito constitucional. E se não há fendas legislativas, mesmo antes de ocorrer a declaração formal de inconstitucionalidade, a relação jurídica já é regulada pela norma constitucional.

A segunda situação a ser considerada é aquela na qual o legislador não foi omissos, regulando determinada matéria mediante lei constitucional. Nesse caso, ainda assim não há que se falar em incidência indireta da constituição. Caso contrário, conduzir-se-ia a uma situação de enfraquecimento da força normativa da

constituição. Afinal, em última análise, seria atribuir ao legislador ordinário a definição acerca do grau de força normativa da constituição em cada caso. Isto consistiria uma subversão do sistema, eis que a eficácia da lei maior seria conformada por alguém que lhe está abaixo.

Assim, reafirma-se que a tábua de valores constitucionais se aplica à totalidade do ordenamento, independentemente, para tanto, de considerações acerca da atuação do legislador ordinário.

## REFERÊNCIAS

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 3-20.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, p. 729-755, 1998.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_272.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2017.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 293-365.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5-24.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil constitucional. *IBDCivil*, v. 10, 2016. Disponível em: <[https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume10/rbdcivil\\_vol\\_10\\_02\\_doutrina-nacional\\_uma-agenda.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume10/rbdcivil_vol_10_02_doutrina-nacional_uma-agenda.pdf)>. Acesso em: 04 out. 2017.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, v. 5, n. 4, p. 167-175, 2003-2004. Disponível em: <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo 2, p. 21-46.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo 3, p. 3-19.

TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8788-8787-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.

---

# TOMADA DE DECISÃO APOIADA E SUA CORRELAÇÃO COM INSTITUTOS AFINS

*Joyceane Bezerra de Menezes\**

**Sumário:** Introdução – 1. Conceito e fundamentação jurídica – 2. Aproximação com figuras como a autotutela, o mandato e a diretiva antecipada de vontade – 3. Negócio jurídico homologado pela via da jurisdição voluntária; 3.1. Da legitimidade ativa; 3.2. Dos apoiadores; 3.3. Do objeto do apoio; 3.4. Efeitos perante terceiros; 3.5. Do encerramento; 3.6. Da coexistência com a curatela – Conclusões – Referências.

## INTRODUÇÃO

Representa uma novidade no sistema jurídico brasileiro. Trata-se de medida de apoio ao exercício da capacidade, instituída pela Lei n. 13.146/2015 (*Estatuto da Pessoa com Deficiência* ou *Lei Brasileira de Inclusão*) para atender aos ditames da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – CDPD. O instituto representa a mudança funcional operada no sistema de proteção à pessoa com deficiência que migra de um modelo centrado na representação e substituição da vontade para um modelo firmado no apoio ao exercício da autonomia.

Aquele que possui alguma limitação natural, qualificável como deficiência, poderá pleitear a tomada de decisão apoiada para que passe a receber o suporte

---

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora titular da Universidade de Fortaleza. Programa de Pós-Graduação *Strictu Senso* em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza, na Disciplina de Direitos de Personalidade. Professora adjunto da Universidade Federal do Ceará. Coordenadora do Grupo de Pesquisa CNPQ: *Direito Constitucional nas Relações Privadas*. Fortaleza, Ceará, Brasil. E-mail: <joyceane@unifor.br>.

adequado dos apoiadores. A decisão apoiada está no centro do sistema de apoio que visa favorecer e facilitar o exercício da capacidade jurídica (art. 12), em vez de seguir a solução proposta pela substituição de vontade, na qual o representante legal emite a sua própria vontade na formação dos negócios jurídicos que afetam a vida do representado. Embora ainda seja possível a curatela que conjuga os poderes de representação, esta medida somente deverá ser adotada em caráter extremo e subsidiário, bem temperada com as salvaguardas legais tendentes à proteção dos direitos humanos e fundamentais do curatelado.

A decisão apoiada é consolidada por meio de um negócio jurídico homologado em processo de jurisdição voluntária. A pessoa que requer o apoio, indica seus apoiadores, o objeto do apoio e o período de sua vigência, pleiteando a sua homologação judicial em um processo de jurisdição voluntária proposto perante às varas competentes para o conhecimento da curatela.

Sem exercer a função de representação ou assistência, cumpre aos apoiadores acompanhar o apoiado na conformação de sua vontade até a consolidação dos negócios jurídicos pertinentes ao objeto do apoio para prestar-lhe as informações e os esclarecimentos necessários, visando a que possa tomar uma decisão mais segura. Tal medida reconhece a legitimidade do apoiador para se insurgir judicialmente contra a consumação do negócio em formação pelo apoiado quando deste divergir, por entender que lhe trará graves prejuízos. Opondo-se judicialmente à formação do negócio, instará ao juiz para que decida, após oitiva do ministério público, se o negócio será ou não consumado.

Mesmo com as suas características definidas em lei, a TDA vem sendo confundida com o mandato, a autocuratela, a diretiva antecipada de vontade. Não raro também, tem sido confundida com uma espécie de curatela branda. Em termos mais objetivos, vê-se que o instituto tem sido mal interpretado quanto ao seu aspecto funcional nuclear – a promoção da autonomia do apoiado. Trata-se de medida personalíssima, cuja legitimidade ativa para a requerer é exclusiva da pessoa que precisa do apoio. Somente se esta desejar e quando desejar poderá requerer uma TDA. Jamais poderá o juiz converter um pedido de curatela em TDA ou admitir que terceiro a requeira, ainda que seja o ministério público. Em virtude dessas questões, este artigo apresenta a sistematização dos contornos conceituais do instituto, explicando as diferenças específicas que guarda em relação às figuras jurídicas com as quais possa ter alguma semelhança.

## 1. CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Pode-se dizer que a tomada de decisão apoiada retrata muito bem o *slogam* “independente mas não só”, bandeira de chamada do “*Independent Living Movement*

*and Disability Rights*”, movimento social que nasceu nos Estados Unidos, na década de 70, para fomentar e promover o direito das pessoas com deficiência a uma vida independente.<sup>1</sup> Instituída pela Lei n. 13.146/2015.<sup>2</sup> Segue a *ratio* dessa Convenção que reconhece a liberdade, a autonomia e a independência dessas pessoas para realizarem as suas próprias escolhas, atribuindo-se-lhes a capacidade jurídica, em igualdade de condições com as demais, ainda que lhes seja necessário assegurar algum tipo de apoio (art. 12, item 2, CDPD).

De acordo com o art. 1.783-A e incisos ao Código Civil Brasileiro, constitui *um acordo de apoio judicialmente homologado a partir da provocação exclusiva da própria pessoa que entende dele necessitar*.<sup>3</sup> Como se trata de uma medida a ser pro-

<sup>1</sup> A discussão sobre “sujeitos de direitos” tem sido recobrada nos últimos anos com a maior reflexão sobre os direitos humanos. Estudos sobre cidadania e não discriminação questionam a posição que certos grupos de pessoas, a exemplo das mulheres, das crianças e das pessoas com deficiência ocupam no âmbito do Direito, notadamente quanto ao *status* da capacidade civil. Não raro, a capacidade civil se interpôs para mitigar ou negar o exercício de direitos humanos intransmissíveis e personalíssimos. É nesse cenário que a deficiência tem assumido destaque nos debates jurídicos a ponto de ser objeto de atenção legislativa em alguns países. Sob a proposta do modelo social de abordagem da deficiência, a produção legislativa deve se pautar na busca da igualdade, buscando compreender a deficiência não como uma situação ou circunstância mas como um traço de identidade (ROIG, Rafael Asís. Sobre capacidade y derechos. In *Perspectivas actuales sobre los sujetos de derechos*. AVILÉS, María del Carmen Barranco; ANGÓN, Oscar Celador y FERNANDEZ, Félix Vaca (Coord.). Dickinson: Madrid, 2012, p. 38-39).

<sup>2</sup> A tomada de decisão apoiada foi introduzida ao PL no.7.699/2006, por meio da Ementa de Plenário no.05/2014, assinada pelo então Deputado Federal mineiro, Eduardo Barbosa (PSDB), sugestão acatada pela relatora do projeto naquela Casa, Deputada Federal Mara Gabrielli (PSDB-SP) e aprovada pela unanimidade dos votos dos presentes. Na justificativa apresentada pelo Deputado, tem-se a menção expressa ao art. 18, da Convenção que evoca a necessidade de se estruturarem mecanismos aptos a realização da máxima autonomia da pessoa. *In verbis*: “No caso da pessoa com deficiência, muitas vezes em razão de impedimentos corporais ou de barreiras socioambientais, é preciso buscar apoio de forma mais explícita. Nesse contexto, para possibilitar à pessoa com deficiência o exercício pleno de seus direitos de cidadania, a CDPD declara, expressamente, a possibilidade de obtenção de apoio, sem que essa relação de dependência caracterize inferioridade em relação às demais pessoas. Fundamentada nos princípios gerais que a norteiam, entre os quais se destacam a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade e o respeito pela diferença, a Convenção inova no art. 12 ao asseverar que todas as pessoas com deficiência têm capacidade legal, inclusive para exercer seus direitos e cumprir seus deveres.” (Diário da Câmara dos Deputados. Ano LXX, n. 31, 06 de março de 2015, p. 163).

<sup>3</sup> Neste sentido, a decisão do TJRS é firme em sustentar a legitimidade exclusiva da pessoa para requerer a TDA. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INTERDIÇÃO. CAPACIDADE CIVIL. EXISTÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. TOMADA DE DECISÃO

posta judicialmente, há necessidade de representação do proponente por meio de um advogado público ou privado. Diz o dispositivo,

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é (1) o processo pelo qual (2) a pessoa com deficiência (3) elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, (4) para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Embora seja destinada exclusivamente à pessoa com deficiência, conforme se pode extrair da própria justificativa para a introdução do instituto na lei (nota de rodapé n. 1), entende-se possível a sua aplicação às pessoas idosas e àquelas que sofrem os efeitos da adição por álcool e/ou outras drogas. Sujeitos que ainda possuem capacidade civil mas que, em virtude de dificuldades individuais específicas, necessitariam de um apoio mais objetivo. Nesse aspecto, a TDA funcionaria como uma alternativa à antiga curatela sem interdição assentada no art. 1.780, revogado recentemente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Muito embora dela distinta porque também não se presta à representar ou a assistir.

Sem restringir a capacidade civil da pessoa que a requer, a TDA, do contrário, consiste na implementação de um apoio ao melhor exercício da autonomia seja na seara existencial ou patrimonial, nos termos que for fixado pelo projeto de apoio requerido. Não implica em assistência ou representação tampouco em transferência de atos de gestão, mas no apoio. Se o sujeito necessitar de assistência ou representação relativamente à prática de determinados atos da vida civil já não poderá se valer, para esse fim, da tomada de decisão apoiada. A solução mais apropriada ao seu caso será a da curatela.

## **2. APROXIMAÇÃO COM FIGURAS COMO A AUTOCURATELA, O MANDADO E A DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE**

A tomada de decisão apoiada não se confunde com a autocuratela, o mandato (CC, art. 653) ou com a diretiva antecipada de vontade (Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1995/2012.). Relativamente a essas figuras, o

---

APOIADA. DESCABIMENTO, NO CASO. 1. No caso, deve ser mantida a sentença de improcedência do pedido de interdição, porquanto a prova pericial atesta a capacidade do réu para a prática dos atos da vida civil. 2. Considerando que a legitimidade para requerer a tomada de decisão apoiada é exclusiva da pessoa a ser apoiada (inteligência do art. 1.783-A do CCB), não possui a apelante legitimidade ativa para requerê-lo, sopesado que o réu é pessoa capaz. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível n. 70072156904, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 09/03/2017).

principal fator distintivo que demarca a singularidade da TDA está no próprio aspecto formal.

A autocuratela pode ser compreendida um negócio jurídico atípico, não solene, de iniciativa da própria pessoa, fruto de sua autonomia negocial, no qual constam decisões pertinentes às questões específicas de sua vida patrimonial e existencial a serem aplicadas na hipótese de perder a capacidade volitiva (TEIXEIRA, 2016, p. 321). Dentre essas decisões inclui-se a nomeação do curador e os poderes específicos que este deve receber para representá-lo ou assisti-lo.

Embora seja um negócio não-solene, recomenda-se a sua feitura por meio de escritura pública para fortalecer a prova de sua veracidade, ao tempo em que tiver de ser cumprida. Pois, à semelhança da Diretiva Antecipada de Vontade, a autocuratela expressa uma autonomia prospectiva, usando a expressão da própria autora (2016, p. 326), voltada a produzir efeitos no futuro, ante o acontecimento de um evento incerto como a superveniente ausência de discernimento.

Nessa mesma direção, a autotutela é permitida no direito civil Espanhol, como uma alternativa muito adequada às pessoas que tem a consciência de uma saúde mental comprometida a médio prazo por uma doença degenerativa. Para defender esse direito, o espanhol Eloy Sánchez Torres tomou como referência o caso reconhecido pelos tribunais russos que analisou o caso de um jovem diagnosticado com uma doença degenerativa.

Se trataba del caso de un joven ruso, Ivon Cnimzo, que sufría una enfermedad hereditaria degenerativa incurable ligada a la edad. El mismo día en que alcanzaba la mayoría de edad autorizó un documento privado en el que nombraba tutor a un vecino amigo suyo para el caso de que el temido momento de su locura aconteciera, como así ocurrió. En el documento dispuso que «por sí en mi naturaleza encuentra exteriorización en su día, la enfermedad, en mi probablemente latente, de mis padres, yo, ciudadano ruso, mayor de edad, declaro mi deseo de que si algún día es preciso..., sean mis tutores...»<sup>4</sup>

<sup>4</sup> “Tratava-se do caso de um jovem russo, Ivon Cnimzo, que sofreu uma doença hereditária degenerativa incurável ligada à idade. No mesmo dia em que atingiu a maioridade, ele assinou um documento privado, nomeando um vizinho amigo como tutor para representá-lo se acontecesse o momento de sua loucura, como aconteceu. No documento, dispôs que «Se na minha natureza encontrar a externalização da doença, antes provavelmente latente, desde os meus pais, eu, cidadão russo, de idade legal, declaro o meu desejo de que, se algum dia for necessário... seja meu tutor.” (Tradução nossa). HERNANDEZ, Angel Sanchez. El artículo 223.2º del Código Civil: La autotutela y su necesidad en nuestra sociedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 736, p. 861-886. Disponível em: <<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-civil-autotutela-necesidad-439674310>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

A ressalva é a de que o negócio puro e simples não opera, por si, a instituição da curatela. Para tanto, é necessária a propositura da ação de curatela e a juntada dessa manifestação de vontade anterior para que se faça a sua acolhida. Tudo sob o crivo do ministério público e do juiz. Foi exatamente assim que se fez em relação ao jovem russo acima mencionado.

Llegado el momento de locura, se planteó ante la justicia rusa la validez de tal estipulación: ¿una persona mayor de edad podía nombrar para el futuro a su propio tutor? La justicia resolvió reconociendo la legalidad del documento suscrito por Ivon Cnimzo, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales.<sup>5</sup>

Com a versão inicial do EPD, atribuiu-se ao art. 1.769, IV do Código Civil uma redação que admitia a legitimidade ativa da própria pessoa na propositura de sua curatela e, conseqüentemente, indicação do curador e respectivos poderes, configurando-se, portanto, uma espécie de *autocuratela*.<sup>6</sup> Sob uma ou outra perspectiva, a autocuratela é bem distinta da tomada de decisão apoiada, quanto ao fim e à forma.

Trata-se de um ato de autonomia prospectivo que visa a indicação de curador e os poderes a este transmitidos. Enquanto a TDA é um negócio jurídico de aplicação imediata, após a sua homologação judicial para um fim específico, nomear apoiador que não tem poderes de representação ou assistência, mas apenas o dever de apoiar nos termos que o acordo estabelecer. Nada obsta a que o termo de apoio possa ter uma cláusula específica de fixação da autocuratela, indicando, inclusive, os próprios apoiadores como curadores futuros. Esta solução foi acolhida como enunciado pela VIII Jornada de Direito Civil.

O mandato e a diretiva antecipada de vontade, por seu turno, são resultantes de um negócio jurídico não solene, enquanto a tomada de decisão apoiada se estabelece por meio de um negócio jurídico homologado judicialmente em procedimento de jurisdição voluntária. No aspecto material, a diferença continua haja vista que cada uma delas possui objeto específico e não coincidente.

---

<sup>5</sup> “No momento da loucura, a validade de tal estipulação foi questionada pela justiça russa: uma pessoa de idade legal pode nomear seu próprio tutor para o futuro? A justiça resolveu reconhecer a legalidade do documento assinado por Ivon Cnimzo, tanto em seus aspectos pessoais quanto de propriedade”. (Tradução nossa).

<sup>6</sup> Embora o Código de Processo Civil haja revogado esse dispositivo, entende-se que sob a perspectiva da legalidade constitucional, ainda seria possível se falar em autocuratela. Sobre esse tema, vale a leitura do capítulo escrito pela Professora Paula Greco Bandeira, intitulado “Notas sobre a autocuratela e Estatuto da Pessoa com Deficiência” (In: MENEZES, Joyceane B. *Direito da pessoa com deficiência nas relações privadas*. Processo: Rio de Janeiro, 2016, p. 569).

Nos contratos de mandato há a transmissão de poderes de representação contratual (art. 653 e segs. Código Civil) que não se observa no âmbito da tomada de decisão apoiada. Repisa-se que o acordo de decisão apoiada visa a conceder apenas o suporte necessário ao apoiado para que este possa realizar as escolhas mais seguras e adequadas aos seus interesses sem riscos de graves prejuízos. Não cabe ao apoiador agir em nome do apoiado, este continua sendo o protagonista das suas escolhas e o agente dos negócios jurídicos.

O apoiador é um facilitador que deve explicar melhor os termos o negócio e as suas consequências para que o apoiado tome decisões mais seguras. Diverge de um mero consultor porque terá legitimidade processual ativa para, por meio de oposição dirigida ao juiz, intervir na consolidação da avença se entender que esta trará graves riscos aos interesses existenciais ou patrimoniais do apoiado (art. 1.783-A, § 6º). No mandato, por sua vez, o outorgado age em nome do outorgante e, uma vez que aceitou essa representação, não tem o poder de discordar do conteúdo da vontade do mandatário para agir de modo distinto. Se assim ocorrer, o máximo que pode fazer é declinar dos poderes que lhes foram conferidos.

Regra geral, o mandato só transmite poderes de administração (art. 662, CC). A transmissão de poderes para alienar, hipotecar, transigir ou praticar quaisquer atos que transbordem da administração ordinária exigirá procuração com poderes especiais e expressos (art. 661, parágrafo primeiro, CC). Mandatos que tocam aspectos existenciais como os poderes para representar o nubente no requerimento e celebração do casamento, também exigem que a procuração seja específica (art. 1.542, CC).

Se o mandatário exceder os poderes outorgados ou agir contra eles, será considerado mero gestor de negócios, enquanto o mandante não lhe retificar os atos (art. 665). E quanto a esse aspecto, o gestor de negócios será pessoalmente responsável para com as pessoas com quem tratar (art. 861, CC) e para com o próprio dono do negócio (art. 863 e art. 866 e segs. CC).

A diretiva antecipada de vontade tem por objeto específico a garantia de se respeitar o desejo do paciente quanto ao tratamento que pretende ou não receber quando estiver sem condições de decidir livre e autonomamente sobre isso. Nos termos da Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, engloba o testamento vital e a representação de saúde. Por meio de testamento vital, a pessoa informa previamente o tipo de cuidados e tratamentos que deseja ou não receber e essa vontade deve ser respeitada quando ela já não estiver em condições clínicas para decidir. Poderá, de outro modo, apenas indicar um representante a fim de que este possa decidir em seu nome quando já não puder fazê-lo (art. 2º, § 1º).

Em nada esse instituto se assemelha à TDA. Exceto quanto ao fato de que a TDA pode estabelecer o apoio para decisões pertinentes à esfera da saúde do apoiado. Apoio mas não representação legal ou contratual. Nesse aspecto, caberá ao apoiador esclarecer todos os elementos circundantes às escolhas que o apoiado precisar fazer nesta seara. Mas mesmo assim, o apoiador não poderá, por isso, decidir em seu nome. Diferente da diretiva antecipada de vontade, a TDA somente subsistirá em seus efeitos enquanto a pessoa estiver no exercício da plena capacidade civil.

### 3. NEGÓCIO JURÍDICO HOMOLOGADO PELA VIA DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

O pedido de homologação do acordo de apoio para a tomada de decisão será dirigido ao juízo competente para conhecer da ação de curatela e nele constará: o objeto do apoio, o prazo de sua vigência, a designação de dois ou mais apoiadores que devem ser pessoas idôneas, da confiança do requerente e com quem este mantenha vínculos, bem como o compromisso destes apoiadores em respeitar a vontade, os direitos e os interesses da pessoa apoiada. Como se trata de um acordo de apoio, o requerente e os apoiadores devem assinar o termo.

À revelia da lei e da *ratio* da própria Convenção há quem entenda possível atribuir a iniciativa da TDA a um terceiro. Mas não é o caso. Nem o MP teria essa legitimidade,<sup>7</sup> tampouco poderia o juiz, de ofício, converter um pedido de curatela em decisão apoiada.

---

<sup>7</sup> O agravo de instrumento abaixo numerado, reformou decisão da juíza *a quo* que, dentre outras medidas, instava o Ministério Público a tomar providências cabíveis, inclusive, sendo o caso, a propositura da tomada de decisão apoiada ou a *interdição*. Relatório do Agravo dispõe: “Trata-se de agravo de instrumento interposto por BANRISUL em face da decisão que, nos autos da ação declaratória de nulidade de contratos e inexistência de débitos que lhe move ROSALVA FERNANDES VILLARINHO, assim dispôs: “Anote-se a tramitação preferencial. Defiro AJG. Trata-se de ação declaratória de nulidade de contratos e de inexistência de débito, em que a parte autora, diagnosticada com doença bipolar (perturbação maníaca) desde 1997, postula, em tutela provisória a suspensão de descontos na conta corrente ou na folha de pagamento da autora, referentes a lançamento de juros de cheque especial, compras com Banricompras, operações com cartão de crédito e seus respectivos juros, título de capitalização e seguros de vida deduzidos de sua conta, bem como para que a parte adversa se abstenha de impedir/bloquear o uso do cartão bancário da autora ou restrinja seu uso. É relato. Passo a decidir. Considerando que os empréstimos realizados pela autora podem comprometer a sua subsistência, bem como os fortes indícios de que ela seja portadora de doença mental grave, a priori, enquadrando-se no conceito de pessoa com deficiência, nos termos do art. 2º, da Lei n. 13.146/2015, é de ser deferida a tutela provisória pretendida, tendo em vista o perigo de dano, já que a autora reside

Nada obsta, porém, que o juiz, ao conhecer o pedido de curatela, possa denegá-lo e recomendar a solução da Tomada de Decisão Apoiada, se entender que esta seria a alternativa mais apropriada à situação.<sup>8</sup> Caso específico decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao examinar o pedido de curatela de uma pessoa deficiente visual, denegou a medida em virtude do verificado pleno discernimento do curatelando. Como o pleito tinha correlação com a exigência desarrazoada do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) da prévia *interdição* para conceder o benefício da assistência social (LOAS), o julgador recomendou a

---

em residencial geriátrico (fl. 25) e necessitada dos valores creditados em sua conta para promover o seu sustento, preservando-se o seu direito à saúde e à moradia, garantidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ante o exposto, DEFIRO a suspensão de descontos na conta corrente ou na folha de pagamento da autora, referentes a lançamento de juros de cheque especial, compras com Banricompras, operações com cartão de crédito e seus respectivos juros, título de capitalização e seguros de vida deduzidos de sua conta, bem como para que a parte adversa se abstenha de impedir/bloquear o uso do cartão bancário da autora ou restrinja seu uso, tudo sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00, a ser consolidada em 30 dias. Intimem-se. Cite-se o réu para contestar o feito, no prazo legal, tendo em vista o desinteresse na designação de audiência. 3. Após, remetam-se os autos ao Ministério Público, a fim de que promova as medidas cabíveis, verificando, se há pertinência em se promover a tomada de decisão apoiada, art. 1.783-A do Código Civil, ou a interdição. Dil. Legais. (...)”. O agravo foi acolhido, determinando-se a reforma a decisão interlocutória, sendo a ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATOS E INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS. INCAPACIDADE PARA OS ATOS DA VIDA CIVIL À ÉPOCA DA CONTRATAÇÃO. PROVA. AUSÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DOS ARTS. 300 E/OU 311 DO CPC/15. NÃO VERIFICADOS. MATÉRIA DE FATO. CASO CONCRETO. No caso, o suporte probatório constante neste recurso não é bastante para o deferimento da tutela antecipatória pleiteada, pois ausentes os requisitos previstos pelos arts. 300 e/ou 311 do CPC/15. Necessidade de oportunizar a parte demandada o contraditório.” AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento N. 70070005459, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em 13/07/2016). (TJ-RS – AI: 70070005459 RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Data de Julgamento: 13/07/2016, Décima Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/07/2016).

<sup>8</sup> Curatela – Interditanda idosa, deficiente física, com sequelas de AVC – Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade – Laudo pericial que aponta pela habilidade de prática dos atos da vida civil – Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento de curatela – Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima – Hipótese em que outros meios jurídicos, como o mandato ou tomada de decisão apoiada, se mostram mais adequados à pretensão da filha sobre a genitora e gestão de seus negócios – Sentença mantida – Recurso improvido. (TJ-SP – APL: 00062903320138260242 SP 0006290-33.2013.8.26.0242, Relator: Eduardo Sá Pinto Sandeville, Data de Julgamento: 02/06/2016, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/06/2016).

solução da Tomada de Decisão Apoiada, dizendo que esta já seria suficiente para aquele fim.<sup>9</sup> Ainda neste aspecto, discorda-se da solução apontada. Da tomada de decisão apoiada não se pode deduzir uma incapacidade laboral. Mas também não há, em todo o ordenamento jurídico, a exigência da prova da “incapacidade civil” para a concessão do benefício assistencial.

Poderia o juiz, nos autos da ação de curatela, entendendo a inadequação de uma medida tão extrema, antes de extinguir a ação, intimar a pessoa do curatelandado, para que este viesse a manifestar eventual interesse pela decisão apoiada e, seguidamente, apresentar um termo de acordo para homologação com os indicados apoiadores.<sup>10</sup> Não lhe é facultado, porém, determinar a conversão da curatela em TDA e à revelia do interessado.

A despeito da deficiência, a pessoa que requer a “decisão apoiada” NÃO SOFRE RESTRIÇÃO À SUA CAPACIDADE, mantém íntegras a sua capacidade volitiva e a sua autonomia, razão pela qual não se justifica a intrusão de um terceiro ou do Estado na sua vida pessoal e negocial para impingir-lhe um apoio que ela própria não quer receber.

---

<sup>9</sup> Curatela Interditando cego, em decorrência de *diabete mellitus*. Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade. Laudo pericial que aponta pelo discernimento do periciando. Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento de curatela. Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima. Termo de curatela de beneficiário com deficiência que não mais pode ser exigido pelo INSS Art. 110-A, da Lei n. 8.213/91. Hipótese em que outros meios jurídicos, como o mandato ou tomada de decisão apoiada, se mostram mais adequados. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP. APEL. n. 0056408-81.2012.8.26.0554. Relator Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville).

<sup>10</sup> Neste outro julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, afirmou-se a possibilidade de conversão da Ação de curatela em tomada de decisão apoiada, a depender da vontade da pessoa interessada após a devida intimação. Segundo o relator, “Assim, para os casos de processo de interdição e curatela em curso, a solução proposta é observar os limites impostos pelo novo Estatuto e consignar os limites de atuação do curador no termo de curatela. Ou ainda a conversão do procedimento para tomada de decisão apoiada, novo instituto acrescido pelo Estatuto, descrito no novel art. 1.783-A do Código Civil. Deste modo, faz-se necessário a adoção por uma ou outra medida. Entendo que o juízo de origem possui maior substrato para tanto, que deve concitar intimar as partes neste sentido.” A Ementa do julgado segue transcrita: “Apelação Cível. Interdição e curatela. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Conversão para tomada de decisão. Limites. Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência os processos de interdição em trâmite podem ser convertidos para tomada de decisão apoiada ou ainda consignado os limites da curatela. (Apelação, Processo n. 0001370-73.2015.822.0010, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator (a) do Acórdão: Des. Alexandre Miguel, Data de julgamento: 28/04/2016).

No documento intitulado “Observações finais sobre o informe inicial do Brasil”, o “Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” expressou a preocupação com o fato de algumas leis ainda utilizarem a lógica do sistema de substituição de vontade, em oposição ao que dispõe o art. 12, e que os procedimentos de apoio para a adoção de decisões requeiram aprovação judicial, desprestigiando a autonomia, a vontade e as preferências das pessoas com deficiência. *In verbis*,

Igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12)

4. Preocupa al Comité que algunas leyes del Estado parte sigan contemplando, en ciertas circunstancias, la sustitución en la adopción de decisiones, que es contraria al artículo 12 de la Convención, tal como se explica en la observación general núm. 1 del Comité (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley. **También le preocupa que los procedimientos de apoyo para la adopción de decisiones requieran aprobación judicial y que no primen la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad.**

5. El Comité insta al Estado parte a que derogue todas las disposiciones legales que perpetúen el sistema de la sustitución en la adopción de decisiones. También le recomienda que adopte, en consulta con las organizaciones de personas con discapacidad y otros proveedores de servicios, medidas concretas para reemplazar el sistema basado en la adopción de decisiones sustitutiva por otro basado en el apoyo a la adopción de decisiones que privilegie la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, en plena conformidad con el artículo 12 de la Convención. Le recomienda además que mantenga debidamente informadas sobre el nuevo marco legal a todas las personas con discapacidad que se encuentren bajo custodia, y que garantice en todos los casos el ejercicio del derecho al apoyo para la adopción de decisiones.<sup>11</sup>

**(grifo intencional)**

---

<sup>11</sup> “Igual reconhecimento como pessoa perante a lei (artigo 12). 4. O Comitê está preocupado com o facto de algumas leis do Estado-Parte continuarem a contemplar, em determinadas circunstâncias, a substituição na tomada de decisões, o que é contrário ao artigo 12º da Convenção, tal como explicado no comentário geral n. 1 do Comitê (2014) sobre reconhecimento igual como pessoa perante a lei. Também está preocupado que os procedimentos de apoio à decisão exijam aprovação judicial e que a autonomia, a vontade e as preferências das pessoas com deficiência não prevaleçam. 5. O Comitê insta o Estado Parte a revogar todas as disposições legais que perpetuam o sistema de substituição na tomada de decisões. Recomenda também que adote, em consulta com organizações de pessoas com deficiência e outros prestadores de serviços, medidas concretas para substituir o sistema, com base na substituição da tomada de decisões, por outro com base no apoio à tomada de decisões que privilegia a autonomia, a vontade e preferências das pessoas com deficiência, em pleno cumprimento do artigo 12 da Convenção. Também recomenda que se mantenha todas as pessoas com deficiência sob custódia devidamente informadas sobre o novo quadro legal e que garanta em todos os casos o direito de apoio na tomada de decisões.” (Tradução nossa).

Pode-se entender que a crítica da ONU recai sobre a judicialização do apoio para a tomada de decisão. Entre nós, a Tomada de Decisão Apoiada se consolida a partir da homologação pelo judiciário, ainda que o plano de apoio seja talhado anteriormente pela pessoa que o requer. É em face dessa crítica e, visando a garantia da mais ampla autonomia à pessoa com deficiência, que cunharam-se os argumentos em favor do acordo de “decisão apoiada” por meio de escritura pública (PONTES, 2017, p. 98).

Assistida por um advogado, a pessoa interessada deve propor a ação judicial específica com o plano de apoio que melhor se adequa às suas necessidades, no qual indicará duas ou mais pessoas, de sua confiança e com as quais possua vínculo para que sejam nomeadas suas apoiadoras.

Embora a sua previsão no Código Civil seja derivada da alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, entende-se que a tomada de decisão apoiada pode ser utilizada por qualquer pessoa maior que sinta a necessidade de apoio para o exercício de sua capacidade legal, especificamente os idosos, adictos em álcool e/ou outras drogas, pessoas que tenham dificuldade para locomoção, limitadas por sequelas de acidente vascular cerebral ou aquelas que estão nas fases iniciais de doença de Alzheimer.

### 3.1. Da legitimidade ativa

Trata-se de um ato personalíssimo, de legitimidade exclusiva daquele que dela se beneficiará, por isso, deve ser requerida pelo próprio interessado e nunca por terceiros. Assim, não poderá o juiz, *ex officio* ou mediante provocação do Ministério Público, designar a decisão apoiada em favor do jurisdicionado tampouco indicar novos apoiadores em substituição àqueles indicados pelo apoiado. Uma vez que se verifique a inaptidão da pessoa indicada para prestar o apoio, o beneficiário deve ser intimado para renovar a indicação, ocasião em que poderá até manifestar o interesse em extinguir a decisão apoiada (art. 1.783-A, § 8º).

### 3.2. Dos apoiadores

A lei estabelece que a pessoa que requer o apoio eleja pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas que gozem de sua confiança e com as quais mantenha vínculos a

---

ACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Observaciones finales sobre el informe inicial del Brasil. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/220/78/PDF/G1522078.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 16 set. 2017.

fim de que sejam suas apoiadoras. Três, portanto, são os pressupostos expressamente apontados: a idoneidade, confiança e o vínculo com o pretense apoiado. A confiança necessariamente resultará exatamente desse vínculo relacional que o requerente tem com a pessoa indicada. Tal vínculo, por sua vez, não precisa ser jurídico, a exemplo do parentesco, da conjugalidade ou da convivência estável. Pode ser um vínculo de afetividade ou mesmo decorrente de uma experiência relacional concretizada no ambiente de trabalho.

Independentemente da previsão legal, o papel a ser desincumbido pelo apoiador requer a plena capacidade civil, sendo indispensável ainda que não haja entre ele e o apoiado eventual conflito de interesse. O juiz poderá, nesses casos, intimar o apoiado a substituir o apoiador, pois a escolha do apoiador é um ato personalíssimo, razão pela qual não é possível a nomeação *ex officio*.

Diversamente do que previu o Código Civil argentino<sup>12</sup> que permite o apoio por apenas uma pessoa, o modelo brasileiro de TDA exige que se indique no mínimo, dois apoiadores. Faz pressupor uma eventual pretensão do legislador em instituir um apoio compartilhado. Mas, como não há proibição expressa, acredita-se possível que tais apoiadores ofereçam o suporte de modo conjunto fracionado ou conjunto compartilhado,<sup>13</sup> à semelhança do que se permite na curatela, tudo nos

---

<sup>12</sup> ARTÍCULO 43. Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. (grifo intencional). “ARTIGO 43. Conceito. Função Designação O apoio é entendido como qualquer medida de natureza judicial ou extrajudicial que facilite a pessoa que precisa dele tomar decisões para dirigir sua pessoa, administrar seus bens e celebrar atos legais em geral. As medidas de apoio têm a função de promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a expressão da vontade da pessoa de exercer seus direitos. O interessado pode propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para lhe dar apoio. O juiz deve avaliar o escopo da nomeação e buscar a proteção da pessoa em caso de conflito de interesses ou influência indevida. A resolução deve estabelecer a condição e a qualidade das medidas de apoio e, se necessário, estar cadastrado no Registro de Status Civil e Capacidade de Pessoas” (Tradução nossa).

<sup>13</sup> ROSENVALD, Nelson. Curatela. *Tratado de direito das famílias*. Minas Gerais: IBDFAM, 2015, p. 773.

termos estabelecidos no plano de apoio. O suporte conjunto compartilhado implicaria no exercício e na responsabilidade por todo o apoio igualmente atribuído a ambos os apoiadores, sem distinção de funções ou periodicidade. Já o suporte conjunto fracionado permitiria a que cada um fosse chamado a prestar seu apoio em áreas específicas, conforme suas próprias aptidões e habilidades, em relação as quais manteriam responsabilidade exclusiva. Justificada a solução mais adequada ao interesse do requerente, não se vê óbice à sua homologação.

Uma vez que o apoiador seja denunciado por agir com negligência, exercer pressão indevida em relação ao apoiado ou mesmo pelo inadimplemento de sua função, ouvida a pessoa apoiada e o Ministério Público, o juiz poderá destituí-lo, conforme art. 1.783-A, § 7º, determinando que o interessado indique novo apoiador.

Na hipótese em que, a atuação negativa do apoiador resultar em prejuízo para o apoiado, terá ele o dever de reparar o dano, nos termos do art. 927 combinado com o art. 186, do Código Civil. Trata-se, no caso, de responsabilidade civil subjetiva, vez que não se pode dispensar a prova da culpa na causação do dano. A responsabilidade civil objetiva resulta apenas do risco ou da previsão legal. Na omissão específica ao que foi consignado como dever do apoiador no termo de apoio homologado seria possível aplicar-se uma culpa presumida. Pois no caso, teríamos uma espécie de obrigação de resultado.

Vale ressaltar, mais uma vez, a observação feita por Rosenthal,<sup>14</sup> sobre a possibilidade de invalidação dos atos praticados em conflito de interesses ou sob pressão do apoiador, seja pela iniciativa do Ministério Público, da própria pessoa apoiada ou de seus herdeiros.

Também é facultado ao apoiador o direito de pedir o seu desligamento do processo de tomada decisão apoiada (§ 10).<sup>15</sup> Sua exclusão está condicionada à manifestação do juiz e, nesse caso, à semelhança do que se exige do curador e do tutor, o apoiador deverá apresentar sua prestação de contas.<sup>16</sup> À semelhança do curador, são obrigados a prestar contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano (EPD, art. 84, § 4º). Em todo caso, eventuais gastos com a elaboração dessas contas, correrão por conta do apoiado (art. 1.761).

---

<sup>14</sup> ROSENVALD, Nelson. *Curatela. Tratado de direito das famílias*. Minas Gerais: IBDFAM, 2015, p. 759.

<sup>15</sup> Art. 1.783-A, § 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

<sup>16</sup> Art. 1.783, § 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

### 3.3. Do objeto do apoio

O apoio pode se estabelecer relativamente às questões patrimoniais e/ou às questões existenciais. Nada impede que incida, inclusive, nas decisões da rotina doméstica ou pertinentes aos cuidados pessoais em matéria de saúde. A TDA seria um instrumento excelente para auxiliar a pessoa com deficiência na administração da casa, facilitando a operacionalização dos deveres materiais do casamento ou da paternidade, por exemplo. Mas é de se observar o que dispõe a lei: o apoio se concretiza na celebração de negócios jurídicos.

Entende-se que, ante à finalidade do instituto e a lacuna da lei, é possível ampliar o tipo de apoio para atender à necessidade específica de quem o requer. Pode consistir na facilitação da comunicação, na prestação de informação e esclarecimentos, no auxílio à análise dos fatores favoráveis e desfavoráveis que circundam certa decisão etc., tudo a depender do caso específico e das demandas da pessoa que precisa do apoio.

Como o apoiador não ocupará a função de representante ou assistente, não haverá razão para aplicar a limitação do art. 85, § 1º,<sup>17</sup> do EPD, pertinente à curatela.

No caso, não está em jogo a renúncia ao exercício de direitos fundamentais tampouco a transmissão do exercício de direitos personalíssimos. Dessa forma é que se entende possível ao apoiador auxiliar o apoiado até no que diz respeito às decisões existenciais, tais como àquelas pertinentes ao casamento, ao divórcio, ao planejamento familiar, à educação, à saúde etc.

Nos termos do art. 1.783-A, se o apoiador entender que o negócio jurídico trará riscos ou prejuízo relevante ao apoiado e quanto a isto houver divergência entre eles, poderá opor sua objeção ao Juiz que homologou o termo de apoio. Conhecendo a oposição que, entendendo ser possível na forma de incidente processual, o Juiz determinará a oitiva do MP para ao final decidir. Nesse caso, a decisão pode impedir a celebração do negócio jurídico citado, operando uma certa modulação na capacidade civil do apoiador, daí a necessidade de oitiva do MP.

### 3.4. Efeitos perante terceiros

Entende-se que a tomada de decisão apoiada é um acordo entre o apoiado e os apoiadores. Reafirma-se que a homologação da TDA não afeta a capacidade de

---

<sup>17</sup> EPD, Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

quem o requer, o apoiado conserva e conservará a sua capacidade civil incólume. Desta forma, os terceiros por não participarem da relação jurídica entre apoiado e apoiador, por ela não podem ser alcançados, nem prejudicados. Salvo nos limites do que impõe a própria medida. Ou seja, terceiros com quem o apoiado passa a ter algum tipo de negociação tem de suportar a presença do apoiador e aceitar a sua intervenção (art. 1.783-A, § 1º). Assim, os negócios realizados com terceiros, pelo apoiado, mesmo sem a participação do apoiador, são válidos.

Porém, tendo conhecimento de que a pessoa está sob decisão apoiada, o contratante poderá solicitar que o(s) apoiador(es) venha(m) a assinar o contrato, fazendo constar no termo contratual a sua função em relação ao apoiado (art. 1.783-A, § 5º). Mas essa exigência não condiciona a validade do ato/negócio firmado. É uma faculdade do contratante, caso saiba da existência da medida, pois a lei não determina que a sua homologação judicial seja seguida pelo respectivo registro no órgão de registro de pessoas naturais.

De acordo com o Projeto de Lei n. 757/2015 que intenta alterar as modificações havidas no Código Civil pelo EPD, reafirma-se a validade dos negócios e atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada, até mesmo quando celebrados sem a presença do apoiador e quando a providência prevista no parágrafo quinto não houver sido adotada.<sup>18</sup>

### 3.5. Do encerramento

O termo de tomada de decisão apoiada já deve informar o prazo de sua vigência (art. 1.783-A, § 1º). Se não houver a prorrogação, a TDA se encerrará naquela data. Não obstante, a pessoa apoiada poderá, a qualquer tempo, requerer a extinção da medida, uma vez que preserva sua capacidade e autonomia. O apoiador também poderá requerer ao juiz o término do acordo firmado, como autoriza o art. 1.783-A, § 9º. Nesse caso, o juiz ouvirá a pessoa beneficiária sobre sua intenção de continuar com a medida, determinando, se houver interesse que possa indicar um novo nome para o encargo. A superveniência de curatela implicará o fim da tomada de decisão apoiada, especialmente se os limites daquela compreenderem o objeto do apoio.

---

<sup>18</sup> Projeto de Lei do Senado n. 757/2015 – Art. 2º, Dê-se aos arts. 3º, 4º, 1.548, 1.767, 1.777 e 1.783-A da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a seguinte redação: (...) § 12. Os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o § 5º deste artigo.

### 3.6. Da coexistência com a curatela

Embora entenda que seria possível a coexistência de TDA com a curatela se o objeto do apoio não tivesse relação com os limites da curatela, não parece que essa solução prospere. O PLS 757 dispõe textualmente que a TDA sucumbe ou não pode ser homologada quando o apoiado estiver sob curatela. Pelo art. 2º que propõe alteração em alguns dispositivos do CC, o art. 1.783-A teria novos parágrafos, dentre os quais o que declara a incompatibilidade entre TDA e Curatela.<sup>19</sup> Enunciado aprovado na VIII Jornada de Direito Civil determina que a TDA não coexistirá com a curatela.

## CONCLUSÕES

Como a TDA é um instituto novo, ainda está na fase de acomodação tanto por parte dos aplicadores do direito como também pelos sujeitos que dela podem fazer uso. É importante porém, que na sua aplicação, sejam respeitados o seu perfil funcional que é o de conferir apoio ao melhor exercício da capacidade civil do apoiado, respeitando-lhe a autonomia, nos termos que apregoa a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. A premissa geral da qual se deve partir está na *ratio* da CDPD voltada para a promoção da autonomia da pessoa com deficiência da qual advém a segunda premissa que é a mudança que se produziu no sistema protetivo que migra do sistema de representação, firmado na substituição de vontade, para o modelo do apoio, firmado na primazia da vontade do sujeito.

Conhecidas essas premissas, a TDA pode ser compreendida como a alternativa que de modo mais concreto realiza a principiologia da CDPD – reconhecer a autonomia e a capacidade da pessoa com deficiência sem deixá-la sozinha. O apoiador será alguém presente o suficiente para facilitar o exercício da autonomia pela pessoa apoiada e apto processualmente para intervir na sua proteção, obstando a celebração de negócios que lhes sejam prejudiciais. O apoiador não é um curador, tampouco um mandatário ou um gestor de negócios.

Não constitui mandado porque não há representação contratual em favor dos apoiadores. Não constitui diretiva antecipada de vontade porque também não se presta a funcionar como testamento vital ou para indicar um representante de saúde com poderes para decidir sobre esta será na hipótese da pessoa apoiada incorrer em estado vegetativo permanente. A TDA aplica-se ao tempo em que a pessoa apoiada está no exercício de sua capacidade.

---

<sup>19</sup> § 13. Não será deferida a tomada de decisão apoiada quando a situação da pessoa exigir a adoção da curatela.

Não constitui autcuratela, mas não há impedimento a que a pessoa informe no plano de apoio que deseja que os apoiadores venham a ser nomeados como curadores se ulteriormente for submetido à curatela.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre a autcuratela e Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane B. *Direito da pessoa com deficiência intelectual e psíquica nas relações privadas*. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 569-592.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *É o fim da interdição?* Disponível em: <<http://professorflavio-tartuce.blogspot.com.br/2016/02/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo.html>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

HERNANDEZ, Angel Sanchez. El artículo 223.2.º del Código Civil: La autotutela y su necesidad en nuestra sociedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 736, p. 861-886. Disponível em: <<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/arta-culo-civil-autotutela-necesidad-439674310>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

LOURENÇO, Haroldo. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Forense, 2013.

MENEZES, Joyceane B. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). MENEZES, Joyceane B. *Direito da pessoa com deficiência intelectual e psíquica nas relações privadas*. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial del Brasil. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/220/78/PDF/G1522078.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 16 set. 2017.

PONTES, Beatriz Oquendo. *Do modelo de substituição de vontade ao modelo de apoio ao exercício da autonomia: a emergência da tomada de decisão apoiada*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza, 2017.

ROIG, Rafael Asís. Sobre capacidade y derechos. In: AVILÉS, María del Carmen Barranco; ANGÓN, Oscar Celador y FERNANDEZ, Félix Vaca (Coord.). *Perspectivas actuales sobre los sujetos de derechos*. Madrid: Dikinson, 2012, p. 37-56.

ROSENVOLD, Nelson. Curatela. *Tratado de direito das famílias*. Minas Gerais: IBDFAM, 2015.

ROSENVOLD, Nelson. Novas reflexões sobre a tomada de decisão apoiada: como conciliar autonomia, cuidado e confiança. *Revista IBDFAM: Família e sucessões*. Belo Horizonte: Ibdfam, 2017.

SCHREIBER, Anderson; NEVARES, Ana Luiza Maia. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina B. e ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stéfano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



---

# UMA AGENDA PARA O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

Marcos Ehrhardt Júnior\*  
Bruno de Lima Acioli\*\*

**Sumário:** Introdução – 1. Alguns apontamentos iniciais sobre o direito ao esquecimento – 2. As origens do direito ao esquecimento no mundo ocidental; 2.1. *Droit à l'oubli, right to be forgotten*; 2.2. O grande marco contemporâneo para o debate sobre o direito ao esquecimento: o caso Google Spain – 3. O Direito ao Esquecimento no Marco Civil da Internet brasileiro – 4. As várias formas de direito ao esquecimento; 4.1. Direito à reabilitação; 4.2. Direito ao apagamento; 4.3. Direito à desindexação; 4.4. Direito à obscuridade; 4.5. Direito ao esquecimento digital; 4.6. Identificando as várias formas de direito ao esquecimento e suas implicações jurídicas – 5. O direito ao esquecimento na doutrina jurídica brasileira – 6. A liberdade de imprensa e os recentes julgados sobre direito ao esquecimento no STJ – Considerações finais – Referências.

## INTRODUÇÃO

Peter Fleischer<sup>1</sup>, conselheiro do Google na Europa, criticava que o direito ao esquecimento vinha sendo usado como uma espécie de *slogan* político, um termo vago sobre um direito de conteúdo impreciso, comparado com certo exagero, a um teste de *Rorschach*, no qual cada um enxerga o que sua mente deseja ver.

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor de Direito Civil da UFAL. Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (CONREP/UFPE). Advogado.

\*\* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

<sup>1</sup> FLEISCHER, Peter. *The Right to be Forgotten or How to Edit your History*, 29 jan. 2012. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

Alguém que venha a pesquisar mais a fundo o que a doutrina nacional e estrangeira tem escrito sobre o direito ao esquecimento nesses últimos cinco anos perceberá que persiste, ainda, relativa indefinição sobre o total significado e real alcance desse direito. No Brasil, em especial, muito se fala sobre o reconhecimento da compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro, mas, ainda, pouca doutrina foi produzida sobre – as balizas de – sua aplicação.

A questão é, ainda, mais dificultosa quando o que se debate, principalmente, hoje, é a criação de lei para o exercício do direito ao esquecimento na internet, ambiente no qual o problema da lembrança de acontecimentos passados é mais preocupante, visto a tendência da informação se perpetuar na rede para sempre. Também é um problema o fato de que, sendo a internet tecnologia de uso global, as soluções apresentadas, até o momento, em termos de esquecimento, tendem a ser caseiras, voltadas para a aplicação em determinados países ou determinadas regiões.

Há um descompasso, principalmente, entre a doutrina produzida na Europa, que se concentra muito em função da decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso *Google Spain*, e a doutrina produzida no continente americano, em especial nos Estados Unidos, o que revela, além das diferenças entre tradições jurídicas, a discordância de autores americanos ante a solução proposta pela União Europeia.

Nesse choque transatlântico, o Brasil, que tem o posicionamento histórico de adotar modelos e teorias típicas do *civil law* europeu-continental no que diz respeito aos direitos da personalidade, mostra, em importantes julgados recentes<sup>2</sup> e na sua produção doutrinária mais atual, que vem se aproximando, significativamente, da tradição americana de defesa das liberdades de expressão, mesmo que isto signifique sacrifícios para o direito à privacidade.

Em razão do sentimento de inadequação ou de descontentamento com o direito ao esquecimento tal como autorizado pela corte europeia, o qual consiste na desvinculação – ou desindexação – de *links* e informações nos provedores de busca, juristas já se manifestaram no sentido de sustentar outras formas diferentes para o exercício desse direito.

A leitura do histórico de decisões do passado que receberam a etiqueta de “direito ao esquecimento” e a comparação destas com o recente caso *Google Spain*

---

<sup>2</sup> Por exemplo, o posicionamento do STF pela legalidade das biografias não autorizadas exarado no julgamento da ADI 4815/DF.

demonstram uma evolução conceitual desse direito. E, além disso, revelam que não se trata de um direito único, mas de uma espécie de “termo guarda-chuva” que aponta para diferentes direitos, diferentes soluções.

Uma agenda brasileira deverá passar, necessariamente, pelo questionamento de qual direito ao esquecimento é o mais adequado perante as estruturas e valores constitucionais contemplados no ordenamento jurídico brasileiro.

## 1. ALGUNS APONTAMENTOS INICIAIS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Em definição bastante sintética, podemos dizer que o direito ao esquecimento é “[...] o direito de uma determinada pessoa não ser obrigada a recordar, ou ter recordado certos acontecimentos de sua vida”<sup>3</sup>.

Desde a edição do enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) e do julgamento dos Resp 1.334.097/RJ e Resp 1.335.153/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça, o direito ao esquecimento passou de vez a fazer parte do debate jurídico brasileiro.

O enunciado 531, proposto por Guilherme Magalhães Martins, em leitura atual do artigo 11 do Código Civil – sobre os direitos da personalidade –, afirma que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Logo em seguida, justifica e deixa bem claro que o direito ao esquecimento “não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”<sup>4</sup>.

Daniel Bucar<sup>5</sup> faz uma correlação entre o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, e o Enunciado 404, proposto por ele, anteriormente, na V Jornada<sup>6</sup>, que assim confere nova leitura ao artigo 21 do Código Civil:

---

<sup>3</sup> CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. Direito civil: da memória ao esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (Org.). *Direito à memória e direito ao esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015, p. 22.

<sup>4</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VI Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 89.

<sup>5</sup> BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013, p. 3.

<sup>6</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 69.

A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

Bucar é adepto da concepção de direito à privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa, contemplando a possibilidade de o indivíduo exercer o controle espacial, contextual e temporal dos próprios dados. Para ele, o direito ao esquecimento é uma modalidade desse controle temporal.

A ideia de privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa é uma doutrina majoritária na Europa continental, tendo como grande mérito a expansão da noção de direito à privacidade para além do clássico conceito americano de *right to be let alone* (direito de ser deixado em paz), ou seja, para além de um tipo de controle espacial que consiste na determinação pessoal do indivíduo sobre seu espaço de convivência, ou seja, a delimitação de seu espaço de consentimento frente a possíveis ações intrusivas em sua esfera privada.

Mayer-Schönberger<sup>7</sup> explica que os países europeus começaram a se distanciar do conceito de privacidade informacional clássico americano a partir de meados dos anos 1980, com a criação de leis com o objetivo de conceder poder ao indivíduo com a possibilidade de controle das informações sobre si e, com isto, moldar sua participação em sociedade.

Stefano Rodotà<sup>8</sup>, jurista italiano, é um dos principais exportadores dessa concepção europeia de direito à autodeterminação informativa para o Brasil, concebendo, ele, a privacidade como uma forma do indivíduo de determinar as “[...] modalidades de construção da esfera privada em sua totalidade”, indo para além do âmbito de proteção do espaço individual, em direção à construção das condições de cidadania na era digital.

Ademais, com a mudança de paradigma do puro controle espacial do direito de ser deixado em paz, que lidava somente com a presença ou ausência de consentimento da pessoa em partilhar determinada informação, para a sua complementação pelas hipóteses de controle contextual e temporal, os processadores de dados precisam se adequar para, também, observar o contexto e o propósito do

---

<sup>7</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2009, p. 137.

<sup>8</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129.

recolhimento e processamento de uma informação<sup>9</sup>. Da mesma forma, legisladores e juízes, também, devem se adequar a esse novo paradigma.

Assim, Cécile de Terwangne<sup>10</sup> argumenta que o direito ao esquecimento, que uma vez já foi totalmente associado à ideia de passagem do tempo, significa, hoje, uma parte importante do direito de um indivíduo à sua autodeterminação informativa. Ou seja, é muito mais do que a quebra de um elo entre passado e presente, mas a possibilidade do exercício pessoal de uma autonomia informacional.

## 2. AS ORIGENS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO MUNDO OCIDENTAL

Embora a recente discussão internacional sobre o direito ao esquecimento tenha a internet como ponto de ignição – principalmente depois do caso *Google Spain* –, suas raízes são bem mais antigas.

Juristas europeus e americanos têm feito uma varredura no histórico jurisprudencial de seus países e encontrado casos paradigmáticos do passado que, analisando um conflito entre direitos da personalidade e liberdades comunicativas, se posicionaram a favor de um direito ao esquecimento para a proteção da privacidade da pessoa afetada.

### 2.1. *Droit à l'oubli, right to be forgotten*

Afirma-se, em geral, que a origem do direito ao esquecimento na Europa está no *droit à l'oubli* (traduzindo-se, literalmente, “direito ao esquecimento”), reconhecido pelas cortes francesas por volta do ano de 1965 – embora, à época, não com esse nome –, tratando-se da possibilidade de um ex-condenado não ser sujeito a publicações na imprensa sobre as razões de sua condenação, de forma a se facilitar a sua reinserção na sociedade<sup>11</sup>. Enquanto isso, as origens do *right to be forgotten* nos EUA são traçadas ao icônico caso *Melvin v. Reid*, de 1930<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Op. cit., p. 138.

<sup>10</sup> DE TERWANGNE, Cécile. The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment. In: GHEZZI, Alessia et al. (Org.). *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*. Basingstoke: Palgrave Macmillan Memory Studies, 2014, p. 87-88.

<sup>11</sup> PINO, Giorgio. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Right. In: VAN HOECKE, Mark; OST, François (Org.). *The Harmonization of Private Law in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 237.

<sup>12</sup> MANTELERO, Alessandro. The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the ‘Right to be Forgotten’. *Computer Law and Security Review*, Amsterdã, v. 29, n. 3, 2013, p. 230.

Voss e Castets-Renard<sup>13</sup> dizem que alguém pode ir ainda mais longe para encontrar as raízes do direito ao esquecimento na Lei de Imprensa francesa de 1881, que proibia a divulgação de informações pessoais acerca de certos processos judiciais específicos, como dados relacionados a divórcio, separação, filiação, entre outras questões de interesse particular.

Enfim, independentemente de sua precedência, seja na Europa ou nos EUA, a grande questão é que, hoje, observando-se o debate jurídico nas democracias ocidentais sobre o direito ao esquecimento, chega-se à conclusão de que este carrega terminologia de dimensão ampla, um pouco obtusa, utilizada para designar vários direitos diferentes.

Como já dissemos anteriormente, a relativa indefinição que ainda segue nesse debate jurídico, principalmente em terras brasileiras, prejudica a construção de qualquer agenda mais robusta sobre privacidade e esquecimento para o direito brasileiro. Sendo assim, o primeiro passo para qualquer doutrina mais profunda depende, em primeiro lugar, do entendimento acerca da extensão semântica e jurídica da categoria a qual ficou conhecida como *direito ao esquecimento*.

## 2.2. O grande marco contemporâneo para o debate sobre o direito ao esquecimento: o caso *Google Spain*

O direito ao esquecimento não é direito novo, tendo suas origens datadas pelos juristas, ao menos, no século XX. Mas por que tem sido tratado como se fosse novidade nesses últimos anos? A resposta está na gigantesca repercussão mundial do recente e paradigmático caso *Google Spain*, julgado, em 2014, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em 5 de março de 2010, o cidadão espanhol MCG apresentou reclamação à Agência Espanhola de Proteção de Dados – AEPD contra *La Vanguardia Ediciones SL*, editora de jornal de grande tiragem na Catalunha, e contra o *Google Spain* e o *Google Inc*.

A reclamação era que os internautas, ao inserirem o nome dele nos motores de busca do *Google (Google Search)*, eram direcionados para duas publicações do jornal *La Vanguardia*, de 19 de janeiro e de 19 de março de 1998, que continham anúncio com seu nome acerca de venda de imóveis em hasta pública em decorrência de arresto que sofrera por dívida com a seguridade social.

---

<sup>13</sup> VOSS, Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law*. Boulder, v. 14, n. 2, 2016, p. 284.

O reclamante pedia que a AEPD ordenasse a *La Vanguardia* que suprimisse seus dados pessoais da página – na prática, que apagasse esses dados –, e que o Google deixasse de exibir as informações publicados pela *La Vanguardia* entre os resultados das buscas do *Google Search*, pois a dívida com o fisco já havia sido quitada há anos, de forma que a informação já não mais possuía relevância atual.

Em decisão de 30 de julho de 2010, a AEPD indeferiu o pedido no que dizia respeito ao jornal *La Vanguardia*, argumentando que a publicação havia sido legalmente justificada, tendo sido efetuada por ordem do Ministério do Trabalho da Espanha para dar o máximo de publicidade ao ato de hasta pública.

Noutro ponto, a AEPD acolheu o pedido quanto ao *Google Spain* e o *Google Inc.*, alegando a responsabilidade das provedoras de *search engine* (motor de busca) pelo tratamento de dados e pelos resultados apresentados em suas pesquisas, estando sujeitas à legislação espanhola e europeia sobre proteção de dados.

Então, argumentando a defesa da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental de proteção dos dados pessoais, a AEPD reconheceu a obrigação do *Google Inc.* e do *Google Spain* de retirada dos dados de MCG dos resultados de pesquisa em suas páginas de motores de busca, por atuarem, nessa atual sociedade de informação, como intermediários entre as informações publicadas nos sites e os usuários da internet.

O *Google Spain* e o *Google Inc.* recorreram à Audiência Nacional da Espanha que resolveu submeter a controvérsia ao Tribunal de Justiça da União Europeia para que este analisasse questões prejudiciais referentes à interpretação da Diretiva Europeia de Proteção de Dados n. 95/46/CE, entre as quais se pode destacar: a competência territorial da diretiva, a responsabilidade civil dos provedores de busca sobre os conteúdos apresentados nos resultados de pesquisa e o âmbito de aplicação do direito ao esquecimento.

Sobre a questão da competência e âmbito de aplicação territorial da diretiva, a corte entendeu que basta haver a simples instalação de uma filial ou sucursal da empresa provedora de aplicações de internet em território da União Europeia para que a diretiva de proteção de dados seja aplicável ao caso, independentemente de a atividade de tratamento de dados, em si, estar sob responsabilidade comercial de sede em país não membro da União Europeia.

Quanto à questão da responsabilidade civil dos provedores de busca, entre os argumentos do *Google* para se eximir da responsabilidade pelos resultados apresentados, a empresa suscitou que a atividade dos motores de busca não pode ser considerada no conceito de atividade de tratamento de dados presente na diretiva europeia e que, ainda que seja considerada, a atividade dos motores de busca não

deveria implicar responsabilidade por seu tratamento, alegando não exercer controle prévio sobre os dados que exhibe nos resultados de busca.

Segundo o artigo 2º, alínea *b* da diretiva 95/46 da União Europeia, considera-se como atividade de tratamento de dados:

Qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registro, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição.

O artigo 2º, alínea *d*, por sua vez, determina quem é o responsável civil pelo tratamento de dados:

A pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário.

A Corte Europeia rebateu os argumentos do *Google* ao afirmar a aplicabilidade do art. 2º, alínea *b*, aos provedores de busca, posto estes realizarem atividade de *recolher, recuperar, organizar e conservar* dados ao fazer a indexação de links e, ao submeter esses links indexados nos resultados de pesquisa, comunicam e colocam a disposição aos seus usuários.

A corte, também, considerou que os provedores de busca são responsáveis pelo tratamento de dados que realizam, nos termos da alínea *d* do artigo 2º, porque estes determinam *a finalidade e os meios de tratamento dos dados pessoais*.

Outro ponto enfrentado pela corte foi a questão da possibilidade da aplicação de um direito ao esquecimento tendo por base a diretiva europeia 95/46, especialmente naquilo que diz respeito ao artigo 12º, alínea *b*, referente à possibilidade de apagamento e bloqueio de dados, e ao artigo 14º, alínea *a*, que versa sobre o direito da pessoa em causa de se opor ao uso de determinados dados que lhe digam respeito, assim como a interpretação do artigo 6º, item 1, alíneas *c*, *d* e *e*, que versam sobre as condições de legitimidade das informações tratadas. Em análise aos aludidos dispositivos, durante o julgado C-131/12, a corte europeia<sup>14</sup> entendeu que:

---

<sup>14</sup> EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Julgamento C-131/12*. Relator: Marko Ilešič, Data de julgamento: 13 maio 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=133559>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

[...] na hipótese de se concluir, no seguimento de um pedido da pessoa em causa ao abrigo do artigo 12.º, alínea b), da Diretiva 95/46, que a inclusão na lista de resultados, *exIbida* na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, de ligações a páginas *web* publicadas legalmente por terceiros e que contenham informações verdadeiras sobre a sua pessoa, é, na situação atual, incompatível com o referido artigo 6.º, n. 1, alíneas c) a e), devido ao facto de essas informações serem, tendo em conta todas as circunstâncias que caracterizam o caso concreto, inadequadas, não serem pertinentes ou já não serem pertinentes ou serem excessivas atendendo às finalidades do tratamento em causa realizado pelo operador do motor de busca, as informações e as ligações em causa da referida lista de resultados devem ser suprimidas.

Ou seja, tendo em vista a possibilidade de uma informação antiga e inicialmente legítima vir a se tornar ilegítima, o tribunal reconheceu o direito fundamental individual de uma pessoa exercer o seu direito à desindexação de determinados dados expostos nos resultados de sites de busca, com base nos artigos 7º<sup>15</sup> e 8º<sup>16</sup> da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, prevalecendo, *a priori*, esse direito de autodeterminação informativa ante o interesse econômico dos provedores de busca e o interesse do público em acessar esses dados.

Ante, pois, essas exposições, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, em 13 de maio de 2014, no julgamento C-131/12, conceder permissão para que os cidadãos europeus peçam a empresas provedoras dos motores de busca, tal como o *Google*, que removam links para páginas que exponham seus dados pessoais quando essas informações possam ser consideradas imprecisas, inadequadas ou irrelevantes, conforme trecho da parte dispositiva do acórdão:

[...] no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados *exIbida* na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre

---

<sup>15</sup> Artigo 7º Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

<sup>16</sup> Artigo 8º 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão.

Em resumo, o Tribunal de Justiça da União Europeia, nesse icônico caso *Google Spain*, decidiu, entre outras coisas, que os provedores de motores de busca são responsáveis pelo tratamento de dados que realizam ao coletar informações na rede e exibi-las em seus resultados de busca. Tendo em vista essa responsabilidade e reconhecido o direito individual à desindexação, cada cidadão europeu está autorizado, por si próprio, a solicitar, extrajudicialmente, que o *Google* ou qualquer outro site de motores de busca realize a retirada de links imprecisos, inadequados, irrelevantes ou excessivos sobre sua pessoa. O site, então, deve analisar essa solicitação e decidir se seu acolhimento é cabível. Caso o site de buscas se negue a realizar a desindexação, o cidadão europeu poderá demandar a empresa responsável para que a controvérsia seja resolvida em vias judiciais.

A decisão da corte europeia tem recebido inúmeras críticas, não somente na Europa como no resto do mundo, apesar de ter servido de modelo para outras cortes e legislações fora do continente europeu para a aplicação do *direito ao esquecimento* na internet.

Frisamos, não obstante, que o procedimento estipulado pela sentença do Tribunal de Justiça da Europa é, apenas, uma das possíveis formas que o direito ao esquecimento pode vir a assumir, havendo outras possibilidades de sua aplicação, tal como será visto nos tópicos subsequentes.

### 3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO MARCO CIVIL DA INTERNET BRASILEIRO

Alguns juristas brasileiros têm declarado inexistir qualquer previsão em texto de lei para algum direito ao esquecimento no Brasil. O argumento, contudo, é equivocado. Como Voss e Castets-Renard<sup>17</sup> bem observaram, o artigo 7º, inciso X do Marco Civil brasileiro da Internet trata de uma espécie de direito ao esquecimento:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

---

<sup>17</sup> VOSS, Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the Various Forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*. Boulder, v. 14, n. 2, 2016, p. 317.

[...]

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

O dispositivo do Marco Civil referido acima remonta a outras normas que regulam as relações de consumo no direito brasileiro com a possibilidade de apagamento dos dados do consumidor após estes terem cumprido a finalidade para a qual foram coletados, a exemplo do artigo 43, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, que prevê o apagamento de informações negativas dos bancos de dados e cadastros dos consumidores após o transcurso de um prazo de cinco anos.

Outra hipótese notável de direito ao esquecimento prevista no Marco Civil, é preciso destacar, está exposta em seu artigo 21, que disciplina a responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet em apagar vídeo que contenha cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, quando este for publicado na rede sem a autorização de seus participantes:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Podemos afirmar, para além do direito de apagamento dos vídeos, esse artigo 21 é a única modalidade possível retirada de informações da internet a ser exercida extrajudicialmente – de modo semelhante ao caso *Google Spain* – reconhecida no Marco Civil. A razão dessa celeridade extrajudicial prevista nesse dispositivo não se justifica na defesa da intimidade pura e simplesmente, mas está sustentada na ausência de um direito à informação sobre fatos e atos relativos à intimidade sexual das pessoas.

Porém, esses dispositivos mencionados do Marco Civil, apenas, preveem a possibilidade de apagamento de informações, ao passo que o âmbito de aplicação do direito ao esquecimento na internet é bem mais amplo, contemplando, também, a possibilidade de direito à desindexação, a qual fica subentendida no artigo 19 do Marco Civil.

Para além desses casos de relações de consumo ou desses casos mais extremos que envolvem a exposição não consentida da intimidade sexual, o artigo 19 do Marco Civil assume que os possíveis conflitos relativos ao direito à privacidade e ao esquecimento deverão ser solucionados por via judicial, ante o maior interesse da proteção da liberdade de expressão. O artigo 19, *caput*, é claro nesse sentido:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

O grande problema do Marco Civil, no que diz respeito ao direito à desindexação, é não trazer, expressamente, nenhum dado ou norte possível para a aplicação desse direito pelos tribunais. As hipóteses principais de responsabilidade civil dos provedores de aplicações levantadas no texto legal apenas dizem que a responsabilidade pela retirada de conteúdo surge a partir e ordem judicial. Quanto aos parâmetros de julgamento a ser adotados pelos juízes no que diz respeito ao direito à desindexação, o Marco Civil foi silente.

Ante a essa lacuna, tramitam, no Congresso Nacional, alguns projetos de lei sobre o direito ao esquecimento enquanto direito à desindexação, entre eles, o PL 7881/2014, o PL 1676/2015 e o PL 2712/2015. Tendo em vista a melhor técnica legislativa e a redação mais completa ser aquela do PL 1676/2015, a Câmara dos Deputados decidiu por apensar os outros dois projetos a ele, para que tramitem juntos.

Isto dito, é válido traçar alguns comentários e, principalmente, críticas a esse projeto de lei, de autoria do deputado Veneziano Vital do Rêgo.

Na parte que interessa a este trabalho, o PL 1676/2015<sup>18</sup>, em seu artigo 3º, *caput*, assim define direito ao esquecimento:

Art. 3º O direito ao esquecimento é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público.

É merecido dizer que a definição para direito ao esquecimento adotada no projeto é boa e está em consonância com a doutrina jurídica brasileira e estrangeira. Porém, a redação começa a apresentar problemas a partir do parágrafo único deste artigo 3º:

Art. 3º [...]

Parágrafo único. Os titulares do direito ao esquecimento podem exigir dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial

---

<sup>18</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 1676/2015*. 26 maio 2015. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1339457&filenome=Tramitacao-PL+1676/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1339457&filenome=Tramitacao-PL+1676/2015)>. Acesso em: 14 nov. 2015.

de computadores, internet, independentemente de ordem judicial, que deixem de veicular ou excluam material ou referências que os vinculem a fatos ilícitos ou comprometedores de sua honra.

O parágrafo único do artigo 3º desse projeto de lei mostra a influência que o legislador brasileiro sofreu da decisão da Corte Europeia no caso *Google Spain*, que determinou a possibilidade do exercício do direito à desindexação extrajudicialmente, em solicitação direta ao provedor de buscas. Não é necessário repetir, porém, que a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia foi alvo de várias críticas no Brasil e fora dele, sendo considerada incompatível com o nosso ordenamento jurídico.

Daniel Sarmiento<sup>19</sup> criticou fortemente a transferência de responsabilidade do ato decisório que a corte europeia delegou aos sites de busca, instituições privadas, incumbindo estas em ponderar o direito à privacidade do prejudicado em face do direito à informação da coletividade. Sarmiento acredita que tal medida estimula a censura privada. Por tais razões, o jurista refuta a aplicabilidade desse direito ao esquecimento tal como desenhado pela corte europeia no Brasil, tendo em vista assumir a ideia de que o direito à liberdade de expressão tem posição preferencial no ordenamento brasileiro.

Igualmente, Ronaldo Lemos e Carlos Affonso<sup>20</sup> criticam a criação de uma “justiça privada” pela decisão da corte europeia, declarando que a transferência dessa obrigação de ponderação do judiciário para os provedores de buscas é um estímulo à censura.

O projeto de Vital do Rêgo é mais gravoso ainda que o caso *Google Spain*, pois sua redação não somente transfere essa atividade de ponderação do Poder Judiciário para as empresas provedoras de sites de busca, como, também, estende esse leque para abranger, na atividade de “justiça privada”, os meios de comunicação social e os provedores de conteúdo.

O projeto já se mostraria suficientemente problemático pela simples redação do parágrafo único do artigo 3º, mas o artigo que segue apresenta determinações também preocupantes, que não refletem a posição consolidada na doutrina:

Art. 4º Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, devem criar, dentro de noventa dias,

---

<sup>19</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, jan.-mar./2016, p. 208.

<sup>20</sup> SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016, p. 126.

departamentos específicos para tratar do direito ao esquecimento, com a disponibilização de endereços físicos e telefones, destinados a receber reclamações, que deverão ser registradas numericamente. § 1º Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, na hipótese de não reconhecerem a existência do direito ao esquecimento, deverão fornecer ao requerente, por escrito, motivadamente, as razões da negativa, em até trinta dias.

§ 2º O prazo máximo de trinta dias mencionado no § 1º não constitui impedimento para a pronta solução de casos mais urgentes.

§ 3º O descumprimento do dever de instalação dos departamentos encarregados do respeito ao direito ao esquecimento ou o seu mau funcionamento acarretará a responsabilidade dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, a ser promovida por meio de ação civil pública.

Primeiramente, cumpre ressaltar a inviabilidade prática do *caput* do artigo 4º em determinar que “os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores” criem departamentos específicos que constem endereços físicos e, até mesmo, número de telefone. Fora, também, a grande dificuldade de submeter uma determinação de difícil cumprimento para um número genérico de meios de comunicação social ou de provedores de conteúdo, tendo em vista a grande virtude da rede em ser plural nas mais diversas fontes de informação, desde o jornalismo independente até o sem número de sites de conteúdo administrados por uma só pessoa, como *hobbie* ou como atividade de pequeno ou de quase nenhum lucro. É tecnicamente inviável que pequenas empresas ou jornalistas independentes cumpram os requisitos previstos nesse projeto, ante os custos operacionais para se montar todo o aparato exigido.

O parágrafo terceiro também se mostra bastante questionável ao submeter os meios de comunicação e os atores da rede a penalidades por meio de ação civil pública caso, simplesmente, seus “departamentos encarregados do respeito ao direito ao esquecimento” apresentem mau funcionamento.

Em resumo, o projeto de Lei n. 1676/2015 apresenta dispositivos temerários que enfraquecem valores de uma internet aberta, plural e democrática, sejam esses valores presentes como direitos e princípios no Marco Civil na Internet, sejam, de modo geral, os princípios e direitos fundamentais que alicerçam a liberdade de expressão e a livre iniciativa, consagrados na Constituição Federal brasileira.

A deficiência do projeto de lei analisado acima, pois, reflete o estado ainda primitivo do debate público sobre direito ao esquecimento no Brasil, assim como, também, a certa insuficiência da doutrina jurídica brasileira em trabalhar com a amplitude de formas e significados traduzidos dentro do conceito amplo de direito ao esquecimento.

#### 4. AS VÁRIAS FORMAS DE DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento tem, muitas vezes, sido tratado, tanto na doutrina nacional quanto na doutrina estrangeira, como uma espécie de direito *uno*. Há, em verdade, uma série de críticas e divagações quanto ao uso da expressão “direito ao esquecimento” e sua multiplicidade de significados.

Por exemplo, Rolf H. Weber<sup>21</sup> suscita haver uma confusão no uso dos termos *right to be forgotten* e *right to forget*. Segundo o autor, *right to forget* (*direito de esquecer*), na voz ativa, referir-se-ia à situação de que um evento passado não deve ser mais lembrado em razão da perda de sua atualidade pela passagem do tempo. *Right to be forgotten* (*direito de ser esquecido*), por sua vez, diria respeito ao desejo de o indivíduo de ter controle sobre alguma informação que ele deseja que seja apagada.

Ou seja, o *right to forget* seria o “direito ao esquecimento” propriamente dito, tal como no exemplo do *droit à l’oubli* francês, enquanto o *right to be forgotten* representaria algum direito do indivíduo de apagar informações sobre si, algo bem próximo da ideia de *direito à autodeterminação informativa* europeu.

Por sua vez, Voss e Castets-Renard<sup>22</sup> encaram o *right to be forgotten* como uma espécie de termo “guarda-chuva”. Portanto, o *direito ao esquecimento*, enquanto terminologia, guarda mais de um significado, que pode ser:

- 1 – *right to rehabilitation* (direito à reabilitação);
- 2 – *right to deletion/erasure* (direito ao apagamento);
- 3 – *right to delisting/delinking/de-indexing* (direito à desindexação);
- 4 – *right to obscurity* (direito à obscuridade);
- 5 – *right to digital oblivion* (direito ao esquecimento digital).

Em razão da amplitude e da complexidade com que Voss e Castets-Renard lidam com as categorias do “direito ao esquecimento”, do seu significado amplo aos significados mais restritos, vamos optar pela utilização, neste trabalho, das terminologias por eles sugeridas.

Segundo os autores, tanto o direito à reabilitação quanto o direito ao apagamento teriam raízes em legislação e jurisprudência muito anteriores à Era Digital,

---

<sup>21</sup> WEBER, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora’s Box? *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. Karlsruhe, v. 2, n. 2, 2011, p. 120-121.

<sup>22</sup> VOSS, Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the Various Forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*. Boulder, v. 14, n. 2, 2016, p. 298-299.

enquanto o direito à desindexação seria uma nova interpretação do direito ao apagamento para resolver os problemas típicos da tensão entre privacidade e o livre fluxo de informações na internet. O direito à obscuridade, assim como a proposta original de direito ao esquecimento de Mayer-Schönberger, seria, por sua vez, uma propositura de alternativa menos radicais que o simples apagamento ou a desindexação.

#### 4.1. Direito à reabilitação

O direito à reabilitação, de acordo com Voss e Castets-Renard<sup>23</sup>, é o direito de se esquecer o passado criminal de uma pessoa que já cumpriu sua pena perante a Justiça ou que foi absolvida do crime o qual foi imputada.

Classicamente, esse direito tem sido conferido no âmbito da relação entre indivíduo e Estado, no sentido das legislações penais que determinam que, completa a pena ou transcorrido determinado período de tempo após seu cumprimento, o nome do ex detento será retirado dos cadastros e registros criminais.

Como atestam Barros Correia Junior e Holanda Galvão<sup>24</sup>, as ciências criminais, faz um bom tempo, “[...] têm trabalhado com certa facilidade com o trânsito entre a memória e o esquecimento”, sobretudo para fins de garantir a reinserção do ex condenado na sociedade e a ressocialização de seu comportamento.

No âmbito das relações privadas, a aplicação de um direito ao esquecimento enquanto direito à reabilitação já é, por sua vez, mais recente. Além do *droit à l’oubli* francês, mencionado em tópicos anteriores, há dois casos extremamente icônicos que merecem ser comentados: *Melvin v. Reid*, nos EUA, e o caso *Lebach*, na Alemanha.

Embora Voss e Castets-Renard sequer citem esses dois casos em seu trabalho, a associação entre esses dois e o conceito de direito à reabilitação proposto pelos autores é quase imediata, de forma que é válido traçar algumas linhas sobre eles.

O caso *Melvin v. Reid*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia no início dos anos 1930, enfrentou a questão da lembrança do passado criminal de uma ex prostituta no filme *Red Kimono*, de 1929.

---

<sup>23</sup> VOSS, Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the Various Forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*. Boulder, v. 14, n. 2, 2016, p. 300.

<sup>24</sup> CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. Direito civil: da memória ao esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (Org.). *Direito à memória e direito ao esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015, p. 22.

A prostituta Gabrielle Darley foi notícia nos principais jornais americanos no início dos anos 1910 ao responder pelo crime de matar seu alcoviteiro, sendo absolvida em júri dessa acusação em 1915. Anos mais tarde, ela abandonaria a prostituição e se casaria, passando a viver uma vida comum e anônima como a senhora Melvin. Sua sorte mudou, novamente, quando, em 1929, a produtora hollywoodiana *Wallace Reid Productions* redescobriu um relato jornalístico de seu passado e resolveu transformá-lo em filme, usando, inclusive, o nome real de Gabrielle, lançando a película sob o título de *Red Kimono*. O sucesso de público da obra cinematográfica reacendeu o interesse sobre a antiga vida “vulgar” de Gabrielle Darley Melvin, causando-lhe, por óbvio, constrangimentos com a lembrança de um passado esquecido e vexatório para os padrões sociais da época<sup>25</sup>.

A Corte Californiana decidiu em favor da senhora Melvin, reconhecendo seu *direito à busca pela felicidade*<sup>26</sup>, contemplando a possibilidade de uma pessoa mudar seu projeto de vida e estar protegida de ataques desnecessários à sua personalidade e reputação sobre aspectos de seu passado, reputando o dano estar consubstanciado, especialmente, no fato da produção de Reid utilizar o nome verdadeiro de Gabrielle no filme, sem pensar nas consequências adversas de sua escolha para a vida da pessoa retratada no longa.

Veja-se, o tribunal não reconheceu, literalmente, um *right to be forgotten*, mas fundamentou o julgado em leitura do “direito à felicidade” como um exercício de mudança existencial que pressupõe um direito de esquecimento dos erros do passado, o esquecimento como ponto fulcral para um novo começo.

Outro caso interessante aconteceu na Alemanha, sendo, também, reconhecido pelos juristas como um precedente histórico do direito ao esquecimento: o caso *Lebach*.

Em 1969, um crime de latrocínio chocou a opinião pública alemã. Dois homens invadiram um depósito de armas na pequena cidade de *Lebach*, assassinando quatro soldados que guardavam o local, deixando um quinto soldado gravemente ferido. Os dois homicidas foram condenados à prisão perpétua, enquanto um terceiro, partícipe que teria auxiliado os outros dois na preparação do crime, foi condenado a seis anos de reclusão.

---

<sup>25</sup> FRIEDMAN, Lawrence. *Guarding Life's Dark Secrets: Legal and Social Controls over Reputation, Property, and Privacy*. Palo Alto: Stanford University Press, 2007, p. 216-217.

<sup>26</sup> MANTELERO, Alessandro. The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the ‘Right to be Forgotten’. *Computer Law and Security Review*. Amsterdã, v. 29, n. 3, 2013, p. 230.

O canal de televisão *ZDF* produziu um documentário sobre o caso, no qual identificava por nome e por foto os dois autores do crime e o terceiro partícipe, contando várias particularidades do caso, inclusive, com detalhes sobre a relação homossexual que existia entre os homens que participaram do crime. O documentário iria ao ar poucos dias antes da soltura do partícipe, que havia sido condenado aos seis anos de reclusão.

O partícipe tentou juntamente às instâncias ordinárias, sem sucesso, conseguir uma medida judicial liminar para impedir a veiculação desse documentário. A questão, eventualmente, chegou ao Tribunal Constitucional Alemão, que julgou procedente a reclamação constitucional do partícipe, entendendo haver, no caso, uma violação ao seu *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*.

A Suprema Corte Alemã entendeu que o exercício da liberdade de expressão e de imprensa pelas instituições de radiodifusão está limitado a uma ponderação frente à proteção dos direitos da personalidade, devendo o julgador questionar o interesse concreto do público sobre essas informações e como, se possível, estas podem ser transmitidas sem que acarretem dano aos direitos da personalidade. Nesse ponto, é preciso refletir, por exemplo, se a exposição dos nomes verdadeiros e fotos dos acusados é, de fato, necessária, ou se implica intervenção muito grave à esfera de privacidade dessas pessoas<sup>27</sup>.

## 4.2. Direito ao apagamento

Quando se fala em privacidade e tratamento de dados pessoais, é sempre interessante frisar que este não é um problema surgido na era digital. Ou seja, não é de hoje que se vislumbra a necessidade de algum tipo de direito ao apagamento sobre informações pessoais coletadas por terceiros. A preocupação com o uso e o destino das informações sobre pessoas naturais existe desde a formação do *Welfare State* nas democracias liberais, o qual, em razão de suas políticas sociais, ampliou, maciçamente, a coleta e a abrangência dos cadastramentos dos usuários de serviços públicos<sup>28</sup>.

Na era digital, contudo, em função dos novos problemas de privacidade tipicamente surgidos nas relações civis no ambiente da internet e, não mais, somente, entre cidadãos e governo, o direito ao apagamento recebeu novo contexto, sendo o

---

<sup>27</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. BerlIn: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 487-492.

<sup>28</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jérsei: Princenton Press, 2009, p. 100.

direito à privacidade, agora, objeto de leis que regulam as formas de proteção dos dados pessoais coletados por atores privados.

Voss e Castets-Renard<sup>29</sup> afirmam existir um direito ao apagamento expressamente previsto na Diretiva Europeia de Proteção de Dados n. 95/46/CE, atualmente ainda vigente, que disciplina o tratamento e a circulação de dados pessoais no território coberto pelo tratado da União Europeia.

Por força dessa diretiva, as informações pessoais, em regra, não podem ser tratadas e utilizadas *ad aeternum*, posto que podem perder legitimidade uma vez que tenham cumprido o propósito para o qual foram coletadas. Isto quer dizer que um dado que era lícito no momento da coleta pode se tornar ilícito com o decorrer do tempo, tornando-se possível que o interessado faça o pedido de seu apagamento.

Fora do continente europeu, nos Estados Unidos, destaca-se o *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA)<sup>30</sup>, uma lei federal de 1998, posteriormente atualizada pela *Children's Online Privacy Rule* ('COPPA rule'), que possibilita que os pais ou responsáveis de crianças com idade inferior a treze anos possam requerer o apagamento de informações pessoais recolhidas sobre seus filhos ou protegidos aos sites e aplicações de internet.

Mais recentemente, podemos destacar a *Erase Law*<sup>31</sup> do estado americano da Califórnia, que permite que menores de idade requisitem, às provedoras de aplicações, o apagamento de dados que foram compartilhadas por eles próprios – ou seja, a lei não se aplica a informações publicadas por terceiros – na rede.

### 4.3. Direito à desindexação

O direito à desindexação é a forma de direito ao esquecimento de maior repercussão no debate jurídico atualmente, em especial depois do caso *Google Spain*, de forma tal que alguém pode, erroneamente, pensar que o direito à desindexação seria hoje a única modalidade possível – ou discutida – de direito ao esquecimento.

---

<sup>29</sup> VOSS, Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the Various Forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*. Boulder, v. 14, n. 2, 2016, p. 302.

<sup>30</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Children's Online Privacy Protection Act of 1998*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

<sup>31</sup> CALIFORNIA. *Lei SB n. 568*, 23 set. 2013. Disponível em: <[http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill\\_id=201320140SB568](http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568)>. Acesso em: 07 abr. 2017.

Como dito anteriormente, a decisão do Tribunal de Justiça Europeia, no caso *Google Spain*, recebeu algumas críticas fortes, principalmente em razão da corte europeia ter delegado ao *Google*, uma empresa privada, a tarefa de fazer o sopesamento de direitos fundamentais, entre os direitos da personalidade do ofendido e o direito à informação da sociedade.

Alessandro Mantelero<sup>32</sup> critica a corte europeia não, necessariamente, por conceder poder decisório sobre a ponderação entre direitos fundamentais a uma instituição privada, mas pelo fato de que a decisão da corte, baseada em uma diretiva de proteção de dados ultrapassada, concentrou poder demais no *Google*, que detém, praticamente, o monopólio de fato na atividade de provedor de buscas. Para Mantelero, a decisão do tribunal da União Europeia teve muito mais caráter político do que técnico, e não é capaz de resolver, de fato, o problema do esquecimento digital.

Porém, críticas à parte, o direito ao esquecimento enquanto direito à desindexação, tal como pensado pela corte da Europa, tem servido de modelo para decisões em vários países não membros da União Europeia, como Rússia, Japão, Canadá e, inclusive, países latino-americanos como Colômbia e Argentina<sup>33</sup>.

#### 4.4. Direito à obscuridade

O direito à obscuridade é um direito “nascente” proposto por juristas americanos como uma alternativa aos modelos de direito ao esquecimento aplicados na Europa continental e em outros países de tradição *civil law*.

Weber<sup>34</sup> comenta a dificuldade de se firmar um direito ao esquecimento nos Estados Unidos tendo em vista que, histórica e usualmente, o direito à liberdade de expressão garantido constitucionalmente pela Primeira Emenda tem sido aplicado em favor da livre circulação de informações – quando verdadeiras – em detrimento dos interesses de proteção aos direitos da personalidade das pessoas afetadas por elas. Essa ponderação pró-liberdade de expressão se justifica no ideal americano de democracia liberal, consubstanciado no temor das cortes ameri-

---

<sup>32</sup> MANTELERO, Alessandro. The Protection of the Right to be Forgotten: Lessons and Perspectives from Open Data. *Contratto e Impresa/Europa*, Milão, n. 2, jul.-dez. 2015, p. 735.

<sup>33</sup> VOSS, Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the Various Forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*. Boulder, v. 14, n. 2, 2016, p. 328-333.

<sup>34</sup> WEBER, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora’s Box? *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. Karlsruhe, v. 2, n. 2, 2011, p. 112.

canas de que relativizações dos direitos de liberdade de expressão e de informação possam levar à censura estatal ou privada. Por essas razões, poucos foram os casos em que os tribunais dos EUA decidiram em favor de algum tipo de direito ao esquecimento, entre os quais, poder-se-ia citar novamente, aqui, o caso *Melvin v. Reid*.

Mesmo os juristas americanos que se dedicam ao estudo do direito digital, atesta Paul Schwartz<sup>35</sup>, geralmente, passam ao largo da temática do direito ao esquecimento e da autodeterminação informativa na rede, tendendo a se concentrar na discussão de questões como direito autoral e neutralidade da rede.

Ante a rejeição de um direito à desindexação, e ciente desses obstáculos ao esquecimento digital encontrados na Primeira Emenda, Jullie Brill<sup>36</sup>, ex-comissária da Comissão Federal de Comércio dos Estados Unidos, propôs o *direito à obscuridade* como uma alternativa viável de direito ao esquecimento para os EUA, pelo qual as informações não seriam apagadas ou desindexadas, mas, por uma combinação de fatores técnicos, esses dados seriam tornados relativamente difíceis de se encontrar na rede, ou seja, ficariam obscuros.

#### 4.5. Direito ao esquecimento digital

O *right to digital oblivion* (direito ao esquecimento digital) é a quinta categoria presente no trabalho de Voss e Castest-Renard. Ela diz respeito à proposta original do jurista austríaco, professor de Havard, Viktor Mayer-Schönberger apresentada no capítulo VI de seu livro *Delete: the Virtue of Forgetting in the Digital Age*, de 2009.

Mayer-Schönberger<sup>37</sup> propõe uma mudança no código usado pelos softwares e aplicações na internet, por meio do acréscimo de *metadados* para o seu apagamento, de modo que todas as informações compartilhadas estariam sujeitas a uma data de expiração a ser inserida, no arquivo, pelo próprio usuário. Portanto, ao salvar um determinado documento, o usuário seria induzido pelo programa a estabelecer uma data limite que, quando alcançada, resultaria no seu apagamento.

---

<sup>35</sup> SCHWARTZ, Paul M. The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures. *Harvard Law Review*, New Haven, v. 126, 2013, p. 1966.

<sup>36</sup> BRILL, Jullie. Why You Have the Right to Obscurity. *The Christian Science Monitor*. Boston, 15 abr. 2015. Entrevista concedida a Evan Selinger e Woodrow Hartzog. Disponível em: <<http://www.csmonitor.com/World/Passcode/Passcode-Voices/2015/0415/Why-you-have-the-right-to-obscurity>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

<sup>37</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jérsei: Princenton University Press, 2009, p. 169-171.

A proposta de *direito ao esquecimento* do jurista austríaco carrega uma certa característica bem mais pragmática que as anteriores trabalhadas até aqui, posto que é uma solução bem mais ligada a questões de arquitetura da rede do que a raciocínio puramente jurídico. Ser pragmático não é ser insensível a valores, de forma que Mayer-Schönberger está longe de pretender impor o esquecimento às pessoas por meio da implementação forçosa de *deadlines* às informações.

Segundo o seu argumento, as pessoas seriam avisadas de que a informação estaria próxima de atingir sua data limite, podendo editar, a bel-prazer, a data de expiração para adiá-la por mais tempo, caso concluíssem que ainda necessitam dela<sup>38</sup>.

Seu ideal não é impositivo, mas, sim, propositivo. O jurista austríaco deseja que as pessoas pensem a respeito da utilidade e da necessidade de se manterem determinados dados disponíveis “para sempre”. Seu desejo é que os usuários de internet comecem a refletir sobre o problema da memória digital permanente.

#### 4.6. Identificando as várias formas de direito ao esquecimento e suas implicações jurídicas

A classificação utilizada por Voss e Castets-Renard é bastante didática e pode ser utilizada para identificar e classificar legislações e julgados sobre o direito ao esquecimento no mundo inteiro. Ademais, é o que os próprios autores se propõem a fazer ao adotar esses cinco termos expostos e explicados neste trabalho.

O *right to digital oblivion* derivado da propositura original de Mayer-Schönberger e último “direito” identificado pelos autores, é uma categoria tão a parte – e específica – que poderíamos excluí-la de pronto. Weber<sup>39</sup>, inclusive, põe em dúvida a viabilidade prática dessa proposta de acrescentar datas de expiração às informações ao questionar quem seria o responsável pelo apagamento desses dados. Também critica o fato de essa solução estar quase que inteiramente voltada para a capacidade de “autocensura” dos usuários de internet. Isto nos leva, então, a nos concentrar nas outras quatro categorias.

O direito à reabilitação – reconhecido como a mais antiga forma de direito ao esquecimento – estará presente nas relações privadas sempre que alguém reivindicar que algum fato desabonador de seu passado, sobretudo a prática ou a acusação

<sup>38</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2009, p. 172.

<sup>39</sup> WEBER, Rolf H. *The Right to be Forgotten: More than a Pandora's Box?* *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. Karlsruhe, v. 2, n. 2, 2011, p. 112.

de prática de crimes, for lembrado ou pretender ser lembrado pela imprensa. É um tipo de direito que, classicamente, se identificaria sob a forma de uma tutela inibitória. O ponto crítico dessa forma de direito ao esquecimento é que o entendimento jurisprudencial e doutrinário atual no Brasil sobre as liberdades comunicativas constitucionalmente protegidas indica o repúdio de toda e qualquer forma de censura prévia. Algumas dessas implicações vão ser retomadas nos tópicos seguintes.

O direito ao apagamento, por sua vez, no campo do direito privado, é reconhecido, especialmente, nas relações de consumo ou em qualquer outra relação entre particulares que possa se caracterizar por algum desnível de forças. Resulta da perda de controle de uma pessoa sobre informações pessoais, que se encontram no poder de terceiros. O direito ao apagamento não parece ser resposta razoável quando, ao contrário, esses dados pessoais não se perderam nas mãos de um terceiro determinado ou determinável, mas se encontram acessíveis a todos em algum espaço etéreo da internet.

Hodiernamente, a discussão sobre o direito ao esquecimento lida com o alcance de informações antigas sobre um indivíduo publicadas na internet e a possibilidade de seu acesso pela coletividade. Às vezes, trata de um típico *hard case* de colisão de direitos fundamentais. Por essa razão, as opções apresentadas, entre o direito à retirada (desindexação) da informação das listas-resultado das pesquisas dos sites de buscas e o direito a tornar essa informação relativamente difícil de ser encontrada pelos mesmos mecanismos de busca, tentam, na medida do possível, harmonizar o interesse de privacidade com o interesse de acesso à informação sem que, para tanto, a defesa do direito ao esquecimento resulte em algum tipo de censura, privada ou estatal.

Se no sistema jurídico dos países europeus, o direito ao esquecimento é recebido sem maiores resistências, sendo visto, essencialmente, como um produto inevitável do avanço das leis europeias de proteção de dados pessoais e da autonomia informacional na internet<sup>40</sup>, o temor de censura revela-se com muito mais força do lado ocidental do Atlântico, nas Américas.

A desconfiança dos juristas dos países do continente Americano se sustenta, principalmente, por duas grandes razões: a origem liberal-democrática do sistema de *common law* adotado na América Anglo-Saxônica e o histórico recente de ditaduras e autoritarismo na América Latina.

---

<sup>40</sup> BERNAL, Paul. The EU, the US and Right to be Forgotten. In: GUTWIRTH, Serge; LEE-NES, Ronald; DE HERT, Paul (Org.). *Reloading Data Protection: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*. Nova York: Springer, 2014, p. 61.

Se a aplicação do direito ao esquecimento com a devida cautela – atuando como contraponto ao populismo penal do próprio Judiciário ou das mídias televisivas – pode ser muito bem-vinda pelos juristas, Joana Machado e Sérgio Negri<sup>41</sup> alertam que “[...] a ausência de uma cultura na jurisprudência brasileira de análise de elementos de *distinguishing* dos precedentes judiciais”, o que é um problema compartilhado por vários países da América Latina, pode significar que “[...] a construção que hoje pode servir ao combate do populismo judicial, amanhã, sem maiores ônus argumentativos, pode servir à prática de censura”.

Saindo das mídias tradicionais de massa e adentrando ao âmbito específico da internet, pautas jurídicas como o direito ao esquecimento, que propõe interferir no livre fluxo de informações na rede também sofrem rejeição por se mostrar potencialmente problemáticas, principalmente porque vários movimentos recentes de reivindicação de valores democráticos ao redor do mundo se organizaram por meio das redes sociais, fato que demonstra a grande importância que a liberdade de informação na rede tem para a formação de uma esfera pública discursiva e democrática<sup>42</sup>.

Reverberando esta preocupação democrática, o jurista americano Jeffrey Rosen, por exemplo, declarou, com certo exagero, que o direito ao esquecimento se apresenta como a maior ameaça à liberdade de expressão na internet para as próximas décadas<sup>43</sup>. De forma não muito diferente, o jurista argentino Eduardo Bertoni<sup>44</sup> não poupou críticas à decisão da Corte Europeia no caso *Google Spain*.

No Brasil, constitucionalistas como Daniel Sarmento<sup>45</sup> refletem algumas angústias típicas do pensamento democrático, comentando sobre os riscos que o direito ao esquecimento acarreta ao exercício dos direitos de liberdade de expressão e

---

<sup>41</sup> MACHADO, Joana; NEGRI, Sérgio. Ensaio sobre a Promessa Jurídica do Esquecimento: Uma Análise a Partir da Perspectiva de Poder Simbólico de Bourdieu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

<sup>42</sup> Sobre a importância da internet para a manutenção de uma esfera pública discursiva aberta e democrática, ver: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, jul.-dez./2014, p. 10 e ss.

<sup>43</sup> ROSEN, Jeffrey. The Right to be Forgotten. *Stanford Law Review Online*. Palo Alto, v. 64, fev. 2012, p. 88.

<sup>44</sup> BERTONI, Eduardo. The Right to be Forgotten: An Insult to Latin America History. *The Huffington Post*, Nova York, 24 nov. 2014. Disponível em: <[http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten\\_b\\_5870664.html](http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.html)>. Acesso em: 06 jun. 2017.

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, jan.-mar./2016, p. 218.

comunicação: “[...] o ônus que o “direito ao esquecimento” impõe às liberdades comunicativas são, incomparavelmente, mais graves do que os benefícios que ele enseja, sob a perspectiva dos valores constitucionais”.

O civilista Anderson Schreiber<sup>46</sup>, porém, a respeito dessa preocupação justa e necessária sobre os limites do direito ao esquecimento frente ao direito à liberdade de informação e de imprensa, busca deixar claro que o direito ao esquecimento não concede a ninguém “[...] o direito de apagar fatos ou de reescrever a História (ainda que se trate tão somente da sua própria história)”.

Apesar de que há de se reconhecer a justeza de todos os argumentos contrários ou preciosamente cautelosos, de outro modo, o direito ao esquecimento tem sido, pois, bem recebido pela doutrina jurídica brasileira, em especial pelos civilistas, os quais pretendem encontrar um espaço de aplicação possível para esse direito no Brasil, em especial tendo o direito esquecimento já sido reconhecido e aplicado na jurisprudência brasileira em julgados recentes.

## 5. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA

Apesar do reconhecimento do direito ao esquecimento pela jurisprudência brasileira ser um fenômeno recente, Otávio Luiz Rodriguez<sup>47</sup> afirma que juristas brasileiros já vêm realizando palestras e publicações sobre o tema há mais de vinte anos, citando textos e obras de autores como Edson Ferreira da Silva, Luiz Alberto David Araújo, Sidnei Agostinho Beneti, Francisco Rezek, Têmis Limberger e Carlos Affonso Pereira de Souza, que publicaram pelo menos algumas linhas sobre o direito ao esquecimento entre meados da década de 1990 e o início da década de 2000.

René Ariel Dotti<sup>48</sup> e David Araújo<sup>49</sup> já defendiam, assentados na doutrina francesa, o direito ao esquecimento como um resultado do direito do próprio indivíduo à proteção de sua vida privada. Nesse mesmo sentido, em publicação

---

<sup>46</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 171.

<sup>47</sup> RODRIGUEZ JUNIOR, Otávio Luiz. Direito comparado: Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

<sup>48</sup> DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980, p. 90-91.

<sup>49</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 37.

posterior, Araújo<sup>50</sup> voltou a falar em direito ao esquecimento, dessa vez, tratando da possibilidade de exercício desse direito por pessoa transexual.

Mais recentemente, Ingo Sarlet<sup>51</sup> assevera, como já demonstrado neste artigo, que o direito ao esquecimento não é direito novo. Afirma, também, que este é um direito reconhecidamente constitucional, ainda que ausente dispositivo expresso que o anuncie no texto da Constituição de 1988. Trata-se, o direito ao esquecimento, de direito fundamental implícito, “[...] deduzido de outras normas, sejam princípios gerais e estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana, seja de direitos fundamentais mais específicos, como é o caso da privacidade, honra, imagem, nome, entre outros”.

Ou, especificamente, indo ao encontro da doutrina majoritária, pode-se afirmar que o direito ao esquecimento se embasa, dentre todos os direitos da personalidade, no direito fundamental à privacidade<sup>52</sup>.

A propósito, Daniel Bucar<sup>53</sup>, como já foi exposto no início deste artigo, considera o direito ao esquecimento como um reflexo do direito à privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa. Bucar segue a doutrina europeia contemporânea que declara o direito ao esquecimento como uma formalização do controle temporal de informações a que dispõe o indivíduo no âmbito de determinação de sua esfera de privada.

Em posição minoritária, Dominguez Martinez<sup>54</sup>, um dos primeiros autores brasileiros a dedicar uma publicação inteiramente exclusiva a enfrentar o problema do direito ao esquecimento, afirma o direito ao esquecimento como um direito da personalidade autônomo e independente de quaisquer outros direitos da personalidade como privacidade, honra ou imagem, tendo suas próprias características e parâmetros de aplicação que fogem aos demais.

---

<sup>50</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 140.

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

<sup>52</sup> EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque; LOUREIRO, Karina. O direito ao esquecimento no direito comparado: análise de precedentes internacionais. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (Org.). *Direito à memória e direito ao esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015, p. 149.

<sup>53</sup> BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013, p. 10.

<sup>54</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 80.

De qualquer forma, seja um direito decorrente do direito à privacidade, seja um direito autônomo, o direito ao esquecimento se caracteriza, em especial, entendem Alexandre da Silva e Marlea Macial<sup>55</sup>, pela proteção da pessoa humana do dano ou da possibilidade de dano existencial, visto que o direito ao esquecimento se propõe a proteger o indivíduo em seu projeto pessoal de vida. Em razão dessa natureza existencial do dano, inclusive, o direito ao esquecimento “[...] se estende aos parentes e outros que possuem (possuíam) íntima relação com a pessoa envolvida com os fatos, chamado de dano em ricochete”. De tal modo, é possível que os parentes ajuízem ação pleiteando o reconhecimento do direito ao esquecimento sobre fato de uma pessoa morta, tal como no caso Aída Curi, o qual será visto mais adiante.

Já no que diz respeito a seu espaço de aplicação, Schreiber<sup>56</sup> demonstra especial interesse na tensão existente entre direito ao esquecimento e direito à informação na internet, visto que “a internet não esquece”. Ronaldo Lemos e Carlos Affonso<sup>57</sup>, ao tratarem do direito ao esquecimento na rede, são enfáticos ao falar do risco que esse direito traz para a liberdade de expressão e de informação, meta valores do uso da internet reconhecidos no Marco Civil, caso não seja aplicado da maneira mais razoável.

A lógica fluida da rede, pela qual a informação corre de maneira rápida e livre de constrições, demanda que, para a implementação do direito ao esquecimento na internet, sejam aplicadas regras distintas, tal como dispostas no Marco Civil da Internet, a respeito das quais comentamos em tópicos anteriores. A importância da liberdade de expressão e de informação na rede, a qual entra em choque com a possibilidade de sérios danos ao indivíduo pelo acesso de seus dados pessoais por terceiros, implica não ser adequado, conforme Paulo Carmona e Flávia Carmona<sup>58</sup> destacam, simplesmente expandir mecanismos jurisdicionais originalmente adaptados para “[...] uma conceituação pensada e desenvolvida para a realidade de publicações na mídia televisiva”.

---

<sup>55</sup> SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; MACIEL, Marlea Nobre da Costa. Direito ao esquecimento: na sociedade informacional há espaço para o epílogo da máquina de tortura kafkiana? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

<sup>56</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 170.

<sup>57</sup> SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016, p. 123.

<sup>58</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli. A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre o direito à imagem e as liberdades de expressão e de informação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

Por outro lado, apesar de o debate mais atual sobre direito ao esquecimento lidar com a sua aplicação na internet, principalmente pelos avanços na jurisprudência europeia desde o caso *Google Spain*, o debate público brasileiro segue consideravelmente atrasado, visto que aqui se discute, primariamente, o direito ao esquecimento nas mídias de radiodifusão tradicionais, especialmente a televisão, tal como nos dois casos mais notáveis no país, que teve como polo passivo da demanda a emissora de TV Rede Globo.

## 6. A LIBERDADE DE IMPRENSA E OS RECENTES JULGADOS SOBRE DIREITO AO ESQUECIMENTO NO STJ

O direito ao esquecimento repercutiu, grandiosamente, no Brasil a partir de dois julgados no Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2013, ambos da relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, e ambos envolvendo matérias veiculadas no programa policial Linha Direta, da Rede Globo: o caso da chacina da Candelária, Resp n. 1.334.097/RJ, e o caso Aída Curi, Resp n. 1.335.153/RJ.

No primeiro caso, JGM ajuizou ação para reparação por danos morais em face da TV Globo Ltda. por ter seu nome completo e imagem veiculados em matéria *exIbida* no programa Linha Direta como tendo sido um dos acusados de participação na *chacina da Candelária*, em julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro. Embora o programa tenha mencionado no ar que ele foi absolvido em júri por negativa de autoria, o autor argumenta que, ainda assim, a lembrança de sua ligação com o crime lhe causou graves danos aos seus direitos de personalidade.

A questão, eventualmente, chegou ao STJ em sede de Recurso Especial n. 1.334.097/RJ, interposto pela emissora Globo, oportunidade em que a 4ª Turma do STJ, ao realizar a ponderação entre o direito à informação e o direito à privacidade, julgou em favor do direito ao esquecimento de JGM, mantendo a condenação por danos morais no juízo ordinário e reconhecendo que, mesmo a matéria jornalística sendo lícita e contendo fatos verdadeiros, no caso concreto em análise, dever-se-ia privilegiar a proteção dos direitos da personalidade do autor.

Argumentou-se no voto, portanto, que, embora a chacina da Candelária seja um crime histórico, não podendo o fato em si ser jamais esquecido, o uso do nome e da imagem do autor deveriam ser omitidos, posto seu esquecimento não resultar em nenhum prejuízo à narrativa do caso e ao exercício da liberdade de imprensa:

[...] a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem tampouco

a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito<sup>59</sup>.

O outro caso paradigmático envolveu a veiculação de matéria, também no programa Linha Direta, sobre a morte de Aída Jacob Curi em 14 de julho de 1958, que foi vítima de uma tentativa de estupro por três homens em um prédio de Copacabana e jogada do décimo segundo andar desse mesmo prédio por seus agressores para simular seu suicídio.

Irmãos de Aída Curi ajuizaram ação contra a TV Globo Ltda. pedindo que a emissora fosse condenada à reparação por danos materiais – uso indevido da imagem – e morais.

A questão chegou ao STJ por interposição de Recurso Especial n. 1.335.153/RJ pelos irmãos de Aída Curi, tendo sido negado provimento ao recurso pela maioria de votos da 4ª Turma do STJ. No caso específico de Aída Curi, foi negado o direito ao esquecimento em razão da importância histórica desse crime para a sociedade, pelo qual não poderia deixar de se fazer menção ao nome e a imagem de Aída Curi, como única vítima, sem se inviabilizar a narrativa do caso:

[...] assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido. Tal pretensão signi-

---

<sup>59</sup> “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EX *Ibid* EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATOS. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Recurso Especial n. 1.334.097/RJ*, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 28 maio 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

ficaria, em última análise, por exemplo, tentar retratar o caso Doroty Stang, sem Doroty Stang; o caso Vladimir Herzog, sem Vladimir Herzog, e outros tantos que permearam a história recente e passada do cenário criminal brasileiro<sup>60</sup>.

Outro argumento utilizado no voto, no que diz respeito à pretensão indenizatória pleiteada pelos familiares de Curi, reitera a impossibilidade de aplicação do direito ao esquecimento nos casos de grande repercussão social e importância histórica:

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao art. 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, o que me faz concluir que não há o abalo moral. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

A ministra Maria Isabel Galotti e o ministro Marco Buzzi apresentaram votos divergentes afirmando, ambos, em argumentos aproximados, que assistia aos familiares de Aida Curi um direito à indenização em razão da inteligência do artigo 20 do Código Civil, posto que a emissora Globo não pediu autorização prévia à família para o uso da imagem nem da vítima, nem de um dos autores, que aparece abraçado ao corpo ensanguentado de Aída Curi em uma das fotos *exIbidas* no programa Linha Direta<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EX *Ibid* EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-J USTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO “AIDA CURI”. VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Recurso Especial n. 1.335.153/RJ*, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 28 maio 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

<sup>61</sup> Mais detalhes em: RODRIGUEZ JUNIOR, Otávio Luiz. Direito Comparado: Direito ao Esquecimento na Perspectiva do STJ. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 19 dez. 2013. Disponível

Alguns trechos comuns aos votos do ministro Felipe Salomão nos dois casos merecem ser destacados, principalmente no que diz respeito ao interesse público sobre os fatos criminosos e a lembrança de crimes históricos. O ministro e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem que, de fato, determinados crimes entram para o imaginário de um país, sobretudo quando estes, a exemplo da chacina da Candelária, escancaram os problemas sociais e estruturais do Estado Brasileiro. Contudo, ressaltam que a historicidade de um fato criminoso não deve servir de motivo para que o nome e a imagem de pessoas envolvidas nesses crimes sejam lembrados para sempre, especialmente, levando-se em conta a exploração midiática artificiosa a qual estão sujeitas, que pode, inclusive, criar e transformar personagens.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o interesse público, inegavelmente presente em qualquer fato criminoso, não se perfaz, necessariamente, no tempo. Informações sobre fatos criminosos possuem vida útil, e esse interesse, em regra, se esgota com a resposta penal conferida ao fato criminoso. Nas palavras escritas no voto do relator:

Como se afirmou anteriormente, ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas irreversivelmente consumadas. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação, seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias e vicissitudes humanas.

Destacados alguns dos principais pontos relevantes sobre os dois casos, é possível entender que, na chacina da Candelária, mesmo em função da historicidade e da infâmia do caso, a rememoração do nome de JGM não se fazia necessária para contar esse fato histórico, especialmente por ele ter sido inocentado da participação no crime em júri. Decidiu-se proteger a privacidade e os direitos da personalidade de JGM frente ao direito à liberdade de imprensa e o pretense direito à informação da coletividade sobre os envolvidos nesse fato criminoso.

Quanto ao caso Aída Curi, ao contrário, julgou-se impossível fazer menção ao fato criminoso, que mantém interesse histórico até hoje, sem falar sobre a vítima

---

em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 1º maio 2017.

dele. O reconhecido do direito ao esquecimento nesse caso esbarrou, portanto, em uma barreira de caráter fático. Nesse ponto, em especial, entendeu-se que a utilização do nome ou da imagem da vítima de um crime histórico, desde que dentro dos limites de uma narrativa jornalística e respeitosa, é perfeitamente lícita e se sobressai ao interesse privado da família da vítima em não ter o fato lembrado. Destaca-se, o tribunal considerou como um de seus fundamentos para a decisão exarada que a passagem do tempo desde o evento trágico – no caso, mais de 50 anos da morte de Aida Curi – ameniza as dores e afasta a possibilidade de reconhecimento do abalo moral indenizável.

Fontoura Costa e Geraldo Miniuci<sup>62</sup> comentam que a decisão do STJ referente ao caso Aida Curi, ao contrário daquela proferida no caso da Chacina da Candelária, seguiu um fundamento aparentemente utilitarista, posto que a ponderação entre os direitos envolvidos se desenvolveu a partir de um método em que predominou o cálculo de benefícios e de prejuízos, de forma que o resultado se apoiou na ideia de que “a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes”, assim como compara o “desconforto” causado pela lembrança com um “desproporcional corte à liberdade de imprensa”. O argumento tal como apresentado, baseado na “quantificação do sofrimento”, o qual se dissiparia com o passar dos anos e, logo, pode, em razão disso, tornar o direito ao esquecimento inaplicável, é bastante questionável.

Bem, outro comentário que merece ser destacado sobre essas decisões é que o entendimento exarado pelo STJ nesses dois julgados sobre o direito ao esquecimento entra em choque com o posicionamento adotado, mais recentemente, pelo STF no julgamento da ADI n. 4815/DF, no ano de 2015, que reconheceu a legalidade das biografias não autorizadas, assentando o entendimento doutrinário de que as liberdades comunicativas possuem posição preferencial quando em conflito com os direitos da personalidade<sup>63</sup>.

A aplicação no Brasil da doutrina da posição preferencial ou, ainda, dos direitos preferencias – *preferred rights*, em inglês – é um reflexo da influência que a jurisdição constitucional americana tem exercido no pensamento constitucionalista brasileiro. A ideia pela qual “[...] alguns direitos e garantias fundamentais ocupa-

---

<sup>62</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

<sup>63</sup> EHRHARDT, Marcos Augusto de Albuquerque; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 54, n. 213, jan./mar. 2017, p. 69.

riam posições preferenciais em relação a outros direitos e garantias fundamentais”<sup>64</sup> precisa, contudo, ser entendida em dois termos. Rocha, Cunha e Oliveira<sup>65</sup> argumentam que, no entendimento mais rigoroso, os direitos de liberdade de expressão e de informação se sobressairiam em relação ao direito à privacidade, por exemplo, de forma tal que o julgador não poderia decidir contra eles. No entendimento mais flexível – e, ao que parece, é a posição adotada pela doutrina brasileira – o julgador teria uma margem maior de decisão, ponderando os direitos envolvidos caso a caso.

Nesse sentido, o Conselho da Justiça Federal manifestou, em enunciado de n. 576, na VII Jornada de Direito Civil, que, apesar do entendimento proferido na ADI n. 4815/DF sobre a posição preferencial dos direitos de liberdade de expressão e de informação, é possível se compatibilizar a interpretação do artigo 21 do Código Civil com o posicionamento do STF sobre as biografias não autorizadas, de modo que, em alguns casos, seja assegurado o direito ao esquecimento através de tutela inibitória<sup>66</sup>.

De qualquer modo, um entendimento definitivo sobre a questão da tutela inibitória no direito ao esquecimento deverá ser contemplado apenas quando o STF vier a se pronunciar sobre o mérito do Recurso Extraordinário com Agravo n. 833.248/RJ, sobre o qual a Corte Constitucional brasileira reconheceu a repercussão geral do tema do direito ao esquecimento<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues. Esquecimento, internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos *Preferred Rights* da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

<sup>65</sup> ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues. Esquecimento, internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos *Preferred Rights* da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

<sup>66</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VII Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 17.

<sup>67</sup> “DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 833.248/RJ*. Relator: Min. Dias Tofoli, Data do Julgamento: 9 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/STF-RG-no-REx-com-Ag-833248.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao esquecimento, tal como é considerado hoje, é um tema bastante fundamental para a construção dos parâmetros para o exercício pessoal do direito à autodeterminação informativa em nosso ordenamento jurídico, numa época de memória digital perene e perda do controle fático sobre a autonomia informacional.

Essa discussão não poderia estar ausente no Brasil, momento em que a temática passou a despertar notável interesse entre os juristas brasileiros a partir, principalmente, do julgamento do caso *Google Spain* na Europa, e dos casos da chacina da Candelária e Aída Curi julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, com posterior reconhecimento de repercussão geral sobre o direito ao esquecimento pela Suprema Corte brasileira.

Dividida entre uma concepção de direito à privacidade tipicamente europeia-continental, replicada pelos civilistas, e uma acepção de direito à liberdade de expressão fundada no argumento democrático americano, replicada, principalmente, pelos constitucionalistas, tentando conciliar o “melhor dos dois mundos”, a questão do direito ao esquecimento no Brasil surge numa encruzilhada bastante sensível de escolas e entendimentos doutrinários.

Some-se a isto o fato de que o Brasil, em termos de precedente jurisprudencial nos tribunais superiores, está relativamente atrasado em relação a outros países, que estão discutindo em suas cortes máximas, no momento, o direito ao esquecimento nas mídias digitais da rede mundial de computadores, enquanto, por aqui, ainda se discute – em separado – a aplicação desse direito às mídias televisivas tradicionais.

O problema terminológico sofrido pela expressão “direito ao esquecimento”, que tem carregado diferentes significados a depender da mídia de aplicação, da solução jurídica encontrada ou, mesmo, da tradição legal do país em que esse direito é ora discutido, o que dificulta a formulação de qualquer agenda para o direito ao esquecimento no Brasil.

Por essa razão, dedicou-se boa parte deste artigo a buscar delimitar os significados que o termo direito ao esquecimento carrega no cenário atual. Em primeiro lugar, a aplicação do direito ao esquecimento como uma tutela inibitória para a publicação jornalística de fatos criminosos de alegado interesse público, amparados em um *direito à reabilitação*, esbarra numa interpretação constitucional que privilegia as liberdades comunicativas com um *status* de posição preferencial. Qualquer tentativa de suprimir essas liberdades *a priori*, vale dizer, de modo preventivo, pode ser considerada como uma forma de censura privada.

O mesmo argumento é válido para o *direito ao apagamento* e o *direito à desindexação* no ambiente da internet. Legislações que concedem aos indivíduos a possibilidade de apagamento de informações pessoais sobre as quais perderam controle são bastante restritivas, geralmente dedicadas a proteger grupos ou pessoas vulneráveis, como crianças, consumidores – quanto ao uso comercial de seus dados cadastrais – ou mulheres que foram alvo do chamado “pornô de vingança”.

Nesse contexto, a *desindexação* de *links* na rede foi a principal forma escolhida pela Comunidade Europeia para possibilitar aos indivíduos o exercício de seu direito à autodeterminação informativa sobre matérias, textos ou notícias publicadas sobre si na rede: ela age sobre os resultados de pesquisa apresentados pelos provedores de busca como o *Google Search*. Desse modo, “apaga-se” o elo entre informação e o terceiro que faz a pesquisa, mas mantém-se intacta na internet a matéria jornalística que publicou o fato. É uma forma de conciliar as liberdades comunicativas com o direito ao esquecimento, ainda que discutível, principalmente tendo o Tribunal de Justiça da União Europeia determinado que essa desindexação pode ser requisitada, diretamente, aos provedores e realizada extrajudicialmente.

Como contraponto, para países que reconhecem algum tipo de posição preferencial na defesa das liberdades de expressão e de imprensa, como o caso histórico dos Estados Unidos e recente do Brasil, aplicam-se versões abrandadas de um *direito à desindexação*, submetido ao exame cuidadoso dos órgãos jurisdicionais ou, alternativamente, buscar-se-á formas menos gravosas de esquecimento, como o recentemente proposto *direito à obscuridade*, ainda em desenvolvimento na doutrina americana.

Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil deve, necessariamente, levar em conta todas essas variantes, donde se conclui que o modelo adotado pela União Europeia no caso *Google Spain* não seria suficiente e adequado para abranger os matizes acima apresentados. Tal constatação reforça a necessidade de uma maior discussão acerca dos recentes projetos de lei que repetem o erro histórico de tentar transplantar para o cenário nacional a solução encontrada noutros países sem a necessária reflexão acerca das diferenças entre os modelos e estágio de desenvolvimento de cada sistema jurídico.

A definição de uma legislação que consiga ser, ao mesmo tempo, compatível com a posição preferencial do direito à liberdade de expressão – defendida pelos constitucionalistas – e com o reconhecimento do direito à autodeterminação informativa – defendido pelos civilistas – demanda um grande desafio tanto para a atividade legislativa, quanto para a jurisdicional, como também um compromisso dos operadores jurídicos para uma construção doutrinária que, no caso concreto, interprete e faça a melhor escolha das alternativas de solução disponíveis à luz da Constituição Federal Brasileira.

## REFERÊNCIAS

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERNAL, Paul. The EU, the US and Right to be Forgotten. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (Org.). *Reloading Data Protection: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*. Nova York: Springer, 2014.

BERTONI, Eduardo. The Right to be Forgotten: An Insult to Latin America History. *The Huffington Post*, Nova York, 24 nov. 2014. Disponível em: <[http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten\\_b\\_5870664.html](http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.html)>. Acesso em: 1º abr. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 1676/2015*. 26 maio 2015. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1339457&filename=Tramitacao-PL+1676/2015](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1339457&filename=Tramitacao-PL+1676/2015)>. Acesso em: 14 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Recurso Especial n. 1.334.097/RJ*, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 28 maio 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Recurso Especial n. 1.335.153/RJ*, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 28 maio 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 833.248/RJ*. Relator: Min. Dias Toffoli, Data do Julgamento: 9 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/STF-RG-no-REx-com-Ag-833248.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRILL, Julie. Why You Have the Right to Obscurity. *The Christian Science Monitor*, Boston, 15 abr. 2015. Entrevista concedida a Evan Selinger e Woodrow Hartzog. Disponível em: <<http://www.csmonitor.com/World/Passcode/Passcode-Voices/2015/0415/Why-you-have-the-right-to-obscurity>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-dedados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

CALIFÓRNIA. *Lei SB n. 568*, 23 set. 2013. Disponível em: <[http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill\\_id=201320140SB568](http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568)>. Acesso em: 07 abr. 2017.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli. A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre o direito à imagem e as liberdades de expressão e de informação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VI Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VII Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. Direito civil: da memória ao esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (Org.). *Direito à memória e direito ao esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015.

COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

DE TERWANGNE, Cécile. The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment. In: GHEZZI, Alessia et al. (Org.). *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*. Basingstoke: Palgrave Macmillan Memory Studies, 2014.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque; LOUREIRO, Karina. O direito ao esquecimento no direito comparado: análise de precedentes internacionais. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (Org.). *Direito à memória e direito ao esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A.; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 54, n. 213, jan./mar. 2017. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril\\_v54\\_n213\\_p63](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p63)>. Acesso em: 02 maio 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Children's Online Privacy Protection Act of 1998*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

EUROPA. *Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Julgamento C-131/12*. Relator: Maro Ilešič, Data de julgamento: 13 maio 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=133559>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

FLEISCHER, Peter. *The Right to be Forgotten or How to Edit your History*, 29 jan. 2012. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Guarding Life's Dark Secrets: Legal and Social Controls over Reputation, Property, and Privacy*. Palo Alto: Stanford University Press, 2007.

MACHADO, Joana; NEGRI, Sérgio. Ensaio sobre a promessa jurídica do esquecimento: uma análise a partir da perspectiva de poder simbólico de Bourdieu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

MANTELERO, Alessandro. The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the 'Right to be Forgotten'. *Computer Law and Security Review*, Amsterdã, v. 29, n. 3, 2013. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364913000654>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MANTELERO, Alessandro. The Protection of the Right to be Forgotten: Lessons and Perspectives from Open Data. *Contratto e Impresa/Europa*, Milão, n. 2, jul.-dez. 2015. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/287642794\\_The\\_protection\\_of\\_the\\_right\\_to\\_be\\_forgotten\\_lessons\\_and\\_perspectives\\_from\\_open\\_data](https://www.researchgate.net/publication/287642794_The_protection_of_the_right_to_be_forgotten_lessons_and_perspectives_from_open_data)>. Acesso em: 1º abr. 2017.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jérsei: Princenton University Press, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

PINO, Giorgio. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitucional Interpretation and Judge-Made Right. In: VAN HOECKE, Mark; OST, François (Org.). *The Harmonization of Private Law in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues. Esquecimento, Internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos *Preferred Rights* da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUEZ JUNIOR, Otávio Luiz. Direito comparado: Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

RODRIGUEZ JUNIOR, Otávio Luiz. Direito comparado: direito ao esquecimento na perspectiva do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 1º maio 2017.

ROSEN, Jeffrey. The Right to be Forgotten. *Stanford Law Review Online*. Palo Alto, v. 64, fev. 2012. Disponível em: <<https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais: tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, jan.-mar./2016. Disponível em: <[http://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%207%20|%20Jan-Mar%202016&category\\_id=123&arquivo=data/revista/volume7/rbdcivil\\_volume\\_7.pdf](http://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%207%20|%20Jan-Mar%202016&category_id=123&arquivo=data/revista/volume7/rbdcivil_volume_7.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

SCHWARTZ, Paul M. The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures. *Harvard Law Review*, New Haven, v. 126, 2013. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2906&context=facpubs>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; MACIEL, Marlea Nobre da Costa. Direito ao esquecimento: na sociedade informacional há espaço para o epílogo da máquina de tortura kafkiana? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016.

SOUZA, Giselle. Liberdade de expressão: ação das biografias aponta como o STF pode julgar direito ao esquecimento. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-22/acao-biografias-aponta-stf-julgar-direito-esquecimento>>. Acesso em: 02 maio 2017.

VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 14, n. 2, 2016. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2800742](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800742)>. Acesso em: 12 mar. 2017.

WEBER, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora’s Box? *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Karlsruhe, v. 2, n. 2, 2011. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>>. Acesso em: 12 mar. 2017.



---

# NOTAS SOBRE TEORIA TRÍPLICE DA AUTONOMIA, PATERNALISMO E DIREITO DE NÃO SABER NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

*Thamis Dalsenter Viveiros de Castro\**

**Sumário:** Introdução – 1. As novas dimensões da privacidade – 2. Dignidade da pessoa humana e paternalismo jurídico – 3. Teoria tríplice da autonomia existencial e limites ao direito de não saber – Considerações finais – Referências.

## INTRODUÇÃO

Em abril de 2011, a comunidade jurídica brasileira recebeu com grande entusiasmo a notícia de que o direito de não saber, como uma das dimensões do direito à privacidade, havia chegado ao Superior Tribunal de Justiça através de demanda indenizatória que envolvia a realização não consentida de exame anti-HIV, com posterior divulgação de seu resultado para o próprio paciente. No Recurso Especial n. 1.195.995, a Terceira Turma teve a oportunidade de analisar se divulgação de dados médicos verdadeiros não solicitados pelo próprio paciente viola o direito à intimidade e à privacidade e, como consequência, enseja a compensação por danos morais.

O julgamento do REsp 1.195.995/2011 foi decorrente de ação ajuizada por Fernando Villas Boas em face do Hospital Albert Einstein, tendo em vista a realização de exame de sangue não requisitado pelo paciente e a posterior divulgação do

---

\* Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora de Direito Civil da PUC-Rio.

resultado da coleta indesejada sem a sua solicitação. Em síntese, o paciente se dirigiu ao laboratório de análises clínicas com pedido médico no qual constava a solicitação de exames de sangue, dentre os quais o exame anti-HCV, pelo que se pretendia verificar a existência do vírus da Hepatite C. Ao receber o resultado da análise laboratorial, o paciente foi informado de que o sangue coletado foi testado para o exame anti-HIV, cujo resultado lhe conferia a condição de soropositivo. O resultado do exame não requisitado pelo paciente ou pelo médico solicitante das análises laboratoriais foi divulgado apenas para o próprio paciente. Diante dessa informação, que apesar de verdadeira não foi solicitada, o paciente ingressou com ação indenizatória para obter a compensação pelos danos morais sofridos em razão da violação de seu direito à intimidade e à privacidade, mais especificamente por afronta ao seu direito de não saber algo sobre si mesmo, ainda que tal informação revele dado importante sobre sua condição de saúde.

Por maioria, o Superior Tribunal de Justiça julgou improcedente a pretensão de dano moral do consumidor, tendo em vista que o resultado do exame só foi divulgado para o próprio paciente e que a divulgação dos dados permitiu que o recorrente pudesse adotar medidas mais adequadas para a preservação de sua saúde e de sua vida, considerando a potencial gravidade que o quadro de soropositividade pode acarretar. Todavia, não foi pelo entendimento majoritário que esse julgamento se tornou emblemático. Com efeito, as atenções que se voltaram para o julgamento do Recurso Especial foram atraídas pelo voto vencido, de autoria da Min. Nancy Andrighi. Em sua manifestação, a Ministra entendeu que houve lesão à privacidade do consumidor, ainda que a informação não tenha chegado ao conhecimento de terceiros, considerando que “o direito à intimidade do recorrente foi violado quando da realização de exame não autorizado, o que causou indevida invasão na esfera privada do recorrente (investigação abusiva da vida alheia). É irrelevante, portanto, o fato de que o resultado do exame não foi divulgado a terceiros. Por mais que se possa adotar a presunção de que a constatação da doença pelo recorrido lhe propiciou melhores condições de tratamento, esse fato, por si só, não retira a ilicitude de sua conduta – negligente – de realizar exame não autorizado nem pedido em favor do recorrente. Acrescente-se que a intimidade abrange o livre arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada. Vale dizer: todos têm direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparadas para encarar a realidade”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ementa da decisão: “I – O direito à intimidade, não é absoluto, aliás, como todo e qualquer direito individual. Na verdade, é de se admitir, excepcionalmente, a tangibilidade ao direito à intimidade, em hipóteses em que esta se revele necessária à preservação de um direito maior, seja sob o prisma individual, seja sob o enfoque do interesse público. Tal exame, é certo, não prescinde,

De fato, o conteúdo do voto vencido revela uma das principais razões para que a privacidade se encontre no cerne dos grandes dilemas jurídicos existenciais, que é a irremediável ligação entre privacidade e liberdade. Nesse sentido, a tutela da privacidade está em franca expansão, demandando um sistema de proteção da esfera privada como espaço efetivo de liberdade, destinado ao livre desenvolvimento pessoal nos moldes da dignidade da pessoa humana e de seus desdobramentos, representando muito mais do que o clássico *right to be alone*.<sup>2</sup>

---

em hipótese alguma, da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio basilar e norteador do Estado Democrático de Direito, e da razoabilidade, como critério axiológico; II – Sob o prisma individual, o direito de o indivíduo não saber que é portador do vírus HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade), sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida, o direito à vida com mais saúde, o direito à vida mais longa e saudável; III – Mesmo que o indivíduo não tenha interesse ou não queira ter conhecimento sobre a enfermidade que lhe acomete (seja qual for a razão), a informação correta e sigilosa sobre seu estado de saúde dada pelo Hospital ou Laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como ocorrera na hipótese dos autos, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção a um direito maior; IV – Não se afigura permitido, tampouco razoável que o indivíduo, com o desiderato inequívoco de resguardar sua saúde, após recorrer ao seu médico, que lhe determinou a realização de uma série de exames, vir à juízo aduzir justamente que tinha o direito de não saber que é portador de determinada doença, ainda que o conhecimento desta tenha se dado de forma involuntária. Tal proceder aproxima-se, em muito, da defesa em juízo da própria torpeza, não merecendo, por isso, guarida do Poder Judiciário; V – No caso dos autos, o exame efetuado pelo Hospital não contém equívoco, o que permite concluir que o abalo psíquico suportado pelo ora recorrente não decorre da conduta do Hospital, mas sim do fato de o recorrente ser portador do vírus HIV, no que o Hospital-recorrido, é certo, não possui qualquer responsabilidade; VI – Sob o enfoque do interesse público, assinala-se que a opção de o paciente se submeter ou não a um tratamento de combate ao vírus HIV, que, ressalte-se, somente se tornou possível e, certamente, mais eficaz graças ao conhecimento da doença, dado por ato involuntário do Hospital, é de seu exclusivo arbítrio. Entretanto, o comportamento destinado a omitir-se sobre o conhecimento da doença, que, em última análise, gera condutas igualmente omissivas quanto à prevenção e disseminação do vírus HIV, vai de encontro aos anseios sociais; VII – Num momento em que o Poder Público, por meio de exaustivas campanhas de saúde, incentiva a feitura do exame anti HIV como uma das principais formas de prevenção e controle da disseminação do vírus HIV, tem-se que o comando emanado desta augusta Corte, de repercussão e abrangência nacional, no sentido de que o cidadão teria o direito subjetivo de não saber que é soropositivo, configuraria indevida sobreposição de um direito individual (que, em si não se sustenta, tal como demonstrado) sobre o interesse público, o que, data máxima vênua, não se afigura escorreito; VIII – Recurso Especial improvido. (STJ – REsp: 1195995 SP 2010/0098186-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/03/2011, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/04/2011).

<sup>2</sup> O “direito a estar só ou direito a ser deixado só” aparece como centro da definição da *privacy* consagrada por WARREN e BRANDEIS em 1890 e amplamente difundida a ponto de ser adotada expressamente pela Suprema Corte Americana. WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*. Cambridge: The Harvard Law Review Association, vol. IV, dez. 1890, n. 5.

Nesse contexto, o direito de não saber, como um das dimensões do direito à privacidade, assume papel de destaque entre os civilistas dedicados ao estudo das demandas existenciais nas relações privadas, de modo que o presente artigo tem como objetivo analisar os desafios, o conteúdo e o limite da tutela do direito de não saber considerando a permanente tensão entre autonomia existencial e o paternalismo das intervenções jurídicas que se dirigem à esfera privada.

## 1. AS NOVAS DIMENSÕES DA PRIVACIDADE

O desenvolvimento teórico de instrumentos de tutela da pessoa nas relações privadas se intensificou especialmente nas últimas décadas, quando a agenda do direito civil assumiu como prioritária a tarefa de repensar seus institutos tradicionais de modo a adequá-los ao comando constitucional de 1988, que tem na dignidade da pessoa humana um de seus fundamentos da República. Nesse contexto, direito à privacidade assume protagonismo e ganha novas dimensões, tornando-se um elemento fundamental para tutelar as liberdades existenciais na medida da pessoa humana, especialmente porque é necessário que a noção de esfera privada compreenda espaços que são destinados, *a priori*, apenas às decisões individuais, verdadeiros espaços definidos por Stefano Rodotà como *indecidibili per il legislatore*.<sup>3</sup>

Como definir o conteúdo da tutela da privacidade na sociedade contemporânea? Diante do vertiginoso aumento do fluxo de informações, torna-se ainda mais complexo determinar a correta dimensão da privacidade no mundo atual. Desde a multiplicidade de novas formas de coleta de dados até o crescente movimento de penetração dos espaços privados pelo interesse público, não há outra forma de reconhecer a privacidade senão de maneira dinâmica. Isso porque, à medida que a noção técnica de esfera privada foi ampliada, restou inevitável que o tradicional conceito de privacidade se tornasse obsoleto.

Mesmo diante das indefinições que são peculiares ao tema, pode-se compreender a esfera privada como “conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter o controle exclusivo.”<sup>4</sup> Consequentemente, afirma Rodotà, é possível tomar a privacidade como segundo “o direito de manter o controle sobre suas próprias

<sup>3</sup> Rodotà, Stefano. *Politici, liberateci dalla vostra coscienza*. Disponível em: <<http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>> Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>4</sup> Rodotà, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. A vida na sociedade de vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

informações.”<sup>5</sup> Essa forma dinâmica de compreender a privacidade, aliás, é o único modo capaz de tutelar a integralidade da pessoa, haja vista que não se podem clausular em conceitos ou previsões normativas todos os aspectos pessoais que devam ser tutelados.

Como consequência desse raciocínio, torna-se evidente que a privacidade não possui apenas um viés negativo. Trata-se, efetivamente, de direito talhado para o exercício da função promocional que lhe é contemporaneamente atribuída, vale dizer, dentre as funções que a privacidade acumulou ao longo das últimas décadas merece destaque a sua vocação para, a despeito de lesão ou ameaça, assegurar os espaços próprios à construção da esfera pessoal livre de ingerências privadas ou públicas. Desse modo, a privacidade relaciona-se à esfera íntima da pessoa de diversas formas, desdobrando-se na individualidade, na liberdade, na autorrepresentação de si, na liberdade de conformação pessoal, representando muito mais do que o clássico “direito a estar só”.<sup>6</sup> No que se refere à proteção da esfera privada como espaço efetivo de liberdade destinado à realização das subjetividades, deve-se compreender que o direito à privacidade constitui elo fundamental para a garantia de proteção dos mais caros valores de um Estado Democrático de Direito.

A proteção da privacidade e de seus corolários no ordenamento jurídico brasileiro é expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, em seu 5º, X<sup>7</sup>, e no último artigo do rol de direitos da personalidade do Código Civil de 2002, o art. 21<sup>8</sup>. Diante de sua função promocional, a interpretação desses instrumentos legais de tutela privacidade deve ser sempre ampliada no sentido de alcançar as novas demandas que se apresentam desde que os aspectos mais íntimos da personalidade ultrapassaram as fronteiras do corpo e passaram a circular amplamente nos espaços sociais, sejam eles reais ou virtuais.

De fato, a tutela da privacidade, que sofreu profundas e contínuas alterações desde que abandonou a sua tradicional roupagem de “direito dos egoísmos privados”<sup>9</sup>, encontrou novos e importantes desafios decorrentes das novas formas

---

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.

<sup>7</sup> Artigo 5º, X, CF – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

<sup>8</sup> Art. 21, CC – A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

<sup>9</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.

de circulação de dados pessoais, em especial os denominados dados sensíveis. São denominados dados sensíveis aqueles de natureza existencial, que dizem respeito à essência da personalidade de uma pessoa. Essa espécie de dado demanda tutela reforçada, carecendo de maior rigor no controle da coleta e da circulação, tendo em vista que se referem a informações relacionadas a aspectos íntimos da pessoa humana, como são os dados que refletem aspectos de saúde, convicção política, religião e temas conexos.<sup>10</sup> Se os dados de natureza patrimonial, como aqueles que dizem respeito ao sigilo bancário e fiscal, recebem adequada proteção por parte dos tribunais brasileiros, o mesmo não se pode dizer sobre a proteção que se reserva para dados de natureza sensível, havendo um longo caminho a percorrer para que o Brasil se aproxime de experiências estrangeiras bem sucedidas no cuidado e manipulação de informações sensíveis<sup>11</sup>.

Especialmente nesse contexto, em que os dados que circulam revelam a essência da personalidade, a privacidade se expande e alcança a noção de autodeterminação informativa, que garante a ingerência da pessoa sobre todas as etapas de circulação do dado pessoal, desde a coleta até o armazenamento e o descarte desses dados. Isso significa, por seu turno, a necessidade de controlar as informações para delimitar quais serão os dados de acesso livre, quais serão os dados de acesso social restrito e quais serão os dados que não poderão ser acessados, seja pela natureza da informação ou pelo tempo em que foi produzida. Há ainda que se investigar a presença de dados sobre os quais nem mesmo o próprio titular deve ter acesso caso não haja consentido com a sua coleta. Todas essas situações podem ser traduzidas nos recentes *direito ao esquecimento* – ou melhor, o direito de controlar as informações pessoais pretéritas, e *direito de não saber* algo sobre si mesmo<sup>12</sup>.

A criação dessas novas categorias jurídicas referentes ao controle de informações ampliou e tornou ainda mais dramática a tarefa de delimitar o conteúdo do direito à privacidade. Sobre a autonomia desses novos institutos, parece acertado afirmar que tanto o direito de não saber algo sobre si mesmo quanto o direito de

---

<sup>10</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 153-154.

<sup>11</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 153-154.

<sup>12</sup> Como descreve Caitlin Mulholland sobre a expansão da privacidade, as suas dimensões podem ser sintetizadas em (i) o direito de ser deixado só, (ii) o direito de ter controle sobre a circulação dos dados pessoais, e (iii) o direito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial, soma-se um novo entendimento, o de que a pessoa titular de determinado dado relacionado a sua condição existencial tem o direito de não conhecê-lo. MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Civilistica.com*, N. 1, 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Direito-de-nao-saber-civilistica.com-1.-2012.pdf>>.

realizar o controle de informações pessoais pretéritas configuram desdobramentos do direito à privacidade, e não propriamente *novos direitos* dotados de autonomia no ordenamento brasileiro. A esse respeito é preciso que se diga, ainda, que o caráter derivado desses direitos não se deve à ausência de previsão legislativa expressa, dado que não se credita ao Código Civil esgotar as hipóteses de atributos tuteláveis em seus parcos onze artigos destinados à proteção da pessoa em seus aspectos existenciais. De fato, o rol dos direitos da personalidade, cuja prescrição se encontra nos artigos 11 a 21, é meramente exemplificativo, especialmente porque “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados nos seus interesses e naqueles de outras pessoas”.<sup>13</sup> Cuida-se, com efeito, de considerá-los como novas dimensões do direito à privacidade<sup>14</sup>, vez que partilham a mesma *ratio* e decorrem de atualizações hermenêuticas que aproximam a tutela da privacidade prevista pelo constituinte de 1988 e pelo legislador de 2002 das transformações sofridas pela sociedade atual.

O reconhecimento judicial desses novos instrumentos de tutela de informações não é isento de polêmicas. No caso Aída Curi,<sup>15</sup> seus irmãos Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi ajuizaram ação objetivando reparação de danos materiais e morais decorrentes de ato praticado pela TV Globo Ltda. por ocasião da veiculação do programa televisivo Linha Direta retratando os episódios relativos à morte de Aída Curi, vítima de terrível homicídio em 1958. Enquanto para o pedido de dano moral o fundamento foi a reviver dores e feridas do passado, para o dano material o argumento foi de utilização da imagem para fim comercial ou lucrativo. O STJ não reconheceu o direito à indenização, e o acórdão do Ministro Relator Luis Felipe Salomão assentou que, naquela situação, os fatos eram verídicos e revelavam notícia histórica de repercussão nacional, conferindo, no caso concreto, maior peso à liberdade de imprensa e não à proteção da privacidade e da inviolabilidade da privada e de seus desdobramentos sobre a imagem e a honra.

---

<sup>13</sup> PERLINGIERI, Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 764.

<sup>14</sup> Cf. VIVEIROS DE CASTRO, Thamis, ALMEIDA, Vitor. O direito ao esquecimento da pessoa transexual. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

<sup>15</sup> BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *civilistica.com*. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>. Acesso em: 08/02/2018.

No caso que ficou conhecido como Chacina da Candelária, o autor da demanda, JGM, ingressou com ação indenizatória em face da TV Globo Ltda., pleiteando o reconhecimento de que a notícia de seu indiciamento como coautor dos crimes, feita pelo programa televisivo Linha Direta Justiça treze anos após o evento original, acarretou a violação de seu direito ao esquecimento. O autor alegou que, ainda que tenha havido expressa informação de sua absolvição, a veiculação do programa em rede nacional gerou intenso abalo emocional. No Superior Tribunal de Justiça, reconheceu-se o pleito indenizatório, conferindo maior peso à privacidade e ao direito ao esquecimento na ponderação com a liberdade de expressão, tendo como base o fato de que as informações, apesar de verídicas, não eram contemporâneas e sua veiculação tanto tempo após o evento causavam variados transtornos ao autor da demanda, assentando o direito ao esquecimento como um “direito à esperança em absoluta sintonia com a presunção legal de regenerabilidade da pessoa humana.”<sup>16</sup>

Os dois casos brevemente relatados se tornaram referência no debate sobre o direito ao esquecimento, e servem para ilustrar como se dá a contraposição mais frequente à tutela da privacidade sob esta perspectiva, através da liberdade de expressão. Trata-se de situações que envolvem a necessidade real de ponderação, vez envolvem interesses que se ligam de forma legítima aos pilares de uma democracia pluralista. Todavia, essa não é a mesma tônica que acompanha o debate sobre o direito de não saber, como se verá a seguir.

Um retorno ao emblemático e já mencionado REsp 1.195.995/2011 ajudará na reflexão proposta. O Recurso Especial teve origem na ação ajuizada por Fernando Villas Boas em face do Hospital Albert Einstein, tendo em vista a realização de exame de sangue não requisitado pelo paciente e a posterior divulgação do resultado da coleta indesejada sem a sua solicitação. A decisão recorrida julgou improcedente o pleito indenizatório com base nos seguintes argumentos: o dado comunicado era verdadeiro; o resultado do exame não foi divulgado a terceiros; a informação sobre a condição de saúde trouxe benefícios ao paciente e, por fim, como a doença não foi contraída no hospital restou afastado o nexo causal entre a conduta e o dano<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> STJ. REsp n. 1.334.097/RJ, Rel. Min. Felipe Salomão, julg. 28/5/2013.

<sup>17</sup> Ementa da decisão mencionada: APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – Demanda ajuizada em face de laboratório de análises clínicas – Exame realizado para pesquisa de anticorpos (HIV) – Resultado positivo – Solicitação médica de exame de sangue anti HCV – Embora objetiva a responsabilidade do laboratório, não há como reconhecer sua culpa, pela ausência de nexo causal –

Por maioria, a Terceira Turma do STJ também julgou improcedente o pleito indenizatório do consumidor e determinou que a conduta do laboratório não afrontou o direito à intimidade do autor. O voto do Ministro Massami Uyeda, que foi acompanhado pelos Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina, desembargador convocado do TJ/RS, considerou que caráter não absoluto do direito à intimidade admite a prevalência de outros interesses, sejam eles públicos ou privados. Para os Ministros, a proteção da privacidade perde força, no caso concreto, diante da necessidade de tutelar um direito maior, que seria o direito à vida, “uma vida saudável e longa”, correspondente, aos olhos dos julgadores, à noção de melhor interesse do autor da demanda. Ao lado desse argumento, os julgadores também assentaram a preocupação de ordem social, de modo que ficou registrado que “todo direito deve ser exercido com responsabilidade, dentro de um contexto social, sob pena de se verificar o abuso de tal direito”, enfatizando a ponderação do direito à intimidade com a tutela da saúde pública, especialmente num momento em que, de acordo com trecho do voto do Relator: “o Poder Público, por meio de exaustivas campanhas de saúde, incentiva a feitura do exame anti-HIV como uma das principais formas de prevenção e controle da disseminação do vírus HIV, tem-se que o comando emanado dessa a.Corte, de repercussão e abrangência nacional, no sentido de que o cidadão teria o direito subjetivo de não saber que é soropositivo, configuraria sobreposição de um direito individual (que, em si, não se sustenta como demonstrado) sobre o interesse público, o que, *data maxima venia*, não se afigura escorrito.”

Os argumentos apresentados pelo julgador podem ser agrupados em dois grandes eixos. De um lado tem-se o argumento de interesse público, segundo o qual a saúde pública estaria em risco diante da ignorância sobre dado de saúde que revela a soropositividade, e do outro lado tem-se o argumento de ordem privada, que se refere à imposição judicial de modos de viver, considerando que o conhecimento sobre o resultado positivo do exame de HIV é fundamental para salvaguardar o direito à vida melhor, com mais saúde e mais longa. As duas linhas de raciocínio prescrevem ingerências na esfera privada, ainda que partilhem de premissas diversas. Isso significa, por seu turno, que a decisão promove uma profunda intervenção no campo de autonomia pessoal, de tal modo que se questiona a legitimidade da posição paternalista adotada pela Corte. É necessário, portanto, verificar como se dá a proteção da autonomia existencial e da privacidade nesse contexto.

---

Inexistência de comunicação de falsa doença – De rigor a improcedência da ação – Sentença mantida – Recurso desprovido.

## 2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PATERNALISMO JURÍDICO

De acordo com a metodologia civil-constitucional, a análise da legitimidade<sup>18</sup> das intervenções estatais sobre a autonomia existencial deve considerar que a positivação da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República (art. 1º, III<sup>19</sup>) revela a opção constituinte pela função promocional do direito<sup>20</sup>. Dessa premissa decorre a preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais e a consequente transformação do conceito tradicional de autonomia, que deverá ser compreendido para além da liberdade formal de declarar a vontade patrimonial<sup>21</sup>. Como decorrência direta deste raciocínio, o sujeito de direito – abstratamente considerado de acordo com a lógica tradicional segundo a qual era importante definir e tutelar as pessoas como sujeitos que detêm coisas sobre as quais lhe são asseguradas toda sorte de prerrogativas proprietárias – perdeu espaço para a pessoa concretamente identificada no seio das relações jurídicas, nas quais será tutelada em virtude do valor dignidade e não apenas de suas potencialidades patrimoniais

Neste contexto, a dignidade configura-se como cláusula geral de tutela e promoção da personalidade,<sup>22</sup> geradora de deveres positivos e negativos, a qual presuppõe que a pessoa seja concebida a partir de uma reflexão multidisciplinar. Isto é, a dignidade, no papel de princípio unificador do ordenamento jurídico, impõe que o olhar dirigido à pessoa seja capaz de englobar a integralidade do indivíduo, levando-se em conta o contexto social, econômico e cultural e as necessidades físicas e psíquicas de cada sujeito.

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe o compromisso de tutela promocional da pessoa de acordo com uma perspectiva emancipatória,

---

<sup>18</sup> PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.

<sup>19</sup> 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: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

<sup>20</sup> Para uma análise detalhada dessa transição funcional no direito, v. por todos: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

<sup>21</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26.

<sup>22</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.

segundo a qual a liberdade é pressuposto inafastável do projeto de desenvolvimento da personalidade.<sup>23</sup> Assim, as intervenções feitas na autonomia privada devem ser analisadas criticamente, a fim de refutar a lógica de um Estado excessivamente paternalista que pretende tomar decisões por seus filhos – sempre incapazes de reconhecer o que é o melhor – em busca de um Estado que reconheça a liberdade e autonomia de seus representados, tendo como objetivo inafastável a realização dos diversos planos de vida que certamente surgirão.

De acordo com essa perspectiva de pluralismo democrático, Günther Frankenberg alerta sobre a expansão do Estado paternalista nos tribunais: se há uma nova tendência, então é a da persistência dos juízes em uma violação da dignidade, mesmo contra a vontade do envolvido.<sup>24</sup> Ora, ainda que se trate de opinião formulada com base na realidade jurídica alemã, não se pode ignorar que o movimento estatal de intervenções paternalistas é cada dia mais intenso também no cenário brasileiro,<sup>25</sup> como se pode perceber no caso do direito de não saber, de modo que noção de paternalismo possui enorme relevância prática para o direito, em especial para a esfera cível, na qual é possível verificar com mais clareza o problema da legitimidade das limitações à liberdade existencial na esfera das relações privadas – executadas principalmente por parte do Poder Legislativo na elaboração de leis e pelo Poder Judiciário na aplicação concreta de preceitos legais.

Qualquer instância ou pessoa que tenha como responsabilidade a promoção do bem-estar de alguém específico, ou da sociedade em geral, frequentemente terá que enfrentar dilemas decorrentes da situação bastante comum que ocorre quando o próprio sujeito a quem se dirige esta incumbência resiste à tutela externa dos seus desejos e convicções. Isso pode acontecer em qualquer aspecto da vida<sup>26</sup>. As

---

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 26.

<sup>24</sup> FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 317.

<sup>25</sup> Muitas dessas intervenções são reverenciadas como verdadeira expressão da força civilizatória do direito, como é o caso da Lei Maria da Penha, enquanto outras são questionáveis por representarem, em alguma medida e muitas vezes justificadamente, limitação severa na autonomia privada, como é o caso da proibição de fumar em lugares fechados.

<sup>26</sup> Nesse sentido, veja a definição apresentada pelo verbete sobre o termo paternalismo no Dicionário de Política: “Na linguagem vulgar, Paternalismo indica uma política social orientada ao bem-estar dos cidadãos e do povo, mas que exclui a sua direta participação: é uma política autoritária e benévola, e uma atividade assistencial em favor do povo, exercida desde o alto, com métodos meramente administrativos. Para expressar tal política, nos referimos, então, usando de uma analogia, à atividade benevolente do pai para com seus filhos menores.” BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. II, Brasília: Editora UnB, 2010, p. 908 e ss.

relações entre pais e filhos, professores e alunos, médicos e pacientes, sempre têm espaço para este tipo de conflito entre vontades divergentes sobre o bem-estar de um sujeito. A relação entre o Estado e as pessoas por ele contempladas é o campo mais problemático quando o tema é paternalismo, já que não é simples conjugar os interesses coletivos e os interesses individuais numa relação de harmonia quando o assunto é proteger a pessoa contra ela mesma.

Torna-se clara, portanto, a importância de se compreender quais intervenções jurídicas podem ser consideradas legítimas e quais serão ilegítimas de acordo com a legalidade constitucional. Essa análise sobre a legitimidade passa, necessariamente, por considerações acerca do caráter paternalista e do grau de paternalismo que uma restrição à autonomia pode apresentar. Para isso é preciso salientar que nem toda intervenção paternalista será, por si, intolerável de acordo com a Constituição Federal, mesmo sendo necessário afastar toda sorte de intervenções que esvaziem de sentido o projeto de livre desenvolvimento da personalidade.

Mas o que exatamente pode ser considerado paternalismo jurídico? Qualquer limitação jurídica imposta à liberdade de um sujeito pode ser considerada paternalista e isso é algo irremediavelmente negativo ou há espaços para algum grau tolerável de paternalismo? Quais fatores devem ser considerados para averiguar uma possível tolerância a limites externos impostos à liberdade de existir?

Ainda que as origens do conceito sejam muito mais antigas,<sup>27</sup> Macario Alemany explica, em livro dedicado ao estudo do tema, que o emprego do termo paternalismo se tornou particularmente comum no contexto da segunda metade do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, quando foi usado para descrever um certo modelo de condutas que expressavam o paternalismo do tipo industrial. Essa categoria de paternalismo era verificada em determinadas práticas sociais típicas das relações de trabalho, principalmente no ambiente das fábricas.<sup>28</sup> No âmbito jusfilosófico, no entanto, a questão do paternalismo tomou fôlego a partir das análises apresentadas por Herbert L.A Hart sobre as regras de conteúdo moral, aprofundadas principalmente na famosa polêmica entre ele e Patrick Devlin.

---

<sup>27</sup> Sobre as origens do paternalismo e também do pensamento antipaternalista, ver, especialmente, BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. II, Brasília: Editora UNB, 2010, p. 909-910.

<sup>28</sup> Como esclarece o autor, “prácticas sociales desarrolladas por los patronos en relación a sus trabajadores caracterizadas por la Asunción de responsabilidades en la mejora da calidad de vida del obrero, las cuales rebasaban con creces el cumplimiento de las condiciones contractuales en materia de salario y condiciones de trabajo.” ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel, 2006, p. 30.

Em oposição à perspectiva denominada *moralismo legal* – que diz respeito ao uso da coerção legal para impedir atos imorais –, Hart protagonizou o mais emblemático debate teórico sobre paternalismo, partindo de uma série de análises críticas sobre as proposições liberais defendidas por Stuart Mill em *On Liberty*.<sup>29</sup> Na outra ponta desta disputa estava Patrick Devlin, em defesa da tendência combatida por Hart e em nome de uma intervenção legislativa de ordem penal para criminalizar condutas consideradas imorais, cujo fundamento estaria na proteção da sociedade e não propriamente na proteção do indivíduo contra ele mesmo, segundo argumentava o autor.<sup>30</sup>

A questão jurídica que serviu como base para o embate teórico versava sobre a criminalização da prostituição e da homossexualidade. Para Devlin, toda sociedade precisaria de intervenções jurídicas para assegurar a prevalência dos valores morais sobre as imoralidades sociais, termo que utilizava para classificar todo tipo de prostituição ou desvios na moral sexual dominante. Para Devlin, os desvios podem ser caracterizados a partir do comportamento de pessoas consideradas honradas e honestas. Em posição oposta, Hart sustentou que não havia possibilidade de criminalizar condutas considerando como imoral aquilo que as pessoas adultas e capazes resolvem fazer para viver a experiência sexual.

Mas essa posição contrária ao moralismo legal não significava, para Hart, a necessária negação do paternalismo. Daí a relevância do raciocínio apresentado pelo autor: para ele, o paternalismo significa a imposição de um padrão de conduta visando ao bem de uma pessoa, enquanto o moralismo impõe limitações à autonomia existencial sem que haja qualquer lesão ou ameaça de lesão ao sujeito cuja liberdade se deseja limitar. De acordo com o moralismo, a coerção legal por meio da moral se daria com vistas à proteção dos interesses da sociedade, a fim de evitar o que se chamou de forma pouco esclarecedora de degradação moral, sem preocupações acerca do bem-estar do sujeito a quem se dirige a intervenção. Enquanto no moralismo a justificação não está atrelada aos valores individuais, e muito menos aos efeitos jurídicos que o ato de autonomia pode provocar, o paternalismo jurídico, ao contrário, se liga definitivamente aos efeitos produzidos e se desdobra em diversas qualificações a depender do grau de intensidade das intervenções restritivas e dos interesses que visam tutelar.

De acordo com Gerald Dworkin, o paternalismo seria uma “interferência na liberdade de ação do indivíduo, justificada por razões que se referem exclusivamente

---

<sup>29</sup> MILL, Stuart. *On Liberty*. Kitchner: Batoche Books, 2001.

<sup>30</sup> DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford Press University, 1959, p. 13 e ss.

ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coagida”<sup>31</sup>. Como esclarece Letícia Martel, um traço marcante do paternalismo é que “no momento em que ele é aplicado, a pessoa não reconhece a proteção nem o benefício da medida.”<sup>32</sup>

Contudo essa concepção de paternalismo<sup>33</sup> está longe de esgotar a problemática a ser enfrentada sobre o tema, já que o paternalismo é gênero do qual decorrem diversas espécies, como o paternalismo médico, o paternalismo político, o paternalismo benevolente, como expressão da relação entre pais e filhos, e, finalmente, o paternalismo jurídico. Então, como se pode definir o paternalismo jurídico?

Uma importante definição sobre paternalismo jurídico é proposta por Macario Alemany,<sup>34</sup> segundo o qual haverá uma intervenção paternalista quando dois requisitos estiverem presentes: (i) A exerce poder sobre B; (ii) esse poder de A é exercido com o propósito de evitar que B pratique ações (ou deixe de praticar) que causem danos a si mesmo ou representem um aumento de risco de dano. A partir desse raciocínio, seria possível afirmar a intervenção como decorrente do paternalismo jurídico se o exercício de poder de A sobre B for respaldado pelo direito, ou seja, se A tem poderes jurídicos para determinar, por si, modificações na situação jurídica de B (mesmo que B não queira).<sup>35</sup>

Uma vez caracterizada que a intervenção é fundada no paternalismo jurídico, a problemática se coloca em outros termos, pois as modalidades de paternalismo podem ser categorizadas de diversas maneiras. A principal distinção sobre os tipos

---

<sup>31</sup> DWORKIN, Gerald. Paternalism. *Monist*, LVI, n. 1, junho de 1972, p. 65.

<sup>32</sup> MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ.

<sup>33</sup> Sobre o desenvolvimento do conceito de paternalismo utilizado por Gerald Dworkin, Letícia Martel esclarece que “Em seu primeiro conceito, Gerald Dworkin associou o paternalismo a intervenções coercitivas. Devido às críticas que recebeu, modificou seu posicionamento e passou a aceitar como paternalistas algumas medidas promocionais e de dificuldade de acesso a comportamentos ou produtos, bem como a omissão de informações importantes que impedem o conhecimento, pelo sujeito que sofre a medida paternalista, sobre a sua ocorrência.” MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, p. 90. Outra importante análise crítica sobre o pensamento de Dworkin é feita por Macario ALEMANY, em seu livro *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel, 2006.

<sup>34</sup> Para uma importante crítica à teoria de Macario Alemany, ver o prólogo de seu próprio livro, escrito por Manuel Atienza, em: Alemany, Macario. *El paternalismo jurídico*, Madrid: Iustel, 2006, p. 16-22.

<sup>35</sup> ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel, 2006.

de intervenção paternalista se relaciona com o fim a que se destinam:<sup>36</sup> algumas ingerências paternalistas querem afastar o sujeito despido de autonomia, temporariamente ou definitivamente, do mal que possa infringi-lo, enquanto outras têm como objetivo promover o bem quando o sujeito não possui os mecanismos para reconhecer como seu melhor interesse.<sup>37</sup>

Uma dessas modalidades, também classificada como paternalismo fraco, fundamenta as intervenções nas hipóteses em que o mal resulta da falta de escolha ou do desconhecimento sobre o potencial lesivo da conduta intentada. É exemplo dessa intervenção paternalista a ação que visa afastar a ameaça de que uma conduta involuntária resulte em situações não benéficas ao sujeito como, por exemplo, impedir uma pessoa que se sabe estar sob efeito de alucinógenos se jogue pela janela. Do mesmo modo, o agir paternalista comporta a movimentação que decorre da ignorância sobre o mal em potencial como, por exemplo, impedir alguém de ingerir substância que ignora ser tóxica ou venenosa. Abrange ainda a hipótese em que se julga necessário agir na dúvida sobre a voluntariedade ou não da situação, por exemplo, tirar uma pessoa da frente de um ônibus mesmo sem saber se ela deseja levar a vida a termo.<sup>38</sup>

A segunda modalidade, chamada de paternalismo forte, admite a intervenção sobre a conduta quando o mal resulta de uma ação voluntária e informada. O paternalismo deste tipo é tradicionalmente identificado nas políticas públicas como campanhas de combate ao fumo, leis que proíbem o fumo em lugares fechados, leis que determinam índices de consumo alcoólico compatíveis com a direção de veículos automotivos, leis que restringem o porte de armas, leis que impõem a vacinação obrigatória, políticas públicas que determinam o controle intenso de doenças.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Nesse sentido, vale a transcrição da análise de Fermin Schramm acerca do tema: “a especificidade da ética contemporânea (cujas raízes se situam no humanismo moderno) consiste em opor alguma forma de autogoverno a alguma forma de aceitação do paternalismo, numa graduação que pode ser classificada da seguinte maneira: 1) o paternalismo “duro” (*hard paternalism*), que implica uma restrição às liberdades ou uma violação da autonomia; 2) o paternalismo “forte” (*strong paternalism*), que implica, além da restrição ou da violação, o caráter de não justificado; 3) o paternalismo “brando” (*soft paternalism*), que não envolve nem restrições nem violações mas somente meios retóricos de convencimento; 4) o paternalismo “mole” (*weak paternalism*), ou seja, uma forma de *hard paternalism* justificado”. Schramm, Fermin. A autonomia difícil. *Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27-37, 1998.

<sup>37</sup> PALMER, Michael. *Problemas morais em medicina*. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2002, p. 158.

<sup>38</sup> PALMER, Michael. *Problemas morais em medicina*. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2002, p. 158.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 159.

Em tais situações, tem-se uma intervenção estatal legitimada, de um lado, pela proteção da esfera jurídica de terceiros, ou seja, o Estado atua proibindo o fumo em lugares fechados para proteger o não fumante dos riscos do fumo passivo, proíbe a direção da pessoa alcoolizada para não trazer riscos de acidentes na via pública, o porte de armas pode ser restrito em face dos perigos que elas representam para a vida de outras pessoas, a vacinação obrigatória é de suma importância para que doenças contagiosas não acarretem epidemias ou pandemias. De outro lado, esse tipo de atuação estatal visa a desestimular a prática desses atos através da conscientização da população em relação aos efeitos lesivos de tais práticas. Mas veja-se que esta consequência é buscada de modo residual, vale dizer, o fumante que não pode fumar em recintos fechados acaba fumando menos, a criança vacinada não contamina outras crianças ao mesmo tempo em que se torna imune à doença, o motorista que não pode dirigir alcoolizado não coloca a vida de outras pessoas em risco e nem a sua. De modo geral, portanto, trata-se de condutas que causam riscos à própria pessoa e à sociedade.

Frequentemente, as hipóteses que ensejam o paternalismo forte são chamadas de atos acráticos, ou seja, práticas paradoxais em relação à racionalidade. São movimentos voluntários que o sujeito opta por executar mesmo consciente dos males que podem ocorrer, a exemplo do fumante que, mesmo sabendo dos prejuízos causados pelo tabagismo, continua a fumar. Do mesmo modo, os excessos no hábito de beber e comer acarretam consequências nefastas que são consideradas pelos sujeitos, mas não afastadas, de modo que se tornam menores diante do prazer que tais práticas podem proporcionar. Não raro, a dependência recebe o crédito pela prática de atos acráticos.<sup>40</sup> A vontade se tornaria fraca diante de fatores que fogem à racionalidade. Assim, justifica-se que o tabagista continue a fumar porque o cigarro contém substâncias que geram dependência; de maneira idêntica a obesidade mórbida é explicada em razão de desequilíbrios químicos que geram a compulsão e interditam a vontade.

De outra parte, são inúmeros os atos acráticos que não derivam de influências que causem dependência, como o fato de as Testemunhas de Jeová se recusarem a receber uma transfusão de sangue que sabem ser imprescindível à manutenção de suas vidas, ou ainda as situações em que o paciente depende da amputação de um de seus membros para ter a vida salva, mas mesmo assim recusa-se a fazer a operação. Nesses casos, contudo, não se pode afirmar categoricamente que se trata de

---

<sup>40</sup> Bodin de Moraes, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 193.

fraqueza de vontade. As Testemunhas de Jeová não se recusam a viver, mas certamente possuem padrões sobre a vida que fogem à moral tradicional: trata-se, na verdade, de uma consequência da liberdade de consciência,<sup>41</sup> de modo que o sujeito se recusa ao cumprimento daquilo que se reputa tradicionalmente como razoável ou lícito, mas que é incompatível com as suas íntimas convicções. Neste caso específico ocorre situação em que a pessoa sente-se moralmente obrigada a não cumprir com as expectativas razoáveis por força de suas convicções de crença religiosa.

De acordo com as restrições da autonomia por razões de consciência, assinala-se que independente da liberdade de escolha e das suas íntimas convicções, o sujeito não pode fazer do exercício de sua autonomia um risco à esfera jurídica de terceiros. Assim, no exemplo apresentado sobre a recusa de tratamento médico de Testemunha de Jeová, convém assinalar que a objeção de consciência<sup>42</sup> da mãe não é capaz de conferir o corpo do filho como campo de sua própria autonomia, de modo que o tratamento médico deverá ser implementado, sob pena de abuso de poder familiar.

Com efeito, o paternalismo perde espaço para as convicções pessoais nesses casos não só por se tratarem de hipóteses de exercício da liberdade religiosa<sup>43</sup>, mas também porque representam situações de conflitos verdadeiramente existenciais. Nessas situações, a observância do dever jurídico de preservação da integridade física (como pressuposto necessário à continuidade da vida) significaria uma violação da ordem psíquica, de onde se conclui que esses espaços de liberdade, quando violados, são punidos com os aspectos subjetivos da própria personalidade.

Tendo isso em vista, como é possível assegurar que a incidência do direito nas relações privadas existenciais se dê de maneira efetivamente protetiva e não somente restritiva? Como encontrar a medida para que a tutela da pessoa no ordenamento jurídico brasileiro não se confunda com uma postura moralista por parte do legislador e nem mesmo dos intérpretes da lei? Como garantir o direito de

---

<sup>41</sup> Tradicionalmente, esse tipo de liberdade de consciência recebe o nome de objeção de consciência, tema caro aos estudiosos do direito penal, como elemento de exclusão da culpabilidade. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 260.

<sup>42</sup> De acordo com a lição de Ramón Soriano, “La objeción de conciencia es así una forma de la libertad ideológica de la persona, que consiste en la excepción justificada del cumplimiento de un deber jurídico colisionante con los dictados de la conciencia individual”. SORIANO, Ramón. *La desobediencia civil*. Barcelona: PPU, 1991, p. 45.

<sup>43</sup> Sobre o conceito de liberdade religiosa e a sua interpretação na Constituição brasileira, ver, por todos, LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião: liberdade religiosa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2014, especialmente p. 76-85; e p. 339-431.

autodeterminação da pessoa dotada de autonomia efetiva e sensibilidade, que pondera os custos e benefícios de suas decisões?

Um dos caminhos que podem trazer maior segurança para o intérprete é a teria tríplice da autonomia existencial, pela qual a análise dos efeitos que o ato de autonomia produz sobre esferas jurídicas alheias a do seu titular é capaz de delimitar com maior precisão a legitimidade ou não das intervenções paternalistas, ou seja, se elas serão aceitáveis ou se devem ser refutadas em nome da proteção à liberdade pessoal.

### 3. TEORIA TRÍPLICE DA AUTONOMIA EXISTENCIAL E LIMITES AO DIREITO DE NÃO SABER

Em breves linhas, é possível afirmar que a autonomia existencial é espécie do gênero autonomia privada e se configura como instrumento da liberdade individual para realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses não patrimoniais, incidindo nas situações jurídicas subjetivas situadas na esfera extrapatrimonial, cujo referencial objetivo é o próprio titular no espaço de livre desenvolvimento da personalidade<sup>44</sup>.

Na legalidade constitucional, o ponto de partida, a premissa inafastável para qualquer investigação sobre a realização dos interesses existenciais deve ser a liberdade para escolher os rumos da própria vida. Todavia, como qualquer outro ato de liberdade, a autonomia existencial pode sofrer limitações<sup>45</sup>, no entanto elas só devem incidir excepcionalmente e apenas quando presentes requisitos que comprovem concretamente a necessidade de tal restrição.

Por tal razão, a autonomia existencial só admite limites externos e não se volta à realização de interesses alheios aos do seu titular, daí porque não se pode sustentar o argumento de que o direito de não saber sucumbiria diante do imperativo de saúde pública. Efetivamente, a prevenção de doenças cuja contaminação pode se dar também por meio de relações sexuais constitui dever pessoal de cada um que

---

<sup>44</sup> Tais considerações foram apresentadas em VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017.

<sup>45</sup> Como esclarece Stefano Rodotà, “A livre construção da personalidade é fórmula que não implica a definição de uma área reservada às escolhas individuais privada de qualquer relação com a regra jurídica. Implica na verdade um instrumento que torna possível a busca autônoma por uma política de identidade pessoal.” Rodotà, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, p. 22.

participe do ato sexual. Não se pode assumir como alheia a tarefa de cuidar de si, que, aliás, se impõe independentemente do conhecimento sobre qualquer quadro de doenças.

Tendo em vista a concepção que toma a autonomia existencial como instrumento de emancipação pessoal, não se pode olvidar que a construção da identidade e do projeto de livre desenvolvimento da personalidade demandam espaços democráticos para a realização de experiências intersubjetivas. Daí a necessidade de se estabelecer, sob o prisma das esferas jurídicas que sofrem a incidência de efeitos decorrentes da realização de interesses existenciais, uma nova tipologia das situações jurídicas subjetivas existenciais, com base na eficácia, ou seja, uma categorização que tem como norte o alcance dos efeitos gerados pelo ato de autonomia.

Trata-se, com efeito, de formulação denominada *teoria tríplice da autonomia privada existencial*<sup>46</sup> que, através de uma classificação que divide os atos de autonomia em três categorias distintas a depender dos efeitos produzidos e das esferas jurídicas por eles afetadas, permite ao intérprete do direito verificar a necessidade e a legitimidade de intervenções restritivas feitas pela lei ou aplicadas pelo julgador sobre o exercício da autonomia no caso concreto.

Em decorrência da aplicação desta teoria, os atos de autonomia serão classificados em: (I) atos de eficácia pessoal; (II) atos de eficácia interpessoal; e (III) atos de eficácia social.

Os *atos de autonomia de eficácia pessoal* são aqueles decorrentes do exercício de situação subjetiva cuja realização de interesses existenciais implica consequências relevantes unicamente para a esfera jurídica do seu titular. Trata-se de situação que não produz efeitos jurídicos diretos e imediatos que acarretem lesão ou ameaça de lesão a esferas jurídicas de terceiros, não admitindo a incidência de elementos limitadores da autonomia. Tome-se como exemplo desse tipo de situação os atos de modificação corporal como a tatuagem, cuja repercussão jurídica se encerra na esfera do titular, ainda que tal ato possa gerar reflexos e impactos culturais para a coletividade.

Com a entrada em Estatuto da Pessoa com Deficiência, é preciso sublinhar, entretanto, que os atos de autonomia de eficácia pessoal poderão ser excepcionalmente limitados quando se tratar de pessoa com deficiência que apresente grau acentuado de vulnerabilidade, desde que as restrições estejam comprovadamente voltadas para o fortalecimento da emancipação pessoal dos sujeitos tutelados pelo

---

<sup>46</sup> Teoria formulada em VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

EPD, tendo em vista que o regime das incapacidades foi profundamente alterado pela Lei n. 13.146/2015.

Os *atos de autonomia de eficácia interpessoal* são consequência do exercício de situação subjetiva que gera repercussão em esferas jurídicas distintas do titular da situação, alcançando pessoas que não praticaram o ato de autonomia. Essas pessoas precisam ser individualmente identificadas e devem comprovar a situação de serem afetadas pelos efeitos diretos e imediatos do ato de autonomia que causaram lesão ou que apresentam risco real de lesão a seus direitos. Trata-se, portanto, de situação que gera concreto conflito entre a realização de interesses existenciais em esferas jurídicas distintas. Nessas situações, torna-se possível aplicar restrições concretas aos atos de autonomia existencial. O abuso do poder familiar, pelo qual um dos pais pratica alienação parental é um exemplo típico de eficácia interpessoal, na qual o exercício da autonomia familiar acarreta repercussões para a esfera jurídica alheia, aqui especificamente a do outro genitor e a da criança envolvida.

Nos *atos de autonomia de eficácia social* a realização de interesses existenciais decorre do exercício de situação subjetiva que apresenta efeitos jurídicos diretos e imediatos que geram ou podem gerar lesão a direitos de um número indeterminado de pessoas. Trata-se de consequências que oferecem risco real de ofensa a direitos de pessoas não necessariamente identificadas ou que causam efetivamente dano a essas pessoas. Nesses casos, diante das repercussões jurídicas negativas para a coletividade, é preciso considerar a necessidade de limitar, também em abstrato, a autonomia existencial do titular para garantia de direitos fundamentais que podem ser lesionados pelo exercício de um interesse individual, o que pode ser feito diretamente no caso concreto através da ponderação ou por meio de lei específica que proíba condutas que possam ser classificadas como de eficácia social. Exemplo desse raciocínio é a vedação que o ordenamento brasileiro apresenta à comercialização de partes do corpo, cujo resultado, se fosse lícito, poderia gerar consequências negativas para os sujeitos em situação de miserabilidade que comercializassem seus órgãos, além de acarretar lesão à coletividade, já que a criação de um mercado dessa natureza acabaria com o sistema fraterno de doação de órgãos, que é atualmente pautado pelo princípio da solidariedade social. Também se inclui nessa categoria a impossibilidade de fumar em lugares fechados, tendo em vista as consequências do uso do tabaco para as pessoas, em número impossível de determinar, que terão contato passivo com as substâncias nocivas derivadas do cigarro.

Essa classificação é feita considerando apenas os efeitos diretos e imediatos do ato de autonomia, ou seja, toma por base as consequências que tiveram como causa geradora direta e imediata o exercício da autonomia extrapatrimonial. Ficam afastados os reflexos indiretos ou mediatos que todo ato de autonomia pode produ-

zir, mas que não possuem o condão de influir na esfera jurídica alheia, pelo que não modificam, extinguem ou constituem o campo de titularidade de outros sujeitos. Qualquer ato jurídico praticado por uma ou por diversas pessoas produzirá repercussões – efeitos – na sociedade, mas nem por isso deve-se considerar que tais reflexos produzidos suscitem a tutela proibitiva do ordenamento jurídico.

Pode-se falar em tais efeitos como ofensa a padrões sociais, hábitos e costumes tradicionalmente observados em determinadas sociedades, o que não é, por si só, problemático do ponto de vista jurídico, de modo que determinada conduta que cause ofensa a certos padrões sociais não acarreta, necessariamente, consequências jurídicas limitadoras da autonomia existencial. Em outros termos, a ofensa a padrões morais não é por si, portanto, razão que atraia a providência jurídica de intervenção limitadora da autonomia privada, eis que não há, em tais casos, ofensa a direitos alheios aos do titular da situação jurídica subjetiva. Em breve síntese, qualquer repercussão reflexa deve ser tolerada por quem as sente, já que não configuram lesão ou ameaça concreta de lesão a direito alheio.

Mas qual será o fundamento para sustentar que as ofensas a padrões morais devem ser toleradas? Sob qual argumento se justifica que tais reflexos indiretos gerados pelos atos de autonomia não estão cobertos pela tutela jurídica do ordenamento brasileiro? Essas ofensas devem ser suportadas por quem as sofre, porque as múltiplas visões de mundo são juridicamente protegidas ou, ao contrário, são suportadas porque determinadas visões de mundo não merecem proteção do direito? Não faltam situações concretas para ilustrar como os valores morais podem se contrapor numa mesma sociedade e suscitar importantes debates acalorados de ordem moral. Alguns exemplos relatados a seguir podem ajudar a compreender esses questionamentos, além de demonstrar de forma mais prática como a teoria sobre os efeitos do ato de autonomia pode ser aplicada concretamente.

Em 2017 duas exposições artísticas protagonizaram polêmicas envolvendo ofensa a padrões sociais. A primeira delas se deu no Museu de Arte Moderna (MAM) de São Paulo, por ocasião da performance realizada na abertura do 35º Panorama de Arte Brasileira. A performance “La Bête”, realizada pelo coreógrafo carioca Wagner Schwartz, é uma leitura interpretativa da obra “Bicho”, de Lygia Clark, artista que se consagrou pela criatividade de suas proposições interativas. O MAM foi alvo de acusações de incitação à pedofilia sustentada por movimentos conservadores após o compartilhamento de fotos e vídeos nos quais uma criança, acompanhada de sua mãe, pode ser vista tocando os pés e a canela do coreógrafo<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Dados disponíveis em: [http://www.huffpostbrasil.com/2017/09/29/a-questao-da-nudez-na-arte-e-universal-diz-curador-do-mam-sobre-polemica\\_a\\_23227725/](http://www.huffpostbrasil.com/2017/09/29/a-questao-da-nudez-na-arte-e-universal-diz-curador-do-mam-sobre-polemica_a_23227725/). Acesso: 30.10.2017.

Após a repercussão negativa dos fatos, o que gerou uma intensa onda de ataques à liberdade de expressão e à autonomia das famílias que levavam seus filhos para a performance interativa, o debate sobre o tema ganhou espaço nas redes sociais, onde se proliferaram discursos contra e a favor da exposição, com argumentos que poderiam ser resumidos no combate defesa da moral *versus* defesa da liberdade.

Pouco antes do evento no MAM, a exposição QueerMuseu teve o fechamento antecipado em Porto Alegre após protestos contra o Santander Cultural, que recebeu a mostra, com a justificativa de que os trabalhos expostos promoviam a pedofilia e a zoofilia. Ambas as acusações não produziram eco no Ministério Público e o promotor de Justiça da Infância e da Juventude de Porto Alegre, Júlio Almeida, recomendou a reabertura imediata da exposição. Diante dos rumores que indicavam a chegada da exposição à cidade do Rio de Janeiro, o então prefeito, Marcelo Crivella, se manifestou contra a vinda da mostra, e foi acompanhado pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a Alerj, onde quarenta deputados assinaram “nota de repúdio e indignação” à possibilidade de ter a QueerMuseu no MAR, Museu de Arte do Rio. Diante da polêmica e das colocações da prefeitura, o Conselho que administra o espaço do museu cancelou as negociações para receber a exposição.<sup>48</sup>

Nos casos apresentados, o exercício da autonomia artística não gerou lesão ou ameaça de lesão a terceiros concretamente identificados ou a um número indeterminado de pessoas. Até mesmo a presença de uma criança na exposição não é fato que atraia necessariamente uma limitação à liberdade, vez que deveres básicos de cuidado e informação indicativa por parte dos Museus e o respeito ao exercício da autoridade parental são suficientes para afastar o risco de lesão e tornar desnecessária e arbitrária qualquer medida restritiva contra as expressões artísticas. O mesmo raciocínio se aplica ao caso que incrementou o debate sobre o direito de não saber, tendo em vista que os deveres básicos de cautela são capazes de afastar eventuais e futuros efeitos lesivos. Trata-se, com efeito, de *mero receio de lesão* – que não pode servir de argumento para limitação do direito à privacidade.

Totalmente diferente é o caso de *risco real ou potencial de lesão*, fundado em circunstâncias não afastáveis a partir de deveres básicos de cautela, e que por isso demandam providências efetivas por parte do ordenamento jurídico. Exemplo desse raciocínio é o caso do casal de duas mulheres americanas surdas desde o nascimento, Sandra Duchesneau e Candy McCullough. Com intuito de gerar um bebê

---

<sup>48</sup> Informações disponíveis em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/10/1924045-museu-de-arte-do-rio-nao-vai-receber-queermuseu-por-pedido-do-prefeito.shtml>. Acesso em: 30.10.2017

que também sofresse de surdez, o casal decidiu buscar nos bancos de sêmen material genético de homem que também fosse surdo, a fim de aumentar as probabilidades de um filho com os mesmos problemas auditivos que elas tinham. A busca terminou sem sucesso, e elas tiveram que recorrer a um amigo cuja surdez estava presente em muitos de seus familiares. Esse mesmo amigo já havia doado sêmen antes, para fertilização anterior da qual nasceu a primeira filha do casal, Jennifer, que, com cinco anos, só se comunica por meio de sinais. Da segunda fertilização nasceu o bebê, Gauvin McCullough, que também apresentou deficiência auditiva, conseguindo escutar muito pouco apenas por um ouvido. Questionadas sobre a polêmica decisão, o casal afirmou que o filho poderá escolher se quer ou não melhorar mecanicamente a audição por meio de aparelhos.<sup>49</sup>

O casal faz parte de um movimento que se opõe à ideia de surdez como deficiência. De acordo com essa perspectiva, a surdez seria uma identidade cultural.<sup>50</sup> No entanto, a escolha por bebês surdos suscita mais do que um juízo sobre a conduta ser ética ou não, ou sobre ofensa a padrões morais e culturais. Certamente, a comunidade que reivindica o reconhecimento da cultura dos surdos não vê a questão da eticidade da mesma maneira, o que indica um claro conflito entre diferentes visões de mundo. Mas os efeitos imediatos dos atos de autonomia dos pais geram consequências jurídicas danosas para os bebês, o que significa que não se trata apenas de ofensa a determinados padrões morais. Tem-se a configuração também de um valor jurídico, o abuso, uma vez que os atos de autonomia dos pais não podem restringir a autonomia existencial dos filhos, em prejuízo destes.

O caso da surdez voluntária de bebês demonstra com clareza a ideia de efeitos imediatos geradores de risco real ou potencial de lesão a direitos de terceiro. Trata-se de risco que pode ser, inclusive, verificado em abstrato, dada a alta probabilidade de surdez diante da escolha de material genético. Tem-se aqui, com efeito, situação de eficácia social, pelo que seria cabível restringir a autonomia familiar e impedir a realização da fertilização em tais condições. A medida mais eficaz em tais casos é a intervenção legislativa. Todavia, na ausência de lei, devem ser aplicadas restrições por meio da intervenção do magistrado no caso concreto.

---

<sup>49</sup> O caso, noticiado pelo site da BBC, no dia 8 de abril de 2002. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2002/020408\\_surdaro.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2002/020408_surdaro.shtml). Último acesso: 08.06.2017. O relato também pode ser encontrado em BODIN DE MORAES, Maria Celina e KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do direito civil-constitucional: casos e decisões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 47.

<sup>50</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina e KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do direito civil-constitucional*, cit., p. 47.

Mas qual seria a diferença entre a surdez de bebês por força da escolha do material genético nos casos de fertilização e a surdez de bebês que nasceram de pais surdos, sem qualquer intervenção de técnicas de reprodução assistida? A surdez dos bebês é consequência que ganha relevância jurídica quando é efeito direto e imediato da livre escolha dos pais sobre o material genético, ou seja, a surdez programada é uma alteração na esfera jurídica de terceiros que possibilita a limitação da autonomia diante dos interesses tutelados – não há direito dos pais que possa se opor legitimamente à diminuição permanente da integridade dos filhos. O mesmo não se pode afirmar sobre os bebês naturalmente surdos, tendo em vista que o risco de filhos de surdos nascerem surdos não se sobrepõe à autonomia dos pais sobre o projeto familiar, tampouco se liga a essa autonomia como consequências diretas e imediatas.

No entanto, a contraposição de valores – de um lado o direito à autonomia das pessoas surdas e de outro a resistência dos que acreditam que a vida digna depende da audição plena – deve ser vista sob outro prisma quando não há interesses de menores envolvidos. Isso porque os argumentos contrários ao desejo dos surdos de não usarem o implante coclear não têm densidade jurídica para limitar a autonomia existencial de sujeitos capazes de discernir. Chega-se à conclusão de que os valores conflitantes não podem limitar a autonomia a partir do raciocínio sobre os efeitos: este ato de autonomia que implica permanência do estado de surdez produz efeitos diretos e imediatos na vida – leia-se esfera jurídica – de terceiros que possam ser concretamente identificados? Há efeitos jurídicos diretos e imediatos que incidem sobre a coletividade, que permitam afirmar lesão ou risco real de lesão à coletividade e suscitem confronto com interesse público de preservação dos interesses da sociedade?

As duas perguntas têm resposta negativa. Se não há efeitos diretos e imediatos, o que se tem é simplesmente a ofensa a padrões sociais que não constituem, por si, interesses juridicamente tutelados. Diante da ausência de status jurídico dos argumentos que são contrapostos aos direitos dos surdos sobre seus próprios corpos, não há fundamento para limitação da autonomia cujos efeitos que não atingem a terceiros, tampouco à coletividade. Trata-se de exemplo que caracteriza a eficácia pessoal do ato de autonomia. A partir daí, prevalece a noção de que há aqui um espaço de liberdade para a construção do projeto de desenvolvimento pessoal de acordo com a multiplicidade de concepções sobre a vida digna.

É preciso considerar, ainda, que a investigação sobre a irrelevância das ofensas a padrões no plano concreto depende dos resultados da investigação em abstrato: determinados valores compartilhados pela sociedade não poderão figurar como

valor jurídico, pouco importando se eles são referentes à maioria da população. Não se trata de número de adesões, mas sim de compreender que o recurso aos valores é mecanismo limitado pela moralidade constitucional, pelo que um valor só será enquadrado como valor jurídico se for possível determinar o seu correspondente axiológico no Texto Constitucional. Não há sentido na investigação dos atos de autonomia de acordo com seus efeitos se aquilo que se contrapõe ao interesse do titular da situação existencial já for, de antemão, impedido de receber a tutela jurídica. A averiguação dos efeitos tem em vista a exclusão de padrões morais que sejam juridicamente irrelevantes, o que pressupõe não ser antijurídico. Ora, sendo assim, parece óbvio que não pode haver dúvidas quanto à impossibilidade de limitar a autonomia por fundamentos contrários ao direito.

No entanto, nada é tão elementar assim quando se trata de analisar quais valores são contrários ao direito, como se vê a partir do famoso caso Richarlyson. Em 2007, o jogador de futebol Richarlyson apresentou queixa-crime contra um cartola do clube Palmeiras, que insinuou que o atleta seria homossexual. Foi negado prosseguimento à ação penal. Dentre os argumentos apresentados pelo juiz, ganharam destaque as afirmações de que “o futebol é jogo viril, varonil, não homossexual”, e de que caso o jogador “fosse homossexual, poderia admiti-lo, ou até omitir, ou silenciar a respeito. Nesta hipótese, porém, melhor seria que abandonasse os gramados”<sup>51</sup> Mas a relevância desse caso de matéria penal está no fato de que os valores que indicam tanto machismo quanto homofobia são compartilhados por grande parte da sociedade. O problema é que mesmo tendo adesão da população, esses valores não encontram respaldo nos valores constitucionais e “não podem funcionar como condição suficiente de juridicidade”.<sup>52</sup>

Ganha relevo neste ponto a noção de pluralismo,<sup>53</sup> pela qual a sociedade é marcada pela diversidade de múltiplas formas, sexual, política, racial. Naturalmente, esta diversidade gera como consequência diferentes visões de mundo, que devem ser asseguradas juridicamente como exercício legítimo da democracia. Como esclarece Luis Roberto Barroso, “o Estado inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, tem

---

<sup>51</sup> TJSP, 9ª V. Crim, proc. n. 936/07, Juiz Manoel Maximiano Junqueira Filho, julg. 5.7.2007.

<sup>52</sup> MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *Positivismo jurídico inclusivo: a possibilidade de incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos*. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 98.

<sup>53</sup> Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

cedido passo, historicamente, ao Estado solidário, agente da tolerância e da inclusão social.”<sup>54</sup>

Assim, as diferentes concepções de vida devem conviver em ambiente marcado pela tolerância, e então a partir do pluralismo torna-se mais fácil sustentar a irrelevância jurídica da ofensa a determinados padrões morais, diante da ausência ou insignificância de seu *status* jurídico. Trata-se de postura imposta por uma das mais importantes dimensões da dignidade da pessoa humana, que demanda o mesmo reconhecimento para “todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual ‘reconhecimento’”.<sup>55</sup>

Em síntese, de acordo com a teoria tríplice apresentada, classificação dos atos de autonomia em relação aos efeitos – atos de eficácia pessoal, interpessoal e social – demanda um *plano de investigação* que deve seguir as seguintes etapas sucessivas:

- (i) Verifica-se qual a natureza dos valores contrapostos à autonomia. Deve-se excluir qualquer valor moral que não encontre amparo legal, e que por isso não será considerado jurídico. Na ausência de valores jurídicos, não há necessidade de prosseguir para a segunda etapa e o ato de autonomia deverá ser classificado como de eficácia pessoal, cujos efeitos jurídicos não extrapolam a esfera jurídica do titular. A eficácia pessoal afasta a incidência de qualquer elemento limitador da autonomia, exceto nos casos regidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, como se disse antes. Havendo, por outro lado, valores jurídicos contrapostos à autonomia, passa-se à averiguação dos efeitos;
- (ii) Os efeitos diretos e imediatos do ato de autonomia geram lesão ou risco real de lesão à esfera jurídica alheia a do titular da situação? Se a resposta for negativa, trata-se de ato de autonomia de eficácia pessoal e a investigação deve ser encerrada aqui. Se a resposta for afirmativa, passa-se à averiguação do *status jurídico* da lesão na próxima etapa;
- (iii) A lesão que pode ser causada pelo ato de autonomia alcança interesse alheio que goza de *status jurídico* capaz de limitar os interesses do titular da situação existencial? Se a resposta for negativa, a investigação se encerra aqui,

---

<sup>54</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferente, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 17, jan./jun. 2011, p. 112.

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferente, mas iguais, cit., p. 127.

configurando-se o ato de autonomia de eficácia pessoal. Se a resposta for positiva, segue-se para a verificação das esferas jurídicas afetadas;

- (iv) As pessoas e suas esferas jurídicas afetadas pelos efeitos do ato de autonomia podem ser concretamente identificadas e individualizadas? Se sim, a investigação é encerrada e resta configurada o ato de autonomia de eficácia interpessoal, que enseja a limitação concreta do ato de autonomia e a ponderação dos interesses contrapostos – o que pressupõe a resolução judicial do conflito. Se a resposta for negativa, prossegue-se para a última etapa da investigação;
- (v) O ato de autonomia existencial causa efeitos diretos e imediatos para um número indefinido de pessoas, gerando lesão ou risco real de lesão para a coletividade? Se foi possível percorrer todas as etapas anteriores e chegar até aqui, respondendo-se afirmativamente à última pergunta formulada, trata-se de ato de autonomia de eficácia social, cuja limitação pode ser feita de maneira mais ampla. Neste tipo de ato, além da restrição da autonomia feita em âmbito judicial, por ocasião do conflito concreto, é possível aplicar outros instrumentos limitadores da autonomia em abstrato, o que pode ser feito também por meio de iniciativa legislativa específica para vedar a conduta.

Todas essas variáveis devem orientar o intérprete na tarefa – quase sempre árdua – de encontrar os fundamentos e os limites legítimos para o exercício da autonomia privada na legalidade constitucional, em seu viés existencial ou patrimonial. A classificação de um ato de autonomia existencial como interpessoal ou social admite a possibilidade de limitação, que pode ser feita em abstrato ou no caso concreto, como se viu antes, o que demanda considerações adicionais sobre qual o instrumento adequado para promover essa restrição à liberdade.

Considerando a aplicação desse raciocínio ao campo do direito de não saber, é preciso sublinhar que o desejo de não saber algo sobre se mesmo, ainda que seja dado verdadeiro sobre situação de saúde como a soropositividade, representa exercício de ato de autonomia que não gera, a priori, efeitos diretos e imediatos para qualquer esfera jurídica alheia a do seu titular. Trata-se de ato de eficácia pessoal, vez que a possibilidade de contágio configura apenas mero receio de ameaça de lesão e não risco real e concreto de lesão, vez que a contaminação pelo vírus HIV pode ser evitada através da adoção de deveres básicos de cautela, que cabem a todas as pessoas que individualmente e não apenas à pessoa soropositiva. Situação diversa seria aquela em que a pessoa ao ser consultada informa não ser soropositivo,

pois ainda que os deveres de cuidado sejam individuais, tem-se aqui a quebra da confiança e da lealdade que devem ser respeitadas em todas as relações sociais. Daí porque se torna evidente a impropriedade do argumento de interesse público, atrelado à conservação da saúde pública, para limitar a autonomia existencial da pessoa que não deseja conhecer seu dado médico.

Também se torna clara a ilegitimidade do argumento referente ao melhor interesse e ao melhor modelo de vida, que tem como objetivo impor a todos um modelo único de desenvolvimento pessoal. A ideia de um modo de viver é superior ao outro se traduz em intervenção paternalista que não goza de legitimidade, pois afronta gravemente a ideia de democracia pluralista, pelo que se deve proteger e aceitar as múltiplas visões de mundo. Como referido pelo voto vencido, toda pessoa possui o direito de reservar e esconder as próprias fraquezas.

Para além dessas considerações, é preciso reafirmar que a noção de saúde está diretamente ligada à ideia de autonomia corporal, pelo que não se pode impor um único padrão de vida saudável, presumindo que toda e qualquer pessoa se beneficiaria da informação sobre a realidade do seu estado de saúde, aqui precisamente sobre a sua condição de soropositiva. A possibilidade de autodeterminação sobre o próprio corpo pressupõe, obviamente, que qualquer coleta, manipulação, exame, e divulgação de dado biológico somente ocorra mediante autorização expressa da pessoa. O que para uns pode ser a chance adotar precocemente tratamentos médicos para evitar as manifestações da doença, para muitos outros pode representar a ruína dos seus planos de vida, levando, inclusive, à violação de sua saúde mental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os limites para o exercício do direito de não saber só se revelam diante do caso concreto, quando se pode verificar se os efeitos jurídicos diretos e imediatos produzidos pelo exercício da autonomia existencial alcançam esferas jurídicas alheias a do seu titular. Apenas nas hipóteses de atos de eficácia interpessoal e/ou social se admite intervenção na liberdade pessoal para relativizar a tutela do direito de não saber.

Diante da expansão da privacidade e da tutela da autonomia existencial, o intérprete não pode ignorar que o ônus democrático de reforçar proteção da liberdade é fazer com que as pessoas assumam a responsabilidade pessoal pelos seus acertos e pelo resultado negativo de seus erros, lembrando que as decisões estritamente pessoais poderão ser guiadas por *razões que a própria razão desconhece*.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*, Madrid: Iustel, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferente, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 17, jan./jun. 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. II, Brasília: Editora UnB, 2010.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do direito civil-constitucional: casos e decisões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *civilistica.com*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em: 08/02/2018.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford Press University, 1959.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DWORKIN, Gerald. Paternalism. *Monist*, LVI, n. 1, junho de 1972.
- FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do direito*. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião: liberdade religiosa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2014.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ.
- MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *Positivismo jurídico inclusivo: a possibilidade de incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos*. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.
- MILL, Stuart. *On Liberty*. Kitchner: Batoche Books, 2001.
- MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Civilistica.com*, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Direito-de-nao-saber-civilistica.com-1.-2012.pdf>>.

PALMER, Michael. *Problemas morais em medicina*. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2002.

PERLINGIERI, Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. A vida na sociedade de vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli.

RODOTÀ, Stefano. *Politici, liberateci dalla vostra coscienza*. Disponível em: <<http://dalleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHRAMM, Fermim. A autonomia difícil. *Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27-37, 1998.

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

SORIANO, Ramón. *La desobediencia civil*. Barcelona: PPU, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis, ALMEIDA, Vitor. O direito ao esquecimento da pessoa transexual. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*. Cambridge: The Harvard Law Review Association, vol. IV, n. 5, dez. 1890.

---

# **NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**



---

# LUCRO DA INTERVENÇÃO

## PERSPECTIVAS DE QUALIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO

*Anderson Schreiber\**  
*Rodrigo da Guia Silva\*\**

**Sumário:** 1. Introdução: análise do lucro da intervenção à luz da tripartição funcional das obrigações – 2. Enquadramento sistemático do lucro da intervenção a partir da distinção funcional entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa – 3. Possibilidade de cumulação das pretensões restitutória e reparatória – 4. Notas sobre a quantificação do lucro da intervenção – 5. Síntese conclusiva – Referências.

### 1. INTRODUÇÃO: ANÁLISE DO LUCRO DA INTERVENÇÃO À LUZ DA TRIPARTIÇÃO FUNCIONAL DAS OBRIGAÇÕES

O desenvolvimento contemporâneo da teoria geral das obrigações encontra relevante desafio nas hipóteses reunidas sob o rótulo genérico de *lucro da intervenção*. Trata-se, em síntese essencial, de situações nas quais uma determinada pessoa auferiu vantagem patrimonial a partir da exploração não autorizada de bens ou direitos alheios.<sup>1</sup> Tal vantagem patrimonial pode assumir qualquer das configurações

---

\* Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Privado Comparado pela *Università degli Studi del Molise* – Itália. Mestre em Direito Civil pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

\*\* Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e do Comitê Brasileiro da *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* (AHC-Brasil). Advogado.

<sup>1</sup> Assim conceitua Menezes Leitão no âmbito do sistema português: “A hipótese do lucro por intervenção diz respeito a situações em que alguém obtenha um enriquecimento através de uma ingerência em bens jurídicos alheios, especialmente em virtude do uso, fruição, consumo ou disposição desses bens. Verificado esse enriquecimento, e não tendo o titular à sua

típicas de enriquecimento (incremento do ativo, diminuição do passivo ou poupança de despesas). A doutrina tem procurado construir uma espécie de regime jurídico geral do lucro da intervenção, concentrando-se especialmente sobre a identificação do fundamento da sua eventual restituição e sobre a quantificação da obrigação de restituir porventura imposta ao interventor.<sup>2</sup>

Caso sempre lembrado em matéria de lucro da intervenção é aquele julgado, na experiência portuguesa, pelo Supremo Tribunal de Justiça por meio do Acórdão de 3 de abril de 1964: o proprietário de um terreno ribeirinho, situado à margem do Rio Dão, veio a constatar que os proprietários do terreno contíguo haviam subtraído duzentos e cinco pés de amieiro (árvore típica da região) e quinhentos caminhões de areia, razão pela qual lhes dirigiu uma ação indenizatória, fundada na responsabilidade civil, no intuito de ver ressarcido o seu prejuízo. Em defesa, os proprietários do terreno vizinho alegaram, entre outros argumentos, que a ação natural do Rio Dão já havia restaurado a quantidade originária de areia do terreno. Tal argumento restou acolhido pelo Supremo Tribunal de Justiça, o qual reputou que somente em relação ao corte dos amieiros seria possível reconhecer dano indenizável. Já no tocante à areia removida pelos interventores, a Corte concluiu que a insubsistência da situação de desfalque patrimonial obstava a configuração de dano indenizável, de modo que somente restaria ao proprietário ajuizar outra ação

---

disposição outro meio de ser indemnizado ou restituído, coloca-se justamente a questão jurídica de lhe poder ser atribuída uma pretensão de restituição desse enriquecimento com fundamento no art. 473, n. 1. O fim dessa pretensão será assim a recuperação da vantagem patrimonial que, de acordo com a repartição dos bens efectuada pela ordem jurídica, respeitava a outrem, consistindo a questão central do enriquecimento por intervenção de determinar se e em que medida a vantagem patrimonial obtida se pode considerar pertença de outrem” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996, p. 688). A conceituação preliminar ora aventada parece possibilitar, ao menos em linha de princípio, a configuração de lucro da intervenção na hipótese de exploração não autorizada de bem ou direito de carácter não estritamente individual. A resolução de uma tal situação de lucro da intervenção possivelmente demandaria a aplicação dos instrumentos disponibilizados pelo ordenamento para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* (abrangidos os direitos individuais homogêneos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos), do que de decorreria, por exemplo, conforme o caso, o reconhecimento de legitimidade ativa extraordinária e a destinação do montante da condenação a um fundo coletivo.

<sup>2</sup> Para uma análise das dificuldades inerentes ao esforço de enquadramento dogmático das hipóteses de lucro da intervenção no direito brasileiro, v. KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, out.-dez./2017, *passim*.

fundada especificamente no enriquecimento sem causa (na modalidade de intervenção) dos vizinhos interventores.<sup>3</sup>

Ainda a título ilustrativo, pode-se pensar na hipótese de utilização não autorizada de imagem alheia. Imagine-se, nesse sentido, que determinada sociedade empresária, no intuito de divulgar a sua recém-criada marca de cerveja, decide tentar contratar o cantor mais famoso do país para protagonizar a sua campanha publicitária. Suponha-se, contudo, que o artista recuse a proposta. Irresignada com a resposta negativa, a empresa divulga fotografias do cantor no centro da campanha publicitária, aludindo a suposta preferência do artista pela cerveja anunciada.

A hipótese ora descrita serve à enunciação de alguns questionamentos relevantes na presente matéria: quais serão (e em qual extensão) as obrigações impostas à empresa que interveio no direito à imagem do artista? A sua obrigação abrangerá apenas os lucros cessantes, limitando-se ao pagamento do cachê que o cantor teria auferido caso houvesse aceitado a proposta para ceder consensualmente (e onerosamente) a divulgação da sua imagem? Nesse caso, não se estaria, por via reversa, obrigando o artista a contratar? Seria possível impor, de alguma forma, à empresa a obrigação de restituir o lucro auferido a partir da campanha publicitária baseada na exploração não autorizada da imagem alheia? Em caso afirmativo, deveria ser restituído o lucro em toda a sua extensão ou apenas em alguma proporção?<sup>4</sup> Eis algumas das questões que precisam ser enfrentadas no âmbito do tema do lucro de intervenção.

O presente artigo não constitui o *locus* adequado para o desenvolvimento de todas as questões levantadas pela doutrina no tocante ao regramento da problemática do lucro da intervenção. Destina-se tão somente a tratar de algumas possíveis consequências, na presente matéria, da assunção da premissa metodológica atinente à qualificação funcional das obrigações no direito civil, com particular destaque

<sup>3</sup> O presente relato remonta à lição de LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 717.

<sup>4</sup> Na mesma linha de sentido, apontam-se alguns questionamentos gerais subjacentes à problemática do lucro da intervenção: “(...) o lucro obtido pertence ao interventor (aquele que se utiliza de bem ou direito alheio) ou ao locupletado (aquele cujo bem ou direito fora utilizado indevidamente)? Haveria o referido lucro sem a existência do dito direito locupletado ou sem a atuação do próprio interventor? Isto posto, pertenceria o lucro a ambos e, se sim, em que proporção para cada?” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 149).

para a análise funcional das obrigações vinculadas à vedação ao enriquecimento sem causa. A percepção das similitudes e distinções funcionais entre as diferentes espécies de obrigações permite a aplicação da normativa mais diretamente relacionada à específica obrigação com a qual se depara o intérprete, de modo a se atingir concretamente a satisfação dos interesses merecedores de tutela que estejam em jogo em cada hipótese.<sup>5</sup> De fato, em matéria obrigacional, o interesse do credor<sup>6</sup> – a ser tutelado de acordo com o respectivo regime jurídico – parece passível de recondução, a depender da hipótese fática que originou a obrigação, à realização das expectativas nascidas de compromissos assumidos, à reparação dos danos causados ou à reversão de transferências patrimoniais injustificadas.<sup>7</sup>

Substancialmente, a análise funcional das categorias de obrigações tratadas pelo direito brasileiro parece tornar possível a sua sistematização em torno de três principais regimes (negocial, reparatório e restitutivo), vinculados à *ratio* do surgimento da obrigação – negócio jurídico, dano injusto e enriquecimento sem

---

<sup>5</sup> A destacar a relevância do estudo das fontes das obrigações para a definição do regime jurídico aplicável, veja-se a lição de Lodovico Barassi: “*La fonte in cui il rapporto obbligatorio affonda le sue radici senza esserne un elemento costitutivo reagisce però largamente sulla disciplina giuridica del rapporto; le obbligazioni contrattuali, ad. es., – oltre a norme generali comuni a tutte le obbligazioni (art. 1174-1320) – sono soggette pure a norme ad esse particolari (art. 1321 seg.). Da ciò consegue l’importanza che la natura della fonte ha per il rapporto obbligatorio*” (BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Volume II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1964, p. 1). Em tradução livre: “A fonte na qual o vínculo obrigacional afunda as suas raízes sem ser um seu elemento constitutivo reage largamente, porém, sobre a disciplina jurídica da relação; as obrigações contratuais, por exemplo – além das normas gerais comuns a todas as obrigações (art. 1174-1320) – são sujeitas também a normas a elas particulares (art. 1321 seg.). Disso resulta a importância que a natureza da fonte tem para a relação obrigacional”.

<sup>6</sup> Faz-se menção às figuras do *credor* e do *devedor* em razão da consagração do seu uso na práxis nacional, sem qualquer prejuízo à premissa metodológica de que toda relação jurídica (inclusive a obrigacional) consiste, do ponto de vista subjetivo, em uma ligação entre centros de interesse (nesse sentido, v., por todos, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 734 e ss.), e igualmente sem prejuízo à premissa metodológica de que a complexidade da relação obrigacional aponta para a multiplicidade de situações jurídicas subjetivas ativas e passivas atreladas a cada um dos centros de interesse (nesse sentido, v., por todos, LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37). Para uma análise mais detida dos influxos dessas premissas metodológicas na compreensão do fenômeno obrigacional, ver SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. *Revista de Direito Privado*, a. 18, v. 78, jun./2017, p. 48 e ss.

<sup>7</sup> Nesse sentido, v. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 440.

causa.<sup>8</sup> Há que se reconhecer, assim, uma tripartição funcional das obrigações, podendo-se apartar as funções *executória* (de um negócio legitimamente celebrado), *reparatória* (de um dano injustamente causado) e *restitutória* (de um enriquecimento injustamente auferido).<sup>9</sup> Registre-se que, naturalmente, um negócio jurídico pode prever obrigações de restituir – mais usualmente referidas como obrigações de *restituir (ou devolver) coisa certa*.<sup>10</sup> A restituição relevante ao

<sup>8</sup> Parte da doutrina trata do tema sob a ótica das fontes das obrigações. Assim, por exemplo, Eduardo Espínola: “O direito contemporâneo, por força das divergências legislativas, reconhece que o enriquecimento sem causa é uma fonte de obrigações, ao lado da declaração da vontade e do ato ilícito, obedecendo a um princípio geral, com requisitos característicos, sem prejuízo de algumas disposições especiais referentes a casos determinados” (ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*. Atual. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005, p. 75-77). Para uma análise crítica das proposições teóricas que tratam o enriquecimento sem causa como fonte da obrigação, seja consentido remeter a TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008, capítulo 1.

<sup>9</sup> Fernando Noronha assevera: “Falar na diversidade de funções que desempenham as obrigações que acabamos de caracterizar como autônomas, é o mesmo que nos reportarmos à diversidade de interesses que são prosseguidos em cada uma delas. Assim, a tripartição entre obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa constitui a divisão fundamental das obrigações, do ponto de vista dos interesses tutelados” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 439). Pertinente, na mesma linha de sentido, a conclusão de Bruno Miragem ao comentar a pretensão de *repetição do indébito*: “Uma distinção fundamental no exame da repetição de indébito, diz respeito à natureza da pretensão que a caracteriza em relação à pretensão indenizatória. Quando se fala em indenização tem-se pretensão de reparação de danos, ou seja, do prejuízo causado ou dos lucros cessantes que atingem o patrimônio da vítima, e cujo dever de ressarcir é imputado a alguém. Na repetição de indébito, o que se tem é pretensão de restituição, ou seja, que alguém devolva bem ou quantia que está consigo, embora pertença ao patrimônio de outra pessoa” (MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado: comentário à Súmula 322 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, jul.-set./2011, p. 385).

<sup>10</sup> Elucida-se o conceito das obrigações negociais de restituir coisa certa. “Entre as obrigações de dar coisas conumera-se a de restituir. Em razão de diferenciar-se da simples obrigação de dar, porque o que se dá, nessa hipótese, é de propriedade do credor, distinguiu-as nosso Código Civil, de maneira mais analítica, nessa parte, do que o Código Germânico. A distinção impõe-se, porque o tratamento das obrigações de restituir está sob o comando de regras diversas em certos aspectos, das de dar. De modo geral, trata-se de restituir a posse e não a propriedade. Em alguns casos referentes a bens fungíveis e consumíveis, a restituição, porém, por não se operar no ‘*Idem corpus*’, mas no ‘*tantundem*’, no equivalente, torna-se idêntica à obrigação de dar. É o problema do dinheiro, de coisa móvel e consumível, por excelência, que pode, por vezes, alterar o tratamento jurídico.” (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 153). A partir de tal percepção, Aline de Miranda Valverde Terra diferencia a obrigação de restituição do equivalente na hipótese de resolução

presente estudo, diversamente, é aquela funcionalmente direcionada não à promoção de um interesse contratualmente ajustado, mas sim à recomposição de um patrimônio injustificadamente beneficiado.

O esforço de sistematização ora empreendido permite concluir que a identificação do regime jurídico regente de certa relação obrigacional (sem prejuízo, por certo, à consideração do ordenamento jurídico como todo unitário aplicável a cada caso concreto) depende da vinculação funcional da específica hipótese de obrigação aos regimes fundamentais consagrados pelo direito brasileiro – os regimes negocial, indenizatório e restitutivo. Desse modo, não basta que a atenção do intérprete esteja voltada para a enunciação formal das fontes possíveis das obrigações, vez que todo fato jurídico tem aptidão, em tese, para constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas obrigacionais, a depender da valoração atribuída pelo ordenamento.<sup>11</sup> A polissemia da expressão “fontes das obrigações” não deve obscurecer, portanto, a percepção de que qualquer fato jurídico pode consistir em “fonte” de obrigações (no sentido de hipótese fática de incidência da norma), a atrair, conforme a função concretamente desempenhada, os regimes negocial, reparatório ou restitutivo.

Em suma, o que parece ser mais importante na presente matéria é a investigação da função desempenhada por cada específica obrigação. A aludida premissa de análise funcional das obrigações no direito civil repercutirá diretamente na compreensão da disciplina dispensada ao lucro da intervenção pelo sistema brasileiro. Destacam-se, a propósito, três principais repercussões da mencionada premissa metodológica, a serem analisadas individualmente neste estudo: (i) a definição do

---

contratual da obrigação convencional de restituir coisa certa: “Note-se que a conversão no equivalente pecuniário independe de a restituição *in natura* ter se impossibilitado com ou sem culpa do devedor. Não se aplicam à hipótese os artigos 238 e 239 do Código Civil, relativos à perda da coisa objeto da obrigação de restituir, dado que de dívida de restituição não se trata, e sim de restituição imposta pela desconstituição da obrigação contratada (...)” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 189).

<sup>11</sup> “Se, como vimos acima, entre a norma e a obrigação está sempre um acontecimento e se ele é o pressuposto (fatispécie, ou suporte fático) da norma, então este é que será fonte da obrigação correspondente. E dizer que cada obrigação tem um pressuposto normado é o mesmo que dizer que toda e qualquer obrigação há de nascer de uma situação fática juridicamente relevante” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 367-368). O autor arremata: “Das cinco categorias de fatos juridicamente relevantes que estivemos analisando nas seções anteriores [negócios jurídicos, atos ilícitos, fatos jurídicos, atos jurídicos e atos justificados], não existe uma que não possa dar origem a obrigações, quer consideradas isoladamente, quer integradas numa qualquer atividade” (*Ibid.*, p. 427).

enquadramento jurídico do lucro da intervenção no direito brasileiro; (ii) a investigação sobre a possibilidade de cumulação das pretensões referentes ao lucro auferido pelo interventor e ao dano sofrido pelo titular do direito; e (iii) a elucidação de possíveis critérios de quantificação que se afigurem compatíveis com o enquadramento jurídico do lucro da intervenção.

## 2. ENQUADRAMENTO SISTEMÁTICO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO A PARTIR DA DISTINÇÃO FUNCIONAL ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL E ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Reconhecidas as três possíveis categorias de obrigações de acordo com as funções desempenhadas, importa investigar a qual delas o lucro da intervenção mais propriamente se relaciona. De pronto, afasta-se o lucro da intervenção das obrigações de fonte negocial, vez que a matéria tem como pressuposto lógico a intromissão *não autorizada* (i.e., sem qualquer liame causal com negócio jurídico prévio) em bens ou direitos alheios. Restam à investigação, portanto, as categorias atreladas à responsabilidade civil (reparação de danos injustos) e à vedação ao enriquecimento sem causa, em torno das quais se configura expressiva divisão da doutrina.

Sustenta-se, de um lado, que a intervenção em bem ou direito alheio gera dano indenizável, cujo montante deveria ser integrado pelo lucro ilegitimamente auferido pelo interventor.<sup>12</sup> A partir de tal concepção, a responsabilidade civil despontaria como o mecanismo propício para a repressão à aferição de lucro por quem houvesse explorado desautorizadamente bem ou direito alheio.<sup>13</sup> Afirma-se, ainda

<sup>12</sup> Pereira Coelho relata, nessa direção, a proposta de Rodolfo Sacco: “É ainda aqui que se enquadra a doutrina recentemente defendida por Sacco, o qual julga descobrir no sistema jurídico italiano um princípio geral de responsabilidade civil extracontratual que obrigaria o interventor a entregar ao titular do direito todo o lucro obtido. E tal obrigação seria independente da culpa do devedor, do enriquecido” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970, p. 34).

<sup>13</sup> Não por acaso se identifica que a proposta de enquadramento do lucro da intervenção na seara da responsabilidade civil tende a estar acompanhada da expansão das funções de tal instituto para além da função basilar reparatória: “A sua ideia seria já, porventura, a de que só assim o procedimento do infrator teria uma sanção adequada e se preveniriam futuras infrações; e é sobretudo a partir daí – da acentuação, cada vez mais nítida na doutrina moderna, de uma função sancionatória e preventiva da responsabilidade civil ao lado da sua tradicional função reparadora ou reintegrativa – que se defende a obrigação de restituir o lucro” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., p. 33). A ilustrar a linha de entendimento que enquadra o lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil, v., ainda, na doutrina contemporânea, TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A restituição do lucro da intervenção nos casos de violação aos direitos da personalidade: uma questão entre o enrique-

nessa linha, que a consideração das vantagens auferidas pelo autor de conduta danosa traduziria um *terceiro método* de cálculo do dano patrimonial, ao lado dos critérios tradicionais do dano (ou empobrecimento) *real* e daquele *patrimonial*.<sup>14</sup>

Tal linha de entendimento, a enquadrar o lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil, parece refletir-se diretamente na redação do inciso II do artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/1996). Referido dispositivo alude, entre os critérios para determinação dos lucros cessantes, aos “benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito”. Observa-se, assim, em ao menos uma hipótese, a consagração normativa expressa da proposição teórica que identifica a relevância do lucro auferido pelo interventor para a delimitação da indenização a ser paga em favor da vítima do dano injusto.

Tal opção legislativa poderia ser interpretada meramente como equívoco normativo, mas há que se registrar que a solução adotada pela legislação nacional no âmbito da disciplina das hipóteses de violações a direitos de propriedade industrial não traduz autêntica peculiaridade da experiência brasileira. Afigura-se possível, em realidade, destacar certa similitude com as experiências espanhola<sup>15</sup> e alemã,<sup>16</sup>

---

cimento sem causa e a responsabilidade civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2015, *passim*. Para uma análise da controvérsia verificada nas doutrinas portuguesa e alemã acerca do reconhecimento de funções da responsabilidade civil para além da indenizatória no âmbito da problemática de fundo atinente ao lucro da intervenção, v. ABREU, Luís Vasconcelos. A violação de direitos de personalidade pela comunicação social e as funções da responsabilidade civil. Recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Uma breve comparação luso-alemã. In: RAMOS, Rui Manuel de Mora *et alii* (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2002, *passim*.

<sup>14</sup> “A expressão faz carreira na mais recente doutrina alemã (...). O ‘terceiro método’ de cálculo do dano permitiria ao lesado exigir ao lesante a restituição do lucro obtido por este, e seria assim distinto, quer do ‘primeiro método’ (indenização do dano concreto, de acordo com a ‘diferença’ no patrimônio do lesado), quer do ‘segundo método’ (indenização do dano ‘real’, no sentido definido *supra*)” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., p. 32, nota de rodapé n. 53).

<sup>15</sup> Destaca-se, a propósito, a similitude entre o referido artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial brasileira e o artigo 140 da *Ley de Propiedad Intelectual* espanhola. Para uma análise detida da legislação espanhola sobre propriedade intelectual, marcas e patentes, a apontar certa confusão entre critérios de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa, v. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 54 e ss.

<sup>16</sup> Menezes Leitão relata: “A aplicação do regime do enriquecimento por intervenção em caso de utilização e consumo de bens imateriais tem sido pela jurisprudência alemã limitada aos casos em que essa utilização não é culposa, uma vez que, na hipótese contrária, tem-se desenvolvido *praeter legem* um direito de indemnização, fundado na responsabilidade civil, para o que se têm referenciado alternativamente as seguintes três fórmulas de cômputo dos danos:

em que também se verifica uma incorporação do critério referente aos lucros do interventor pela disciplina própria da responsabilidade civil. Tamanha é a influência da aludida linha de entendimento no âmbito da propriedade industrial e intelectual que a doutrina – no Brasil e alhures – não raramente cogita da exportação do específico critério legal de quantificação dos lucros cessantes também para a seara da concorrência desleal.<sup>17</sup> Questiona-se, a propósito, a viabilidade de imposição, ao agente econômico, da obrigação de restituir (integral ou parcialmente) o lucro que houver auferido a partir da prática de atos de concorrência desleal.<sup>18</sup>

---

1) o lesado poderia pedir, em resultado da utilização ou consumo culposos de bens imateriais, uma indemnização pelos lucros cessantes em virtude dessa intervenção (...); 2) o lesado poderia requerer do interventor a indemnização correspondente à adequada contrapartida dos direitos de utilização. Nesta situação, utiliza-se uma fórmula de cálculo abstracto do dano, através da ficção da celebração de um contrato entre lesante e lesado, considerando-se como dano a perda da remuneração normalmente devida por esses contratos; 3) o lesado poderia exigir do interventor a restituição dos ganhos do que este obteve em consequência da intervenção. Este método parte de uma presunção de que o ganho obtido pelo interventor correspondeu a um prejuízo semelhante sofrido pelo lesado, admitindo-se por isso a sua indemnização independentemente de o lesado tencionar tomar ou não as mesmas iniciativas que foram tomadas pelo interventor” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 720-721). Para um relato da experiência alemã na matéria, v., ainda, FERREIRA, Maria Teresa Taborda Rosa. *A tutela dos direitos de propriedade industrial pelo enriquecimento sem causa*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2013, p. 28-32.

<sup>17</sup> “Um problema mais tormentoso do que aquele da intervenção no direito de marca é o de saber se o enriquecimento obtido a partir da concorrência desleal deve ser restituído aos concorrentes prejudicados. A dificuldade reside no fato de que a restituição supõe que o enriquecimento tenha sido feito ‘à custa de outrem’. Para tanto é necessário que o enriquecido tenha se apropriado de um direito ou posição jurídica que estivesse atribuída com exclusividade a outrem. Mas as regras sobre a concorrência desleal não atribuem direito subjetivo, ou qualquer outra posição jurídica, a uma parcela do mercado a qualquer concorrente” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: RT, 2007, p. 202). Para um relato da experiência italiana na matéria, v. GIANNOTTE, Claudia. *Arricchimento senza causa*. In: CENDON, Paolo (*a cura di*). *Trattario di diritto civile: titoli di credito, gestione di affari, ripetizione di indebito, arricchimento*. Milano: Giuffrè, 2014, p. 620-621.

<sup>18</sup> Tende-se a se encontrar resposta afirmativa sobretudo nas hipóteses de “concorrência por exploração”: “Como regra geral, portanto, no direito comparado, o enriquecimento obtido pela prática concorrencial desleal não deve ser distribuído aos competidores. Estabelecida a regra geral, a doutrina, em especial a alemã, logo tratou de identificar alguns casos excepcionais. Canaris propõe que seja admissível a restituição do enriquecimento por intromissão nos casos que denomina ‘concorrência por exploração’, pois nesses casos haveria uma posição jurídica de vantagem especificamente atribuída ao titular de um direito. Esses casos cobririam, por exemplo, a utilização de um segredo industrial ou a pirataria de projeto e a violação de pactos de não concorrência”

A proposição teórica de absorção do lucro da intervenção pela disciplina da responsabilidade civil encontra-se refletida, ainda, em algumas decisões dos Tribunais brasileiros.<sup>19</sup> Emblemática, nesse sentido, é a decisão proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.335.624/RJ.<sup>20</sup> A situação fática remonta à conduta de Coca Cola Indústrias Ltda. de veicular na mídia comercial de seu principal produto, o refrigerante Coca-Cola, propaganda na qual os ex-jogadores Bebeto, Biro-Biro e Dario trajavam *short* e camisa de futebol nas cores verde e amarela, respectivamente, figurando em destaque o número 7 (sete) no verso da camisa de Bebeto. Irresignada pela veiculação da referida campanha publicitária sem sua prévia autorização, a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) ajuizou ação de obrigação de fazer e não fazer cumulada com pedido de indenização, aduzindo ser titular do direito de uso, gozo, posse e propriedade dos uniformes, emblemas e símbolos da Seleção Brasileira de Futebol. Naquele caso concreto, argumentou a CBF que Coca Cola Indústrias Ltda. fizera uma “cópia disfarçada” do uniforme da seleção brasileira masculina de futebol utilizado na conquista da Copa do Mundo de 1994. Segundo o relato da petição inicial, o propósito fraudulento da parte ré se evidenciava pelo fato de a peça publicitária, além das inserções normais, ser veiculada nos momentos que antecediam os intervalos e sucediam o término dos jogos da seleção brasileira na Copa das Confederações de 2009 e nas eliminatórias da Copa do Mundo de 2010.

---

(MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 202-203). Em sentido semelhante, conclui-se, na doutrina portuguesa: “Daí que pareça apenas ser de admitir a restituição do enriquecimento sem causa quando são lesadas as normas relativas à concorrência desleal que se destinam a proteger interesses individuais, uma vez que só nestas se pode atribuir legitimidade a determinado lesado para exigir a restituição do enriquecimento obtido à sua custa” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 759-760).

<sup>19</sup> Pertinente, a propósito, a crítica formulada por Cláudio Michelon Jr. ao comentar a hipótese de intervenção sobre direitos da personalidade: “O valor total da restituição devida nesses casos é normalmente quantificado pelos tribunais como sendo o valor daquilo que o interventor-enriquecido deveria ter despendido para obter a autorização que tornaria a intervenção legítima (com causa). Essa forma de quantificação tem a vantagem de ser mais fácil de aferir em casos concretos. Em que pese essa vantagem, a jurisprudência não vai bem ao utilizar esse critério, uma vez que o enriquecimento sem causa não é uma forma de ressarcir lucros cessantes, mas sim uma forma de restituir ao dono da imagem os lucros que foram obtidos a partir da sua imagem. (...) a forma de quantificação do enriquecimento não deve tomar em conta aquilo que o ‘empobrecido’ deixou de ganhar, mas sim o que o enriquecido lucrou a partir da imagem de outrem” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 203-204).

<sup>20</sup> Para ulterior aprofundamento da análise da referida decisão, v., com ampla bibliografia, SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civilistica.com*, a. 5, n. 2, 2016, *passim*.

Em primeira instância, o juízo sentenciante julgou parcialmente procedente o pleito autoral para, confirmando os efeitos da tutela antecipada deferida, determinar que a parte ré se abstinhasse de veicular, por qualquer meio, a peça publicitária que fazia menção “indireta” à seleção brasileira de futebol. Ambas as partes interuseram recurso de apelação. Coca Cola Indústrias Ltda. pugnou pela reforma da sentença para que prevalecesse a improcedência total dos pedidos formulados na petição inicial. A CBF, por sua vez, requereu a reforma parcial da sentença para que se determinasse, conforme relato do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), a “indenização por danos morais, indenização por danos materiais, a serem apurados em liquidação de sentença”, e, por fim, a “devolução do lucro com enriquecimento ilícito”.

A 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concluiu, por unanimidade, pelo desprovimento do recurso de Coca Cola Indústrias Ltda. e pelo provimento parcial do recurso da CBF, para “condenar a primeira apelante a pagar à segunda lucros cessantes, a serem apurados em liquidação por arbitramento”.<sup>21</sup> Entendeu-se que a configuração de lucros cessantes decorreria do “uso indevido, por imitação, de uniforme e distintivo de propriedade da autora da ação, ora segunda apelante, em propaganda veiculada pela ré, primeira recorrente, visando obtenção de lucro”. No tocante ao *quantum* indenizatório, concluiu-se que o mesmo deveria “corresponder ao que a autora/segunda apelante poderia ter ganhado, caso tivesse autorizado o uso de seu uniforme e distintivo, tendo-se em conta o que suas demais patrocinadoras lhe pagaram e considerando apenas o período em que efetivamente houve divulgação da propaganda”. Vale destacar que o

---

<sup>21</sup> TJRJ, AC. 0383190-62.2009.8.19.0001, 15ª C.C., Rel. Des. Celso Ferreira Filho, julg. 07.06.2011, publ. 13.06.2011. O acórdão restou assim ementado: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DE USO INDEVIDO, POR IMITAÇÃO, DE UNIFORME E DISTINTIVO DE PROPRIEDADE DA CBF/AUTORA DA AÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO, CONFIRMANDO A TUTELA ANTECIPADA ANTERIORMENTE DEFERIDA. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO, tendo em vista a apreciação do mérito da apelação nesta oportunidade. Propaganda utilizando os ex-jogadores Bebeto, Biro-Biro e Dario trajando vestimenta bem parecida com o uniforme da Seleção Brasileira, constando o número sete na camisa do jogador Bebeto. Propaganda que induz o expectador a levar em consideração a ideia de sucesso da seleção para a bebida Coca-cola. Obrigação de indenizar da primeira apelante, pelo uso indevido, por imitação. Lucros Cessantes que se reconhecem e que necessitam ser liquidados por arbitramento. Danos emergentes não comprovados, descabendo reconhecê-los por presunção. Inocorrência de dano moral. Sucumbência da primeira apelante estabelecida em conformidade com o artigo 21, parágrafo único, arbitrando-se os honorários em 10% sobre o valor da condenação. DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO E PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO RECURSO”.

Tribunal não se referiu expressamente ao pleito de “devolução do lucro com enriquecimento ilícito”.

Em face da referida decisão veio a ser interposto Recurso Especial por Coca Cola Indústrias Ltda., aduzindo, no que diz respeito ao cerne do presente estudo, que (i) “a CBF não deixou de lucrar nada com os comerciais da Coca-Cola (a CBF já tinha vendido antecipadamente a terceiros o direito de exploração comercial e somente estes terceiros poderiam ter sofrido alguma perda com os comerciais da Coca-Cola)”, e (ii) não haveria ilícito perpetrado pela Coca-Cola ao realizar campanha publicitária valendo-se de camisas amarelas e calções verdes, representativas da nação brasileira, “exatamente porque estas marcas específicas, por lei, são de domínio público e descabe à CBF invadir a propriedade imaterial de todos os brasileiros e torná-la direito subjetivo da CBF”. A propósito do segundo argumento exposto, buscou Coca-Cola Indústrias Ltda. sustentar que o alegado uso indevido da imagem da CBF não teria restaria configurado em razão de as cores utilizadas na peça publicitária (camisa amarela e *short* verde) não coincidirem exatamente com as cores do uniforme oficial da seleção brasileira de futebol (camisa amarela e *short* azul – e não verde).

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu, por unanimidade, pelo desprovimento do Recurso Especial.<sup>22</sup> Prevaleceu o entendimento de que a campanha publicitária relacionada ao refrigerante Coca-Cola não se limitou a utilizar as cores da bandeira nacional, tendo, ao revés, promovido “sua utilização dentro de um contexto que remete, de forma inequívoca, ao escrete canarinho, cuja titularidade dos direitos de imagem são pertencentes à CBF”. No tocante à

---

<sup>22</sup> STJ, REsp. 1.335.624/RJ, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 05.12.2013, *DJe* 18.03.2014. A decisão restou assim ementada: “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. UTILIZAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE IMAGEM DA SELEÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL AFASTADA. INTUITO EXCLUSIVAMENTE INFRINGENTE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LUCROS CESSANTES. CONTRATOS FIRMADOS COM PATROCINADORES OFICIAIS. MERO PARÂMETRO PARA ALIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. ANTECIPAÇÃO DO EXAME DE MATÉRIAS RELATIVAS À LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. (...) 4. Não trata o caso da apropriação da camisa e da bandeira nacional, mas da sua utilização dentro de um contexto que remete, de forma inequívoca, ao escrete canarinho, cuja titularidade dos direitos de imagem são pertencentes à CBF. 5. Também não cuida a hipótese de mera presunção de lucros cessantes, circunstância que a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior repudia, mas de evidente prejuízo, pois, segundo a prática comercial usual, somente patrocinadores oficiais obtêm autorização para a utilização da imagem da seleção brasileira de futebol. (...) 7. Recurso especial não provido”.

configuração de lucros cessantes, a Corte asseverou que o caso em comento não cuidava de lucros cessantes meramente presumidos, mas de “evidente prejuízo, pois, segundo a prática comercial usual, somente patrocinadores oficiais obtêm autorização para a utilização da imagem da seleção brasileira de futebol”. O STJ relegou, por fim, o arbitramento do referido prejuízo à fase de liquidação, sob a alegação de que, embora os ajustes de patrocínio com terceiros sirvam como ponto de partida para o arbitramento da indenização, “não há qualquer determinação para que sejam considerados (...) os valores globais daquelas contratações, mormente porque, não se pode também deixar de reconhecer, elas envolvem inúmeros outros direitos além daquele que foi usurpado no presente processo”.

As decisões proferidas no caso, bem como os argumentos aduzidos pelas partes desde a primeira instância, revelam a expressiva tendência, na práxis brasileira, de associação imediata entre lucro da intervenção e lucros cessantes. Sem embargo dos possíveis êxitos em termos pragmáticos, referida tendência de resolução da problemática do lucro da intervenção na seara da responsabilidade civil parece decorrer, no que mais diretamente importa ao presente estudo, de certa dificuldade na promoção de análise funcional para a qualificação das obrigações no direito civil. Com efeito, uma vez assentada a distinção funcional das obrigações (e dos respectivos regimes jurídicos) conforme o perfil funcional promovido em cada caso, pode-se observar certa imprecisão conceitual na inclusão das vantagens auferidas pelo interventor no processo de quantificação da indenização devida à vítima de um dano injusto, tal como sucede no artigo 210, inciso II, da Lei de Propriedade Industrial.<sup>23</sup> Reconhece-se, em suma, que a “pretensão ao lucro da intervenção e a pretensão indenizatória são (...) coisas fundamentalmente diferentes”.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> “Ora, apenas os incisos I e III do art. 210 [da Lei n. 9.279/1996] podem ser entendidos como espécies daquilo que, no direito brasileiro, é tradicionalmente denominado de ‘lucros cessantes’. Lucros cessantes são aqueles proveitos que não são obtidos pelo lesado e que presumivelmente o seriam se não houvesse ocorrido a ação imputável ao autor do dano. Esse conceito jamais abarcou os *lucros obtidos por outrem*, que o inciso II do referido dispositivo determina sejam tomados em consideração na avaliação dos ‘lucros cessantes’. O que ocorre é que o direito à ‘indenização’ por ‘lucros cessantes’ outorgado ao titular da marca desrespeitada nos termos do inciso II do art. 210 da Lei 9.279/96 não é efetivamente um direito à indenização pelos lucros cessantes, mas um impropriamente denominado direito à restituição do enriquecimento por intervenção no seu direito de marca” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 201-202).

<sup>24</sup> Tradução livre do original: “*Der Anspruch auf den Eingriffserwerb und der Schadenersatzanspruch sind (...) grundverschiedene Dinge*” (SCHULZ, Fritz. *System der Rechte auf den Eingriffserwerb. Archiv für die civilistische Praxis*, 105. Bd., H. 1, 1909, p. 457).

Passa-se, então, ainda no esforço de compreensão do enquadramento jurídico do lucro da intervenção, à investigação da proposta teórica de aplicação da disciplina do enriquecimento sem causa. Sustenta-se, em oposição ao entendimento que incorpora o lucro da intervenção à delimitação do dano indenizável, que a imposição da sua restituição traduziria, do ponto de vista funcional, a preocupação em restaurar o patrimônio do interventor ao estado em que deveria estar caso não se houvesse verificado o fato gerador do enriquecimento.<sup>25</sup>

A proposição de enquadramento do lucro da intervenção no âmbito do enriquecimento sem causa protagonizou a atenção da doutrina especializada na controvérsia referente à possibilidade ou não de tratamento unitário do instituto. Parte da doutrina sustenta a necessidade de divisão da temática, pugnando pela impossibilidade de recondução das variadas hipóteses de restituição a um fenômeno unitário.<sup>26</sup> Formulou-se, assim, uma bipartição fundamental entre o enriquecimento obtido a partir de uma prestação do “empobrecido” e o enriquecimento obtido a partir de outros modos, inserindo-se o lucro da intervenção nesta segunda categoria.<sup>27</sup> Tal via de compreensão do fenômeno restitutivo parece se manifestar, na

---

<sup>25</sup> Conclui Díez-Picazo: “(...) cuando una persona obtiene o recibe bienes patrimoniales procedentes de la invasión de un derecho ajeno, aunque tal invasión no sea culposa, siempre que el derecho invadido pertenezca al campo de los que otorgan un contenido atributivo (v. gr. derechos absolutos) existe una obligación de restituir, cuyo régimen jurídico y estudio no pertenecen al Derecho de daños, sino al Derecho de enriquecimiento” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*, cit., p. 50). Em tradução livre: “(...) quando uma pessoa obtém ou recebe bens patrimoniais procedentes da invasão de um direito alheio, ainda que tal invasão não seja culposa, sempre que o direito invadido pertença ao campo dos que outorgam um conteúdo atributivo (v. gr. direitos absolutos) existe uma obrigação de restituir, cujo regime jurídico e estudo não pertencem ao direito de danos, mas sim ao direito de enriquecimento”.

<sup>26</sup> Relata-se, nesse sentido, a proposta da pandectística de divisão do instituto do enriquecimento sem causa: “A pandectística efectuou assim uma violenta crítica à concepção de que o postulado de que ninguém deveria enriquecer-se à custa de outrem pudesse constituir a base de uma acção independente de enriquecimento, fosse ela a *actio de in rem verso utilis* ou a *actio in factum wegen Bereicherung*. Savigny defendeu expressamente que o princípio da proibição do enriquecimento à custa de outrem tinha uma natureza tão geral e indeterminada, que não admitia a sua aplicação directa à resolução de questões jurídicas concretas, podendo apenas ter influência na formação de algumas regras jurídicas precisas. A pandectística considerou assim este postulado excessivamente geral e indeterminado para poder ser aplicável directamente como proposição jurídica, o que obviamente impedia a construção de qualquer acção genérica de enriquecimento, mesmo que exclusivamente de aplicação subsidiária” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 342).

<sup>27</sup> Relata-se que a concepção de divisão do instituto, tributária originariamente da pandectística, foi retomada com vigor por Walter Wilburg e Ernst von Caemmerer: “A tese principal destes autores reside na divisão do § 812 Abs. 1. S. 1 BGB em duas *facti species* relativas às *condiciones*

doutrina contemporânea, nas propostas teóricas que apontam a suposta ausência de fundamento comum e, sobretudo, a ausência de similitude entre as disciplinas normativas decorrentes da cláusula geral de restituição por enriquecimento sem causa contida no artigo 884 do Código Civil brasileiro e o regramento de institutos específicos como a gestão de negócios e o pagamento indevido, também animados pela função restitutória.

Outra parcela da doutrina defende a configuração unitária do instituto do enriquecimento sem causa, sustentando que as diversas hipóteses de restituição, ainda que não idênticas em sua eventual disciplina normativa, seriam passíveis de recondução a princípios comuns.<sup>28</sup> O desenvolvimento de tal linha de entendimento deve-se, em larga medida, aos estudos de Fritz Schulz,<sup>29</sup> que buscou identificar

---

com base numa prestação (*durch die Leistung eines anderen*) e as *conditiones* não baseadas numa prestação (*auf dessen Kosten in sonstiger Weise*), na qual se atribui papel preponderante à *Eingriffskondition*. Esta doutrina da divisão do instituto rompe completamente com o tratamento dogmático unitário do enriquecimento sem causa, que deixa inclusive de ser considerado como sujeito a princípios comuns ou a uma mesma ordenação sistemática” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 411). Relata-se, ainda a propósito da experiência alemã: “Na esteira de Wilburg e de Von Caemmerer, a opinião largamente dominante na Alemanha é aquela que nega, radicalmente, a unidade do instituto e contradistingue o enriquecimento obtido através de uma prestação e o obtido ‘por outro modo’” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 197).

<sup>28</sup> Menezes Leitão relata a proposta doutrinária alemã de configuração unitária do enriquecimento sem causa, em oposição às proposições de divisão do instituto: “Em oposição à corrente majoritária na doutrina, surgiu na Alemanha toda uma nova série de autores que questionou a moderna doutrina da divisão do instituto e pretende o regresso a uma fórmula unitária, através da ultrapassagem da estrita diferenciação entre a *Leistungskondition* [“*condictio* baseada em uma prestação”] e a *Nichtleistungskondition* [“*condictio* não baseada em uma prestação”]. (...) De acordo com esta concepção o *Tatbestand* do enriquecimento sem causa é o mesmo em todos os grupos de casos da *Leistungskondition* e da *Nichtleistungskondition* (...). O que seria decisivo seria a aquisição em desconformidade ao Direito de um benefício a partir de um património alheio” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 431-432). Prossegue o relato: “A unidade dos pressupostos do enriquecimento reside na exigência, em primeiro lugar, de que ocorra o enriquecimento de alguém, o enriquecido, segundo, que o enriquecimento provenha do património de outrem, o empobrecido, e, terceiro, que o enriquecido não tenha em relação ao empobrecido uma causa jurídica” (*Ibid.*, p. 432). No que tange à proposta de reconhecimento da unidade do instituto, v., entre outros, CAPEROCHIPI, José Antonio Álvarez. *El enriquecimiento sin causa*. Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 1979, p. 71 e ss.

<sup>29</sup> A destacar a importância da obra de Fritz Schulz para a reformulação da doutrina unitária tradicional do enriquecimento sem causa mediante a sua aplicação ao problema do lucro da

na violação de um direito alheio a razão comum à deflagração do mecanismo restitutivo nas suas diversas manifestações, independentemente de envolver ou não uma prestação daquele à custa de quem se enriqueceu.<sup>30</sup> Ainda a partir da referida

---

intervenção, afirma-se: “A tradicional doutrina da concepção unitária do enriquecimento sem causa entra, porém, em crise após o surgimento da obra de Fritz Schulz, *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, onde o autor coloca pela primeira vez a questão jurídica da aplicação do instituto ao problema do lucro por intervenção” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 402-403). Prossegue o relato: “Fritz Schulz parte igualmente de uma concepção unitária do instituto do enriquecimento sem causa, mas ao contrário da doutrina tradicional, orientada quase exclusivamente para as deslocções patrimoniais tendo por base uma prestação (*Leistungskondition*) o autor centra a sua atenção no problema da intervenção em bens ou direitos alheios, defendendo a aplicação nesta hipótese do instituto do enriquecimento sem causa. Esta solução implica o surgimento da *Eingriffskondition*, de que o autor pode justamente ser considerado o fundador, embora ele nunca tenha colocado em questão a unidade do instituto do enriquecimento sem causa, defendendo apenas uma sua reformulação dogmática” (*Ibid.*, p. 403). Vale registrar que, segundo a formulação de Fritz Schulz, haver-se-ia de reconhecer uma possibilidade de escolha, pelo credor, entre a pretensão indenizatória e a pretensão restitutória (SCHULZ, Fritz. *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, cit., p. 457). Pertinente, a propósito, o relato de Júlio Gomes: “Para Schulz o parentesco entre a pretensão de entrega do lucro da intervenção e a obrigação de indenizar estaria em que ambas pressupõem, em regra, uma intervenção ilícita na esfera jurídica alheia (...), mas o nascimento desta última não exclui a gênese ou aparecimento simultâneo da primeira. De acordo com a visão deste autor, existe um concurso de pretensões, cabendo ao credor a escolha da pretensão que quer fazer valer” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 183).

<sup>30</sup> Menezes Leitão sintetiza o fundamento comum com que Fritz Schulz pretendeu justificar a configuração unitária do enriquecimento sem causa: “Na doutrina de Schulz, o enriquecimento sem causa deixa assim de ser visto como baseado nas deslocções patrimoniais sem causa para passar a ser considerado como baseado na violação de um direito alheio. Desta forma, Schulz faz surgir a *condictio* por intervenção, abundantemente tratada pela doutrina posterior” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 407). Pertinente, ainda, o seguinte relato acerca da teoria de Fritz Schulz especificamente quanto ao lucro da intervenção: “Defendeu este autor [Schulz] a existência de um direito ao resultado da intervenção ou ingerência (*Eingriffserwerb*), isto é, de um direito a tudo aquilo que se obteve através da interferência num direito alheio. Por intervenção entende este autor qualquer atuação com reflexos num direito alheio [seja através da destruição desse direito seja através da alteração da relação jurídica] em cujo contexto esse direito existe. (...) Este conceito de intervenção revela-se muito amplo, abrangendo a disposição, utilização, oneração, consumo, destruição ou mesmo a recepção de coisa alheia, podendo a ingerência ser lícita ou ilícita” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 180-181). A configuração do lucro da intervenção na doutrina de Fritz Schulz teria os seguintes pressupostos: “1) uma intervenção, entendida como uma acção humana sobre um direito alheio, a qual pode ser originária (...) ou derivada (...); 2) a existência de um ganho para o interventor, podendo

premissa teórica de configuração unitária do enriquecimento sem causa, desenvolveu-se a noção de que o fundamento unificador do instituto residiria não propriamente na violação de um direito alheio (circunstância essa comum e provável, porém não necessária para a configuração do enriquecimento sem causa), mas sim na doutrina do conteúdo da destinação (*Zuweisungsgehaltlehre*).<sup>31</sup> Haver-se-ia de reconhecer enriquecimento sem causa, segundo tal formulação, quando a incidência do mecanismo restitutivo tivesse por finalidade precípua assegurar a adequada variação patrimonial conforme a destinação jurídica dos bens.<sup>32</sup>

---

esse ganho ser técnico (...) ou económico (...); 3) umnexo causal entre a intervenção e o ganho, o qual faltará sempre que esse ganho pudesse igualmente vir a ser obtido sem a intervenção ou, na hipótese de poupança de despesas, quando sem a intervenção, a despesa não fosse realizada; 4) a ilicitude da intromissão, a qual existe em qualquer intervenção que o titular do patrimônio não estivesse obrigado para com o interventor a tolerar” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 404-405). Para o relato dos requisitos apontados por Fritz Schulz, v., ainda, GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 181.

<sup>31</sup> Nesse sentido, v., entre outros, BARBOSA, Mafalda Miranda. Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 81, 2005, p. 589-591. A propósito da referida linha de entendimento, afirma-se: “Essa solução, que foi unanimemente seguida pela restante doutrina que fundamenta a aplicação do enriquecimento sem causa às hipóteses de ingerência em direitos reais, reside na circunstância de esses direitos não corresponderem simplesmente a um *ius excludendi omnes alios* (conforme defendeu a concepção personalista do direito real) mas também estabelecerem a afectação de todas as utilidades que advenham da coisa ao seu titular, possuindo assim um conteúdo da destinação. A atribuição dos direitos reais é constituída por normas de ordenação, que reservam o gozo e disposição de determinados bens aos respectivos titulares. Assim, sempre que o interventor tenha retirado da coisa objecto do direito real determinadas vantagens, pode-se dizer que obteve um enriquecimento à custa do titular desse direito, uma vez que se apropriou de determinada utilidade que a ordem jurídica reservava exclusivamente a esse titular, segundo o direito da ordenação dos bens. Assim, não há lugar à restituição do enriquecimento, independentemente da circunstância de o titular do direito pretender ou não realizar o mesmo aproveitamento da coisa” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 718).

<sup>32</sup> Critica-se, em doutrina, a insuficiência da teoria de Fritz Schulz em razão da tutela excessiva e injustificadamente atribuída ao titular do direito com base na interpretação desmesurada da doutrina do conteúdo da destinação: “O problema do lucro da intervenção teve sua primeira exposição por Fritz Schulz e a solução dada por ele mostrou-se aquém do desejado; para ele, todo o lucro deveria ir ao locupletado, pois foi seu direito ou seu bem a gênese desse entrelaçamento patrimonial indesejado. Contudo, esta solução foi reputada como excessiva defesa do locupletado, de forma a gerar um novo enriquecimento sem causa a partir do saneamento de outro” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa, cit., p. 149-150).

Sem embargo dos méritos de cada uma das proposições teóricas que buscaram elucidar a configuração unitária ou fracionada do instituto do enriquecimento sem causa, uma solução talvez mais segura, à luz da metodologia civil-constitucional, pode vir a ser fornecida pela já referida proposta de análise funcional das obrigações no direito civil. As relações obrigacionais parecem passíveis de recondução a regimes jurídicos gerais de acordo com a função desempenhada por cada espécie de obrigação. Enunciou-se, a partir de tal premissa metodológica, a tripartição das obrigações conforme os perfis funcionais mais comumente verificados – o perfil funcional executório, o reparatório e o restitutivo. Justifica-se, a partir de tais premissas, o reconhecimento da configuração unitária do instituto do enriquecimento sem causa em torno da identidade de perfil funcional restitutivo das variadas obrigações de restituição (decorrentes ou não da cláusula geral do dever de restituir), a justificar, como já destacado, a incidência de um tratamento uniforme e sistemático, ainda que não necessariamente idêntico.

As precedentes considerações permitem, enfim, explicitar o adequado enquadramento jurídico do lucro da intervenção no direito brasileiro. Trata-se de modalidade de enriquecimento sem causa, caracterizada pela exploração não autorizada de bem ou direito alheio.<sup>33</sup> Tamanha é a sua relevância na conformação dogmática do instituto que, sem embargo da compreensão previamente enunciada acerca da sua configuração unitária, apontam-se duas modalidades fundamentais de enriquecimento sem causa: o enriquecimento por prestação e o enriquecimento por intervenção. A restituibilidade do lucro da intervenção dependerá, então, seja de uma previsão específica de restituição, seja da cláusula geral do dever de restituir. Assumindo-se a inexistência de uma previsão expressa (ao menos em termos genéricos) capaz de abranger as hipóteses de lucro da intervenção – o que traduz o respeito à regra da subsidiariedade contida no artigo 886 do Código Civil –, a sua restituibilidade dependerá da concreta demonstração dos demais pressupostos (*in casu*, os positivos) da cláusula geral contida no artigo 884.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> A sustentar que o instituto do enriquecimento sem causa não teria o condão de esgotar o enquadramento dogmático do lucro da intervenção, para o qual se haveria de reconhecer uma pluralidade de estatutos normativos, v. KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, cit., item 4.

<sup>34</sup> A partir de semelhante linha de entendimento, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao apreciar hipótese fática de utilização indevida da imagem alheia, determinou a restituição de parcela do lucro auferido pelo interventor, com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa (TJERJ, Processo n. 0008927-17.2014.8.19.0209, 13ª C.C., Rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes, julg. 26/10/2016, publ. 31/10/2016). Afirmou-se, em análise da referida decisão, que ela haveria firmado “(...) um precedente aparentemente

O *enriquecimento* do interventor, no sentido de vantagem patrimonial efetiva (e não virtual ou hipotética) poderá consistir, segundo o entendimento geral delimitado em doutrina, no incremento do ativo, na diminuição do passivo ou na poupança de despesa, modalidades às quais parecem passíveis de recondução as mais variadas hipóteses fáticas do fenômeno.<sup>35</sup> Parece possível destacar, ainda quanto a esse ponto, uma maior recorrência fática das hipóteses de incremento do ativo e de diminuição do passivo, como sucede, respectivamente, nos habituais exemplos da sociedade empresária que alavanca as suas vendas a partir da utilização não autorizada da imagem alheia e da pessoa que invade e desfruta de casa de praia durante o período de viagem do seu proprietário. A *obtenção à custa de outrem*, por sua vez, se depreende da percepção de que a vantagem do interventor decorre, em maior ou menor extensão, do bem ou direito sobre o qual incidiu a intervenção. Ressalte-se, por oportuno, que o grau de contribuição causal do direito sobre o qual se interveio e da conduta do interventor repercutirão diretamente sobre a quantificação da obrigação restitutória.<sup>36</sup> A *ausência de justa causa*, por fim, é indiciada pela constatação da inexistência de autorização legal ou negocial para a utilização do direito alheio, sendo certo, contudo, que a ausência de título jurídico formal deve ser sopesada com os demais valores relevantes para a delimitação da (in)justiça do enriquecimento em cada caso concreto.<sup>37</sup> Em realidade, deve-se reconhecer que a con-

---

inédito no ordenamento jurídico brasileiro” (KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, cit.).

<sup>35</sup> Nesse sentido, v., por todos, na doutrina brasileira, NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237; na doutrina portuguesa, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Volume II, Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 224-226; na doutrina italiana, SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*: contributo alla teoria della responsabilità estracontrattuale. Torino: UTET, 1959. Ristampa inalterata: Centro Stampa Università de Camerino, 1980, p. 196-200; e, na doutrina francesa, CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Volume II. Paris: PUF, 2004, p. 2.436; e TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil*: les obligations. 11. ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 1.114-1.115.

<sup>36</sup> “Para temperar uma avaliação rígida do enriquecimento patrimonial, é essencial a aferição, no caso concreto, do grau de contribuição das partes para a produção do lucro, de forma a obviar a restituição integral do lucro de intervenção ao titular do direito e impedir o raciocínio abstrato e determinista de que, como o interventor não teria conseguido outro bem que fosse apto à produção daquele lucro, deveria ele proceder à restituição integral do lucro da intervenção” (LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 189). No mesmo sentido, v. SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, cit., p. 15-16.

<sup>37</sup> “A noção de título jurídico idôneo, de fato, serve como valioso parâmetro interpretativo, mas não parece recomendável que o intérprete resuma a análise à presença ou não de justo título tal

figuração do requisito da *ausência de justa causa* para fins de deflagração do dever de restituir o lucro da intervenção (como, aliás, da generalidade das hipóteses de enriquecimento sem causa) não se perfaz com a mera análise da inexistência de título jurídico em sentido formal e tradicional. Afigura-se imprescindível, ao revés, a promoção do juízo de merecimento de tutela para que se possa concluir sobre a justiça ou injustiça do enriquecimento à luz da legalidade constitucional.<sup>38</sup>

### 3. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DAS PRETENSÕES RESTITUTÓRIA E REPARATÓRIA

Analizadas algumas perspectivas de enquadramento sistemático do lucro da intervenção à luz da premissa teórica de qualificação funcional da pretensão restitutória, passa-se à análise de uma segunda ordem de repercussões da referida premissa.

---

como tradicionalmente concebido. Em vez disso, afigura-se mais razoável entender que o enriquecimento somente poderá ser considerado sem causa quando sobre ele incorrer juízo de reprovabilidade à luz da tábua axiológica constitucional. Desse modo, ainda que careça de justo título em sentido estrito, a situação jurídica do enriquecido pode vir a ser resguardada caso se conclua, diante das circunstâncias do caso concreto, que satisfatoriamente promove os princípios e valores do ordenamento” (SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, cit., p. 17). Tal compreensão parece explicar a preocupação, verificada em doutrina, no sentido de que a problemática do lucro da intervenção suscitaria maior atenção ao requisito da *obtenção à custa de outrem* do que ao requisito da *ausência de justa causa*. Veja-se, ilustrativamente: “No âmbito do enriquecimento por intervenção, uma vez rejeitada a doutrina que configurava a ausência de causa jurídica através da ilicitude da intervenção, parece produtivo o recurso ao conceito de conteúdo da destinação dos direitos, considerando-se que uma aquisição não tem, em princípio, causa jurídica quando resulta na apropriação de bens ou utilidades destinadas a outrem através de um direito subjetivo ou de uma norma de proteção com um conteúdo patrimonial. Simplesmente, uma conclusão desse tipo implica fazer resultar automaticamente a ausência de causa jurídica a partir do requisito da obtenção do enriquecimento à custa de outrem no âmbito do enriquecimento por intervenção, o que implica deixar de atribuir relevo dogmático a este conceito nesta categoria de enriquecimento sem causa” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 894-895). O autor arremata: “É, efetivamente, preciso reconhecer que o elemento central no âmbito do enriquecimento por intervenção reside antes na obtenção do enriquecimento à custa de outrem, o que atribui ao conceito de ausência de causa jurídica um significado mais rudimentar, pelo que, demonstrado que alguém se ingeriu no conteúdo da destinação de uma posição juridicamente protegida do empobrecido, há apenas que averiguar se no âmbito das relações jurídicas entre enriquecido e empobrecido, existe alguma situação que legitime a manutenção do enriquecimento na esfera do enriquecido, como, por exemplo, um contrato celebrado, a posterior aprovação da conduta, ou uma permissão legal de ingerência” (*Ibid.*, p. 895).

<sup>38</sup> Nesse sentido, seja consentido remeter a Rodrigo da Guia. *A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa*. Dissertação de mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017, item 2.3.

Investiga-se, doravante, a possibilidade de cumulação das pretensões referentes à restituição do lucro auferido pelo interventor e à reparação do dano sofrido pelo titular do direito. Perquirir a possibilidade de cumulação das pretensões restitutória e reparatória pressupõe, do ponto de vista metodológico, reconhecer que tais pretensões remetem a institutos funcionalmente distintos e não excludentes, que, portanto, podem coexistir em uma mesma situação fática. Em atenção à função precípua da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa, pode-se enunciar, desde logo, a regra geral segundo a qual as pretensões em comento coexistirão quando houver dano injusto a indenizar e enriquecimento injustificado a restituir.

A civilística contemporânea fornece exemplo a um só tempo controverso e emblemático para a discussão atinente à possibilidade de cumulação das pretensões restitutória e reparatória. Trata-se do fenômeno denominado *inadimplemento eficiente*, entendido, em formulação sintética, pelo inadimplemento contratual que suscita ao contratante inadimplente a obtenção de alguma vantagem patrimonial, seja pela alocação economicamente mais eficiente dos recursos que haveria de destinar ao cumprimento do contrato, seja pela conclusão de diverso vínculo contratual que lhe traz mais vantagens do que aquelas que adviriam do contrato originalmente celebrado.<sup>39</sup> A ilustrar o questionamento relevante ao presente ponto do raciocínio, pode-se indagar: ao contratante que vem a se encontrar – deliberadamente ou não – em situação de inadimplemento eficiente pode ser imposta, além da obrigação de ressarcir as perdas e danos sofridas pelo credor (pré-fixadas ou não em cláusula penal compensatória), uma obrigação de restituir a vantagem que houver auferido em razão do inadimplemento contratual?

Trata-se de questão acentuadamente complexa e controversa, para a qual nenhuma corrente metodológica parece ter, ainda, fornecido resposta segura.<sup>40</sup> Sem

<sup>39</sup> Fernando Araújo sintetiza a problemática do inadimplemento eficiente: “(...) o ‘incumprimento eficiente’ é o incumprimento ‘lucrativo’ para o devedor, é aquele que: – ou o liberta de um cumprimento que se tornou desproporcionadamente oneroso, suscitando da parte do devedor um ‘efeito de substituição’, que é o de procurar destinos alternativos aos recursos que empregaria no cumprimento; – ou o envolve numa relação contratual com um terceiro que lhe traz benefícios superiores àqueles que lhe adviriam do cumprimento das suas anteriores obrigações contratuais, uma relação que, em suma, novamente torna relativamente oneroso o cumprimento inicialmente assumido” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 745). A propósito do inadimplemento eficiente, seja consentido remeter, com ampla bibliografia, a SILVA, Rodrigo da Guia. *A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa*, cit., item 3.3.

<sup>40</sup> A ilustrar a referida dificuldade no âmbito da doutrina da análise econômica do direito, veja-se a posição de Fernando Araújo acerca dos limites da eficiência do inadimplemento, distingui-

prejuízo a critérios mais específicos a serem elaborados pela doutrina, o percurso inafastável do intérprete há de ser a cuidadosa perquirição dos requisitos deflagradores do dever de restituir a partir da cláusula geral do dever de restituir contida no artigo 884 do Código Civil, destacadamente a obtenção à custa de outrem e a injustiça do enriquecimento. No tocante ao último ponto, incumbe ao intérprete promover juízo de merecimento de tutela da situação do contratante que auferiu vantagem na sequência do enriquecimento. Tal juízo apresentará a relevante utilidade de possibilitar a consideração de circunstâncias fáticas específicas de cada caso concreto, podendo-se registrar, por exemplo, que a diversidade de setores ou ramos negociais não raramente afeta a concepção acerca da injustiça do enriquecimento obtido a partir do inadimplemento contratual.

Suponha-se que, em uma mesma hipótese fática, conclua-se pela configuração de enriquecimento sem causa e dano injusto. Por exemplo, imagine-se que certa atriz, pacifista, tem sua imagem utilizada de modo não autorizado por sociedade empresária na publicidade de um evento de MMA, esporte contra o qual ela se insurge em suas manifestações públicas por considerá-lo incentivo à violência. A sociedade empresária, no exemplo citado, obteve enriquecimento sem causa, valendo-se da imagem da atriz sem autorização (lucro da intervenção). Além disso, contudo, o uso da imagem naquele contexto causou-lhe dano injusto, na medida em que afetou não apenas seu direito de imagem, mas também seu direito à identidade pessoal perante o público que a acompanha e a admira por sua bandeira pacifista. As pretensões restitutória e reparatória cumulam-se, sem se excluírem mutuamente, pois atendem a diferentes funções obrigacionais de fonte não negocial.

Surge aí, todavia, o problema de se avaliar em que medida a quantificação da restituição devida por lucro da intervenção interfere sobre a quantificação da pretensão reparatória, especialmente no caso de reparação sob a forma de indenização pecuniária. Alguns autores sugerem, nesse particular, que a restituição do lucro da

---

do incumprimento oportunista de incumprimento não oportunista: “Por outras palavras, do ponto de vista económico a recusa oportunista de cumprimento é essencialmente uma expressão de poder monopolista, e por isso em princípio é eficiente desencorajá-la, enquanto que o incumprimento não oportunista resulta da constatação de que aquilo que eram condições contratuais favoráveis no momento da celebração do contrato deixaram de sê-lo no momento em que é exigível o cumprimento das obrigações contratuais – não se afigurando ser necessário desencorajá-lo desde que estejam reunidos os pressupostos de uma ‘melhoria paretiana’” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, cit., p. 747). Para uma análise econômica da mitigação do prejuízo, em particular no que tange à teoria do inadimplemento eficiente, v. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100 e ss.

intervenção apenas terá lugar quando o *lucro* auferido pelo interventor for superior ao *dano* causado à vítima e titular do direito.<sup>41</sup> Tal perspectiva pode criar dificuldades práticas quando as pretensões reparatória e restitutória forem exercidas em momentos diversos ou em procedimentos distintos ou, ainda, envolvendo naturezas distintas entre a vantagem auferida e a lesão sofrida (patrimonial x moral). Ademais, a independência funcional das pretensões reparatória e restitutória sugere exatamente o contrário: fundando-se em razões substanciais distintas, as pretensões reparatória e restitutória não se excluíam mutuamente em nenhuma medida. Tal postulado esbarra, contudo, no dogma da subsidiariedade da pretensão restitutória do enriquecimento sem causa, que colocaria o intérprete de volta na delicada correlação entre valor da restituição e valor da indenização.

O próprio conceito de lucro, para fins de configuração do lucro da intervenção, tem sido invocado nesse sentido. Isso porque, em realidade, o *lucro* somente pode ser aferido após o abatimento de todas as despesas atinentes ao desenvolvimento da atividade. Antes desse abatimento, talvez se possa falar em *receita* ou *faturamento*, mas certamente não em *lucro*, assim entendido o resultado final positivo após a dedução de todas as despesas em relação ao montante arrecadado – despesas que, em teoria, poderiam abranger o próprio valor da indenização paga à vítima no âmbito do exercício de pretensão reparatória.<sup>42</sup> Daí porque a maior parte dos autores

<sup>41</sup> Sérgio Savi afirma que em algumas hipóteses “(...) as regras tradicionais da responsabilidade civil podem não ser suficientes enquanto sanção pela violação de um interesse merecedor de tutela. O ato do interventor pode não causar danos ao titular dos bens ou direitos. Quando causar danos, os lucros obtidos pelo interventor podem ser superiores aos danos causados à vítima. Na primeira hipótese, não há que se falar em responsabilidade civil, pois para que se conceda a indenização é indispensável que a vítima tenha efetivamente experimentado um prejuízo. (...) Já quando os lucros obtidos forem superiores aos danos causados, mesmo após indenizar a vítima, o ofensor estará em uma situação melhor do que estava antes da prática do ato não tutelado pelo ordenamento jurídico” (SAVI, Sérgio. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 57).

<sup>42</sup> Ao comentar a quantificação dos lucros cessantes, Gisela Sampaio da Cruz Guedes fornece útil definição do lucro como o faturamento abatido das despesas: “Se a finalidade de toda a reparação de danos patrimoniais é, de fato, fazer com que o lesado não fique numa situação nem melhor nem pior do que a que estaria se não fosse o evento danoso, então o julgador terá que ter um cuidado especial com a reparação dos lucros cessantes, para não deixar de computar, no cálculo da indenização, eventuais despesas operacionais, bem como outros gastos que o lesado teria em condições normais. A despeito de sua aparente dificuldade, esta assertiva é perfeitamente justificável – e decorre do próprio conceito de lucro (faturamento menos despesa)” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: RT, 2011, p. 302-303). Na jurisprudência, ver, em igual sentido, STJ, REsp. 710.376/RJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 15/12/2009, publ.

que se dedica ao tema conclui que a delimitação do *lucro* auferido pelo interventor pressupõe o prévio abatimento do montante porventura desembolsado a título de indenização pelo uso do bem ou direito alheio.<sup>43</sup> A conclusão, que funcionaria como espécie de limite à cumulação das pretensões reparatória e restitutória, parece mais facilmente sustentável nas hipóteses em que o dano injusto assume natureza patri-

---

02/02/2010. A decisão restou assim ementada: “PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO INDEVIDO DE MARCA. INDENIZAÇÃO POR DIREITOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. CRITÉRIO DE CÁLCULO. 1. A falta de prequestionamento em relação aos arts. 331, I, do CPC e 208 da Lei 9.279/96, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da súmula 211/STJ. 2. No caso de uso indevido de marca, com intuito de causar confusão ao consumidor, o entendimento predominante desta Corte é que a simples violação do direito implica na obrigação de ressarcir o dano. Precedentes. 3. Conquanto os lucros cessantes devidos pelo uso indevido da marca sejam determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, conforme o art. 210, *caput*, da Lei 9.279/96, o critério de cálculo previsto na lei deve ser interpretado de forma restritiva, fazendo-se coincidir, nesse caso, o termo ‘benefícios’ presente no inciso II, do art. 210, com a ideia de ‘lucros’. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido”. No voto, destacou o Relator: “Com efeito, conquanto os lucros cessantes sejam determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, pelo uso indevido de sua marca, não se pode interpretar a expressão ‘benefícios auferidos pelo autor da violação’ de modo a calcular a indenização conforme o valor total auferido com os produtos vendidos. Esse não é o critério previsto na lei, que deve ser interpretado de forma restritiva, fazendo-se coincidir, nesse caso, o termo ‘benefícios’ com a ideia de ‘lucros’. Ainda que as mercadorias tivessem sido produzidas e vendidas pelos próprios titulares do direito de propriedade industrial violado, os benefícios auferidos seriam menores do que o montante tido com a possível venda dos produtos, face os custos de produção, transporte, mão de obra e demais despesas fiscais.”

<sup>43</sup> Francisco Manuel Pereira Coelho esclarece: “Se a intervenção é culposa e preenche os demais pressupostos da responsabilidade civil, o interventor será obrigado a indenizar o titular do direito, nos termos gerais. O enriquecimento do primeiro é então coberto pelo dano do segundo” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., p. 8). Em sentido semelhante, Sérgio Savi afirma: “Para concluir, pode-se afirmar que, nos casos de enriquecimento por intervenção, o titular do direito poderá cumular a pretensão de enriquecimento sem causa com a pretensão de responsabilidade civil. O que ele não poderá fazer é pedir duas vezes a mesma quantia, uma vez a título de dano sofrido e outra de enriquecimento obtido pelo autor da lesão. Na prática, o titular do direito deverá buscar a maior quantia entre o dano por ele sofrido e o enriquecimento obtido pelo réu” (SAVI, Sérgio. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, cit., p. 121). Ainda na mesma direção, Diogo Leite de Campos: “O enriquecimento que a instituição da responsabilidade civil não tiver deslocado será transferido através das normas do enriquecimento sem causa. Hipótese em que terá havido uma simples consumpção impura de normas. Nestes termos, o enriquecimento do lesante será suprimido através de dois institutos. Primeiro, indirectamente, através das normas da responsabilidade civil. Depois, se subsistir uma parcela de enriquecimento, esta será removida directamente por meio do instituto do enriquecimento sem causa” (CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 42, 1982, p. 52)

monial tal qual o enriquecimento injustamente obtido. Sua aplicação, todavia, às hipóteses fáticas em que a intervenção sobre bens ou direitos alheios gera dano injusto de natureza extrapatrimonial – como no exemplo da atriz lesada em sua identidade pessoal, além de seu direito de imagem – pode produzir a sensação de que se está, com o perdão da expressão, subtraindo laranjas de maçãs. A quantificação da indenização em termos pecuniários não parece suficiente a colmatar as naturezas distintas do que se pretende funcionalmente produzir como consequência jurídica de uma dupla violação. Uma efetiva autonomia e cumulatividade das pretensões reparatórias e restitutórias necessita ser avaliada cuidadosamente, sob essa perspectiva.

#### 4. NOTAS SOBRE A QUANTIFICAÇÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO

O ponto mais controvertido, na prática, em relação ao lucro da intervenção consiste na quantificação da restituição devida. A vinculação funcional da restituição do lucro da intervenção ao regime jurídico do enriquecimento sem causa apon-ta, em primeiro lugar, para a prevalência do enriquecimento efetivamente auferido pelo interventor como critério de quantificação. Afastam-se, com isso, eventuais juízos hipotéticos, privilegiando-se, ao revés, a investigação da concreta repercus-são da intervenção sobre o patrimônio do interventor, o que frequentemente indi-cará um valor distinto daquele referente ao mero preço médio de mercado para utilização do bem.<sup>44</sup>

A enunciação de critérios para a quantificação da obrigação restitutória a ser imposta ao interventor depende, nesse contexto, da sua compatibilidade com duas premissas fundamentais – a identificação do perfil funcional restitutivo e a prima-zia do enriquecimento real (i.e., concretamente auferido pelo interventor). Da pri-meira premissa decorre a impossibilidade de consideração de critérios atinentes à

---

<sup>44</sup> A partir de semelhante preocupação no sentido de não restringir o montante da restituição ao valor objeto de uso da coisa, afirma-se, embora com referência aos atributos de *patrimonial e real* do enriquecimento em sua acepção tradicional: “Se pensarmos o que é propriamente o enriquecimento sem causa no lucro da intervenção chegaríamos à conclusão de que ele deve partir do enriquecimento real, ou seja, o bem ou o direito apropriado ou consumido por outrem sem qualquer justificativa legal – essa parcela obrigatoriamente deveria ser restituída ao locupletado. Entretanto, quando o enriquecimento patrimonial for maior que o enriquecimen-to real, seria isso suficiente? Entra em discussão, após a restituição do enriquecimento real, a porcentagem a ser paga decorrente desta apropriação, no caso, a parcela do enriquecimento patrimonial, que será os efeitos do bem ou direito locupletado sobre o patrimônio do interven-tor” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidia-riedade nas ações por enriquecimento sem causa, cit., p. 152).

promoção do perfil funcional reparatório, cujo escopo central consiste na recomposição da situação patrimonial ou pessoal da vítima de um dano injusto. O escopo central da função restitutória, diversamente, consiste na restauração de patrimônio injustificadamente incrementado, do que se depreende a incompatibilidade, *a priori*, de critérios relevantes na seara da responsabilidade civil para a compreensão do enriquecimento sem causa.

Da segunda premissa supramencionada (a primazia do enriquecimento real, em oposição ao virtual ou hipotético) decorre a necessidade de formulação de critérios que auxiliem o intérprete na delimitação do enriquecimento concreta e injustificadamente obtido à custa do patrimônio do titular do direito explorado. O necessário esforço, portanto, parece consistir em uma autêntica tentativa de elucidação do pressuposto de *obtenção à custa de outrem*, o qual, conjugado com o requisito do *enriquecimento*, desempenha papel central para a delimitação do *quantum debeatur*.

Entre outros critérios já aventados em doutrina para a quantificação da obrigação restitutória tendo por referência a específica hipótese do lucro da intervenção, particular destaque merece a questão do *nexo de causalidade*. Imprescindível, nesse sentido, perquirir o *grau de contribuição causal* de cada um dos fatores concorrentes para a produção do enriquecimento do interventor.<sup>45</sup> Trata-se, em suma, de identificar o concreto grau de contribuição da conduta própria do interventor e do direito explorado na cadeia causal de produção do lucro da intervenção.<sup>46</sup> O montante do enriquecimento que decorra da conduta do próprio interventor não pode, por certo, ser reputado *obtido a partir de patrimônio alheio*.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> “Outro critério seria a maior consideração do nexo causal entre a titularidade do direito ou bem locupletado sobre o lucro criado em comparação com a conduta do interventor, verificando-se a proporção em que cada um contribuiu para produzir o lucro” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. *A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa*, cit., p. 153). A partir de idêntica preocupação, Cláudio Michelin Jr. exemplifica: “(...) o valor a ser restituído não é uniforme. Assim, a restituição devida por utilização não autorizada da imagem de um famoso ator por uma cadeia de supermercados será maior do que a restituição devida pelo uso não autorizado da imagem de alguém cuja imagem tem pouco valor de mercado por uma pequena empresa” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 204).

<sup>46</sup> “Para temperar uma avaliação rígida do enriquecimento patrimonial, é essencial a aferição, no caso concreto, do grau de contribuição das partes para a produção do lucro, de forma a obviar a restituição integral do lucro de intervenção ao titular do direito e impedir o raciocínio abstrato e determinista de que, como o interventor não teria conseguido outro bem que fosse apto à produção daquele lucro, deveria ele proceder à restituição integral do lucro da intervenção” (LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*, cit., p. 189).

<sup>47</sup> Carlos Nelson Konder e Patrick Saar trazem instigante exemplo: “Imagine-se, por exemplo, que A é um aluno de economia e, por algumas análises no mercado de capitais, encontre o

Vale fazer menção, por fim, ainda em prol da elucidação de critérios para o cálculo do lucro da intervenção, ao critério da boa-fé ou má-fé subjetiva por parte do interventor.<sup>48</sup> Afirma-se, nessa linha de sentido, que, diante da ausência de critérios específicos para a quantificação do lucro da intervenção, resultaria mais compatível com o sistema positivo brasileiro o reconhecimento da relevância do referido critério subjetivo.<sup>49</sup> Aplicar-se-iam por analogia, assim, as previsões legais que elencam a boa-fé ou má-fé subjetivas do interventor como critério relevante para a quantificação de hipóteses específicas de restituição, como se verifica, por exemplo, na disciplina dos efeitos da posse em relação às benfeitorias (artigos 1.219 e 1.222 do Código Civil).

---

momento perfeito para especular. Ele, desesperado em busca de capital, vai a diversos bancos. Contudo, por sua aparente inexperiência, não obtém nenhum recurso. A, então, maliciosamente, engana B (de forma que, posteriormente, mostrou-se inescusável) e toma para si um montante de x e, finalmente, aplica o dinheiro. Em um intervalo curto, atinge-se a soma de 200x. A má-fé dele, com base no critério anterior, já justificaria conceder a B um valor superior ao enriquecimento real (x). Justificaria, todavia, a devolução da integralidade do enriquecimento patrimonial obtido (200x)? Notamos, aqui, a imprescindibilidade do bem de B para a obtenção de todo o patrimônio de A, mas como poderíamos, dado o exemplo, dispensar a aguda destreza de A, seu próprio trabalho? O critério do grau de contribuição causal permitiria, nessas situações, considerar não apenas o ânimo do interventor, mas também os limites que necessitamos dar à ‘noção rígida do nexo de causalidade’” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. *A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa*, cit., p. 153).

<sup>48</sup> A ilustrar a adoção de referido critério, v., por todos, na doutrina contemporânea, COHEN, Fernanda; SAAB, Rachel. Parâmetros de quantificação do lucro da intervenção. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 143.

<sup>49</sup> “Uma das hipóteses discutidas doutrinariamente consideraria o comportamento do interventor, que pode ser viabilizada pela utilização da boa-fé subjetiva, em analogia às suas menções no Código Civil para casos específicos de intervenção. É o que se observa, por exemplo, no tratamento dos frutos colhidos de bens alheios (arts. 1214-1220), das construções e plantações em terrenos ou com materiais de outrem (arts. 1255-1256), e ainda nos regimes da tradição (art. 1268), da confusão, da comissão e da adjunção (arts. 1272-1274). (...) tendo em vista que a ausência de critérios tem levado parte da doutrina a recorrer a critérios próprios da responsabilidade, atribuindo-a ainda função punitivo-pedagógica, resta mais plausível a analogia com um critério utilizado pelo legislador de forma recorrente no âmbito dos direitos reais, os indícios de seu comportamento, elementos estritamente casuísticos, do fato frente aos fenômenos do lucro da intervenção. Ambas as figuras, como exposto, poderiam conceder parte de seu lucro ao locupletado, mas a porcentagem concedida, entretanto, haverá de ser menos gravosa para um (interventor de boa-fé) do que para o outro (interventor de má-fé)” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. *A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa*, cit., p. 152-153).

Tal linha de entendimento ostenta o relevante mérito de promover uma maior concretização da cláusula geral do dever de restituir (ao menos na modalidade de lucro da intervenção) em compatibilidade direta com critérios expressamente adotados pelo legislador para hipóteses específicas de restituição. Aponta-se, contudo, a existência de risco subjacente a tal proposição teórica, uma vez que a expansão imoderada da relevância da má-fé subjetiva poderia traduzir, ainda que inconscientemente, a consagração de propósitos punitivos no interior do instituto do enriquecimento sem causa, com possível desvirtuamento da sua precípua função restitutória.<sup>50</sup> Em uma conjugação das preocupações inerentes a cada uma das referidas formulações teóricas – valorização do dado normativo *versus* afastamento de propósitos punitivos –, talvez se possa esboçar conclusão no sentido de que o critério da boa-fé ou má-fé subjetiva do interventor fornece simplesmente mais um indício da (in)justiça do enriquecimento, cuja configuração final dependerá, em qualquer caso, da análise da compatibilidade da situação do interventor com a tábua axiológica constitucional. De resto, em disciplinas específicas como aquela atinente aos efeitos da posse, os termos “má-fé” e “boa-fé” assumem sentidos muito próprios, talvez eles próprios merecedores de reformulação à luz de uma visão mais sistemática do direito brasileiro, consentânea com os valores consagrados em nossa Constituição.

## 5. SÍNTESE CONCLUSIVA

Como visto ao longo deste breve estudo, o recurso à análise funcional das obrigações permite traçar relevante distinção entre a reparação do dano e a restituição do enriquecimento sem causa, no âmbito da qual se insere o lucro da intervenção. Tem-se, em síntese, uma nítida diferença de foco: enquanto a vedação ao enriquecimento sem causa visa à restituição do patrimônio do enriquecido ao estado em que deveria estar caso não houvesse ocorrido o fato gerador do enriquecimento injusto, a responsabilidade civil tem como função primordial a reparação integral do dano sofrido pela vítima.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Em sentido crítico, afirma-se: “Estender por analogia a regra da má-fé fora das hipóteses legalmente previstas poderia importar em tornar o lucro da intervenção um instrumento sancionatório, o que, pelo menos, não é imune de críticas. Fundamentar a restituição do lucro de intervenção, com base na prática de um ato eivado de má-fé fora das hipóteses legais (que atendem, pois, a regras próprias) ou de um fato ilícito, não nos parece a solução mais adequada” (LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*, cit., p. 174).

<sup>51</sup> Nesse sentido, v. TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da*

Dessas distinções fundamentais decorrem, por um lado, a circunstância de o enriquecimento sem causa prescindir de qualquer empobrecimento por parte do titular do direito, e, por outro lado, o fato de a indenização ignorar, via de regra, eventuais reflexos patrimoniais positivos da conduta lesiva sobre o patrimônio do próprio causador do dano. Daí decorre a necessidade de se enquadrar a problemática do lucro da intervenção na seara do enriquecimento sem causa, desde que preenchidos os requisitos da cláusula geral do dever de restituir contida no artigo 884 do nosso Código Civil.

O enquadramento sistemático do lucro da intervenção como modalidade de enriquecimento sem causa traz consequências quer no tocante ao reconhecimento da possibilidade de cumulação das pretensões referentes ao lucro auferido pelo interventor e ao dano sofrido pelo titular do direito; quer no tocante aos critérios de quantificação que devem ser compatíveis com o enquadramento da figura no campo do direito restitutivo. O lucro da intervenção continua a ser um tema merecedor de investigação mais profunda em nossa doutrina, mas tais premissas permitem corrigir desvios de rota que vão se formando em nossa jurisprudência, na qual o lucro da intervenção vem constantemente “ocultado” de modo mais ou menos deliberado sob a categoria dos lucros cessantes, categoria típica do direito da responsabilidade civil, funcionalmente distinto do direito restitutivo.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Luís Vasconcelos. A violação de direitos de personalidade pela comunicação social e as funções da responsabilidade civil. Recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Uma breve comparação luso-alemã. In: RAMOS, Rui Manuel de Mora et alii (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II. Coimbra: Almedina, 2002.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1964.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 81, 2005, p. 511-600.
- CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 42, 1982, p. 39-55.
- CAPEROCHIPI, José Antonio Álvarez. *El enriquecimiento sin causa*. Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 1979.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Volume II. Paris: PUF, 2004.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970.

COHEN, Fernanda; SAAB, Rachel. Parâmetros de quantificação do lucro da intervenção. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Volume II, Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*. Atual. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.

FERREIRA, Maria Teresa Taborda Rosa. *A tutela dos direitos de propriedade industrial pelo enriquecimento sem causa*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2013.

GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*. 2. ed. In: SACCO, Rodolfo (*a cura di*). *Trattato di diritto civile*. Torino: UTET, 2008.

GIANNOTTE, Claudia. Arricchimento senza causa. In: CENDON, Paolo (*a cura di*). *Trattario di diritto civile: titoli di credito, gestione di affari, ripetizione di indebito, arricchimento*. Milano: Giuffrè, 2014.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: RT, 2011.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, out.-dez./2017, p. 231-248.

\_\_\_\_\_. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, Tomo I. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contração entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996.

LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. 7. ed. Paris: LGDJ, 2015.

MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: RT, 2007.

MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado: comentário à Súmula 322 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, jul.-set./2011, p. 385-402.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità estracontrattuale*. Torino: UTET, 1959. Ristampa inalterata: Centro Stampa Università de Camerino, 1980.

SAVI, Sérgio. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHILLER, Cristiano O. S. B. O enriquecimento sem causa no contexto da teoria do fato jurídico. *Revista de Direito Privado*, vol. 71, nov./2016, p. 279-291.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10, out.-dez./2016, p. 9-27.

SCHULZ, Fritz. System der Rechte auf den Eingriffserwerb. *Archiv für die civilistische Praxis*, 105. Bd., H. 1, 1909, p. 1-488.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, Rodrigo da Guia. *A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa*. Dissertação de mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

\_\_\_\_\_. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civilistica.com*, a. 5, n. 2, 2016, p. 1-25.

\_\_\_\_\_. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 107, set.-out./2016, p. 89-122.

\_\_\_\_\_. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. *Revista de Direito Privado*, a. 18, vol. 78, jun./2017, p. 43-83.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civillistica.com*, a. 4, n. 1, 2015, p. 1-26.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A restituição do lucro da intervenção nos casos de violação aos direitos da personalidade: uma questão entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2015.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de et alii. *Código Civil interpretado conforma a Constituição da República*, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 28, dez./2015, p. 1-24.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2013.

---

# DANO EXISTENCIAL

## O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO CIVIL E DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

*Danilo Rafael da Silva Mergulhão\**  
*José Claudio Oliveira Mergulhão Júnior\*\**

**Sumário:** 1. Prolegômenos: O tempo e sua importância – 2. Da revisão dos pressupostos da responsabilidade civil e do surgimento de novas espécies de dano. O dano existencial – 3. Da construção doutrinária, jurisprudencial e legal do dano existencial na seara trabalhista – Conclusão – Referências.

### 1. PROLEGÔMENOS: O TEMPO E SUA IMPORTÂNCIA

A vida está repleta de vicissitudes. Na medida em que a sociedade diz-se “evoluir” com mais frequência essas sequências de mudanças e transformações afetam a nossa existência. Estes acontecimentos casuais e imprevisíveis, chamados de vicissitudes da vida, têm-se posto “as portas” do Poder Judiciário ao longo da história.

---

\* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Aluno Especial do Doutorado em Direito na Linha de Pesquisa de Direito Comercial da Faculdade de Direito de São Paulo (USP/Direito). Advogado, Assessor Jurídico do Município de Belo Jardim – PE, Coordenador do Núcleo de Direito de Empresa da Escola Superior da Advocacia de Pernambuco (ESA/PE), Professor da Escola Judicial de Pernambuco (ESMAPE), Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Constitucionalização das Relações Privadas” vinculado a Universidade Federal de Pernambuco, Professor Universitário. E-mail: MergulhaoAdvogados@gmail.com.

\*\* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida. Advogado, Assessor Jurídico do Município de Belo Jardim – PE, representante da Escola Superior da Advocacia de Pernambuco (ESA/PE) na subseccional de Belo Jardim, E-mail: MergulhaoAdvogados@gmail.com.

Todavia, tem-se assumido um novo paradigma, haja vista o processo chamado por crise pós-moderna, que tem como um dos seus principais estudiosos o filósofo Zygmunt Bauman.

Como resumo de suas obras<sup>1</sup> percebe-se que a sociedade pós-moderna encontra-se a beira de um precipício, uma vez que as chamadas evoluções econômicas tem infringido a população ou considerável parcela desta, atos de desconexão com as relações que compõem a estrutura básica do ser humano. Exacerbação da figura egoíca, fragilidade das relações interpessoais (sociais, afetivas, familiares, dentre outros) surgem como resultado desta “crise”.

Falta-se “tempo”!

Não qualquer tipo de tempo! Mas, aquele tempo qualificado! O que chama-se atualmente de “perda de tempo”. O investimento nas relações, no ócio criativo que é essencial para progresso pessoal (enquanto indivíduo) e para a sociedade.

Parece-nos que tal “crise” teria como uma das fontes o aprofundamento do Estado Liberal e sua excessiva proteção ao instituto da propriedade visto nas codificações oitocentistas, onde o patrimônio e conseqüentemente o acúmulo deste, gera um desequilíbrio na tutela dos direitos. Entre o homem e o patrimônio, protege-se o patrimônio.

Uma vez “as portas” do Poder Judiciário, alguns julgadores têm compreendido que a utilização prudencial do “senhor tempo” é essencial para a manutenção da saúde, da higidez e, portanto, do equilíbrio da sociedade.

O Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, o Dr. Jones Figueiredo Alves<sup>2</sup> faz no Voto Vista, da Apelação Cível n. 230521-7, as seguintes considerações (em forma de poema) acerca do tempo e das vicissitudes,

---

<sup>1</sup> O Autor tem diversas obras dentre as quais destacamos: Amor Líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos, Modernidade Líquida, Globalização: as conseqüências humanas, Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria e Medo Líquido.

<sup>2</sup> O desembargador Jones Figueiredo Alves é membro do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, integrando, no biênio 2008/2010, a sua Mesa Diretora, como Vice-Presidente. Em 26 de junho de 2008, o desembargador foi eleito, por unanimidade, presidente do Tribunal de Justiça, em razão da posse do anterior ocupante desse cargo no Superior Tribunal de Justiça. Magistrado, de carreira, tem trinta e dois (32) anos de judicatura. Dirigiu a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE) no biênio (2006/2007) e o Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Tribunal de Justiça (2000/2004), permanecendo na direção deste no biênio atual (2014/2016). Natural de Recife, Estado de Pernambuco, nascido aos 20 de agosto de 1947. Diplomado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito do Recife (1970) e em Ciências das Comunicações Sociais pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP (1968), tem Curso de Administração Judiciária no Centro de Estudos Avançados da Universidade da

A visão eclesialística do tempo diz-nos que tudo tem o seu tempo determinado e há tempo para todo propósito debaixo do céu: há tempo de nascer e tempo de morrer; tempo de chorar e tempo de rir; tempo de abraçar e tempo de afastar-se; tempo de amar e tempo de aborrecer; tempo de guerra e tempo de paz.

Em ser assim, diante do tempo e de todo tempo, determinado e preciso, o tempo que não pára, o tempo que não cessa, tempo implacável e inexorável, há que se dizer, platonicamente, antes de qualquer tempo, que o tempo é a imagem móvel da eternidade imóvel e que, por isso mesmo, as horas e os dias talvez sejam, como pensou Marcel Proust, iguais para um relógio, mas não para um homem.

Eis então, posto diante do homem, ser cognoscente em diálogo com a sua própria vida – efêmera e voraz com o tempo – o problema do tempo e de seu uso, devido uso próprio e adequado do tempo.

Com pertinência, Charles Darwin advertia, às expressas, que o homem que tem a coragem de desperdiçar uma hora de seu tempo não descobriu o valor da vida.

De fato, se a passagem do tempo representa, antes de mais, a voragem das horas, e mesmo que se pense que o tempo que se gosta de perder não é tempo perdido, porque o homem faz de seu tempo a própria medida de sua vida, impõe-se pensar acerca do desperdício de tempo e para além disso, o que aqui interessa, sobre o vilipêndio do tempo.

Do desperdício do tempo, dele cogitou Victor Hugo, ao assinalar que “a vida já é curta, e nós a encurtamos ainda mais desperdiçando o tempo”. Tempos desperdiçados, despercebidos, despedaçados, em fragmentos de tempo, que nada somam, nada acrescentam, inférteis de vida, porque neles o desperdício conspira contra a ordem natural das coisas e da própria existência. Tempos irreversíveis como a pedra atirada, a palavra dita, a ocasião perdida, porque tempos sem qualquer passado. Desperdício de tempo, que se faz tempo sombra que nada traz o ontem para o amanhã, flagrado por Millor Fernandes que, em seu refinado humor, o contempla, afirmando: “Quem mata o tempo não é um assassino, mas um suicida”.

---

Geórgia, em Athens, nos Estados Unidos (2000), Curso-Treinamento em Direito da Informática, na Alemanha, a convite da Fundação Konrad Adenauer (2002); Curso “Formation de Formateurs”, ministrado pela “École Nationale de la Magistrature de France” (agosto, 2006) e de Atualização Jurídica, pela Faculdade Clássica de Lisboa (2008).

Integrou missão humanitária da Organização das Nações Unidas (O.N. U.) para contribuição judiciária à administração da Justiça de Moçambique, na África, junto ao Centro de Formação Jurídica e Judiciária (CFJJ) do Tribunal Supremo daquele país.

Assessorou a Comissão Especial do novo Código Civil, na Câmara Federal, tendo ficado à disposição daquela Casa, em Brasília, para colaborar com a elaboração do Relatório Geral do projeto, transformado, depois de vinte e cinco anos de tramitação, na Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Em reconhecimento à sua contribuição prestada ao novo Código Civil, é detentor da “Medalha do Mérito Legislativo”, outorgada pela Câmara dos Deputados, através do então presidente Dep. Aécio Neves. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/web/tribunal-de-justica/jfa>. Acessado em 23 de fevereiro de 2018.

Realmente. O tempo inútil, insuficiente de resultados eficientes, enfermo de propósitos, desarrazoado de suas próprias razões, coloca em desperdício o próprio homem e esta é a tragédia dos dias de tempos insossos, tempos sem o sal da vida.

De todo modo poderá ser dito, perante os outros, que o homem é o senhor do seu tempo e o pro verá, como melhor lhe aprouver. Assertiva que se não justifica o desperdício do tempo, convive com a realidade pragmática de cada um, nos limites próprios de sua in(finitude) de vida. Ou seja, nosso presente é contingente das horas e esse presente é vivido conforme nossa dimensão de vida, para além do dia de hoje. Nós podemos ser futuro, mas podemos ser apenas o ontem.

Do vilipêndio do tempo, porém, caso é saber que, na hipótese, esse tempo não é apenas desperdiçado, pela perda do próprio tempo, faculdade que é dada ao homem exercitá-lo nas circunstâncias do tempo e dos interesses de vida.

Nessa segunda hipótese, a do vilipêndio, o tempo é subtraído violentamente do homem por terceiro, que rouba, sutilmente, a vida do outro, por atitudes de apreensão abusiva do tempo.

Ora. “Se nada existe mais precioso que o tempo, pois ele é o preço da eternidade” (Louis Bourdaloue), o problema do tempo vilipendiado mais se agudiza quando o tempo de nossas vidas se torna refém de outro, muitas vezes e precisamente, de um outro impessoal, ser indeterminado, um outro institucionalmente não individualizado.

Napoleão Bonaparte, em suas máximas, afirmou que “há ladrões que não se castigam, mas que nos roubam o bem mais precioso: o tempo”.

A questão é de extrema gravidade e não se pode admiti-la, por retóricas de tolerância ou de condescendência, que sejam os transtornos do cotidiano que nos submetam a esse vilipêndio de tempo subtraído de vida, em face de uma sociedade tecnológica e massificada, impessoal e disforme, onde nela as pessoas possam perder a sua própria individualidade, consideradas que se tornem apenas em usuários numerados em bancos informatizados de dados.

O banco da vida é diferente: tem os seus dados de existência contados em segundos, minutos e horas, onde cada dia é também medida divina do tempo.

Certa vez, um escritor sueco, em conto de ficção científica, dramático até, falou de uma sociedade onde os seres nela existentes viviam em função das horas disponíveis na sua contabilidade da vida, os mais ricos comprando as horas de vida dos mais pobres e o personagem central, ciente das horas que lhe restavam de vida, empreendia busca frenética e desesperada de compra de horas, para sobreviver enquanto possível.

Está posta a questão principal: a vida, na sua grandeza, vale todo o tempo, a cada tempo que lhe é destinado, e a cada momento a vida se faz mais, sempre mais. Bem por isso, o vilipêndio do tempo afigura-se algo tão dantesco e aterradorante como o pânico do personagem de horas contadas porque poucas lhe sobravam.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Apelação Cível n. 230521-7. 4ª Câmara Cível. Desembargador Relator: Eurico de Barros Correia Filho.

O eminente jurista traz a urgência de reequilibrar as relações, inclusive as negociais, tendo em vista o tempo “senhor da história” e “senhor da vida” ou da falta dela.

O tempo e a sua relação com o indivíduo, na construção de sua história e de seus projetos, e esta relação com um terceiro que em decorrência de um fato vilipendioso que deixa marcas profundas e indelévels neste indivíduo, tem sido tutelado pelo ordenamento jurídico sob o manto do que se chama Dano Existencial.

Veremos que considerável parcela da doutrina afirma que o Direito Civil é gerador dessa nova espécie de Dano, todavia, é noutro ramo da legislação privatista, o Direito do Trabalho, que os avanços são mais perceptíveis com estudos aprofundados que corroboram na construção das fundamentações de decisões judiciais.

É nessa retroalimentação entre o Direito Civil que subsidia o Direito do Trabalho que tem uma dimensão mesmo privatista, mas que sob o manto da preferência do homem ao patrimônio, conseguiu desenvolver o tema ao ponto ter condições de influenciar nessa retroalimentação, chamada de Diálogo de Fontes, o próprio Direito Civil.

## **2. DA REVISÃO DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO SURGIMENTO DE NOVAS ESPÉCIES DE DANO. O DANO EXISTENCIAL**

A pergunta que é feita comumente quando da existência de algum fato que gerou algum desequilíbrio na esfera jurídica de outrem é: “de quem é a responsabilidade?”

O sistema de Responsabilidade Civil é essencial para a construção dum ordenamento jurídico num Estado Social Democrático de Direito. Nas palavras do Prof. Paulo Lôbo, *“a responsabilidade desponta como um dos mais importantes objetos de análise dos especialistas e operadores do direito na atualidade. Sem responsabilidade não se pode assegurar a realização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade estatal.”*<sup>4</sup>

Na medida em que o sistema de Responsabilidade Civil assume uma nova postura, outrora, jamais tida, o sistema se permite ser visto sob primas diversos, muitos até então inéditos.

No sistema das codificações oitocentistas o sistema da Responsabilidade Civil inspirava-se no modelo francês, clássico que prima pelo individualismo, independência dos indivíduos e culpa extranegocial, outrossim, desenvolvendo a chamada Responsabilidade Subjetiva. Em contraponto, no sistema de um Direito Civil Constitucional há uma primazia de maior atenção a vítima. Dever geral de

---

<sup>4</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Obrigações*. Vol. II. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2018, fls. 321.

evitar o risco, Responsabilidade pelo risco, que não depende da ilicitude ou de atos de vontade para que haja reparação de danos<sup>5</sup>.

Essa mudança de paradigma é uma das consequências palpáveis do processo de evolução da Escola Positivista para uma Escola Pós Positivista<sup>6</sup>.

A despeito desse processo evolutivo, há na Constituição Federal de 1988 normas que vinculem a aplicação dos direitos fundamentais em relações tipicamente privadas. Possivelmente o maior exemplo da Carta em comento seja o Artigo 7º.

Neste contexto o Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação direta das garantias fundamentais constitucionais nas relações privadas, com base na *Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Obrigações*. Vol. II. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2018, fls. 326.

<sup>6</sup> Segundo o Autor esse processo de evolução trazem matrizes específicas: “Para a Escola Positivista, o Estado de Direito estava vinculado estritamente à Legalidade, tendo como fundamento de validade a autoridade competente positivadora. Percebe-se ainda a separação Direito-Moral, que culminou com a legitimidade dos governos totalitários. Tendo como características dessa Escola uma Doutrina descritiva (razão teórica) e jurisprudência (exegética). Ainda se encontra uma centralidade ocupada pelo Código Civil, individualista, cujas regras (texto) pretensamente resolveriam todas as situações fáticas (completude; harmonia etc.).

A Interpretação é tida, para essa Escola, como um ato de vontade que camufla um ato de poder. A subsunção silogística entre norma e fato sustenta valores subjetivos, conduzidos por um “sentido comum teórico”. Há uma ênfase no texto enunciado pela regra jurídica, cujo intérprete é um sujeito separado do objeto a interpretar (Direito), num papel de mero revelador de seu sentido preexistente (essencial). (...) Para a Escola Pós-positivista, o Estado Democrático e Social de Direito possuem como fundamento de validade os valores de justiça e ética, bem como uma legitimidade democrática compartilhada intersubjetivamente pela sociedade, por intermédio da razão prática deontica, que culminou com a reaproximação do Direito-Moral por meio dos princípios jurídicos. Já a Doutrina apresenta-se crítica e a jurisprudência criativa. Para essa vertente teórica, há uma força normativa da Constituição, sendo as normas constitucionais dotadas todas de imperatividade, embora sempre transpostas para a *praxis* numa tensão dialética entre as pretensões normativas e as circunstâncias da realidade fática (resistências do *status quo*). Tendo por Centralidade do sistema a chamada constitucionalização do Direito que não se daria só pela supremacia – critério de validade –, unidade e presença de normas específicas dos mais diversos ramos da Constituição, mas pela invasão axiológica de seu conteúdo material sobre todos os ramos, a orientar sua interpretação.

Houve uma expansão da jurisdição constitucional, tendo a *judicial review* como controle de constitucionalidade da legislação; defesa dos Direitos Fundamentais; limitação do Estado (inclusive o legislador e o administrador) e dos particulares (ativismo judicial)”. In: MERGULHÃO, Danilo Rafael da Silva. *Contratos Interempresariais de Seguro*. A Boa-Fé Objetiva como Limitador da Autonomia da Vontade das Partes. Curitiba. Editora Juruá, 2018, fls. 51-52.

<sup>7</sup> EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E

Conforme vimos, houve durante este processo a transferência do núcleo da responsabilidade civil, uma vez que outrora o núcleo era a *culpa* do agente, todavia, agora o núcleo é o **dano (proteção da vítima)**.

Outro efeito seria da relativização dos Pressupostos Gerais da Responsabilizada Civil por Dano que tomou forma no Código Civil de 2002, quando prevê

---

DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. *As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.* II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. *A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.* III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. *As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).* IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Relator (a) p/Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821). [Destaque nosso]

a **responsabilidade por fato lícito**, “*Código Civil, Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação*”<sup>8,9,10</sup>, a **responsabilidade sem dano efetivo**<sup>11</sup>, **responsabilidade sem nexos de causalidade**<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406\\_compilada.htm#art2044](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm#art2044)>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2018.

<sup>9</sup> O Código Civil ainda traz o emblemático caso do artigo 188, II que deve ser analisado em cumulação com o artigo 929 também do Código Civil. “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (...) Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assiste-lhes o direito à indenização do prejuízo que sofreram”. In: BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406\\_compilada.htm#art2044](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm#art2044)>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2018.

<sup>10</sup> Noutro exemplo o Código Civil traz a obrigação de indenizar do proprietário do imóvel que utilizar-se de servidão de passagem ao proprietário do imóvel serviente. “*Código Civil, Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário*”. In: BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406\\_compilada.htm#art2044](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm#art2044)>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2018.

<sup>11</sup> O Código de Processo Civil em vigor traz em seu bojo que deverá haver a concessão de tutela de urgência sempre que houver probabilidade de dano. “Art. 300. 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”. In: BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406\\_compilada.htm#art2044](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm#art2044)>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2018.

<sup>12</sup> O Código Civil trata da responsabilidade sem nexos de causalidade quando da responsabilidade do transportador por acidente por culpa de terceiro. “Código Civil Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.” In: BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406\\_compilada.htm#art2044](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm#art2044)>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2018.

Esta virada pragmática não visa expurgar os pressupostos clássicos, mas, sim, relativizá-los adequando-os a evolução da sociedade. Neste sentido a Professora Giselda Horonaka afirma,

O contorno fundamental da principiologia de amparo e o matiz de sustentação do viés axiológico de resguardo de uma tal reestruturação sistemática deverá estar, por isso mesmo, indelevelmente vinculado ao respeito à dignidade da pessoa humana, esta que é, enfim, o sentido e a razão de toda e qualquer construção jurídico-doutrinária ou jurídico-normativa. Tudo exatamente para que o direito, pensado em sua gênese, cumpra seu papel mais extraordinário, o papel de responsável pela viabilização da justiça e da paz social<sup>13</sup>.

Com efeito, houve a disposição em redimensionar as espécies de danos até então previstos, quais sejam: Danos Materiais e Danos Morais (Danos Imateriais), dando ensejo a construção doutras espécies de Danos: Dano Existencial, Perda de uma Chance, Dano Estético, Dano Moral Coletivo, Dano à Imagem etc.

Já no que tange ao Dano Existencial como categoria autônoma de espécie de Dano, o Prof. Paulo Lôbo faz a seguinte contribuição

Com atributos próprios, há o dano existencial, que diz respeito ao comprometimento permanente ou duradouro da existência da pessoa humana, nas suas relações com as outras pessoas e no seu projeto de vida, em virtude, principalmente de violações de direitos humanos, feitas por agentes do Estado, ou por particulares, que deixam marcas psicológicas indelévels nas vítimas.<sup>14</sup>

Para Elaine Buarque em sua Tese de Doutorado, afirma que

A figura do dano existencial nasce e se desenvolve na direção da ampliação da tutela dos valores humanos, entendidos em sua complexidade. Esse dano surgiu do trabalho de uma doutrina especializada no estudo do dano à pessoa. Foi reconhecido após um árduo trabalho de pesquisas doutrinárias e da sua evidente aplicação em concreto, resultante do levantamento do repertório judicial de mérito e de legitimidade, em matéria de responsabilidade civil.<sup>15</sup>

Celebre é a definição da Matilde Zavala de Gonzalez ao qual Dano Existencial seria uma espécie de

dano à vida de relação como aquele em que há impossibilidade ou dificuldade do sujeito atingido em sua integridade de reinserir-se nas relações sociais ou de mantê-las

---

<sup>13</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade Civil na Contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1 (2007). Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029/7983>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2018.

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Obrigações*, vol. II. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2018, fls. 353.

<sup>15</sup> BUARQUE, Elaine Cristina de Moraes. *Dano Existencial: para além do dano moral*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2017, fls. 69.

em um nível de normalidade. O dano ao projeto de vida atinge legítimas expectativas que a pessoa tinha com relação a própria existência, variando de uma frustração de menor alcance até a própria perda de sentido pela vida.<sup>16</sup>

Importante destacar a influência da doutrina e decisões das Cortes estrangeiras na construção doutrinária do instituto, conforme podemos depreender das decisões da Corte de Cassação da Itália, na sentença n. 6607 de 11 de novembro de 1986 e da sentença n. 8827 e 8828 de 31 de maio de 2003 bem como da decisão em 1999 da Suprema Corte de New Hampshire dos Estados Unidos da América no caso *Marcotte v. Timberlane/Hampstead School District*.

No Brasil temos o caso da tortura como emblemático da atração do Dano do tipo Existencial para os casos de Tortura realizada por agentes do Estado, em nome deste.

No Estado de Pernambuco o caso mais evidente da atração do Dano Existencial deu-se no caso de cidadão que permaneceu em cárcere por 13 (treze) anos vitimado por erro do Poder Judiciário. Durante o encarceramento injusto contraiu tuberculose e perdeu a visão de um olho durante uma rebelião. Depois de ser reconhecido o erro, foi posto em liberdade e mais uma vez preso, por defeito de comunicação entre o Poder Judiciário e as Polícias Civil e Militar daquela unidade da Federação, tem sofrido um ataque cardíaco e chegado a óbito.

Em decisão proferida pelo Juízo *a quo* e mantida pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>17</sup> o Estado de Pernambuco foi condenado ao pagamento de dano imaterial – Existencial no patamar de R\$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais) e a título de danos materiais: R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais)<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños*. Daños a las personas (integridade sicofísica). 2 ed. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1996, p. 462.

<sup>17</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 802.435/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, *DJ* 30/10/2006, p. 253.

<sup>18</sup> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS PRATICADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DE CIDADÃO EM CÁRCERE POR APROXIMADAMENTE TREZE ANOS (DE 27/09/1985 A 25/08/1998) À MINGUA DE CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE OU PROCEDIMENTO CRIMINAL, QUE JUSTIFICASSE O DETIMENTO EM CADEIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. ATENTADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Ação de indenização ajuizada em face do Estado, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ilegal manutenção do autor em cárcere por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de 27/09/1985 a 25/08/1998, em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde

contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião. 2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária. 3. Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial. 4. Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior estão enunciados no art. 5º da Carta Magna, e dentre outros, os que interessam o caso sub judice destacam-se: XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...) LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...) LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...) LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

5. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais mezinhos deveres estatais, consistente em manter-se, sem o devido processo legal, um ser humano por quase 13 (treze) anos consecutivos preso, por força de inquérito policial inconcluso, sendo certo que, em razão do encarceramento ilegal, contraiu o autor doenças, como a tuberculose, e a cegueira. 6. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escorreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) 7. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua ratio essendi, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não resulte em soma desproporcional. 8. In casu, foi conferida ao autor a indenização de R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais) de danos materiais e R\$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais) de danos morais. 9. Fixada a gravidade do fato, a indenização imaterial revela-se justa, tanto mais que o processo revela o mais grave atentado à dignidade humana, revelado através da via judicial. 10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma “morte em vida”, que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana? 11. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que “a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e

Segundo a Profa. Elaine Buarque, os critérios para a incidência de um Dano Existencial seria,

O dano existencial não é indeterminado, é um dano não patrimonial, assim como o dano moral. É idôneo a constituir o momento unificador de uma série de danos, como: a) o dano ao projeto de vida; b) o dano à vida em relações; c) o dano estético permanente que impeça a vítima de desenvolver suas atividades habituais; d) o dano à prática de esportes, como lazer; e e) o dano ao prazer de viver e gozar da vida, como antes. Desta forma, é um dano hedônico, característica esta que definitivamente o diferencia de todos os demais danos existentes, e o torna único, identificável e de reconhecimento e aplicabilidade concreta, para além do dano moral.<sup>19</sup>

Tais critérios extrapolam a incidência do Dano tido Moral, uma vez que não seria este Dano capaz de suprir a tutela do bem da vida pleiteado. Situação que comporta o julgado contra o Estado de Pernambuco trazido a baila.

### 3. DA CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA, JURISPRUDENCIAL E LEGAL DO DANO EXISTENCIAL NA SEARA TRABALHISTA

Muito embora a doutrina aponte o Direito Civil como construtor inicial do Dano Existencial<sup>20</sup> tem a Doutrina e a Jurisdição Trabalhista contribuindo de forma fundamental para o estabelecimento dessa espécie de Dano de forma autônoma.

Ilse Marcelina Bernardi Lora, em seu artigo afirma de forma ampla que “*Dano existencial, como visto, é a lesão ao conjunto de relações que propiciam o desenvolvimento normal da personalidade humana, alcançando o âmbito pessoal e social*”<sup>21</sup>.

---

da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’. Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual”. (REsp 612.108/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 03.11.2004) 12. Recurso Especial desprovido. (REsp 802.435/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 253).

<sup>19</sup> BUARQUE, Elaine Cristina de Moraes. *Dano Existencial*: para além do dano moral. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2017, fls. 240.

<sup>20</sup> Segundo Elaine Buarque, “*o dano existencial no Brasil é hoje um tema explorado, mais pela jurisprudência que pela doutrina brasileira*”. In: BUARQUE, Elaine Cristina de Moraes. *Dano Existencial*: para além do dano moral. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2017, fls. 70.

<sup>21</sup> LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *O dano existencial no direito do trabalho*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, vol. 2, n. 22, p. 10-25, set. 2013.

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanotelli de Alvarenga citando Júlio César Bebbber, deixa certo que, os danos existenciais:

designam as lesões que comprometem a liberdade de escolha e frustram o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano, esclarece haver optado por qualificar esse dano com o epíteto já transcrito justamente porque o impacto por ele gerado “provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital.”<sup>22</sup>

Já analisando a jurisprudência recente do Tribunal Superior do Trabalho, buscou uma conceituação do Dano Existencial, neste sentido

Dano existencial, que consiste em lesão ao tempo razoável e proporcional, assegurado pela ordem jurídica, à pessoa humana do trabalhador, para que possa se dedicar às atividades individuais, familiares e sociais inerentes a todos os indivíduos, sem a sobrecarga horária desproporcional, desarrazoada e ilegal, de intensidade repetida e contínua, em decorrência do contrato de trabalho mantido com o empregador.<sup>23</sup>

Dano existencial, em que a conduta da empresa limita a vida pessoal do empregado, inibindo-o do convívio social e familiar, além de impedir o investimento de seu tempo em reciclagem profissional e estudos.<sup>24</sup>

O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal.<sup>25</sup>

O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O dano existencial e o direito do trabalho*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, vol. 2, n. 22, p. 26-51, set. 2013.

<sup>23</sup> BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. ED-ED-ARR – 753-70.2011.5.14.0061, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 07/02/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/02/2018); (RR – 1578-85.2012.5.15.0114, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 07/02/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/02/2018.

<sup>24</sup> BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. ARR – 10344-24.2014.5.15.0061, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 07/02/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/02/2018.

<sup>25</sup> BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. RR – 20439-04.2015.5.04.0282, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 07/02/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/02/2018.

<sup>26</sup> BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. RR: 1034-74.2014.5.15.0002, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data do Julgamento:04/11/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015.

Como podemos perceber, as decisões em sede do Tribunal Superior do Trabalho têm buscado formas de conceituar o que seria Dano Existencial. Todavia, embora exista divergência na conceituação, há em todos esses julgados encontramos um núcleo que é comum a todas as decisões: **violação/frustração/limitação do empregado à sua vida fora do ambiente laboral.**

Além do mais, a doutrina tem contribuindo acrescentando ainda dois elementos que se conectam quanto aos elementos construindo no Direito Civil, quais sejam: a) o projeto de vida; b) a vida de relações<sup>27</sup>.

Acerca do requisito, projeto de vida, afirma *HIdemberg Alves Da Frota*:

De um lado, na ofensa ao projeto de vida, por meio do qual o indivíduo se volta à própria autorrealização integral, ao direcionar sua liberdade de escolha para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e ideias que dão sentido à sua existência.<sup>28</sup>

Já com relação ao segundo requisito, vida de relações, assenta *HIdemberg Alves Da Frota*:

E, de outra banda, no prejuízo à vida de relação, a qual diz respeito ao conjunto de relações interpessoais, nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua história vivencial e se desenvolver de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de dialética) em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores, ínsita à humanidade.<sup>29</sup>

Nas palavras de Elaine Buarque podemos chegar ao congraçamento dos requisitos acima expostos,

O dano existencial não é visto sob a perspectiva do trabalho que se restou impossibilitado, mas pelas atividades normais e cotidianas que não poderão mais ser realizadas, ou cuja realização terá de ser feita de maneira diversa de antes, afetando a intercomunicação do indivíduo consigo mesmo, o que se representa na lesão ao seu projeto de vida, na sociedade em que vive, no seu relacionar-se externamente.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O dano existencial e o direito do trabalho*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 26-51, set. 2013.

<sup>28</sup> FROTA, *HIdemberg Alves da*. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 62-78, set. 2013.

<sup>29</sup> FROTA, *HIdemberg Alves da*. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 62-78, set. 2013.

<sup>30</sup> BUARQUE, Elaine Cristina de Moraes. *Dano Existencial: para além do dano moral*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2017, fls. 69.

Malgrado, esse artigo se limite à análise do dano existencial com a jornada excessiva, é importante ressaltar, tendo em vista o próprio núcleo do conceito de dano existencial, o empregador poderá praticar diversas condutas que atrairia a incidência desta espécie autônoma de Dano.

Ademais, a Lei Federal n. 13.467/17 – conhecida como “*Reforma Trabalhista*” – modificou a CLT introduzindo de forma inédita na lei, malgrado já reconhecido no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o dano existencial em seu artigo 223-B. Vejamos:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

Essa novidade legislativa é importantíssima para os interpretes do direito – advogados, juízes e procuradores – para enfrentar sobre o tema em lides processuais.

A *priori*, tem-se atraído o Dano Existencial quando do desrespeito as normas de jornada e saúde do empregado. Neste sentido é importante o ensinamento do Ministro Maurício Godinho Delgado,

Efetivamente, os avanços dos estudos e pesquisas sobre a saúde e segurança laborais tem ensinado que a extensão do contato do indivíduo com certas atividades ou ambientes e elemento decisivo a configuração do potencial efeito insalubre de tais ambientes ou atividades. Essas reflexões têm levado a noção de que a redução da jornada e da duração semanal do trabalho em certas atividades ou ambientes constitui medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral. **Noutras palavras, as normas jurídicas concernentes a duração do trabalho já não são mais – necessariamente – normas estritamente económicas, uma vez que podem alcançar; em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública.**<sup>31</sup> [grifo nosso]

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 7º, inciso XXII, reconheceu a necessidade da “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”.

Neste diapasão Rúbia Alvarenga e Jorge Boucinhas Filho conclui que

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas,

---

<sup>31</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 928.

espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.<sup>32</sup>

Com efeito, importante destacar alguns dados – *assustadores* – do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho promovido pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) acerca do acidente do Trabalho<sup>33</sup>, *in verbis*:

- **Total de Gastos da Previdência com Benefícios Acidentários:** Gastos estimados desde 2012 até hoje. R\$ 1,00 gastos a cada 7 milésimos de segundos. No período 2012-2016 foram gastos R\$ 20.622.012.007 (vinte bilhões seiscientos e vinte e dois milhões doze mil e sete centavos) com benefícios acidentários (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte e auxílio-acidente – sequelas).
- **Dias de Trabalho Perdidos com Afastamentos Previdenciários:** Dias perdidos estimados desde 2012 até hoje. 254.891.669 (duzentos e cinquenta e quatro milhões oitocentos e noventa e um mil e seiscientos e sessenta e nove) dias foram perdidos no período 2012-2016.
- **Acidentômetros (CAT’S):** Acidentes estimados desde 2012 até hoje. 01 acidente estimado a cada 47s. na mesma medida 3.305.708 (três milhões trezentos e cinco mil e setecentos e oito) Comunicações de Acidente de Trabalho – CAT’s foram registradas no período de 2012-2016.

Ora, não é possível afirmar com os dados coletados pelo Observatório do MPT tenham sido oriundos de acidentes por causa do excesso de jornada pelo Empregado – *tendo em vista a vastidão de funções que o trabalhador desempenha rotineiramente*. Todavia, é possível deduzir que muitos desses acidentes tiveram origem no excesso de jornada que o trabalhador tem que suportar diariamente.

Uma vez que, como há uma vulnerabilidade patente do empregado em face do empregador por diversos fatores. Aquele se submete – à revelia de sua vontade – as jornadas exaustivas, com receio de sofrer alguma represália por parte do empregador ou até de ser demitido.

---

<sup>32</sup> ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS, Jorge Cavalcanti Filho. *O dano existencial e o direito do trabalho*. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/39828/2013\\_alvarenga\\_boucinhas\\_filho\\_dano\\_existencial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/39828/2013_alvarenga_boucinhas_filho_dano_existencial.pdf?sequence=1&isAllowed=y) acessado em: 17 de fev. 2018.

<sup>33</sup> BRASIL. *Ministério Público do Trabalho. Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho*. Disponível em: <https://observatoriosst.mpt.mp.br/> acessado em: 17 de fev. 2018.

Neste contexto, assusta à atual conjectura de desempregados no Brasil tendo em vista passou da marca de 12 milhões de pessoas, de acordo com pesquisa realizada pelo IBGE.<sup>34</sup>

## CONCLUSÃO

A vida e suas vicissitudes encontra no tempo uma condição fundante de uma existência equilibrada. O Compositor Caetano Veloso, reconhecidamente um dos mais importantes de sua geração compôs e pôs melodia na canção intitulada “*Oração ao Tempo*”. Nesta celebre obra musical, uma das suas estrofes deslinde,

Por seres tão inventivo  
E pareceres contínuo  
Tempo, tempo, tempo, tempo  
És um dos deuses mais lindos  
Tempo, tempo, tempo, tempo<sup>35</sup>

A vivência do tempo equilibrado é aquele que propõe a construção do ser humano e todas as suas potencialidades, é inventivo e talvez, cruelmente contínuo, e quando equilibrado é “senhor” de uma vida produtiva em todas as dimensões humanas.

As vicissitudes da vida, atingidas pelas normas jurídicas, por vezes, ocasionam um profundo desequilíbrio ao desenvolvimento natural e ordinário do ser humano. Lógico que não tratamos aqui de acontecimentos banais, mas daqueles que alteram os nossos projetos de vida e a relação consigo, com os outros e com o mundo.

É o tempo que compõe e a melodia que transforma a existência do ser humano.

Compositor de destinos  
Tambor de todos os ritmos  
Tempo, tempo, tempo, tempo  
Entro num acordo contigo  
Tempo, tempo, tempo, tempo<sup>36</sup>

Neste sentindo a “perda de tempo”, não aquela anunciada, nas primeiras frases deste artigo, mas, a perda pelo inadimplemento de obrigações de uma das

---

<sup>34</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-122-em-outubro.ghtml>> acessado em 17 de fev. 2018.

<sup>35</sup> VELOSO, Caetano. *In: Oração ao Tempo. Cinema Transcendental: a outra banda da terra.* Philips, 1979. Disco de vinil.

<sup>36</sup> VELOSO, Caetano. *In: Oração ao Tempo. Cinema Transcendental: a outra banda da terra.* Philips, 1979. Disco de vinil.

partes que ao incidir no patrimônio jurídico de outrem no “que diz respeito ao comprometimento permanente ou duradouro da existência da pessoa humana, nas suas relações com as outras pessoas e no seu projeto de vida”<sup>37</sup>.

O Dano Existencial como espécie autônoma de Dano surge como novo paradigma capaz, pelo menos momentaneamente, de suprir os espaços não alcançados pelo instituto do Dano Moral. Assim como o Dano Moral, é o Dano Existencial uma espécie de Dano Imaterial, contudo, com os aprofundamentos dos reflexos, ainda a serem construído ante “novidade” jurídica.

Neste diapasão a construção do instituto tem encontrado maior envergadura na seara do Direito do Trabalho, tendo em vista a natureza da matéria. Tanto Doutrina como os Tribunais Trabalhistas têm se debruçado sobre a matéria com o rigor acadêmico e legal que necessita tema de tão importante relevância.

Aliás, não é a primeira vez que os jurtrabalhistas se apropriam (de forma legal) de institutos alheios ao seu sistema e utilizando duma interpretação que abrange o ordenamento jurídico como um todo, considerando logicamente as particularidades de cada parte deste todo, “costuram” mecanismos eficazes. Exemplo corriqueiro é o instituto da desconsideração da personalidade jurídica esculpida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentindo, também o Direito Civil deve nesse movimento contínuo de diálogo se apropriar das experimentações doutrinárias, jurisprudências e legais do Direito do Trabalho para a construção de um sistema de responsabilidade sólido, capaz de responder as angustias próprias do homem do seu tempo, oriundas dessas novas relações que surgem, mas também dar nova roupagem aos institutos que já existem e que não conseguem propor resultados eficazes dentro do sistema de Responsabilidade Civil por Dano.

A presença e, por conseguinte a aferição do Dano do tipo Existencial é reconhecidamente como meio que tenta minimizar os Danos capazes de perdurar no tempo e no espaço que minam o projeto de vida construído pelo indivíduo, afinal conforme disse João Cabral de Melo Neto “*para não matar seu tempo, imaginou: vivê-lo enquanto ele ocorre, ao vivo; no instante finíssimo em que ocorre, em ponta de agulha e porém acessível; viver seu tempo: para o que ir viver num deserto literal ou de alpendres; em ermos, que não distraiam de viver a agulha de um só instante, plenamente*”<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Obrigações*, vol. II. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2018, fls. 353.

<sup>38</sup> MELO NETO, João Cabral de. *Melhores Poemas*. Rio de Janeiro: Editora Global, 1995, fls. 67.

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS, Jorge Cavalcanti Filho. *O dano existencial e o direito do trabalho*. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/39828/2013\\_alvarenga\\_boucinnhas\\_filho\\_dano\\_existencial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/39828/2013_alvarenga_boucinnhas_filho_dano_existencial.pdf?sequence=1&isAllowed=y) acessado em: 17 de fev. 2018.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O dano existencial e o direito do trabalho*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 26-51, set. 2013.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406\\_compilada.htm#art2044](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm#art2044)>. Acesso em: 24 de fev. 2018.

BRASIL. *Ministério Público do Trabalho. Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho*. Disponível em: <<https://observatoriosst.mpt.mp.br/>> acessado em: 17 de fev. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 802.435/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, *DJ* 30/10/2006, p. 253.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 201819, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Relator (a) p/Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, *DJ* 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. ARR – 10344-24.2014.5.15.0061, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 07/02/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/02/2018.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. ED-ED-ARR – 753-70.2011.5.14.0061, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 07/02/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/02/2018); (RR – 1578-85.2012.5.15.0114, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 07/02/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/02/2018.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. RR – 20439-04.2015.5.04.0282, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 07/02/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09 de fev. 2018.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. RR: 1034-74.2014.5.15.0002, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data do Julgamento: 04/11/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015.

BUARQUE, Elaine Cristina de Moraes. *Dano Existencial: para além do dano moral*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade Civil na Contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1 (2007). Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029/7983>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Obrigações*, vol. II. 6º ed. Saraiva: São Paulo, 2018.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *O dano existencial no direito do trabalho*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 10-25, set. 2013.

MELO NETO, João Cabral de. *Melhores Poemas*. Editora Global, Rio de Janeiro, 1995.

MERGULHÃO, Danilo Rafael da Silva. *Contratos Interempresariais de Seguro*. A Boa-Fé Objetiva como Limitador da Autonomia da Vontade das Partes. Curitiba. Juruá, 2018.

PERNAMBUCO. *Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco*. Apelação Cível n. 230521-7. 4ª Câmara Cível. Desembargador Relator: Eurico de Barros Correia Filho.

VELOSO, Caetano. *In: Oração ao Tempo. Cinema Transcendental: a outra banda da Terra*. Philips, 1979. Disco de vinil.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños*. Daños a las personas (integridade sicofísica). 2 ed. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1996.

---

# LIBERDADE DE IMPRENSA *VERSUS* PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA. ABUSO DE DIREITO NA DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIA. CRÍTICA ÁSPERA E OFENSIVA DE JORNALISTA À ATUAÇÃO DO ADVOGADO

*Romualdo Baptista dos Santos\**

**Sumário:** Introdução – 1. Contornos da garantia constitucional de liberdade de expressão: 1.1. Vertentes e modalidades da liberdade de expressão; 1.2. Liberdade de imprensa e direito à informação; 1.3. Limites e relatividade dos direitos individuais; 1.4. Garantias fundamentais diretamente relacionadas ao estado democrático de direito; 1.5. Disciplina legal da liberdade de imprensa e da liberdade de expressão dos profissionais do direito – 2. O caso Zandonade: 2.1. Síntese do julgado; 2.2. Análise crítica do julgado: questões periféricas – 3. A questão nuclear decidida no agravo regimental: 3.1. Sob o prisma das garantias constitucionais: técnica da ponderação; 3.2. Sob a ótica do direito privado: responsabilidade civil por abuso de direito – Conclusão – Referências.

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é analisar o eventual conflito entre a liberdade de imprensa e as prerrogativas do advogado, tendo como substrato fático o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça em ação indenizatória movida pela

---

\* Mestre e doutor em Direito Civil pela USP, professor convidado nos cursos de pós-graduação da Escola Paulista de Direito – EPD e da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE, autor e coautor de várias obras e artigos jurídicos. Procurador do Estado de São Paulo.

procuradora da Fazenda Nacional Adriana Zandonade contra a empresa Folha da Manhã e o jornalista Elio Gaspari.

A questão envolve, antes de tudo, a delimitação dos contornos da garantia constitucional de liberdade de expressão, em suas diversas vertentes: liberdade de imprensa e direito à informação, liberdade artística e literária, expressão da personalidade, liberdade de opinião etc. Da fixação desses contornos resulta a noção de limites ou de relatividade dos direitos individuais, os quais devem se inserir no contexto da convivência em sociedade. De outro lado, as liberdades individuais são tidas como garantias constitucionais, que constituem direitos fundamentais a serem garantidos pelo Estado, mas também configuram direitos da personalidade a serem exercidos no confronto com iguais direitos deferidos às demais pessoas e à sociedade.

No plano do direito privado, o conflito entre as liberdades individuais pode ser tratado pelo prisma da teoria geral da responsabilidade civil, na modalidade dano à pessoa, seja com base na cláusula geral de não lesar seja com base no abuso de direito.

## 1. CONTORNOS DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito à vida é sem dúvida o mais elementar dos direitos, sem o qual nenhum outro existiria.<sup>1</sup> Todavia, a vida humana não é mera pulsação do corpo físico, mas sobretudo manifestação e projeção sobre o mundo. Por isso, a pessoa humana é vida que se relaciona, uma vez que só pode ser considerada em suas relações com as demais pessoas e com o ambiente em que vive.<sup>2</sup>

Não sem razão, as principais Cartas de Direitos são uniformes em proclamar a liberdade como corolário de uma existência digna.<sup>3</sup> Isso significa que, depois do

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, confira-se: BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p 70-72; FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1980. v. 1, p. 411-412.

<sup>2</sup> A noção de que o ser humano é essencialmente relacional é autoevidente, mas pode ser encontrada em diversos autores, como Kaufmann (KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998, p. 67-68), Heidegger (CHAUI, Marilena. *Heidegger: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 9) e Maturana (MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Tradução de José Fernando Campos Fortes. 4. reimp. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2005, p. 92).

<sup>3</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 1º; Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, art. 1º.

direito à vida, a liberdade é provavelmente o mais fundamental dos direitos, sem o qual não seria possível uma vida humana plena de significado.<sup>4</sup>

Em linha com as mencionadas Declarações Universais de Direitos, a Constituição de 1988 estabeleceu a centralidade da pessoa humana em relação ao ordenamento jurídico, em seu art. 1º, III, no Título I, que trata dos Princípios Fundamentais. Em seguida, no Título II, a Constituição apresenta o rol não exaustivo dos Direitos e Garantias Fundamentais, os quais se ligam axiologicamente ao princípio fundamental consignado no Título I. Logo no *caput* do art. 5º, a Constituição enumera os direitos individuais e coletivos, que serão especificados em seus diversos incisos. O primeiro desses direitos é o direito à vida, que, como se disse acima, é condição de possibilidade de todos os demais. Do ponto de vista do legislador constituinte, a dignidade humana se realiza por meio da preservação desses direitos fundamentais por excelência: vida, liberdade e igualdade. Portanto, vida, liberdade e igualdade constituem um tripé sobre o qual se assenta a dignidade humana.

Ao especificar esses direitos fundamentais ao longo dos incisos do art. 5º, a Constituição se refere à liberdade, em suas mais variadas formas: liberdade de manifestação de pensamento (inciso IV), liberdade religiosa (incisos VI, VII e VIII), liberdade de expressão (inciso IX), liberdade de trabalho, ofício ou profissão (inciso XIII), liberdade de locomoção (inciso XV), liberdade de reunião (inciso XVI) e liberdade de associação (inciso XVII).

Vê-se, portanto, que a liberdade é essencial para que o ser humano se constitua enquanto pessoa. Todavia, considerando que a pessoa é relacional por definição, a liberdade só é possível em um ambiente em que todos tenham igual liberdade de se relacionar e de se projetar sobre o mundo, atribuindo sentido à própria existência. Vale dizer que, se a vida é pulsação, a liberdade é manifestação da existência humana e a igualdade é compreensão da existencialidade do outro.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Alexy discorre sobre a ideia de um “direito geral de liberdade” previsto no art. 2º, § 1º, da Constituição alemã, que corresponde ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 341-345). Por seu turno, Rabindranath de Sousa chama a atenção para o aspecto relacional do direito geral de personalidade, à luz do art. 70º do Código Civil português (SOUZA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Lisboa-Coimbra: Coimbra Ed., 2011, p. 515-517).

<sup>5</sup> Canotilho escreve que a teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais se caracteriza pelo: a) reconhecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, exercidos enquanto membros da comunidade e no interesse público; b) exercício da liberdade como meio de persecução do regime democrático; c) correlação dos direitos aos deveres; d) intervenção restritiva em caso de abuso (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. 3. tir. São Paulo-Coimbra: RT/Coimbra Ed., 2008, p. 34).

## 1.1. Vertentes e modalidades da liberdade de expressão

Entre os dispositivos constitucionais mencionados, chamam a atenção os incisos IV e IX, que tratam respectivamente da liberdade de expressão em geral e da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação. Essas disposições constitucionais correspondem àquelas contidas nos arts. 10º e 11º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e nos arts. XVIII e XIX da Declaração Universal dos Direitos humanos (1948), segundo as quais ninguém pode ser molestado por suas opiniões e a livre comunicação de ideias e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem.<sup>6</sup>

Em seu conjunto, essas disposições constitucionais e convencionais consagram a ideia de liberdade de expressão como gênero que se desdobra em inúmeras espécies, consoante as múltiplas formas de manifestação da personalidade. Considerada a pessoa em sua complexidade, enquanto ente psicofísico e espiritual, em permanente processo de atualização, a liberdade de expressão compreende toda forma de manifestação do corpo, da mente e do espírito da pessoa, limitada unicamente pela igual liberdade conferida às outras pessoas.<sup>7</sup>

A Constituição disciplina diversas formas de expressão da personalidade, como a manifestação do pensamento, a liberdade intelectual, artística e científica, a liberdade política, a liberdade desportiva, a liberdade religiosa, a liberdade de reunião, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, a liberdade de locomoção, a liberdade de reunião e de associação etc. (CF, art. 5º), sem prejuízo de outras formas não catalogadas (CF, art. 5º, § 2º), como é o caso da liberdade de expressão afetiva.<sup>8</sup>

Todos esses direitos constituem expressões da personalidade que, por conseguinte, ligam-se diretamente ao princípio fundamental da dignidade humana. Além disso, os direitos e garantias individuais dão substância e atribuem sentido à ideia de Estado Democrático de Direito consignada no preâmbulo e no art. 1º da Constituição, uma vez que somente em um ambiente de liberdade e igualdade individuais torna-se possível a construção de uma sociedade democrática regida pelo direito, não pela violência, pela tirania e pela força bruta.

---

<sup>6</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, arts. 10º e 11º. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, arts. XVIII e XIX.

<sup>7</sup> Ao tratar dos limites da liberdade, Alexy anota, com base no art. 4º, I, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que não existem outros limites senão aqueles que asseguram igual liberdade a todos os outros membros da sociedade (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 371). Em sentido semelhante, confira-se: SOUZA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*, cit., p. 515-517.

<sup>8</sup> A esse respeito, confira-se: SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 81-86 e 145-147.

Nesse contexto, alguns dos direitos e garantias individuais adquirem especial relevância para a consolidação e manutenção do processo democrático, como é o caso da liberdade de manifestação de pensamento, crítica e opinião, bem como do direito de reunião e de associação, os quais em regra são suprimidos nos regimes políticos ditatoriais.

## 1.2. Liberdade de imprensa e direito à informação

A liberdade de expressão é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. Em vista disso, avulta em importância a liberdade de imprensa, que comporta o direito à crítica e à opinião inclusive e principalmente sobre a vida política do país. Com efeito, não é possível supor o Estado Democrático de Direito com restrição ou até mesmo supressão da liberdade de pensamento, crítica e opinião sobre os fatos da vida política nacional. Não é por outra razão que os regimes políticos ditatoriais restringem ou suprimem a liberdade de imprensa, via de regra pela estatização dos meios de comunicação, pois sem imprensa livre prevalece a versão dos fatos ditada pelos próprios governantes, com prejuízo para a veracidade.

A liberdade de imprensa está umbilicalmente atrelada ao direito individual à informação, previsto no art. 5º, XIV, e nos arts. 220 a 224 da Constituição. Há, como se pode ver, uma conjugação entre a liberdade de informação, que é garantida aos meios de comunicação; e o direito à informação, assegurado a todas as pessoas. Trata-se, portanto, de uma liberdade individual exercida em razão e em prol de outro direito individual. Em conjunto, essas liberdades desempenham uma função indispensável para a manutenção do regime democrático, visto que sem liberdade de informação e sem acesso a informação fidedigna a democracia restaria comprometida. Não sem razão, Luís Roberto Barroso afirma que a livre circulação de ideias é corolário de funcionamento do regime democrático, sobretudo quando veiculada pelos meios de comunicação social ou de massa.<sup>9</sup>

Portanto, a liberdade de informação ou liberdade de imprensa é uma das formas de liberdade de expressão mais relevantes entre os direitos fundamentais, em razão de sua funcionalidade e de sua indispensabilidade para a conservação do processo democrático. Funciona em via de mão dupla entre aquele que desempenha a liberdade de informação e aquele que exerce o direito à informação.

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Migalhas*.

### 1.3. Limites e relatividade dos direitos individuais

No Estado Democrático de Direito, a liberdade se exercita em consonância com a igualdade. Em virtude do princípio da igualdade, todas as liberdades individuais devem ser exercidas em consonância com iguais liberdades conferidas às demais pessoas.<sup>10</sup> Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que não existe hierarquia entre direitos fundamentais, visto que todos ocupam o mesmo patamar jurídico e axiológico, tanto que todos desfrutam da mesma condição de cláusula pétrea constitucional.<sup>11</sup>

Não se pode perder o sentido de que todos os direitos são voltados para a realização da dignidade humana e que as liberdades individuais são essenciais para a preservação do Estado Democrático de Direito. Desse modo, a supremacia de um direito sobre os demais constituiria privilégio inadmissível em benefício de uma classe de pessoas, com prejuízo para as outras. Disso se extrai que, não obstante sua relevância para a estabilidade do regime democrático, a liberdade de imprensa não desfruta de primazia, devendo ser exercida em consonância com as demais garantias e liberdades individuais.<sup>12</sup>

Em vista disso, deve-se afirmar a relatividade dos direitos subjetivos em geral e, em particular, a relatividade dos direitos e garantias individuais, os quais só fazem sentido na medida da realização da dignidade humana e na medida em que forem assegurados a todas as pessoas em pé de igualdade.

### 1.4. Garantias fundamentais diretamente relacionadas ao Estado Democrático de Direito

Todos os direitos e garantias individuais são relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui o norte axiológico e epistemológico de

---

<sup>10</sup> O art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, diz que os homens nascem livres e iguais; e o art. 4º diz que a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo, de modo que os direitos de cada homem têm como limite o gozo de iguais direitos pelos demais membros da sociedade. Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, diz que os seres humanos são livres e iguais em dignidade e direitos e que todos têm capacidade para gozar dos direitos e liberdades estabelecidos na Declaração (arts. I e II).

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, cit.

<sup>12</sup> Nesse sentido, o enunciado 613 da VIII Jornada de Direito Civil, realizada em 2018 pelo Conselho da Justiça Federal: Enunciado 613 – Art. 12: A liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

todo o sistema jurídico.<sup>13</sup> Ademais, a preservação da pessoa e de sua dignidade, pela via das liberdades democráticas, constitui fator de instauração e preservação do Estado Democrático de Direito. No entanto, algumas garantias estão umbilicalmente relacionadas à preservação do regime democrático, como é o caso da liberdade de informação e de imprensa, sem a qual não seria possível o Estado Democrático de Direito.

A liberdade de pensamento, crítica e opinião pode se dar no plano individual, uma vez que a Constituição assegura a cada pessoa o gozo de sua liberdade de expressão em gênero, que compreende o direito de manifestar suas ideias, pensamentos, críticas e opiniões sobre qualquer fato da vida. Todavia, essa liberdade individual é alimentada por informações que circulam de forma organizada pelos meios de comunicação social, sem as quais o direito individual de se manifestar restaria seriamente comprometido. Percebe-se, portanto, que o fluxo de informações alimenta a liberdade de expressão, de sorte que a supressão do primeiro inviabiliza a segunda.

Não se deve olvidar que o fluxo de informações contém diversas distorções de sentido e de conteúdo, mas somente o exercício da liberdade de expressão torna o indivíduo capaz de discernir entre o falso e o verdadeiro, o reto e o distorcido, formando sua própria opinião crítica. Portanto, não se pode, a pretexto de coibir informações falsas e distorcidas, suprimir ou restringir a liberdade de expressão e, em especial, a liberdade de imprensa, sob pena de inviabilizar o direito à informação e comprometer o regime democrático.

Todavia, a preservação do Estado Democrático de Direito não se exaure com o exercício da liberdade de informação. Há outros fatores que são igualmente indispensáveis para a preservação do regime democrático, como é o caso das prerrogativas da magistratura e da advocacia, que também são aspectos da liberdade de expressão, porém relacionados ao adequado funcionamento do sistema de justiça. Bem por isso, a Constituição e as leis orgânicas garantem prerrogativas funcionais aos membros das carreiras jurídicas, como juízes, promotores, procuradores, defensores públicos e advogados, com especial ênfase à liberdade de expressão de pensamento no âmbito dos processos judiciais e administrativos.

---

<sup>13</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 18 e 218; FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 48. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, p. 1-42, abr.-jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 29 maio 2018.

Essas prerrogativas são garantias individuais, mas também garantias funcionais e institucionais a serem exercidas no desempenho de profissões relacionadas ao sistema de justiça. São formas de liberdade de expressão asseguradas a seus titulares, mas em benefício da coletividade, para o adequado funcionamento do sistema de justiça. Com efeito, não se pode admitir a supressão da liberdade de expressão do juiz ao proferir uma decisão judicial, assim como dos advogados, promotores e defensores ao realizarem suas petições e arrazoados, sob pena de comprometer o adequado funcionamento do sistema de justiça.

Entre nós, o exemplo mais eloquente de castração das liberdades democráticas se deu com a promulgação dos Atos Institucionais, que representaram o recrudescimento do Regime Militar. O art. 14 do AI-2 e o art. 6º do AI-5 suspenderam expressamente as garantias de magistratura e atribuíram ao Presidente da República poderes para demitir, remover, aposentar ou colocar magistrados em disponibilidade. O art. 10 do AI-5 suprimiu a garantia do *habeas corpus* e o art. 11 vedou a apreciação judicial de atos praticados pelo Regime. Com isso, a restrição à liberdade de expressão imposta às pessoas em geral foi estendida aos membros da magistratura, que não podiam deliberar livremente sobre as questões que lhes fossem submetidas.

No que se refere especificamente aos advogados, a liberdade de expressão é garantia que possibilita a postulação de direitos individuais junto ao Poder Judiciário e às instâncias administrativas do poder público. Por isso, o legislador constituinte ressalta esse aspecto, diretamente no texto constitucional, ao dizer que o advogado é indispensável à administração da justiça e inviolável por seus atos e manifestações (CF, art. 133).

Em períodos de exceção política e institucional, a liberdade dos advogados em regra é restringida por meio de leis e decretos que impedem a postulação de certos direitos. O comprometimento da liberdade de expressão do advogado pode se dar por vários modos, como a subordinação às demais carreiras jurídicas, a intimidação, o aviltamento de seus honorários e, sobretudo, por meio da restrição ao uso da palavra verbal ou escrita.

Ocorre que a atividade advocatícia consiste em postular os direitos de seus clientes junto ao poder público, de modo que a restrição à liberdade de expressão do advogado atinge sua própria dignidade profissional, mas acima de tudo atinge os direitos e interesses de terceiros que estão sob seus cuidados. Por isso, no sistema jurídico atual, deve ser prestigiada a liberdade de expressão do advogado, ressalvado apenas o uso de expressões injuriosas (CF, art. 133; EOAB, art. 7º, XX, § 2º; CPC, art. 78).

Assim como a liberdade de imprensa e o direito à informação são essenciais para a preservação das liberdades democráticas, também a liberdade de expressão dos profissionais do direito é indispensável para o perfeito funcionamento do Estado Democrático de Direito. Tanto isso é fato que tanto a liberdade de imprensa quanto a liberdade de expressão dos profissionais da justiça só florescem e vicejam nos regimes políticos minimamente democráticos. Os regimes totalitários são incompatíveis com a liberdade de expressão em geral e, em particular, com a liberdade de informação e a independência dos profissionais do direito.

### **1.5. Disciplina legal da liberdade de imprensa e da liberdade de expressão dos profissionais do direito**

A liberdade de expressão é gênero do qual são espécies as inúmeras formas de manifestação do corpo, da mente e do espírito da pessoa humana. Entre as várias formas de liberdade de expressão, destaca-se a liberdade de informação ou de imprensa, que desempenha papel fundamental para o exercício das liberdades políticas e democráticas. Outra forma de liberdade de expressão igualmente importante para a preservação do Estado Democrático de Direito é a liberdade de manifestação dos juízes, advogados, promotores, procuradores e defensores no exercício das atividades profissionais voltadas para a realização da justiça.

A liberdade de expressão como gênero encontra-se inscrita no art. 5º, IV e IX, da Constituição, observando-se que o próprio texto constitucional relativiza o exercício dessas liberdades nos incisos V e X. Lidos em conjunto, pode-se compreender que é livre a manifestação de pensamento, mas é assegurado o direito de resposta e a reparação por dano moral e material (incisos IV e V). Ou, ainda, é livre a expressão intelectual, artística e científica, observado o respeito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das outras pessoas (incisos IX e X).

A liberdade de imprensa é forma de liberdade de expressão organizada pelos meios de comunicação social que se coordena com o direito individual à informação (CF, art. 5º, XIV). É um direito dúplice que se realiza em uma relação dialógica entre aquele que exercita uma liberdade e aquele que desfruta de um direito. Por sua relevância para o funcionamento e preservação do regime democrático, a Constituição disciplina esse direito no capítulo Da Comunicação Social, enfatizando a vedação a toda forma de censura (CF, art. 220).

No plano infraconstitucional, há uma tradição pela preservação da liberdade de imprensa, temperada com o respeito aos direitos da personalidade das outras pessoas. Assim, a Lei 2.083, de 12 de novembro de 1953, editada sob o segundo

governo de Getúlio Vargas, estabelecia que é livre a publicação e a circulação de jornais e outros periódicos em todo o território nacional (art. 1º), mas previa a imposição de multas e sanções criminais aos que cometessem abuso (art. 8º e seguintes), bem como obrigava ao direito de resposta a quem se sentisse ofendido (art. 17 e seguintes). Em pleno auge da ditadura militar, foi editada a Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, cujo art. 1º dispunha que é livre a manifestação de pensamento e a difusão de informações e ideias, independentemente de qualquer censura e resguardado o sigilo das fontes, com previsão do direito de resposta e de sanções pecuniárias e criminais aos que cometessem abuso.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da Lei 5.250/67, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, em 30 de abril de 2009, uma vez que a lei é incompatível com os princípios que norteiam a Constituição de 1988.<sup>14</sup> Diante da inconstitucionalidade da Lei 5.250/67, a matéria restou disciplinada diretamente pelos arts. 220 a 224 da Constituição, aplicando-se a legislação infraconstitucional comum sobre a responsabilidade civil e criminal por atos cometidos em razão do exercício da liberdade de informação. De edição recente, a Lei 13.188, de 11 de novembro de 2015, disciplina o direito de resposta, de retratação e de retificação de dados em matéria jornalística, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal, na esteira do que se encontra previsto no art. 5º, V, da Constituição.

De igual modo, a liberdade de manifestação dos magistrados e dos advogados em geral constitui espécie do gênero liberdade de expressão. No quadro geral dos direitos e garantias individuais, trata-se de liberdade intelectual, científica e profissional (incisos IX e XIII). No plano mais específico, a Constituição trata das prerrogativas dos magistrados no art. 95 e consagra todo o Capítulo IV às Funções Essenciais à Justiça: Ministério Público (arts. 127 e seguintes), Advocacia Pública (arts. 131 e 132), Advocacia em geral (art. 133) e Defensoria Pública (arts. 134 e 135).

No que diz respeito especificamente aos advogados, a Constituição é expressa ao consignar sua indispensabilidade à administração da justiça e sua inviolabilidade por atos e manifestações no exercício da profissão (art. 133). Ademais, todas as carreiras jurídicas são regidas por estatutos próprios, que especificam as prerrogativas de seus membros. No caso dos advogados, o Estatuto foi positivado pela Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, cujo art. 2º repete as disposições constitucionais de

---

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticia detalhe.asp?idconteudo=107402>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

que o advogado é indispensável à administração da justiça e inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

Aos dispor sobre as prerrogativas do advogado, o art. 7º do Estatuto destaca a liberdade no exercício da profissão, a inviolabilidade de seu escritório (incisos I e II). Todavia, em todas as prerrogativas do advogado está presente a liberdade de se expressar e de se manifestar, verbalmente ou por escrito, postular, reclamar, permanecer e se retirar, dirigir-se aos magistrados (inciso VIII), usar a palavra, falar sentado ou em pé. Ou seja, a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento é indissociável da atividade profissional do advogado.

Considerando que a atividade do advogado se confunde com a capacidade de argumentar em defesa dos interesses de seu cliente, não se pode conceber restrição a sua liberdade de expressão no âmbito do Estado Democrático de Direito. Ou seja, o profissional do direito existe para argumentar em favor de seu cliente, seja ele um particular, seja o Estado, no caso dos advogados públicos, seja o interesse público, no caso do Ministério Público, seja ainda a causa dos necessitados, quando se trata da Defensoria Pública. Eventual restrição à liberdade de expressão no exercício dessas profissões significaria inadmissível amputação ao Estado Democrático de Direito.

## 2. O CASO ZANDONADE

O caso Zandonade bem exemplifica o eventual atrito entre liberdade de imprensa e as prerrogativas da advocacia. A procuradora da Fazenda Nacional Adriana Zandonade moveu ação de indenização por danos morais contra o jornalista Elio Gaspari e a empresa jornalística Folha da Manhã, em razão de críticas lançadas em matéria jornalística publicada no jornal *Folha de S. Paulo* de 12 de março de 2000, da qual se extraem os seguintes trechos:<sup>15</sup>

O médico do DOI deixou uma aula para a procuradora Zandonade.

A procuradora da Fazenda Nacional Adriana Zandonade quer inaugurar um novo capítulo na história dos direitos humanos no Brasil.

(...)

Atualmente, Inês Etienne Romeu está na Justiça, pedindo que se reconheça que foi mantida em cárcere privado por torturadores a serviço do governo da época. Não quer mais nada. Não está pedindo indenização pelo que lhe fizeram.

A doutora Zandonade sustentou que a denúncia de tortura e cárcere privado não se sustenta porque Inês “nem sequer identifica” as pessoas que a mantiveram em cativeiro.

<sup>15</sup> O texto integral está disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1203200012.htm>>. Acesso em: 1º maio 2018.

Foi clara: “caberia à requerente indicar com clareza quem é o autor dos atos de tortura, incumbindo-lhe produzir a prova”.

Beleza. Nesse caso, não desapareceu ninguém na guerrilha do Araguaia. Primeiro, porque o Exército jamais admitiu a sua existência. Segundo, porque os desaparecidos desapareceram. Da mesma forma, ninguém pode dizer que foi torturado no DOI-Codi, a menos que traga a identidade do torturador e o livro de ponto do calabouço. Os procuradores são pagos para defender os interesses do Estado, mas qualquer vestibulando de direito sabe que isso não significa defender crimes praticados pelos governantes.

(...)

Uma coisa é certa. A doutora Zandonade conseguiu entrar para a pobre história dos direitos humanos nacionais. Não há por que duvidar de que ostentará a sua contestação ao caso de Inês Etienne como um indicador de sua competência profissional.

A ação foi julgada parcialmente procedente em primeiro grau, condenados os réus a pagar o equivalente a 200 salários mínimos à autora a título de reparação moral. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a procedência parcial da ação, mas reduziu o montante indenizatório para o equivalente a 70 salários mínimos. Eis a ementa do julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO À INFORMAÇÃO. LIBERDADE DE IMPRENSA. NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. SOBEJA O DIREITO DE NARRAR. ASSERTÇÕES DESPROPOSITADAS. VIOLAÇÃO DE DIREITO DA PERSONALIDADE. HONRA OFENDIDA. DANO MORAL CARACTERIZADO. VERBA HONORÁRIA MANTIDA. “QUANTUM” INDENIZATÓRIO DESMEDIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Diante desse resultado, as partes movimentaram Recursos Especiais, aos quais foi negado seguimento, desafiando agravos de instrumento ao Superior Tribunal de Justiça. O acórdão discutido no presente estudo foi proferido no Agravo Regimental 127.467-SP contra decisão que havia rejeitado os Agravos de Instrumento em Recurso Especial interpostos pelas partes. O Superior Tribunal de Justiça acolheu o Agravo Regimental para conhecer e dar provimento ao Recurso Especial, a fim de julgar improcedente a ação indenizatória.

## 2.1. Síntese do julgado

No Superior Tribunal de Justiça, os Agravos de Instrumento em Recurso Especial foram distribuídos ao Ministro Marco Buzzi, da Quarta Turma, que negou seguimento ao Recurso Especial por entender que o acórdão do Tribunal de Justiça enfrentou todos os aspectos da causa e que a análise do recurso demandaria incursão sobre a matéria fática, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.

Essa posição do Ministro Relator foi sustentada quando da apreciação do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento em Recurso Especial 127.467-SP, conforme se lê em seu voto vencido. Porém, o Ministro Luís Felipe Salomão pediu vista e instaurou a divergência, no que foi seguido pelos Ministros Antônio Carlos Ferreira e Raul Araújo. A Ministra Maria Isabel Gallotti, presidente da Turma, votou com o relator. Para maior clareza, confira-se a ementa do julgado:

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. CRÍTICA FORMULADA CONTRA SERVIDORA PÚBLICA. ATUAÇÃO DE PROCURADORA EM DEMANDA JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. VALORAÇÃO PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE. QUESTÃO BEM DELINEADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSOS DA PARTES RÉS PROVIDOS. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. PREJUDICADO O APELO DA PARTE AUTORA.

1. A análise da controvérsia prescinde de reapreciação do conjunto fático-probatório, bastando a valoração de fatos perfeitamente admitidos pelas partes e pelo órgão julgador, atribuindo-lhes o correto valor jurídico. Na hipótese, a questão controvertida está bem delineada no acórdão recorrido, razão pela qual não há incidência do enunciado da Súmula 7/STJ.
2. As pessoas consideradas públicas estão sujeitas a maior exposição e suscetíveis a avaliações da sociedade e da mídia, especialmente os gestores públicos de todas as esferas de poder, mesmo quando envolvidos em processos judiciais – que, em regra, não correm em segredo de justiça – como partes, procuradores ou juízes.
3. No caso dos autos, o jornalista apresentou sua opinião crítica acerca dos argumentos utilizados pela Procuradora da Fazenda Nacional na contestação apresentada pela União em autos de ação declaratória movida por Inês Etienne Romeu, sem, contudo, atingir a honra e a imagem da autora.
4. A ponderação trazida pelo articulista procura rechaçar a tese alegada pela União de se exigir a identificação dos responsáveis pela prática de tortura dentro da chamada “Casa da Morte”. Para isso, faz uma análise crítica da atuação da procuradora, mas sem transbordar os limites da garantia de liberdade de imprensa, a ponto de configurar abuso de direito.
5. Agravo regimental provido, para conhecer do agravo e dar provimento aos recursos especiais interpostos por Empresa Folha da Manhã S.A. e Elio Gaspari, para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Prejudicado o apelo apresentado pela parte autora.

## 2.2. Análise crítica do julgado: questões periféricas

Os Recursos Especiais se baseavam em três argumentos: a) negativa de jurisdição pela Corte estadual; b) ausência de ato ilícito a fundamentar o dever de

indenizar; c) termo inicial para incidência dos juros de mora. Ao negar seguimento aos Recursos Especiais, a Corte estadual argumentou que (d) o conhecimento dos recursos demandaria incursão sobre a matéria fática, argumento este encampado pelo Ministro Relator Marco Buzzi ao negar provimento aos Agravos de Instrumento em Recurso Especial por decisão monocrática.

Conforme se pode observar, há uma questão nuclear, que é a ocorrência de ato ilícito e, por conseguinte, a existência do dever de indenizar; e três questões periféricas, que dizem respeito a aspectos processuais e ao termo inicial da contagem dos juros de mora.

A alegação de negativa de jurisdição é recorrente no meio forense e se refere à necessidade de se enfrentar, nas sentenças e nos acórdãos, todos os argumentos suscitados pelas partes. O problema não é recente e até foi objeto de disposição expressa no novo Código de Processo Civil: não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que não enfrenta todos os argumentos capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador ou que se limita a invocar precedente ou súmula (CPC, art. 489, § 1º, IV e V). A matéria inclusive encontra assento constitucional, já que o art. 93, XI, da Constituição impõe que todas as decisões sejam fundamentadas.

Porém, há entendimento assentado na jurisprudência no sentido de que o juiz não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, mas somente àqueles que entender pertinentes ao deslinde da causa (STF, Pleno, Rcl 2.990-AgR-ED, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, *DJe* 07.12.2007; RE 465.739-AgR-ED, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, *DJ* 24.11.2006; AI 417.161-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* 21.03.2003).

Trata-se de uma questão que está longe de ser pacificada porque a avaliação sobre a imprescindibilidade de determinado argumento incumbe ao juiz. Na maior parte dos casos, a parte entende que determinado argumento poderia modificar o resultado do julgamento, trazendo-lhe resultado favorável. No entanto, o juiz pode se valer de outros argumentos e, eventualmente, encontrar solução diversa daquela pretendida pela parte. Nesse caso, não se pode falar em negativa de jurisdição porque, embora o juiz tenha passado ao largo de determinado argumento da parte, sua decisão encontra-se apoiada em outros argumentos capazes de lhe dar sustentação.

No caso em comento, o Superior Tribunal de Justiça afastou, à unanimidade, a alegação de negativa de jurisdição porque a Corte estadual enfrentou suficientemente os argumentos trazidos pelas partes, citando farta jurisprudência da própria Corte Superior. Sem grande esforço, pode-se perceber que a questão se refere à valoração de fato incontroverso nos autos, a saber se a notícia veiculada pelos réus configuraria ofensa aos direitos da personalidade da autora.

Sobre a contagem dos juros de mora, trata-se de questão tormentosa porque a redação da súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça é extremamente abrangente, ao dizer que os juros de mora fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual. No entanto, em se tratando de danos morais, o valor da condenação só é conhecido quando de seu arbitramento pelo juiz ou tribunal. Diante disso, o próprio Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que não se pode falar de mora antes de ser conhecido o valor do débito (STJ, Recurso Especial 903.258/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 21.06.2011, maioria). Em sentido semelhante, o Tribunal Superior do Trabalho assentou o entendimento de que os juros correm a partir da citação (TST, súmula 439).<sup>16</sup>

No caso em comento, essa questão não chegou a ser enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, primeiro porque foi negado seguimento aos Recursos Especiais, depois porque o julgamento teve como resultado a improcedência da ação, restando prejudicada a questão dos juros de mora.

Por fim, ainda no que diz respeito às questões periféricas, o Superior Tribunal de Justiça afastou o óbice da súmula 7, segundo a qual o Recurso Especial não se presta à reapreciação da prova. O argumento foi utilizado pelo Tribunal de origem para negar seguimento aos Recursos Especiais e encampado pelo Ministro Relator para negar provimento aos Agravos em Recurso Especial, por decisão monocrática.

Observa-se que o Tribunal de origem incorreu em equívoco recorrente nessa parte ao entender que a súmula 7 impede a apreciação dos fatos da causa, quando a rigor a súmula impede somente a reapreciação das provas. Com efeito, a regra constante do art. 105, III, *a*, da Constituição diz que cabe recurso especial para corrigir contrariedade ou negativa de vigência à lei federal, o que conduz à ideia de que só cabe recurso especial para apreciar matéria de direito. No entanto, a aplicação do direito não pode incidir sobre o nada existencial, mas é necessário constatar a existência de um fato sobre o qual deve recair a regra jurídica.

Portanto, a teor da súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial incide sobre os fatos da causa, os quais, no entanto, devem estar comprovados. Por conseguinte, não se admite recurso especial para discutir a incidência da lei federal sobre fatos que não estão suficientemente comprovados. Neste ponto, a divergência inaugurada pelo Ministro Luís Felipe Salomão é de grande acerto e

---

<sup>16</sup> Com base nessas considerações, este autor publicou recente estudo sobre o termo inicial da contagem de juros de mora, em caso de condenação por danos morais (SANTOS, Romualdo Baptista dos. Pela atualização da súmula 54 do STJ. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*, 6. ed., n. 6, p. 57-77, out. 2017. Também disponível em formato digital, no endereço: <<http://www.univel.br/ojs/index.php/revista/article/view/11>>).

precisão, porque a notícia veiculada pelos réus é fato incontroverso nos autos. Mais do que isso, é fato público e notório, tanto que foi veiculado em jornal de grande circulação.

### 3. A QUESTÃO NUCLEAR DECIDIDA NO AGRAVO REGIMENTAL

A questão central enfrentada no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 127.467-SP é se a publicação da notícia intitulada “O médico do DOI deixou uma aula para a procuradora Zandonade”, veiculada no jornal *Folha de S. Paulo* de 12 de março de 2000, constitui ofensa aos direitos da personalidade da procuradora da Fazenda Nacional, a ponto de ensejar indenização por danos morais.

#### 3.1. Sob o prisma das garantias constitucionais: técnica da ponderação

Ao acolher os Recursos Especiais do jornalista e da empresa jornalística, o Superior Tribunal de Justiça recorreu à técnica da ponderação dos direitos fundamentais, cuja base doutrinária encontra-se em Alexy, mas não lançou mão de seu método para solucionar o caso. Segundo Luís Roberto Barroso, a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, nos quais a subsunção se mostra insuficiente, dada a existência de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. Sua aplicação se dá em três passos: primeiro, deve o intérprete identificar as normas aplicáveis ao caso e que se acham em conflito; em seguida, deve analisar os fatos e sua interação com os elementos normativos; de posse desses fatores, deve sopesar e decidir qual grupo de normas deve prevalecer sobre o outro com o qual se acha em conflito, tendo como fio condutor a proporcionalidade e a razoabilidade.<sup>17</sup>

A rigor, o julgador apenas mencionou a técnica da ponderação, sem aplicá-la efetivamente. Limitou-se a realizar apreciação pessoal, subjetiva, em que minimiza a agressividade das expressões contidas na reportagem e assevera que as pessoas que desempenham funções públicas estão sujeitas a esse tipo de avaliação (item 3.4 do acórdão).

De todo modo, o caso não comportaria a aplicação da técnica de ponderação, uma vez que não se trata de *hard case* que não possa ser solucionado pela técnica da subsunção. Ademais, não se trata de decidir conflito entre os conjuntos normativos

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. cit. Confira-se também ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 91-103.

que regem as atividades do jornalista e da advogada. Conforme assinalamos na primeira parte deste estudo, tanto a liberdade de imprensa quanto as prerrogativas da advocacia ocupam patamar hierárquico e axiológico equivalente, pois convergem igualmente para a realização da dignidade humana e para a conservação do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a questão posta em juízo não comportava a aplicação da técnica da ponderação, mas deveria se resolver pelas regras do direito privado, mediante análise das condutas comprovadas nos autos e sua subsunção às regras da responsabilidade civil, a fim de apurar em que medida a conduta do jornalista ultrapassou os limites de sua liberdade e atingiu a dignidade pessoal e profissional da advogada.

### **3.2. Sob a ótica do direito privado: responsabilidade civil por abuso de direito**

Considerando os mais recentes desenvolvimentos da teoria da responsabilidade civil, que põem em proeminência o direito da vítima à reparação do dano, deve-se perquirir inicialmente se a procuradora da Fazenda Nacional sofreu abalo em sua dignidade moral e profissional em decorrência da matéria jornalística.

Extraí-se da simples leitura da reportagem que a conduta do jornalista ultrapassou em muito os limites de seu dever de informar, opinar e criticar, colocando em dúvida a competência profissional da procuradora e acusando-a de defensora dos torturadores da Ditadura Militar. O jornalista se prevalece de sua condição para atacar a dignidade pessoal e profissional da advogada que, conforme se disse, também desfruta de liberdade de expressão. Nesse sentido, tanto a sentença de primeiro grau quanto o acórdão que a confirmou em segundo grau são firmes em afirmar que a procuradora sofreu “profundo abalo psíquico, perturbação de sua tranquilidade e desdouramento de sua imagem enquanto pessoa estudiosa e competente” (item 6 do acórdão do TJSP).

Urge destacar que a procuradora da Fazenda Nacional limitou-se a suscitar tese em defesa do interesse da União, no sentido de que o pedido da autora em ação declaratória depende da comprovação do fato alegado cuja declaração se pretende. Essa tese, por sinal, não é destituída de sentido, visto que encontra guarida na legislação processual (CPC/1973, art. 333, I; CPC/2015, art. 373, I). Não se pode perder de vista que, nesses casos, a ação declaratória tem por finalidade última a obtenção de algum benefício pecuniário ou indenização, como se fosse uma ação indenizatória em dois estágios. Atenta a essa potencialidade da ação declaratória, a procuradora da Fazenda Nacional apontou desde logo a fragilidade dos elementos de convicção acerca do fato alegado.

É evidente que, no âmbito da dialética processual, o juiz da causa poderia dispensar a autora da comprovação exigida pela procuradora, uma vez que a própria lei contém exceções à regra sobre ônus da prova, bem como se valer de outros elementos de convicção, como documentos e testemunhos, para concluir que a parte realmente foi presa e torturada. Essa circunstância, porém, não retira da advogada o direito de suscitar argumento que possa favorecer a posição jurídica de seu cliente, no caso a União. Vale dizer que a procuradora tem o direito e o dever funcional de apontar eventual insuficiência dos elementos de convicção fornecidos pela parte autora da ação declaratória, mesmo que ao final seu argumento seja rejeitado pelo juiz.

É indispensável ressaltar que, a esta altura de nosso processo histórico, ninguém em sã consciência seria capaz de levantar a voz em defesa dos crimes cometidos durante a Ditadura Militar. No caso, portanto, não se trata de defender torturadores, como maldosamente assinalado na reportagem jornalística, mas de defender o Estado em ação declaratória para a qual se exige comprovação do fato a ser declarado.

Na reportagem veiculada na *Folha de S. Paulo*, o jornalista distorce propositalmente o sentido da notícia, ao afirmar textualmente, em tom jocoso e depreciativo, que a procuradora defende torturadores e que é destituída de competência profissional. É indiscutível que o jornalista tem direito de exercitar a liberdade de imprensa, veiculando notícias, informações, críticas e opiniões, cujas consequências as pessoas estão obrigadas a suportar, em virtude da própria Constituição. Porém, a partir do momento em que se afasta de seu dever de informar, opinar e criticar e ingressa no terreno das ofensas gratuitas que não contribuem para a elucidação dos fatos, o jornalista se desvia da finalidade social de seu mister e pratica abuso de direito, que é ato ilícito e enseja o dever de indenizar.

O tratamento dos danos sofridos pela advogada em razão dos excessos cometidos pelo jornalista pode ser realizado pela ótica do abuso de direito, uma vez que o art. 187 do Código Civil diz que também pratica ato ilícito aquele que se excede no exercício de um direito. É intenso o debate doutrinário sobre a estrutura e a natureza jurídica do abuso de direito, em que o agente pode ser responsabilizado mesmo agindo dentro do seu direito.<sup>18</sup> Nas palavras de Silvio Rodrigues, ocorre abuso de direito quando o agente atua dentro das prerrogativas que o ordenamento lhe concede, mas se afasta da finalidade social do direito subjetivo, causando dano a outrem.<sup>19</sup> Em igual sentido, Alvinio Lima sustenta que comete abuso de direito aquele que age nos estritos limites da lei, mas viola os princípios de sua finalidade

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57-58.

<sup>19</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: v. 4 – responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 49.

econômica e social, produzindo desequilíbrio entre o interesse individual e o coletivo.<sup>20</sup> Entre os doutrinadores contemporâneos, Flávio Tartuce aprecia o instituto pelo prisma da função social dos negócios jurídicos, ao dizer que comete abuso de direito quem se afasta dos princípios da socialidade e da eticidade.<sup>21</sup>

Percebe-se, no entanto, que o abuso de direito dialoga com o exercício regular de um direito para fim de caracterização da ilicitude. Até o ponto em que o agente atua no exercício regular de seu direito não há ilicitude porque a outra pessoa está obrigada a suportar as consequências daquele ato, em virtude da lei ou do contrato.<sup>22</sup> Nesse caso, não se pode sequer falar propriamente em dano, mas em mero prejuízo, posto que destituído de ilicitude. A partir do momento em que o titular se excede no exercício de seu direito, verifica-se o abuso, que é ilícito e contamina o prejuízo com sua ilicitude, transformando-o em dano que a vítima não está obrigada a suportar.<sup>23</sup>

Logo, o abuso de direito constitui categoria autônoma de ilícito, que se diferencia do ilícito puro, pois a conduta é lícita no exercício regular do direito, mas ilícita no exercício abusivo.<sup>24</sup> Essa dualidade estrutural do abuso de direito repercute na teoria da responsabilidade civil: o exercício regular de um direito constitui excludente de responsabilidade civil; o exercício irregular ou abusivo enseja o dever de reparação do dano.<sup>25</sup>

Em suma, ao contrário do entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, o jornalista se prevaleceu de sua condição para atacar e difamar a advogada, ofendendo-a em sua dignidade pessoal e profissional. Com isso, praticou ato ilícito que enseja o dever de reparar os danos causados.

<sup>20</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998, p. 205.

<sup>21</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: v. 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 334.

<sup>22</sup> Aguiar Dias menciona que, ao lado do dever geral de não prejudicar outrem, há um direito de prejudicar. Mas, para que se possa exercê-lo, é preciso estar autorizado em relação ao sujeito passivo da ação prejudicial (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. II, p. 97-98).

<sup>23</sup> Sobre a ilicitude intrínseca do dano, confira-se: SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Responsabilidade civil por dano enorme*. Curitiba-Porto: Juruá/Porto Editora, 2018, p. 124-126 e 150-152.

<sup>24</sup> Essa é a posição esposada por Flávio Tartuce, com lastro na lição de Limongi França (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., v. 2, p. 334; TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 6, p. 447-472, [2015]. Disponível em <[https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/6/2015\\_06\\_0447\\_0472.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_0447_0472.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2018.

<sup>25</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., v. 4, p. 50; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 315-316.

## CONCLUSÃO

Do que foi desenvolvido nos itens acima, a liberdade de expressão é essencial para que o ser humano se constitua como pessoa, assim como é condição de possibilidade para a instalação e conservação do Estado Democrático de Direito. A liberdade de expressão é gênero que contém inúmeras espécies, consoante as múltiplas formas de manifestação da personalidade. Entre as várias formas de manifestação da personalidade, distinguem-se a liberdade de imprensa e as prerrogativas dos profissionais do direito, por sua relevância para o pleno exercício e constante aperfeiçoamento do regime democrático.

No caso Zandonade, a procuradora da Fazenda Nacional moveu ação de reparação de dano moral em razão de reportagem veiculada pelo jornal *Folha de S. Paulo*, em que o jornalista tece críticas ásperas à sua atuação profissional. Contrariando os julgamentos proferidos nas duas instâncias anteriores, o Superior Tribunal de Justiça acolheu o Recurso Especial do jornalista e da empresa jornalística, aos argumentos de que os servidores públicos estão sujeitos a avaliação permanente pela sociedade e pela mídia e de que as críticas lançadas pelo jornalista não atingiram a honra nem a imagem da autora.

Verifica-se que o julgador mencionou a técnica da ponderação de Robert Alexy, mas não chegou a aplicar sua metodologia, limitando-se a realizar apreciação subjetiva, em que minimiza a agressividade das expressões lançadas pelo jornalista, às quais a advogada estaria sujeita em razão de sua condição de servidora pública.

A rigor, a questão deveria ser enfrentada pelo prisma do abuso de direito, em que o agente pratica ato ilícito ao se exceder no exercício de seu direito. O jornalista desfruta do direito garantido constitucionalmente de noticiar, opinar e criticar os fatos, mas ao fazê-lo não pode se exceder e atingir os direitos da personalidade das outras pessoas, pena de cometer abuso de direito.

No caso, melhor andaria o Superior Tribunal de Justiça se mantivesse a condenação do jornalista e da empresa jornalística, nos termos da sentença e do acórdão recorridos. Isso porque as expressões injuriosas lançadas na reportagem ultrapassam o limite do exercício regular de um direito e configuram abuso de direito, que é ato ilícito e enseja dever de reparação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio

de Janeiro: FGV, p. 1-42, abr.-jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 29 maio 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Migalhas*. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. 3. tir. São Paulo-Coimbra: RT/Coimbra Ed., 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHAUI, Marilena. *Heidegger: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. II.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1980. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998.

MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Tradução de José Fernando Campos Fortes. 4. reimp. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: v. 4 – responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Responsabilidade civil por dano enorme*. Curitiba-Porto: Juruá/Porto Editora, 2018.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Pela atualização da súmula 54 do STJ. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*, 6. ed., n. 6, p. 57-77, out. 2017.

SOUZA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Lisboa-Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: v. 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 6, p. 447-472, [2015]. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/6/2015\\_06\\_0447\\_0472.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_0447_0472.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2018.



# CONTRATOS



---

# CONTRATO DE CORRETAGEM

## RESPONSABILIDADES QUANTO À SEGURANÇA JURÍDICA DO CONTRATO PRETENDIDO E COMISSÃO PELO RESULTADO ÚTIL. UM ESTUDO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL

*Alexandre Junqueira Gomide\**

**Sumário:** Introdução – 1. Contrato de corretagem à luz do código civil de 2002 – 2. Segurança jurídica e contrato de corretagem – 3. Resultado útil e comissão de corretagem – Referências.

### INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do mercado imobiliário, sobretudo a partir do início dos anos 2000, atraiu inúmeras pessoas para atuarem como corretores de imóveis, profissional que tem papel fundamental nas transações imobiliárias.

A principal função do corretor imobiliário é aproximar pessoas para que o negócio pretendido por ambos seja concretizado. Em regra, somente com tal concretização é que a comissão do corretor é devida.

Num passado não tão distante, era comum a figura do corretor autônomo que trabalhava em um pequeno escritório ou até mesmo sem um local definido.

---

\* Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista e Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal. Advogado. Professor. Colaborador do Blog Civil & Imobiliário ([www.civileimobiliario.com.br](http://www.civileimobiliario.com.br)). Fundador do IBRADIM – Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo.

Atualmente, a maioria dos corretores encontra-se associado a alguma imobiliária, mediante contrato de associação específico, nos termos do art. 6º, § 2º, da Lei 6.530/78<sup>1</sup>. Atente-se que o referido diploma legal, que regula a profissão do corretor de imóveis, permite que as atribuições do corretor de imóveis também sejam exercidas por pessoa jurídica inscrita, consoante o art. 3º, parágrafo único<sup>2</sup>.

Nesses termos, na maioria dos casos, o contrato de corretagem acaba sendo firmado com a pessoa jurídica (imobiliária), hipótese em que a comissão de corretagem é repartida entre os diversos profissionais que trabalharam para a concretização do negócio. Muitas empresas também insistem que o contrato de corretagem seja firmado com exclusividade, prometendo ao cliente facilidades tais como publicidade em jornais de grande circulação, exposição do imóvel aos finais de semana, dentre outros benefícios. Em troca, a empresa de corretagem tem garantido o direito à comissão de corretagem caso a intermediação seja realizada por terceiros<sup>3</sup>.

Uma vez que o trabalho é prestado por grandes imobiliárias, o que se verifica, na prática, é que o serviço não se limita apenas à aproximação das partes, mas envolve, também, serviços prestados por advogados, despachantes, consultores, etc. Tais serviços, diga-se, não são prestados em contratos autônomos, mas, sim, como se fizessem parte do serviço de corretagem prestado pela imobiliária.

Essa confusão de serviços jurídicos e de aproximação prestados em favor das partes tem suscitado algumas questões controversas. A imobiliária que realiza a intermediação do serviço e, portanto, tem interesse que a venda seja concretizada pode prestar o serviço jurídico de aconselhamento para a concretização do negócio? Aliás, poderia a empresa de corretagem também prestar um serviço jurídico?

---

<sup>1</sup> “Art. 6º As pessoas jurídicas inscritas no Conselho Regional de Corretores de Imóveis sujeitam-se aos mesmos deveres e têm os mesmos direitos das pessoas físicas nele inscritas. [...] § 2º O corretor de imóveis pode associar-se a uma ou mais imobiliárias, mantendo sua autonomia profissional, sem qualquer outro vínculo, inclusive empregatício e previdenciário, mediante contrato de associação específico, registrado no Sindicato dos Corretores de Imóveis ou, onde não houver sindicato instalado, registrado nas delegacias da Federação Nacional de Corretores de Imóveis. (Incluído pela Lei n. 13.097, de 2015)”.

<sup>2</sup> “Art. 3º Compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária. Parágrafo único. As atribuições constantes deste artigo poderão ser exercidas, também, por pessoa jurídica inscrita nos termos desta lei.”

<sup>3</sup> É o que determina o art. 726, do Código Civil: “Art. 726. Iniciado e concluído o negócio diretamente entre as partes, nenhuma remuneração será devida ao corretor; mas se, por escrito, for ajustada a corretagem com exclusividade, terá o corretor direito à remuneração integral, ainda que realizado o negócio sem a sua mediação, salvo se comprovada sua inércia ou ociosidade”.

Sem prejuízo de tal debate, outra discussão é saber quando efetivamente a comissão de corretagem deve ser paga. A comissão de corretagem somente deve ser quitada caso seja efetivamente concretizado o negócio jurídico imobiliário, ou seja, no caso da compra e venda, quando da lavratura da escritura pública? Ou bastaria a assinatura do instrumento de promessa de compra e venda? Seria possível, numa visão ainda mais liberal, que a comissão fosse paga apenas quando da obtenção do consenso das partes aproximadas pelo corretor, antes mesmo da assinatura de qualquer instrumento? Além disso, sendo firmado o instrumento particular de promessa de venda e compra, mas, posteriormente, não tendo o negócio se aperfeiçoado, a comissão continuaria sendo devida? São esses alguns dos questionamentos que pretendemos debater no presente artigo.

É tempo, portanto, à luz do Código Civil de 2002, de tratarmos questões jurídicas relevantes a respeito desse contrato típico e comumente firmado nas transações imobiliárias.

## 1. CONTRATO DE CORRETAGEM À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Embora segundo Carvalho de Mendonça<sup>4</sup> “a instituição dos corretores é muito mais antiga que a formação do Direito Comercial”, o contrato de corretagem somente foi disciplinado, na legislação civil, quando da edição do Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916 não dispunha de tal contrato, sendo a atividade do corretor apenas regulada pelo Código Comercial de 1850 (art. 36 e seguintes).

Pontes de Miranda<sup>5</sup> afirma que a corretagem é a atividade intermediatriz entre pessoas que desejam contratar, ou praticar para outrem algum ato. Ainda segundo o autor<sup>6</sup>, corretor é aquele que *corre* de interessado a interessado.

Judith Martins-Costa<sup>7</sup>, em parecer publicado na Revista dos Tribunais, afirma que o contrato de corretagem é formado por dois figurantes, cada qual posicionado

<sup>4</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial*. Atualização de Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, t. 1, v. 2, n. 318, p. 348.

<sup>5</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial, Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 333.

<sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial, Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 336.

<sup>7</sup> MARTINS COSTA, Judith. Parecer publicado na RT vol. 966 e disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.966.13.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.966.13.PDF). Acesso em: 20 jul. 2018.

em um dos lados: o incumbente e o corretor. Este é a pessoa quem, à conta do incumbente, exercerá a atividade intermediatriz, para encontrar terceiro que conclua negócio jurídico com o incumbente e, com o resultado, adquira direito à comissão. Assim, a intermediação está, pois, no núcleo do conceito.

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, em parecer a respeito de questão controversa envolvendo a comissão de corretagem<sup>8</sup>, noticiam que a doutrina francesa qualifica a corretagem como contrato de realização de uma missão (*accomplissement d'une mission*), ou seja, o serviço é uma prestação de fazer, que é exatamente o de realizar a missão, que seria exatamente facilitar na conclusão do negócio pretendido pelas partes.

Segundo a própria definição do Código Civil (art. 722), “pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas”.

Na lição de Gustavo Tepedino<sup>9</sup>, trata-se de contrato bilateral, oneroso e *normalmente* aleatório, uma vez que, segundo o autor, a álea não se mostra essencial à função negocial, nada impedindo uma remuneração comutativamente ajustada. De fato, nada impede que as partes alinhem uma remuneração mensal, por exemplo, para que o corretor trabalhe exclusivamente para tentar viabilizar determinado negócio, sem prejuízo de, ao final, receber a comissão pelo sucesso de seu trabalho.

De todo modo, na prática imobiliária, a regra geral é que o corretor de imóveis envida esforços por sua conta e risco, condicionando sua remuneração à eventual convergência de vontades.

Discute-se, ainda, se o contrato de corretagem seria acessório, ou seja, vinculado ao contrato a que se pretende concluir. Deixaremos esse ponto para tratarmos quando abordarmos temas controversos envolvendo o pagamento da comissão de corretagem.

Analisando-se a natureza jurídica do contrato de corretagem, verifica-se que a atividade do corretor, em regra, seria a do profissional que age com o objetivo de ser firmado o negócio pretendido pelo incumbente. O corretor, portanto, busca pessoas interessadas em firmar o contrato nas condições estabelecidas pelo incumbente.

---

<sup>8</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Parecer acostado aos autos 1007978-60.2014.8.26.0506, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

<sup>9</sup> TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. In: \_\_\_\_\_. *Temas Atuais de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 139.

Daí a expressão de Pontes de Miranda<sup>10</sup> que “o corretor é como quem faz encontrar-se dois fios elétricos [...] a verdade está que ele fez a ligação”.

Pois bem.

Analisando as disposições do Código Civil, a princípio, a aproximação não seria a única prestação devida pelo corretor. Dentre suas atribuições, o corretor também tem a obrigação de prestar todas as informações sobre o andamento do negócio e agir com diligência em seus atos (art. 723, *caput*). Ocorre que a leitura do parágrafo único do art. 723, do Código Civil, aliada ao fato de que, na prática imobiliária, o serviço de corretagem muitas vezes envolve a prestação de serviços jurídicos, faz-nos refletir se o corretor teria obrigação de observar a segurança jurídica do negócio pretendido pelas partes. É sobre essa questão que se passa a discorrer.

## 2. SEGURANÇA JURÍDICA E CONTRATO DE CORRETAGEM

Embora o contrato de corretagem, como já referido, tenha por escopo aproximar as partes para que seja concretizado o negócio jurídico, a prática demonstra que nem sempre é apenas essa a atuação do corretor ou da empresa de corretagem envolvida na intermediação imobiliária. Ainda que alguns dispositivos do Código Civil qualifiquem a corretagem como forma de mediação<sup>11</sup>, nem sempre o papel do corretor é apenas mediar negócio jurídico a que as partes pretendem firmar.

É justamente por isso que se faz necessário melhor interpretação do quanto disposto no art. 723, parágrafo único, que determina que “sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da **segurança ou do risco do negócio**, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência”.

<sup>10</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial, Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 358-359.

<sup>11</sup> A esse exemplo, o art. 723 declara que “O corretor é obrigado a executar a *mediação* com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. (Redação dada pela Lei n. 12.236, de 2010).

Segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo, há distinções entre a mediação e a corretagem. Enquanto o mediador “é aquele que se coloca de modo equidistante e imparcial perante os contratantes, na qualidade de agente facilitador da contratação que acaso se efetive” o corretor “é personagem que tem lado, contratado que é por quem pretende vender, comprar, alugar, dar em locação, permutar, etc.”. Assim, segundo o autor, “inegavelmente, mediação e corretagem se assemelham, mas a identificação do corretor com um dos personagens da futura contratação é decisiva na caracterização da corretagem propriamente dita”. BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Direito Civil: Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 710.

É relevante asseverar que o art. 723, do Código Civil, no ano de 2010, sofreu alteração legislativa quando da edição da Lei 12.236/2010. Referida lei foi resultado do Projeto de Lei do Senado n. 171/2006, de autoria do Senador Valdir Raupp (PMDB/RO). O resultado da aprovação da Lei 12.236/2010 foi a subdivisão do antigo art. 723, do Código Civil, em *caput* e parágrafo único<sup>12</sup>.

Segundo se verifica das justificativas do PL, o Senador Valdir Raupp recomendava alteração legislativa para que fosse “estabelecido que o corretor se obriga a, espontaneamente, informar o cliente o grau de risco do negócio, assim como eventuais alterações de valores, condições ou fator capaz de alterar os resultados da incumbência, sob pena de responder por perdas e danos”. Ainda segundo as justificativas do projeto, “na prática, a atual redação do art. 723 permite seja o corretor eximido de suas responsabilidades, e anulada a *mens legis* do comando legal, que é o de assegurar o sucesso da mediação pela efetiva realização do encargo contratado, mediante o justo preço[...]”.<sup>13</sup>

O objetivo do PL, como se percebe, foi justamente conferir maior responsabilidade ao corretor de imóveis em razão do seu trabalho de intermediação. Comparativamente à redação original do Código Civil, o atual art. 723 eliminou a expressão destacada a seguir: “prestar ao cliente todos os esclarecimentos **que estiverem ao seu alcance**, acerca da segurança ou risco do negócio”.

Numa interpretação literal, aparentemente a ideia do legislador foi determinar expressamente que o corretor seja responsável *não apenas* pelas informações sobre a segurança e risco do negócio “a que estiver em seu alcance”. Daí o questionamento: seria obrigação do corretor obter documentos e informações suficientes para conferir segurança jurídica ao negócio? Mais do que isso. Após a obtenção de tais documentos, a garantia da segurança jurídica do negócio seria responsabilidade do corretor imobiliário?

A redação do art. 723, do Código Civil, como se vê, pode levar o intérprete a entender que o corretor de imóveis tem a atribuição de prestar serviço jurídico completo de forma a garantir a segurança jurídica da compra.

---

<sup>12</sup> Redação anterior: “Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com a diligência e prudência que o negócio requer, prestando ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento dos negócios; deve, ainda, sob pena de responder por perdas e danos, prestar ao cliente todos os esclarecimentos *que estiverem ao seu alcance*, acerca da segurança ou risco do negócio, das alterações de valores e do mais que possa influir nos resultados da incumbência”.

<sup>13</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/77939>. Acesso em: 28 jul. 2018.

Por outro lado, poderíamos questionar se não seria papel do corretor apenas a *aproximação* das partes. O art. 3º da Lei 6.530/78 determina que ao corretor compete “exercer a *intermediação* na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, *opinar* quanto à comercialização imobiliária”. Essa opinião, nos parece, não implica aconselhamento jurídico, atividade privativa dos advogados, nos termos do art. 1º, inciso II, da Lei 8.906/94.

Como sabemos, a maioria das operações imobiliárias seguem os seguintes passos: (i) tratativas negociais; (ii) auditoria jurídica do imóvel que se pretende adquirir (comumente chamado no mercado imobiliário de *due diligence* imobiliária); (iii) elaboração e assinatura da promessa de venda e compra; (iv) lavratura da escritura pública e (v) registro da escritura no assento imobiliário competente.

Seria atribuição do corretor de imóveis garantir segurança jurídica em todas essas fases? É ele o responsável pela elaboração da promessa de venda e compra do imóvel? Compete ao corretor de imóveis levantar as inúmeras certidões em nome dos vendedores e referentes ao imóvel para que seja realizada a necessária *due diligence* imobiliária?

Essa dúvida é ainda maior quando notamos que, de fato, as grandes imobiliárias, por intermédio de seus advogados, efetivamente prestam o serviço jurídico de aconselhamento, elaboração do compromisso de venda e compra e até mesmo revisão da escritura pública. Não se trata, atente-se, de profissionais autônomos, independentes, externos e indicados pelo corretor de imóveis. Na realidade, tais advogados são funcionários da própria imobiliária e recebem seus honorários (ou salário) diretamente da empresa e não do incumbente. É comum o serviço jurídico prestado estar incluído na remuneração do contrato de corretagem.

Ao prestar o serviço de aconselhamento jurídico, resta saber se o advogado (funcionário da imobiliária) possui liberdade e autonomia para aconselhar as partes a *não* concluírem o negócio, em razão da ausência de segurança jurídica. Essa dúvida é ainda maior quando verificamos que em diversas empresas, o advogado recebe uma gratificação quando o negócio é concluído.

Em alguns casos em que atuamos, percebemos que nem sempre o serviço jurídico prestado pela empresa de assessoria imobiliária foi executado com o zelo que se esperava no tocante à segurança jurídica<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> É o caso, por exemplo, do quanto se verifica nos autos dos embargos à execução 0000633-40.2018.403.6182, em trâmite perante a 13ª Vara do das Execuções Fiscais da Justiça Federal da Comarca de São Paulo – SP. Nesse caso, o vendedor possuía dívida ativa em seu nome. Embora a empresa que fez a intermediação da venda tenha solicitado a certidão do

Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, justamente com fundamento no art. 723, do Código Civil, já condenaram empresas intermediadoras de imóveis pela ausência de segurança na aquisição imobiliária. Nesses termos:

**A imobiliária, como especializada, antes da oferta do imóvel a terceiros tem obrigação de analisar a documentação da vendedora, principalmente a matrícula. Nela se vê que duas eram as donas, a autora e outra pessoa considerada como irmã, já falecida e com pais biológicos diversos e constantes da certidão de óbito. Logo, a ré é corresponsável pelo distrato, pois é obrigação básica observar a segurança e risco do negócio, inclusive a certidão de óbito da coproprietária evidência que não era irmã da autora, ou seja, não era herdeira direta.** Na realidade, a autora pretendeu vender a parte de Edna, falecida e, sendo irmã de criação, não possuía direitos hereditários. Nesses moldes, cabia ao corretor análise da situação de invalidez do negócio<sup>15</sup>.

Por outro lado, em outro julgado em que o serviço de corretagem também foi prestado por pessoa jurídica, entendeu o Des. Francisco Loureiro que o corretor de imóveis é obrigado “a prestar todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance acerca da segurança ou risco”. Todavia, o julgado não entendeu que é atribuição exclusiva do corretor do imóvel adotar as medidas preventivas e necessárias para conferir segurança jurídica:

[...] Porém, a despeito das obrigações do corretor, não parece razoável que o comprador deixe de adotar as medidas preventivas naturais a um processo de aquisição de imóvel. Em termos diversos, **o dever de diligência do corretor não exclui o dever de cautela do comprador, que também deve investigar a situação documental do imóvel e de seu vendedor**<sup>16</sup>.

A questão é tormentosa. A princípio, quando o corretor de imóveis é pessoa física e profissional autônomo, a interpretação que deve ser dada ao art. 723, do Código Civil, a nosso ver, é restritiva. Nesse sentido, o corretor não tem obrigação de prestar serviços jurídicos para conferir ampla segurança jurídica às partes.

Isso não significa, evidentemente, que não deve agir de forma minimamente cautelosa. Antes de comercializar qualquer imóvel, compete ao corretor solicitar

---

distribuidor cível da Justiça Federal (que apontava a inexistência de ações executivas em desfavor do vendedor), não foi solicitada a certidão de dívida ativa, cujo apontamento levou à decretação de fraude à execução.

<sup>15</sup> TJSP; Apelação 1011009-74.2015.8.26.0564; Relator (a): Kioitsi Chicuta; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/06/2017; Data de Registro: 22/06/2017.

<sup>16</sup> TJSP; Apelação 0011428-31.2011.8.26.0248; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Indaiatuba – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/11/2013; Data de Registro: 13/11/2013.

certidão de matrícula atualizada e certidões pessoais em nome dos proprietários. Havendo apontamentos na matrícula, por exemplo, é responsabilidade do corretor de imóveis prestar tal informação a quem pretende comprar ou até mesmo negar-se a comercializar o imóvel.

Por outro lado, não nos parece razoável exigir-se do corretor de imóveis um parecer jurídico conferindo segurança jurídica ao negócio pretendido. Caso, após a concretização do negócio imobiliário, seja declarada ineficácia do ato (por fraude à execução, por exemplo) ou mesmo invalidade por inobservância de requisito legal, é necessário que seja verificado se houve desídia ou má-fé do corretor, nos limites de sua atribuição. Restando comprovado que somente um advogado especialista na área poderia conferir segurança jurídica para o negócio pretendido, não nos parece existir responsabilidade do profissional. Naturalmente, se o corretor deixa de prestar informação relevante, a responsabilidade é por omissão voluntária<sup>17</sup>, nos termos do art. 186, do Código Civil.

A respeito das atribuições do corretor, Pontes de Miranda<sup>18</sup> afirmou que:

*a responsabilidade ordinária do corretor não vai além da função que especificamente lhe incumbe. Em todo negócio jurídico bilateral e plurilateral, há duas ou mais manifestações de vontade que se acordam. O corretor não é figurante. Nenhuma manifestação de vontade parte do correto, nem ele a lança em nome de outrem, como procurador. Ele apenas examina quais as manifestações de vontade que poderiam acordar-se e põe em ligação duas ou mais, que concluam o negócio jurídico. Nem representa, nem faz os interessados manifestarem-se. Os interessados já se manifestaram.*

<sup>17</sup> Segundo Pontes de Miranda, “a abstenção, omissão, ou ato negativo, também pode ser causa de dano. Se o ato cuja prática teria impedido, ou, pelo menos, teria grande probabilidade de impedir o dano, foi omitido, responde o omitente” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*, Tomo XXII. Direito das Obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 193 e ss). Antunes Varela, a seu turno, afirma que “a omissão, como pura atitude negativa, não pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado; mas entende-se que a omissão é causa do dano, sempre que haja o dever jurídico especial de praticar um ato que, seguramente ou muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano. Basta pensar, quanto à responsabilidade contratual, que o comportamento faltoso do devedor se traduz mais das vezes numa omissão – em não realizar ele a prestação (de coisa ou de facto positivo) devida”. (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 529). Ainda a respeito da responsabilidade civil por omissão, sugerimos a leitura de: NUNES DE CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha. *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil: Contributo para uma Teoria Geral da Responsabilidade Civil por Omissão*. Coimbra: Almedina, 1999.

<sup>18</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*, Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 359.

Em nossa opinião, não é atribuição do corretor de imóveis elaborar *due diligence*, minutas dos contratos, revisar escritura pública, dentre outras atividades privativas do advogado contratado pela parte (e não pelas partes). Comprador e vendedor, claro, devem estar representados pelos seus advogados. É dever do corretor, na verdade, possuindo dúvidas quanto à segurança jurídica do negócio, aconselhar as partes a contratarem advogado especializado. Além disso, o corretor, valendo-se de sua experiência, com fundamento na boa-fé objetiva (dever de informação) deve prestar todas as informações a respeito da negociação, sobretudo questionamentos que possam macular o negócio futuramente.

Como bem asseverado por Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>19</sup>, o corretor, no afã de fechar o negócio e receber a sua remuneração, não deve sonegar informações ao incumbente que digam respeito à segurança, riscos do negócio, valores a serem despendidos e outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência, sob pena de assim agindo, ser responsabilizado por perdas e danos.

Não se olvide, ainda, que o exercício da profissão de corretor de imóveis é permitido ao possuidor de título de técnico em transações imobiliárias, nos termos do art. 2º, da Lei 6.530/2010. Esse curso é comercializado com duração de 960 horas (13 meses) de forma que o profissional esteja apto a prestar todo o apoio para a intermediação imobiliária<sup>20</sup>. Cabe ao corretor, portanto, adotar as diligências mínimas capazes de conferir segurança jurídica ao negócio que pretende intermediar. Em nossa opinião, a obtenção de certidões pessoais em nome dos vendedores e de certidão atualizada da matrícula é ação básica e imprescindível que o corretor deve adotar antes de iniciar qualquer intermediação imobiliária.

Há outro ponto que merece destaque. A extensão da responsabilidade, ademais, pode ser ainda maior quando o serviço é prestado por empresa de intermediação imobiliária. Referidas empresas, na prática, como forma de facilitação e concretização do negócio jurídico, sugerem que seus próprios advogados conduzam toda a operação imobiliária até a concretização do negócio jurídico.

Ora, em tais circunstâncias, uma vez que a própria empresa se dispõe a garantir a segurança jurídica do negócio às partes, naturalmente irá responder pela eventual falta de cautela/diligência jurídica ao permitir às partes a concretização de negócio jurídico inseguro. Aliás, para os casos em que empresas de corretagem

---

<sup>19</sup> BEZERRA DE MELO, Marco Aurelio. *Direito Civil: Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 716.

<sup>20</sup> Vide: <http://www.ead.senac.br/cursos-tecnicos/tecnico-em-transacoes-imobiliarias/?#aba3>. Acesso em: 31 jul. 2018.

se dispõem a conferir segurança jurídica às partes, a responsabilidade civil por danos causados a elas será **objetiva**, nos termos do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor.

A esse exemplo, cite-se caso em que a empresa que realizou a intermediação da venda e compra deixou de verificar as obrigações assumidas pelo cedente no contrato originário de compromisso de compra e venda, obrigação imprescindível para conferir segurança jurídica ao negócio pretendido pelas partes:

[...] Falha constatada na prestação de serviços de intermediação. O art. 723 do Código Civil expressamente determina ao corretor a obrigação de executar a mediação com diligência e prudência. **Esta obrigação envolve a necessária verificação de todas as obrigações originalmente assumidas pelo cedente no contrato originário de compromisso de compra e venda. Se a corretora não age desta forma, preferindo trabalhar com os dados unilateralmente informados pelo contratante, sem se assegurar da correção destes, é porque assume o risco negocial quanto a eventuais danos sofridos pelos seus clientes, considerando a atuação temerária que apresentou.** Justamente por isso o art. 723, parágrafo único, do Código Civil, impõe ao corretor a obrigação de responder pelas referidas perdas e danos. Manutenção das verbas sucumbenciais. Sentença mantida<sup>21</sup>.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também parece alinhada nesse sentido. No REsp 1.364.574<sup>22</sup>, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, foi reconhecida a responsabilidade da empresa imobiliária que intermediou negócio jurídico sem ao menos solicitar certidões negativas de débitos fiscais e pessoais dos vendedores, onde havia apontamento em razão de ações em face dos alienantes perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Após a alienação do bem e em razão da descoberta de dívidas, os compradores desistiram da aquisição e sustaram o cheque da corretagem emitido em favor dos corretores. O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já havia determinado a responsabilidade da empresa imobiliária em ter solicitado tais certidões, bem como declarada lícita a desistência motivada dos adquirentes para a extinção contratual<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> TJSP; Apelação 0010795-69.2011.8.26.0361; Relator (a): Edson Luiz de Queiróz; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mogi das Cruzes – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/2013; Data de Registro: 08/03/2013.

<sup>22</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.364.574/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 30/11/2017.

<sup>23</sup> Segundo a sentença que deu ensejo ao Recurso Especial: “Com efeito, no Contrato de Promessa de Compra e Venda firmado pelos embargantes nada consta sobre a existência de uma ação de execução contra o proprietário do imóvel, como se constata na cópia de fls. 34 a 37 destes

Ao julgar referido recurso especial, o Min. Salomão assim entendeu:

[...] é dever do corretor prestar ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência, sob pena de responder por perdas e danos. [...] É dizer, cabe ao corretor diligentemente se inteirar e prestar informações usuais e notórias acerca do título de domínio *exIbido* pelo vendedor, da regularidade da cadeia dominial, da existência, ou não, de gravames reais e de ações que envolvam o vendedor e que, v. g, em tese, poderiam conduzir à ineficácia, nulidade ou anulabilidade do contrato de compra e venda, por caracterização de fraude à execução ou contra credores<sup>24</sup>.

Em outro julgado, cuja relatoria também coube ao Min. Salomão, a empresa que realizou a intermediação imobiliária foi condenada a indenizar os danos sofridos pelos adquirentes em razão de não ter pesquisado a respeito de “ações que pudessem levar a vendedora à insolvência”. Segundo o julgado:

é inequívoco que o corretor de imóveis deve atuar com diligência, prestando às partes do negócio que intermedeia as informações relevantes, de modo a evitar a celebração de contratos nulos ou anuláveis, podendo, nesses casos, constatada a sua negligência quanto às cautelas que razoavelmente são esperadas de sua parte, responder por perdas e danos<sup>25</sup>.

No mesmo sentido, alguns autores também manifestam competir às empresas imobiliárias adotarem as cautelas necessárias para que o negócio jurídico seja concretizado com segurança. Segundo Orlando Gomes<sup>26</sup>, “o corretor é obrigado a se conduzir com toda diligência, de sorte a satisfazer, **juridicamente**, os futuros

---

autos. Tampouco consta no Contrato de Prestação de Serviços da Imobiliária (fls. 23/24). A existência da referida ação de execução está confirmada nos documentos de fls. 19 a 22 destes autos e sem dúvidas é razão manifestamente justificável para o desfazimento do negócio, pois ao menos em tese o bem imóvel em questão poderia vir a ser atingido. A própria empresa embargada deixou inequívoco que nenhuma informação sobre a ação de execução foi passada aos então promitentes compradores, pois ela própria alegou na sua defesa que se tivesse sabido dos receios dos compradores, à época, teria providenciado os esclarecimentos pertinentes. Disso resulta a certeza de que os representantes da imobiliária embargada agiram com malícia ao não revelarem aos promitentes compradores que havia a pendência de ação de execução contra o proprietário, o que somou à ausência das certidões pertinentes à segurança do negócio. Descumpriu a imobiliária embargada, destarte, as obrigações que lhe impõe o artigo 723 do Código Civil [...]”

<sup>24</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.364.574/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2017, *DJe* 30/11/2017.

<sup>25</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.266.937, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2011, *DJe* 01/02/2012.

<sup>26</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 475.

contraentes, não devendo propiciar a realização de negócios nulos ou anuláveis” (grifamos).

A respeito do tema, discorre Claudio Luiz Bueno de Godoy<sup>27</sup>:

[...] o atual Código Civil foi explícito ao atribuir ao corretor o dever, primeiro, de informar seu cliente sobre o andamento dos negócios que esteja a promover ou intermediar. Mas não só. Incumbe ainda ao corretor o dever mesmo de esclarecer, de aconselhar seu cliente sobre a segurança e o risco do negócio, portanto incluindo o dever de informar sobre as condições dos interessados em entabulá-lo [...] que implica, decerto, sua obrigação de informar sobre tudo quanto possa influir na realização do contrato. Tanto assim que, acrescente-se, deve o corretor informar sobre alteração de preços dos objetos dos negócios a serem firmados, informando até sobre o que seja relevante a evitar, por exemplo, negócios inválidos. Tudo sobre pena de responder por perdas e danos.

É de se ressaltar, contudo, que tal entendimento não é uníssono na jurisprudência. Em julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, não obstante a imobiliária ter deixado de solicitar as certidões em nome dos vendedores, entendeu-se que “o corretor não é garante do negócio jurídico” e que:

a responsabilidade, *in casu*, deve ser atribuída integralmente aos compradores, porquanto deveriam ter exigido além da certidão vintenária atualizada do imóvel que consta dos autos, àquelas referentes as ações no Foro competente contra os vendedores, possibilitando a verificação se o vendedor era ou não legítimo proprietário do bem<sup>28</sup>.

A despeito de tal julgado, a maioria dos acórdãos de nossa investigação apontam a responsabilidade dos corretores de imóveis e das empresas que realizam a intermediação imobiliária quando deixam de obter documentos relevantes antes de o negócio jurídico ser concluído, causando danos futuros aos adquirentes<sup>29</sup>. Esse

<sup>27</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Coord. PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Ed. Manole, 2007, p. 585.

<sup>28</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 9178940-53.2008.8.26.0000, Rel. Hugo Crepaldi, j. 26/09/2012. v. u.

<sup>29</sup> A esse exemplo, cite-se os seguintes julgados do TJSP; Apelação 0003766-35.2012.8.26.0004; Relator (a): Kenarik Boujikian; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV – Lapa – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/02/2017; Data de Registro: 21/02/2017); TJSP; Apelação 1012870-62.2014.8.26.0554; Relator (a): Kenarik Boujikian; Órgão Julgador: 12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Santo André – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/01/2016; Data de Registro: 30/01/2016; TJSP; Apelação 0033383-35.2011.8.26.0114; Relator (a): Mendes Gomes; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas – 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 12/08/2013; Data de Registro: 13/08/2013; TJSP; Apelação 0000973-04.2011.8.26.0443; Relator (a): Mary

posicionamento nos parece o mais acertado, ressaltando, contudo, que a interpretação a ser dada ao art. 723, parágrafo único, deve restringir-se às ações que estão ao alcance dos corretores de imóveis. Não é deste profissional, portanto, a obrigação de conferir segurança jurídica que extrapole os limites do técnico em transações imobiliárias.

### 3. RESULTADO ÚTIL E COMISSÃO DE CORRETAGEM

A última controvérsia que pretendemos abordar no presente artigo diz respeito ao pagamento da comissão de corretagem quando o negócio jurídico não é concretizado pelas partes.

A questão é intimamente ligada à discussão de saber se referido contrato é acessório, ou seja, se sua eficácia estaria vinculada ao contrato que se pretende concluir. Sendo referido contrato entendido como acessório, poderíamos qualificar a obrigação do corretor como obrigação de resultado. Nesses termos, Maria Helena Diniz<sup>30</sup>, ao defender a acessoriedade do contrato de corretagem, afirma que o corretor terá direito a uma “*compensação condicional*, que dependerá da execução da obrigação de resultado”. Ainda segundo a autora:

[...] na mediação o serviço é prometido como meio para a consecução de certa utilidade; o proprietário do bem a ser vendido, ao contratar o corretor, não objetiva o serviço por ele prestado, mas o resultado útil, que é a obtenção da vontade do contratante para a conclusão do negócio. Logo, apenas quando se verifica tal utilidade é que o corretor terá direito à remuneração. O serviço do mediador somente traduzirá valor econômico quando resultar no acordo para a efetivação do contrato, que constitui a finalidade de seu trabalho. [...] A mediação consumar-se-á precisamente no momento em que aparecer o acordo de vontade entre os contratantes, mercê da aproximação levada a efeito pelo mediador, quando então estará terminada a sua função.

Esse entendimento também é partilhado por Sílvio de Salvo Venosa<sup>31</sup>, para quem “o objeto da mediação não é uma conduta propriamente dita, mas o resultado

---

Grün; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piedade – 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 22/04/2015; Data de Registro: 22/04/2015; TJSP; Apelação 1007634-55.2014.8.26.0320; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/02/2018; Data de Registro: 01/02/2018.

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. v. III. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 394.

<sup>31</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. v. III. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 325.

de um serviço. Na corretagem, existe uma obrigação de resultado. Sem este não há direito à remuneração”.

Ocorre que outros autores, sobretudo a partir de artigo defendido pelo Prof. Gustavo Tepedino<sup>32</sup>, passaram a entender que o contrato de corretagem não depende da efetiva concretização do negócio jurídico imobiliário sendo, portanto, obrigação de meio e não resultado. Segundo Tepedino<sup>33</sup>:

o objeto do contrato de corretagem não consiste em obter o consenso indispensável à celebração do negócio desejado, mas a envidar os seus melhores esforços nessa direção, o que, por sua vez, não se reduz à mera gestão que lhe é cometida no sentido de buscar possíveis compradores [...] a escolha das partes pela modalidade aleatória de remuneração não transforma a obrigação do corretor em obrigação de resultado, pois este último não promete a realização do negócio, nem pode ser responsabilizado por inadimplemento contratual toda vez que não alcance este objetivo. [...] Como já dito, o corretor desenvolve atividade de intermediação, de aproximação útil, cuja função jurídica se revela incompatível com a promessa de obter o consentimento das partes na celebração do negócio.

Pontes de Miranda<sup>34</sup>, da mesma forma, defendia a ausência de acessoriedade do contrato de corretagem:

O contrato de mediação pode existir, valer e ser eficaz, sem que se conclua o contrato para cuja conclusão há a ajuda, como ocorre naqueles casos em que o mediador tem direito à remuneração ou em que há resolução do seu sem que repercuta no outro. [...] Afirmar que o contrato de mediação é acessório é fugir-se à noção mesma da acessoriedade dos contratos.

Araken de Assis<sup>35</sup>, da mesma forma, ressalta que:

o contrato de corretagem pode existir, valer e se mostrar eficaz, inclusive quanto à remuneração, independentemente do desfazimento do contrato obtido pela atividade intermediadora, conforme resulta da parte final do art. 725. Ora, o autêntico contrato ‘acessório’, ou dependente, acompanha a sorte do ‘principal’. Por isso, a afirmativa de que o contrato é acessório contradiz a ‘noção mesma de acessoriedade dos contratos’<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. In: \_\_\_\_\_. *Temas Atuais de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>33</sup> TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. In: \_\_\_\_\_. *Temas Atuais de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 151/152.

<sup>34</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial, Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 239.

<sup>35</sup> ASSIS, ARAKEN. *Contratos nominados*. São Paulo: RT, 2005, p. 248-249.

<sup>36</sup> No mesmo sentido: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Contrato de Corretagem Imobiliária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 33.

O Código Civil, por sua vez, não resolve a questão. Segundo o art. 725, “a remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o **resultado previsto no contrato de mediação**, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes”.

O que seria o resultado previsto no contrato? Bastaria a aproximação das partes com consentimento em relação aos valores comerciais envolvidos no negócio pretendido? Ou o resultado útil seria conferido quando, além da conclusão das condições comerciais, as partes também tenham assinado compromisso de venda e compra? Ou o resultado útil somente se daria com a lavratura da escritura de compra e venda?

Nos termos do REsp 1.183.324<sup>37</sup>, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, entendeu-se:

**[...] Pelo novo regime, deve-se refletir sobre o que pode ser considerado resultado útil, a partir do trabalho de mediação do corretor. A mera aproximação das partes, para que se inicie o processo de negociação no sentido da compra de determinado bem, não justifica o pagamento de comissão. A desistência, portanto, antes de concretizado o negócio, permanece possível.** 4. Num contrato de compra e venda de imóveis é natural que, após o pagamento de pequeno sinal, as partes requisitem certidões umas das outras a fim de verificar a conveniência de efetivamente levarem a efeito o negócio jurídico, tendo em vista os riscos de inadimplemento, de inadequação do imóvel ou mesmo de evicção. Essas providências se encontram no campo das tratativas, e a não realização do negócio por força do conteúdo de uma dessas certidões implica mera desistência, não arrependimento, sendo, assim, inexigível a comissão por corretagem. 5. Recurso especial não provido.

No julgado acima, portanto, entendeu-se que mesmo que as partes já tenham concluído a negociação em termos comerciais, inclusive com o pagamento de sinal, a comissão de corretagem não é devida porque o negócio jurídico pretendido pelas partes não foi concluído. É relevante destacar que no referido julgado o negócio pretendido somente não foi concluído uma vez que uma das partes realizou *due diligence* imobiliária onde foram apontados elementos concretos de que a compra não era segura juridicamente. Segundo o acórdão:

Numa compra e venda é praxe que as partes, aproximadas pelo corretor, informem-se sobre a idoneidade do vendedor, características do imóvel, existência de ações cíveis que possam gerar risco de evicção, capacidade econômica do comprador e assim por diante. **Aproximar meros interessados não implica obter um resultado útil para**

---

<sup>37</sup> REsp 1.183.324/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em 18/10/2011, DJe 10/11/2011.

**a atividade de corretagem.** Todas essas pesquisas, posteriores à aproximação inicial, são parte da negociação que precede o acordo de vontades.<sup>38</sup>

Em outro caso, também de relatoria da Min. Nancy Andrighi, entendeu-se que “a assinatura da promessa de compra e venda e o pagamento do sinal demonstram que o resultado útil foi alcançado e, por conseguinte, apesar de ter o comprador desistido do negócio posteriormente, é devida a comissão por corretagem”<sup>39</sup>.

Embora diversos julgados do STJ entendam que a obrigação do contrato de corretagem seja de resultado, a maioria dos julgados consultados entende que o resultado útil seria alcançado quando as partes assinam o compromisso de venda e compra, ainda que a escritura não seja lavrada por culpa das partes<sup>40</sup>. É por isso que já se entendeu devida a comissão de corretagem quando, após a assinatura da promessa de compra e venda, a lavratura da escritura não tenha ocorrido por culpa do adquirente, que não obteve o prometido financiamento imobiliário<sup>41</sup>. Decidiu-se:

quando as partes firmam, de algum modo, atos, com mediação da corretora, que geram obrigatoriedade legal de proceder-se ao registro imobiliário, tal como ocorre no caso de celebração de promessa de compra e venda ou de pagamento de sinal, torna-se devida a percepção de comissão de corretagem, mormente quando eventual desfazimento do negócio não decorrer de ato praticado pela corretora<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Em outro julgado, também de relatoria da Min. Nancy Andrighi, entendeu-se: “A assinatura da promessa de compra e venda e o pagamento do sinal demonstram que o resultado útil foi alcançado e, por conseguinte, apesar de ter o comprador desistido do negócio posteriormente, é devida a comissão por corretagem. 6. Recurso especial não provido”. (REsp 1.339.642/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em 12/03/2013, *DJe* 18/03/2013)

<sup>39</sup> REsp 1.339.642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/03/2013, *DJe* 18/03/2013.

<sup>40</sup> No mesmo sentido, verificar: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CORRETAGEM. COMISSÃO. NEGÓCIO NÃO REALIZADO. MERA APROXIMAÇÃO DAS PARTES. O contrato de corretagem não impõe simples obrigação de meio, mas sim uma obrigação de resultado. Recurso não conhecido.” (REsp 208.508/SC, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, *DJ* de 11/11/2002).

<sup>41</sup> Também entendendo devida a comissão de corretagem quando o negócio não se conclui em razão de o adquirente não ter obtido o prometido financiamento, vide: TJSP, Apelação 1012416-03.2014.8.26.0451, Rel. Mary Grun, j. 10/12/2015 e TJSP; Apelação 0073464-61.2012.8.26.0576; Relator (a): James Siano; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/12/2013; Data de Registro: 23/12/2013.

<sup>42</sup> REsp 1.228.180/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2011, *DJe* 28/03/2011.

Outros inúmeros acórdãos também entendem que o mero arrependimento de uma das partes em concluir o negócio jurídico, após assinado o instrumento particular de venda e compra, não implica em devolução da comissão de corretagem (nos exatos termos da parte final do art. 725, do Código Civil):

AÇÃO DE COBRANÇA – COMISSÃO DE CORRETAGEM – FINALIZAÇÃO DO NEGÓCIO – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – RESULTADO ÚTIL – APROXIMAÇÃO DAS PARTES – Corretora de imóveis que deve ser remunerada pelo serviço prestado quando além de aproximar as partes, formalizou-se instrumento particular de promessa de compra e venda – depois de ter pago parte do sinal e da comissão de corretagem, os réus desistiram do contrato; – Trabalho da corretora que foi realizado, havendo resultado útil – inteligência do art. 725 do CC. RECURSO PROVIDO<sup>43</sup>.

Em nossa opinião, concordando com Gustavo Tepedino e outros autores aqui citados, também consideramos o êxito do contrato de corretagem independente da conclusão do negócio pretendido pelas partes. Para nós, compete ao corretor de imóveis, previamente à aproximação das partes, realizar o estudo prévio das condições do negócio pretendido pelo incumbente.

Tendo realizado um estudo básico da documentação do imóvel e constatando a possibilidade de comercialização, o passo seguinte será buscar pessoas interessadas para a concretização do negócio. Após localizar pessoa que consente com as condições comerciais e tendo aproximado as partes, nesse momento, o resultado útil foi alcançado.

---

<sup>43</sup> TJSP; Apelação 1003166-33.2015.8.26.0152; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Cotia – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/11/2017; Data de Registro: 29/11/2017. No mesmo sentido: “CIVIL. MEDIAÇÃO. APROXIMAÇÃO EFETIVA DAS PARTES. COMISSÃO DE CORRETAGEM DEVIDA. RESULTADO ÚTIL COMPROVADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A partir dos precedentes recentes do e. STJ, sendo a compra e venda um ato complexo, ‘somente com a análise, no caso concreto, de cada uma dessas fases, é possível aferir se a atuação do corretor foi capaz de produzir um ‘resultado útil’, para fins de percepção da remuneração de que trata o art. 725 do CC/02’, sendo certo, contudo, que ‘a assinatura da promessa de compra e venda e o pagamento do sinal demonstram que foi alcançado um resultado útil e, por conseguinte, é devida a comissão de corretagem’. 2. No caso concreto, a aproximação inicial das partes é incontroversa, a extensa negociação intermediada pela autora está demonstrada por documentos, e o negócio efetivamente se concretizou, fato que os próprios requeridos também admitem. Logo, não se podendo negar a existência de resultado útil decorrente da efetiva aproximação das partes, é caso de se manter a r. sentença de procedência. 3. Recurso improvido. (TJSP; Apelação 1017445-79.2015.8.26.0554; Relator (a): Artur Marques; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/10/2017; Data de Registro: 24/10/2017)

Assim, para nós, sequer haveria a necessidade de assinatura da promessa de compra e venda caso, por exemplo, o incumbente, por capricho ou arrependimento, desistisse de assinar o contrato. Caso as condições do incumbente sejam aceitas e tendo o corretor apresentado pessoa disposta a contratar, a nosso ver, a comissão de corretagem é devida, nos exatos termos do art. 725, do Código Civil.

Mais do que isso. Pensamos que, se o contrato determinar que a comissão de corretagem é devida com a mera aproximação de pessoas que aceitem as condições comerciais pretendidas pelo incumbente, o pagamento da corretagem se faz devido. Caso as partes não firmem o contrato por questões alheias à vontade do corretor, a comissão de corretagem pode ser cobrada em ação contra a pessoa que, embora tenha prometido contratar e se obrigado a tanto, deixou de firmar o instrumento necessário para concluir o negócio jurídico.

É evidente que se uma das partes demonstrar que apenas não concluiu o negócio em razão da falta de segurança jurídica, não se trata de arrependimento puro e simplesmente, mas desistência justificada, oportunidade em que a comissão não é devida porque ausente suporte fático que garantia a segurança do negócio intermediado pelo corretor.

Em nossa opinião, portanto, o pagamento da comissão de corretagem pode ser devido quando há o “consenso quanto aos elementos essenciais do negócio”<sup>44</sup>. Embora alguns julgados também possuam o mesmo entendimento, as decisões continuam atrelando o resultado útil à assinatura do compromisso de compra e venda. Nesse sentido:

Embargos à execução de título extrajudicial. Cheque emitido para pagamento de comissão de corretagem. Obtenção de resultado útil. Exigibilidade do débito. A aproximação das partes pelo corretor foi frutífera, e o resultado útil foi por ele obtido.

<sup>44</sup> REsp 1.183.324/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2011, *DJe* 10/11/2011. No mesmo sentido: Embargos à execução de título extrajudicial. Cheque emitido para pagamento de comissão de corretagem. Obtenção de resultado útil. Exigibilidade do débito. A aproximação das partes pelo corretor foi frutífera, e o resultado útil foi por ele obtido. Ainda que o negócio venha a ser desfeito – o que, até o presente momento, não ocorreu – não seria possível retirar ao embargado o direito ao recebimento pelo trabalho desempenhado. “Resultado útil” deve ser entendido como a aproximação das partes pelo corretor, até o ponto de obter consenso quanto aos elementos essenciais do negócio. E, na hipótese dos autos, a atuação do corretor resultou, efetivamente, na definição quanto à realização do negócio, fazendo incidir a norma do art. 725, parte final, do Código Civil. Apelação provida. (TJSP; Apelação 1002416-62.2015.8.26.0077; Relator (a): Sandra Galhardo Esteves; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Birigui – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/09/2017; Data de Registro: 27/09/2017).

Ainda que o negócio venha a ser desfeito – o que, até o presente momento, não ocorreu – não seria possível retirar ao embargado o direito ao recebimento pelo trabalho desempenhado. **‘Resultado útil’ deve ser entendido como a aproximação das partes pelo corretor, até o ponto de obter consenso quanto aos elementos essenciais do negócio. E, na hipótese dos autos, a atuação do corretor resultou, efetivamente, na definição quanto à realização do negócio, fazendo incidir a norma do art. 725, parte final, do Código Civil.** Apelação provida<sup>45</sup>.

Ao final, ousando discordar da jurisprudência majoritária, entendemos que a comissão de corretagem pode, sim, ser devida, caso comprovada a diligente intermediação do corretor de imóveis, que resulta na efetiva aproximação das partes. Nessa oportunidade, ainda que o compromisso de venda e compra não tenha sido assinado pelas partes, mas em razão de motivos alheios à vontade do corretor, a comissão poderá ser devida.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

ASSIS, ARAKEN. *Contratos nominados*. São Paulo: RT, 2005.

BEZERRA DE MELO, Marco Aurelio. *Direito Civil: Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial*. Atualização de Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, t. 1, v. 2.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Contrato de Corretagem Imobiliária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. v. III. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Coord. PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole. 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Parecer acostado aos autos n. 1007978-60.2014.8.26.0506, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

MARTINS COSTA, Judith. Parecer publicado na RT vol. 966 e disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bi](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bi)

---

<sup>45</sup> TJSP; Apelação 1002416-62.2015.8.26.0077; Relator (a): Sandra Galhardo Esteves; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Birigui – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/09/2017; Data de Registro: 27/09/2017.

bli\_servicos\_produtos/bibli\_boletim/bibli\_bol\_2006/RTrib\_n. 966.13.PDF. Acesso dia 20/07/2018.

NUNES DE CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha. *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil: Contributo para uma Teoria Geral da Responsabilidade Civil por Omissão*. Coimbra: Almedina, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*, Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*, Tomo XXII. Direito das Obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. In: TE-  
PEDINO, Gustavo. *Temas Atuais de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. v. III. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.



---

# CONTRATO DE CORRETAGEM DE IMÓVEIS NA PLANTA E A (IM)POSSIBILIDADE DA COBRANÇA DA TAXA DE CORRETAGEM EM FACE DO COMPRADOR

*José Barros Correia Júnior\**  
*Paula Falcão Albuquerque\*\**

**Sumário:** Introdução – 1. O contrato de corretagem e a venda de imóveis na planta pelo incorporador – 2. Relação de consumo e o dever de boa-fé – 3. O dever de informação e a cobrança de taxa de corretagem em face do comprador – Considerações finais – Referências.

## INTRODUÇÃO

A negociação de imóveis vinculados à incorporação imobiliária é um tipo de avença com particularidades que merecem ser analisadas, especialmente no que se refere à corretagem que é desempenhada para a busca de possíveis compradores para as unidades autônomas.

---

\* Doutor em Constitucionalização das Relações Privadas pela FDR/UFPE. Membro do grupo de pesquisa “Constitucionalização das Relações Privadas” – CONREP da Universidade Federal de Pernambuco. Membro do grupo de pesquisa “Direito Privado e Contemporaneidade” da Universidade Federal de Alagoas. Professor da Graduação e Mestrado da FDA/UFAL. Advogado.

\*\* Mestranda em Direito pela FDA/UFAL. Membro do grupo de pesquisa “Constitucionalização das Relações Privadas” – CONREP da Universidade Federal de Pernambuco. Membro do grupo de pesquisa “Direito Privado e Contemporaneidade” da Universidade Federal de Alagoas. Professora de Direito. Advogada.

Em geral, a atividade desses corretores é desenvolvida em estandes de vendas da própria incorporadora, que se organiza fisicamente para receber pretensos compradores e os convencer das vantagens de adquirir os bens objetos de venda. Quando da apresentação dos produtos e por quanto eles podem ser adquiridos, é habitual que os corretores apresentem os valores finais para compra, incluindo o valor da comissão de corretagem, sem, contudo, fazer tal especificação no momento da oferta.

Nesse sentido, os consumidores que estão recebendo as informações da oferta apenas recebem o preço cheio, sem o necessário detalhamento sobre o que ele remunera. Em geral, após toda fazer de convencimento e apenas no instante de formalização é que os valores são descritos no contrato. Ou seja, há uma transferência para o consumidor de arcar com todo o serviço de corretagem que é contratado pelo incorporador, de maneira discreta e não ostensiva quando da apresentação da oferta ao público.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida em 2016, aduziu que é válida a cláusula contratual que atribui ao consumidor-comprador o dever de arcar com a remuneração do contrato de corretagem vinculados aos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

Nesse sentido, o presente ensaio pretende responder ao seguinte questionamento: no momento em que um pretenso comprador se dirige ao estande de vendas de um incorporador para celebrar a compra de um “imóvel na planta”, ainda que a oferta não discrimine o seu dever de arcar remuneração pela corretagem, é possível cobrar do comprador se descrita no contrato?

Para tanto, inicialmente, será feita uma análise acerca dos contratos de corretagem no Brasil, especialmente os vinculados à incorporação imobiliária. Mais adiante, será apresentado como o ordenamento jurídico brasileiro cuida das relações de consumo para, ao final, cuidar especificamente do dever de informar acerca da comissão devida.

## **1. O CONTRATO DE CORRETAGEM E A VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA PELO INCORPORADOR**

O contrato de corretagem não é novidade no Brasil, tampouco algo eventual; ao contrário, existe desde a colonização e é algo bastante corriqueiro nos dias atuais, especialmente no mercado imobiliário.

Desde a época do Brasil-Colônia já se identificava a existência de intermediadores nas negociações de imóveis; porém, com a chegada da família real nas terras brasileiras e com o desenvolvimento urbano se intensificaram os contratos imobiliários e, por consequência, a preocupação jurídica com o pagamento de retribuição àqueles que intermediavam tais acordos firmados<sup>1</sup>.

Inicialmente, as Ordenações do Reino cuidavam dessas intermediações. A primeira legislação brasileira a reger o profissional da corretagem foi o Código Comercial de 1850, que delineava da profissão de corretor, limitando, porém, seu regramento aos considerados atos de comércio<sup>2</sup>. Foi através da Lei n. 6.530/78<sup>3</sup> que a profissão de corretor de imóveis foi juridicamente ampliada para todas as formas de contratação, não se limitando ao campo comercial.

Ocorre que o contrato de corretagem ainda era uma modalidade atípica no Direito Brasileiro, especialmente porque Código Civil de 1916 ou qualquer outra lei não descrevia essa forma de avença com natureza contratual. Apenas com o Código Civil de 2002, o contrato de corretagem – e não apenas a profissão de corretor – passou a ser descrito na legislação, tipificando-o e apresentado os seus contornos jurídicos, através dos seus artigos 722 ao 729<sup>4</sup>.

A Codificação Civil afirma que existe o contrato de corretagem quando “uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas”<sup>5</sup>. Nota-se que é a inexistência de qualquer relação de dependência que faz dessa forma de contratação distinta das outras modalidades contratuais, como os contratos de mandato, de prestação de serviços e outros congêneres.

---

<sup>1</sup> GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. Os novos rumos do contrato de corretagem e sua inserção nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel: duas faces de uma mesma moeda. *Revista da EJUSE*, Aracaju, n. 18, p. 371-391, 2013.

<sup>2</sup> Os artigos 36 a 67 do Código Comercial de 1950 cuidavam da profissão de corretor para os negócios mercantis. BRASIL. *Código Comercial de 1850*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm)>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei n. 6.530/78*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16530.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16530.htm)>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

<sup>4</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

<sup>5</sup> Código Civil: Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas. BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

Ao descrever o contrato de corretagem, Gustavo Tepedino aduz que “a doutrina identifica o contrato de corretagem com a mediação, que se caracteriza pela atividade de aproximação de duas ou mais partes com vistas à conclusão de um negócio de compra e venda”<sup>6</sup>. Trata-se, portanto, de um negócio em que um intermediador recebe orientações para a busca de pretensos contratantes; o papel do corretor é, portanto, o de aproximar o proponente de algum oblato, fornecendo informações que permitam a conclusão de uma avença<sup>7</sup>.

A atribuição do corretor tem característica de obrigação de meio, sendo irrelevante se houve ou não êxito na sua celebração do negócio pretendido pelo contratante. Isso porque nem sempre haverá a consecução da avença que se almeja com o contrato de corretagem. Ora, em alguns momentos, o proponente e o destinatário que foram aproximados pelo corretor celebrarão um negócio jurídico, encontrando condições que agradem a ambos; de outro lado, em outras oportunidades, isso pode não acontecer<sup>8</sup>.

Essa modalidade contratual possui como características: a) a consensualidade, em razão de sua formação ocorrer a partir do consenso das partes, ainda que não haja atuação do corretor; b) bilateralidade, tendo em vista a existência de obrigações e contraprestações para ambas as partes; c) onerosidade, pela possibilidade de existir retribuição pelos serviços prestados; d) inexistência de solenidade de forma; e) acessoriedade, porque sua existência está vinculada a busca de outro contrato; f) aleatoriedade, haja vista o fato de que, em geral, o direito à comissão do corretor depende de evento futuro e incerto<sup>9</sup>. Através dessas características, pode-se notar a intermediação de interesses pelo corretor, visando a um retorno financeiro.

O contrato de corretagem descrito no Código Civil é gênero, que possui como espécies a corretagem oficial e a corretagem livre. A primeira espécie de corretagem é aquela destinada apenas aos corretores investidos de ofício público, isto é, aqueles que possuem prerrogativas iminentes ao exercício de tal função e gozam de fé pública<sup>10</sup>. Esta espécie é dividida em seis classes: a) fundos públicos; b) mercadorias; c) navios; d) operações de câmbio; e) seguros; f) valores; tendo requisitos especiais

<sup>6</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 122.

<sup>7</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. v. 3. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>8</sup> USTÁRROZ, Daniel. *Contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>9</sup> JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. *Corretagem e transação imobiliária no Código Civil*. São Paulo: Edipro, 2014.

<sup>10</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2014.

tratados em leis específicas, não podendo ser desenvolvida por qualquer pessoa<sup>11</sup>. Já a segunda espécie de corretagem – qual seja, a livre – é a atribuída a quaisquer outras atividades e pode ser desempenhada por qualquer pessoa capaz, não dependendo de designação oficial<sup>12</sup>.

É justamente na modalidade de corretagem livre que se inclui a imobiliária. A lei que cuida do assunto é a já mencionada Lei n. 6.530/1978, que foi regulamentada pelo Decreto n. 81.871/1978 e traz alguns contornos para a atuação do intermediador nas compra e venda de bens imóveis.

A corretagem imobiliária é feita por profissionais que possuem autonomia e que não deve manter qualquer vínculo empregatício com as imobiliárias, as incorporadoras ou as construtoras. A atuação dos corretores deve sempre ser fundada de boa-fé e destinada a proteger os interesses tanto do proponente, como do oblato. Assim, “os corretores desempenham função de inegável relevância para o mercado imobiliário na medida em que oportunizam às partes um espaço favorável à negociação a fim de que, no exercício da autonomia de suas vontades, optem por entabular o negócio jurídico pretendido”<sup>13</sup>.

Entretanto, a corretagem imobiliária não se limita apenas a compra e venda de imóveis já construídos e aptos a morar, podendo tratar, inclusive, de contratos de compra e venda dos chamados “imóveis na planta” objetos de uma incorporação imobiliária. Esta incorporação pode ser entendida como um negócio jurídico em que

o incorporador se obriga a realizar, por si ou por terceiros, a construção de unidades imobiliárias em edificação coletiva e, bem assim, a transmitir a propriedade e a posse dessas unidades aos respectivos adquirentes; em contrapartida, obrigam-se os adquirentes a pagar o preço das unidades que se comprometeram a adquirir<sup>14</sup>.

Trata-se, portanto de uma modalidade de avença, regida pela Lei n. 4.591/64<sup>15</sup>, em que o incorporador de um terreno objetiva a venda de unidades

<sup>11</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. v. 3 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 597.

<sup>12</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>13</sup> BORGES, Marcus Vinícius Motter; RODRIGUES, Luiza Silva. A corretagem na incorporação imobiliária: limites e possibilidades à luz dos precedentes vinculantes definidos pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial Repetitivo (Temas 938 3 939). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14/2018, p. 179 – 206, Jan.-mar./2018.

<sup>14</sup> CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 24, n. 50, p. 92 – 135, jan.-jun. 2001.

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei n. 4.591/64*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm)>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

autônomas imobiliárias ainda em construção, que farão parte de edificações coletivas<sup>16</sup>. Para conferir segurança ao processo de incorporação, as vendas das unidades autônomas, durante a construção do imóvel coletivo, apenas poderá ocorrer depois que for realizado o registro da incorporação no cartório de registro de imóveis competente.

A partir desse momento, admite-se a possibilidade de realização de contrato de corretagem junto a agências imobiliárias e/ou corretores autônomos para que se possa promover a intermediação e a eventual comercialização das unidades, conhecidas como “imóveis na planta”. Nesse sentido, através da intelecção de interesses da incorporadora e dos compradores, dá-se a venda das partes autônomas do empreendimento.

Ocorre que, por vezes, a oferta aos pretensos compradores desses imóveis na planta é realizada em estandes de venda com propagandas do próprio incorporador, através de pessoas que não deixam clarividente aos oblatos se estão ali como corretores ou simples divulgadores sob subordinação do vendedor. Ou seja, aqueles que se dirigem aos estandes de venda – os consumidores –, por vezes, não conseguem distinguir se estão recebendo informações de um corretor de imóveis ou de um agente da equipe de vendas do incorporador.

Em que pese a atividade de comercialização de “imóveis na planta”, em geral, não fazer parte do seu objeto social do incorporador, essa informação não é de conhecimento irrestrito da coletividade, razão pela qual, não é esperado que aqueles que se dirigem aos estandes de venda já detenham essa informação. Na verdade, a maioria dos que procuram informações sobre tais bens não conhecem tal regra.

Em geral, ao se dirigirem os pontos de venda, os consumidores – oblatos – recebem a informação de valor total da negociação e as condições de pagamento, sem, contudo, haver a descrição de todos os itens que comporão as prestações devidas. Habitualmente, apenas no instante da formalização da avença é que se apresenta o detalhamento de todos os valores e o quê a estes se vinculam. E é nesse momento – já depois de toda negociação realizada, restando apenas a formalização – que os consumidores se deparam com a informação de que a comissão de corretagem e outros serviços congêneres estão incluídos no valor devido pelo comprador.

---

<sup>16</sup> BORGES, Marcus Vinícius Motter; RODRIGUES, Luiza Silva. A corretagem na incorporação imobiliária: limites e possibilidades à luz dos precedentes vinculantes definidos pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial Repetitivo (Temas 938 3 939). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14/2018, p. 179 – 206, jan.-mar./2018.

Aquele consumidor já fez planos, já se organizou financeiramente e se surpreende com o dever de assumir um encargo financeiro não descrito quando da apresentação da oferta, uma vez que o valor cheio apresentado não descreve a comissão de corretagem. A proteção ao consumidor – que não teve a devida informação durante a oferta – deve prevalecer em face do que está formalizado no contrato (muitas vezes até de difícil interpretação)? O fato de ter sido informado apenas na formalização escrita é suficiente?

## 2. RELAÇÃO DE CONSUMO E O DEVER DE BOA-FÉ

No Brasil, os consumidores possuem uma atenção especial da Constituição Federal de 1988, que os privilegia ao afirmar, no rol de direitos fundamentais, a necessidade de o Estado promover a proteção ao consumidor<sup>17</sup>, tendo em vista o respeito à dignidade da pessoa humana, elemento que fundamenta a República Federativa do Brasil<sup>18</sup>.

Não apenas no catálogo do art. 5º, a proteção constitucional do consumidor também é identificada quando a CF/88 cuida da Ordem Econômica brasileira, ofertando caráter principiológico à defesa dos destinatários finais de produtos e serviços<sup>19</sup>.

A necessidade de proteção dos consumidores surgiu em razão da fragilidade daqueles que estão à mercê dos fornecedores de produtos e serviços. Estes fornecedores, em geral, detinham – e continuam tendo – o conhecimento técnico e o poderio econômico capazes de se organizarem para convencer a população de que sua oferta era a melhor possível (ainda que não fosse).

Diante desse contexto, surgiu a necessidade de se atribuir um tratamento apto a minimizar a fragilidade dos destinatários finais. Esta preocupação e salvaguarda,

---

<sup>17</sup> Constituição Federal de 1988: Art. 5º – (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm)>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

<sup>18</sup> Constituição Federal de 1988: 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: (...) III – a dignidade da pessoa humana. BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm)>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

<sup>19</sup> Constituição Federal de 1988: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor. BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm)>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

no Brasil, passaram a ser debatidas a partir da década de 70, entretanto, foi apenas nos anos 80 que se fortaleceu<sup>20</sup>.

Outrora, quando da época do Estado Liberal, o tratamento dado aos fornecedores e consumidores era fundado pelas regras e princípios que envolviam a autonomia da vontade, liberdade de contratar e a mínima intervenção do Poder Público nas relações negociais. Defendia-se a igualdade jurídica formal dos sujeitos contratantes, sendo totalmente irrelevante a existência de qualquer desigualdade fática ou prática de abusos. Inexistia, por conseguinte, qualquer preocupação com a fragilidade das partes, como também, tratamento diferenciado pelo Direito para os consumidores e fornecedores. Ou seja, ambos eram partes do contrato em situação formal de igualdade, a despeito da eventual condição social e econômica, estando mesmo patamar de negociação<sup>21</sup>.

Entretanto, diante do desenvolvimento tecnológico (processo que surgiu a partir da Revolução Industrial<sup>22</sup>), os fornecedores de produtos e serviços começaram a se organizar para atuar com produção em série e fizeram com que a sociedade recebesse em maior quantidade seus objetos de produção, havendo um aumento no mercado de consumo. Ademais, os grandes fabricantes e industriários tinham um poder de organização capaz de estimular o consumo em massa, convencendo as pessoas da necessidade de obtenção e da indispensabilidade dos seus produtos e serviços. Via-se (e ainda vê-se) a disparidade entre fornecedores e consumidores, tanto social como economicamente.

O surgimento Estado Social e, junto com ele, dos princípios que o regem<sup>23</sup>, demonstraram a necessidade de se buscar uma igualdade material nas relações entre as pessoas. Foi com base nesse ideário que o atual Direito do Consumidor se fundou, na intenção de minimizar a alteridade entre as partes. Assim,

o princípio clássico da autonomia da vontade vai ser relativizado por preocupações de ordem social. Tentando harmonizar os interesses envolvidos em uma relação de

---

<sup>20</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

<sup>21</sup> NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47.

<sup>22</sup> Como Adolfo Mamoru Nishiyama afirma, do início da Revolução Industrial até o surgimento do liberalismo não se imaginava qualquer tipo de proteção jurídica ao consumidor, pois o voluntarismo era característica dessa época. O surgimento do liberalismo trouxe um tratamento formal igualitários entre fornecedor e consumidor. (*A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 48)

<sup>23</sup> Tais como os princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva e equivalência material.

consumo, as novas normas de tutela valorizam tanto a vontade como a boa-fé, a segurança e o equilíbrio das relações contratuais<sup>24</sup>.

Vive-se hoje em uma sociedade de consumo onde, constantemente as pessoas recebem informações e são convencidas de que necessitam de mais produtos e serviços, ou seja, estão em constante situação de fragilidade. Isso porque, por vezes a informação repassada aos consumidores não reflete necessariamente a realidade do que se está oferecendo. Há, por vezes, vícios na prestação de informação.

Diante da vulnerabilidade e da importância do consumidor como agente ativo na circulação de riquezas do país, o constituinte originário, como visto acima, inseriu a sua proteção no rol dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o Estado passa a ter o dever de promover e administrar políticas públicas e ações afirmativas aptas a propiciar tal salvaguarda, efetivando a igualdade material e mitigando a disparidade natural existente entre as partes na relação consumerista.

O principal instrumento legal de proteção é o Código de Defesa do Consumidor, que representa para a coletividade a “realização de um direito fundamental (positivo) de proteção do Estado”<sup>25</sup>, confeccionado com o condão de concretizar o princípio da isonomia, da igualdade material. Trata-se de um microsistema legislativo que trouxe um conjunto de princípios que devem ser observados quando da análise das relações consumeristas, dentre eles o da vulnerabilidade do consumidor<sup>26</sup>. Tal reconhecimento demonstra a intenção do CDC em dar um tratamento protetivo à parte mais frágil da relação.

A relação entre o incorporador e os compradores de imóveis na planta é uma típica relação de consumo em que, de um lado, há o fornecedor do imóvel que se organiza para convencer as pessoas da necessidade de adquirir suas unidades autônomas e, do outro lado, estão aqueles que recebem as informações da maneira conveniente pelos e para os proponentes. Para tanto, os primeiros montam estandes de venda e pulverizam toda publicidade para atrair compradores, que, não detém o conhecimento técnico-jurídico acerca das informações que estão sendo ofertadas, ape-

---

<sup>24</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 734

<sup>25</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor (LGL1990\40)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 66.

<sup>26</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

nas aceitam aquilo que lhes é repassado. Há uma fragilidade em relação aos consumidores e a contratação eventualmente realizada também fica eivada dessa mácula.

Ao analisar os dispositivos inseridos na Codificação Consumerista, percebe-se que o legislador nada mais fez do que aplicar os princípios contratuais do Estado Social. Ora, o olhar tradicional dos vínculos obrigacionais (que limitava os negócios jurídicos à análise unicamente dos elementos subjetivos, objetivos e do vínculo jurídico, como algo transitório e de interesse apenas das partes) não se coaduna com as hodiernas relações obrigacionais – especialmente as que envolvem consumidor –, tendo em vista que, com a mitigação da perspectiva exclusivamente patrimonialista,

se revelou inadequado e insuficiente para tutelar todas as vicissitudes inerentes à visão solidarista da relação obrigacional, que não mais se limita ao resultado da soma de débito e crédito, devendo abandonar tal posição estática para que o vínculo obrigacional seja visto como um processo de cooperação voltado para determinado fim<sup>27</sup>.

Assim, há necessidade de se fazer uma leitura dos negócios jurídicos – inclusive o que venda de imóveis na planta, que é objeto do presente ensaio – através de uma dimensão social, revelando uma necessária satisfação de todos os interesses postos no negócio, que vão além das cláusulas contratuais. O cuidado com os contratantes não deve ser limitado às letras do contrato firmado entre o incorporador e o consumidor.

Para tanto, além de observar os princípios individuais dos contratos<sup>28</sup>, deve-se considerar os negócios jurídicos com base nos “princípios contratuais típicos do Estado Social”, que são: função social do contrato, da equivalência material do contrato e da boa-fé objetiva<sup>29</sup>.

O princípio da função social do contrato reflete a ideia de que “os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevalentes”<sup>30</sup>. Nesse sentido, realização do negócio

---

<sup>27</sup> EHRHARDT JR. Relação Obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. n. 56, Curitiba, p. 141-155, 2012, p. 144-145.

<sup>28</sup> Tais como o relatividade dos contratos e da *pacta sunt servanda*.

<sup>29</sup> LÔBO, Paulo. Princípios contratuais. Princípios sociais dos contratos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3750, 7 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25359>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>30</sup> LÔBO, Paulo. Princípios contratuais. Princípios sociais dos contratos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3750, 7 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25359>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

jurídico (formação e cumprimento), não deve se contrapor aos interesses sociais, afinal estão em patamar de prevalência em face dos interesses individuais. Nas relações de consumo o cumprimento da função social deve ser observado antes mesmo da eventual consecução do negócio, isso porque já desde a oferta ao público não se deve ter como prevalente o interesse do fornecedor que, no caso em análise do presente ensaio diz respeito aos incorporadores. Os incorporadores devem agir em prol do interesse coletivo, respeitando a forma de divulgação de produtos e serviços de maneira adequada a ponto de não gerar prejuízos ao grupo de pessoas que estão na iminência de adquirirem as unidades imobiliárias.

O princípio da equivalência material está inserido na função social do contrato. Independente de se considerá-lo como princípio ou tentáculo da função social, a ideia de equilíbrio contratual deve ser observada em qualquer avença. Isso porque, não se admite prestações desproporcionais, tendo em vista que “o desequilíbrio mostrou-se insuportável para a visão do contrato contemporâneo, com a superação da concepção simplesmente liberal”<sup>31</sup>.

O outro princípio que deve ser observado nas relações e, talvez, o mais utilizado para fundamentar a discussão do presente, é o da boa-fé objetiva, que significa

uma atuação refletida, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes<sup>32</sup>.

Tem-se, portanto, que a boa-fé objetiva impõe limites de conduta aos contratantes, exigindo deles a abstenção de prática de condutas abusivas. Dentre os princípios que regem as relações consumeristas está o princípio da boa-fé, inserido textualmente no CDC, quando este trata da Política Nacional das Relações de Consumo, especificamente no art. 4º, inciso III<sup>33</sup>. Este comando legal impõe que

---

<sup>31</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Principiologia contratual e a valoração ética no Código Civil Brasileiro. *Civilistica.com*. Revista eletrônica de Direito Civil. ISSN 2316-8374, a.3. n. 1, 2014, p. 9.

<sup>32</sup> GOMIDE, Alexandre Junqueira. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*. vol. 45/2011, p. 71-87, jan.-mar./2011, p. 75.

<sup>33</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a

as relações entre fornecedor e consumidor devem ser pautadas na boa-fé e no equilíbrio e foi fundado na solidariedade social prevista na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o dever de agir com boa-fé, posto literalmente no comando acima mencionado, é destinado tanto aos fornecedores como aos consumidores, afinal “as partes, nas relações contratuais, devem manter posturas de cooperação, transparência e lealdade recíprocas, de modo a respeitar as legítimas expectativas geradas no outro”<sup>34</sup>. É transparência que se espera do incorporador no instante de divulgação dos seus produtos.

Trata-se de um dever geral de conduta<sup>35</sup> que tem que ser observado por ambas as partes antes mesmo da realização do negócio, durante a sua consecução e em momento posterior.

A boa-fé objetiva estabelece limites aos contratantes, impondo um dever de abstenção de prática de condutas abusivas e desproporcionais. Cláudia Lima Marques<sup>36</sup> afirma que a boa-fé objetiva

significa atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Ou seja, é um dever de conduta que atribui ao homem um comportamento honesto probo, leal e equilibrado, fazendo-se a observância de atuação de maneira socialmente aceitável capaz de estabelecer uma confiança legal entre as partes<sup>37</sup>. Assim, é dever tanto do consumidor como do fornecedor a adoção expedientes que demonstrem a intenção de agir honestamente, que revelem o ânimo de colaborar

---

viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

<sup>34</sup> Trecho retirado do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1613644/SP, que tratava acerca de legítima expectativa e boa-fé nas relações de consumo. (Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2016, *DJe* 30/09/2016).

<sup>35</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 56, p. 141-155, 2012.

<sup>36</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 216.

<sup>37</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 126.

para a boa relação contratual, desde as tratativas negociais, durante a confecção do contrato, o cumprimento, até a fase pós-contratual<sup>38</sup>. Nesse sentido, não obstante a boa-fé objetiva estar expressa nos textos legais, esta “é vista como um princípio atualmente positivado, mas antes extralegal”<sup>39</sup>.

A boa-fé objetiva como modelo comportamental faz gerar alguns deveres gerais de conduta para as partes, tais como o dever de proteção, de informação e de lealdade, como aponta Marcos Ehrhardt Júnior<sup>40</sup>.

O que se questiona é o fato de que, quando o incorporador organiza seu estande para vender suas unidades imobiliárias sem deixar claro – durante a oferta ao público – que o faz através de corretagem, age de boa-fé e cumpre seu dever de informar durante a oferta.

### **3. O DEVER DE INFORMAÇÃO E A COBRANÇA DE TAXA DE CORRETAGEM EM FACE DO COMPRADOR**

A partir do momento em que se realiza a compra e venda de “imóveis na planta” através de uma corretagem, nasce o direito de o corretor receber a remuneração que lhe é devida, a chamada comissão de corretagem, como prevê o Código Civil, em seu artigo 725<sup>41</sup>. Porém, esse contrato de corretagem deve ser feito de maneira tal que possibilite aos comprador e vendedor saberem que por um corretor estão sendo intermediados.

Por vezes, isso só é descoberto pelo comprador no momento em que formaliza o contrato e percebe que a ele está sendo atribuindo o dever de arcar com a retribuição financeira do contrato de corretagem, inicialmente, feito pelo incorporador. Isso porque, durante a oferta, a prestação de informação não é suficiente e clara. Em geral, não se descreve a composição da prestação devida quando se oferece o imóvel na planta; ou seja, limita-se apenas ao dever de avisar acerca do valor final

---

<sup>38</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 42/2002, p. 187-195, abri-jun/2002.

<sup>39</sup> BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 971/2016 | p. 145-164 | Set./2016, p. 147.

<sup>40</sup> EHRHARDT JR., Marcos. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 551-586, maio/ago. 2013, e-ISSN: 2317-2150, p. 563.

<sup>41</sup> Código Civil: Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes. BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

do pagamento. A descrição detalhada costuma ser feita apenas no instante da formalização do contrato.

Em decisão, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, tombado sob o número n. 1.599.511 – SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, tratou do assunto, afirmando, em síntese, pela

Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem<sup>42</sup>.

A decisão em apreço, em que pese ter bem tratado acerca do contrato de corretagem, deixou de levar em consideração o contexto fático que normalmente ocorre quanto da realização das vendas em estandes da incorporadora. Ora, é usual que toda ornamentação do local e, às vezes, até a vestimenta das pessoas que atendem o público tenha sinais distintivos que indicam a vinculação ao incorporador. Em geral, quando o público pede informações de preços, é comum que se apresente o valor cheio do imóvel, incluindo os encargos com a corretagem, sem que haja sua prévia discriminação durante a oferta ao público.

Ocorre que, “o direito à informação adequada, suficiente e veraz é um dos pilares do direito do consumidor”<sup>43</sup>. Esse direito à informação não se limita às cláusulas contratuais, devendo ser aplicado desde a confecção da oferta. A oferta ou proposta nada mais é do que

a declaração de vontade direcionada à realização de um contrato [...]. Como o contrato é o acordo entre duas ou mais vontades, é necessário que um dos futuros contraentes tome a iniciativa de propor o negócio, dando início à formação do contrato; e como que olicita a manifestação de vontade, a concordância do outro contraente (aceitação) ao negócio que está propondo. A oferta é o elemento inicial do contrato<sup>44</sup>.

Sua apresentação deve ser de tal forma que deixe clarividente todos os elementos que estarão presentes no pretense contrato, especialmente, aqueles que gerarão despesas para o consumidor. O CDC, em seu artigo 31, ao tratar da oferta aos consumidores, aduz que

<sup>42</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1599511/SP*, Rel. do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 24/08/2016, *DJe* 06/09/2016.

<sup>43</sup> LÔBO, Paulo. A informação como um direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 37/2001, p. 59 – 76, jan.-mar./2001.

<sup>44</sup> MARQUES, Claudia; BENJAMIN, Antônio; MIRAGEM, Bruno. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2006, p. 463.

a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores<sup>45</sup>.

Ao afirmar que a oferta deve ter informações precisas e ostensivas, significa dizer que ela deve conter os elementos indispensáveis para que o consumidor possa conhecer e optar pela contratação. Ora, não se pode falar de boa-fé quando se transfere o encargo para o consumidor arcar com valores que costumeiramente são pagos pelos vendedores de imóveis em corretagens feitas sem incorporação, sem ao menos deixar clarividente isso na oferta. Afirmar que o contrato escrito já traz tal informação não é suficiente para se verificar a transparência, clareza, precisão e ostensividade da oferta, afinal não basta apenas informar o preço, mas detalhar o que ele remunera.

A ausência de informação adequada durante a oferta é considerada falha na prestação do serviço, isso porque o dever de informação, como mencionado acima, também surge como tentáculo da boa-fé objetiva e “pressupõe que o consumidor tenha ciência prévia de todas as especificidades do produto ou do serviço para que, no livre exercício de sua vontade, possa optar ou não pela aquisição ou contratação”<sup>46</sup>.

Nesse sentido, nas relações de consumo, gera “o dever para o fornecedor de esclarecer ao consumidor sobre todos os elementos do produto ou do serviço”<sup>47</sup>, isto é, a necessidade de apontar os dados bastantes a permitir a cognoscibilidade que o consumidor necessita para fazer suas escolhas.

Sobre o assunto, Marcos Ehrhardt Júnior afirma que “que impõe às partes a obrigação de advertir, explicar, esclarecer, avisar e prestar contas sempre que se fizer necessário, em especial quando da ocorrência de circunstância ainda desconhecida da outra parte”<sup>48</sup>, tratando-se, pois, de obrigação de meio de não de resultado. Tem-se da necessidade de informar o suficiente para que consumidor com cognoscibilidade, discernimento e capacidade suficientes possa opinar pela contratação ou não com o serviço de corretagem incluso.

---

<sup>45</sup> BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

<sup>46</sup> BORGES, Marcus Vinícius Motter; RODRIGUES, Luiza Silva. A corretagem na incorporação imobiliária: limites e possibilidades à luz dos precedentes vinculantes definidos pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial Repetitivo (Temas 938 3 939). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14/2018, p. 179-206, jan.-mar./2018.

<sup>47</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudencial*. 7. ed.. rev. ampl. atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 50.

<sup>48</sup> EHRHARDT JR., Marcos. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 551-586, maio/ago. 2013, e-ISSN: 2317-2150, p. 563.

No momento em que o consumidor se dirige ao estande de venda do incorporador para verificar a possibilidade de adquirir uma unidade imobiliária autônoma, depare-se com alguém que, em geral, passa as características dos imóveis e os valores finais de pagamento, sem contudo, haver o detalhamento do que compõem tais valores finais. Tampouco, é costumeiro que se esclareça que não se trata de um agente subordinado ao incorporador, mas de um corretor que ali está como intermediador das negociações.

Como mencionado acima, em que pese a atividade de venda não ser objeto social do incorporador, essa informação não de conhecimento geral de todos, não é algo que o homem médio consiga facilmente identificar e discernir. Pouco, inclusive, consegue sequer dominar os contornos básicos de um contrato de incorporação imobiliária. Nesse sentido, deveria o incorporador deixar tais informações clávidas desde a proposta e não apenas no instante da formalização do contrato. Há que se respeitar a liberdade do consumidor que conscientemente tomará as decisões acerca da compra do imóvel e dos valores que eventualmente pagará.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2016, posicionou-se acerca da validade de cláusula contratual que transfere ao consumidor comprador o dever de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

A decisão se funda em uma liberdade contratual que se divorcia de fato das regras e princípios jurídicos que regem os contratos, em especial as relações de consumo brasileiras. Mais do que em qualquer outra relação contratual, nas relações de consumo o dever de informar com clareza impõe aos contratantes que a ausência ou insuficiência de informação leva à má-fé da(s) parte(s) no contrato.

A suposta autonomia privada que serviu como fundamento para a decisão do STJ não é absoluta, sofrendo limites e sendo conformada pela função social e boa-fé contratuais. Mesmo sendo a essência do contrato, a autonomia não pode ser levada ao patamar de uma supremacia sobre os demais princípios, sob pena de se levar a um estado de injustiça contratual.

Pelo contrário do que se imagina, a autonomia privada leva ao seu extremo, mais do que trazer uma liberdade para as partes no contrato, quando má utilizada acarreta em profunda injustiça, notadamente para relações de consumo, como a analisada pelo STJ.

Neste sentido, como afirma Henri Lacoirdaire “entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre o senhor e o servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta”<sup>49</sup>. A legislação, portanto, é de clareza hialina que falta aos contratos que impõe aos contratantes a cobrança de taxas não informadas no momento de se firmar o contrato, sendo impossível a sua cobrança sem a ofensa à boa-fé objetiva e função social dos contratos.

## REFERÊNCIAS

BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 971/2016, p. 145-164, set./2016.

BORGES, Marcus Vinícius Motter; RODRIGUES, Luiza Silva. A corretagem na incorporação imobiliária: limites e possibilidades à luz dos precedentes vinculantes definidos pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial Repetitivo (Temas 938 3 939). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14/2018, p. 179-206, jan.-mar./2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1599511/SP*, Rel. do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 24/08/2016, *DJe* 06/09/2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 24, n. 50, p. 92 – 135, jan.-jun. 2001.

EHRHARDT JR., Marcos. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 551-586, maio/ago. 2013, e-ISSN: 2317-2150

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 56, p. 141-155, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudencial*. 7. ed.. rev. ampl. atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 50.

GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. Os novos rumos do contrato de corretagem e sua inserção nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel: duas faces de uma mesma moeda. *Revista da EJUSE*, Aracaju, n. 18, p. 371-391, 2013.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*. vol. 45/2011, p. 71-87, jan.-mar./2011, p. 75.

---

<sup>49</sup> LACOIRDAIRE, Henri Dominique. *Conferences de Notre-Dame de Paris*. Sagnier et Bray, 1848, p. 246.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Principiologia contratual e a valoração ética no Código Civil Brasileiro. *Civilistica.com*. Revista eletrônica de Direito Civil. ISSN 2316-8374, a. 3. n. 1, 2014.

JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. *Corretagem e transação imobiliária no Código Civil*. São Paulo: Edipro, 2014.

LACOIRDAIRE, Henri Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como um direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 37/2001, p. 59-76, jan.-mar./2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. Princípios sociais dos contratos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3750, 7 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25359>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 42/2002, p. 187-195, abri-jun/2002.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio; MIRAGEM, Bruno. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: RT, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. v. 3. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. v. 3 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 597.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 122.

USTÁRROZ, Daniel. *Contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2015.

---

# COMISSÃO DE CORRETAGEM EM COMPRA E VENDA SUBMETIDA À INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA QUEM DEVE PAGAR?

*Luciana Pedroso Xavier\**  
*Adroaldo Agner Rosa Neto\*\**

**Sumário:** Introdução – 1. O entendimento do STJ antes do REsp 1.599.511/SP – 2. O julgamento do REsp 1.599.511/SP – 3. Comentários críticos – Considerações finais – Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto das discussões travadas no painel de Contratos do XV Encontro de Grupos de Pesquisa em Direito Civil da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, da Universidade Federal do Paraná, da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade de São Paulo, realizado no início de junho de 2017 na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

No ensejo de adotar um formato de evento que propiciasse uma troca de ideias mais frutífera entre os membros dos grupos, para cada painel foi escolhido um julgado relevante advindo de um dos Tribunais Superiores para nortear os trabalhos.

---

\* Doutora e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFPR. Professora substituta de Direito Civil na Faculdade de Direito da UFPR. Professora do Unicuritiba. Advogada em Curitiba. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico.

\*\* Advogado em Curitiba. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFPR. Pesquisador no Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico.

Por se tratar de um Encontro longo, contabilizando 15 edições, optou-se por adotar um modelo que possibilitasse maior diálogo entre os participantes e, ao mesmo tempo, o aprofundamento dos temas examinados. A edição e publicação de seus anais coroam o sucesso do evento, oportunidade em que se expressa gratidão pela calorosa acolhida dos amigos “das Arcadas”.

Na mesa destinada ao estudo dos contratos, foi eleito o Recurso Especial n. 1.599.511/SP, o qual, juntamente com outros quatro, foi escolhido como representativo de controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo sido afetado ao julgamento do tema/repetitivo n. 938. O REsp 1.559.511/SP trata da possibilidade de repassar o dever de pagamento da comissão de corretagem para o consumidor adquirente de imóvel objeto de incorporação imobiliária, bem como da cobrança pelo promitente-vendedor da taxa pelo serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI).

Cabe ressaltar que a escolha do julgado foi muito oportuna ante a importância social da controvérsia, uma vez que esse se encontra ligado ao direito fundamental e social à moradia. Igualmente, o grande número de ações que na época tramitava no país (contabilizavam-se mais de 15 mil processos)<sup>1</sup> justificava um enfrentamento pelo Superior Tribunal de Justiça voltado para uniformizar a interpretação dessa questão.

Dada a riqueza de prismas pelos quais esses temas podem ser explorados, cada pesquisador elegeu o seu recorte. No caso dos autores, a opção foi por dar ênfase na fundamentação da decisão e nas insuficiências existentes na tese jurídica firmada a partir do julgamento do referido Recurso. Para tanto, iniciar-se-á pela análise da jurisprudência do STJ antes da afetação, com o objetivo de analisar qual exatamente era a posição da Corte acerca do assunto.

Em seguida, é examinado o REsp 1.599.511/SP, para o fim de se averiguar o motivo pelo qual ocorreu a sua afetação, qual foi a decisão proferida pelo STJ, em que termos ocorreu (se por unanimidade ou maioria) e quais os argumentos utilizados na sua fundamentação.

Em prosseguimento, são tecidas considerações críticas sobre a fundamentação da decisão e a elaboração da tese jurídica firmada no aludido Recurso, com ênfase na suficiência ou não do cumprimento do dever de informação ao consumidor pelo promitente-vendedor.

Por fim, são apresentadas as considerações finais e apontamentos prospectivos acerca do REsp 1.601.149/RS, o qual ainda está pendente de julgamento e versa

---

<sup>1</sup> As informações estão disponíveis em: <[http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp)>. Acesso em: 18. abr. 2018.

sobre a cobrança de comissão de corretagem em aquisições realizadas no âmbito do programa Minha Casa, Minha Vida.

## 1. O ENTENDIMENTO DO STJ ANTES DO RESP 1.599.511/SP

Os temas debatidos no REsp 1.599.511/SP – a possibilidade ou não de transferência da comissão de corretagem ao consumidor e a validade da cobrança da taxa SATI – há tempos são pontos controvertidos na jurisprudência dos Tribunais Estaduais.<sup>2</sup>

Para compreender o posicionamento que o STJ adotava antes do julgamento do recurso em comento, realizou-se pesquisa em sua base de decisões. Como critério temporal, fixou-se o período referente aos três anos anteriores à afetação do REsp 1.551.956/SP (primeiro recurso a ser afetado ao tema n. 938), ocorrida em 08.09.2015. Os critérios materiais foram os assuntos debatidos: (i) cobrança de comissão de corretagem na compra e venda de imóvel na planta, e (ii) a validade da cobrança da taxa SATI. Utilizaram-se os termos “comissão de corretagem” e “taxa SATI” na busca de cada um dos critérios materiais, restrita à sua ocorrência na ementa/indexação. A pesquisa resultou em 43 ocorrências para o primeiro critério e nenhuma para o segundo.

No primeiro critério, ou seja, o da comissão de corretagem, apenas 11 dessas ocorrências<sup>3</sup> tratavam da matéria aqui discutida. As outras 32 ocorrências tratavam, em sua maioria, ou de cobrança de comissão de corretagem por corretor particular ou de comissão de corretagem em seguros, não guardando pertinência com o tema investigado.

Nas 11 ocorrências em que a questão de fato foi a discussão sobre a transferência do pagamento da comissão de corretagem ao consumidor na compra e venda de imóvel na planta, houve negativa de seguimento aos recursos especiais.

---

<sup>2</sup> Pode-se citar, apenas a título de exemplo, decisões diametralmente opostas proferidas em datas muito próximas nos Tribunais de Justiça do Paraná e de São Paulo: Apelação Cível n. 1183579-9 do TJPR, rel. Denise Krüger Pereira, j. 15.07.2015, reconhecendo ilegalidade da transferência; Apelação Cível n. 1359526-7 do TJPR, rel. Prestes Mattar, j. 21.07.2015, reconhecendo a legalidade da transferência; Apelação Cível n. 1010810-80.2014.8.26.056 do TJSP, rel. José Aparício Coelho Prado Neto, j. 04.08.2015, reconhecendo a legalidade da transferência; Apelação Cível n. 0010376-07.2012.8.26.0008 do TJSP, rel. Airton Pinheiro de Castro, j. 27.07.2015, reconhecendo a ilegalidade da transferência.

<sup>3</sup> Trata-se dos recursos AgRg no AREsp 316936/RJ, AgRg no AREsp 699002/SP, AgRg no AREsp 690181/RJ, AgRg no AREsp 746601/RJ, AgRg no REsp 1454248/RJ, AgRg no AREsp 685109/SP, AgRg no AREsp 636628/RJ, AgRg no AREsp 609315/DF, AgRg no AREsp 592334/DF, AgRg no AREsp 502177/RJ e AgRg no AREsp 269915/RJ.

A argumentação foi de que a análise da abusividade desse pagamento demandaria o reexame de cláusulas contratuais e/ou o reexame de provas, o que seria vedado pelas Súmulas 5<sup>4</sup> e 7<sup>5</sup> do STJ.

No segundo critério, o da validade da taxa SATI, a pesquisa não encontrou nenhuma ocorrência dentro do critério temporal estabelecido. Isso não significa que o STJ tenha deixado de enfrentar o tema. Provavelmente o fez, mas de maneira que o termo “taxa SATI” não constasse na ementa ou na indexação. De todo modo, parece razoável supor que a análise da taxa SATI segue a mesma sorte da análise da cláusula de corretagem no entendimento do STJ: a negativa do seguimento do recurso em razão da vedação das Súmulas 5 e 7.

A partir dessa breve pesquisa, é possível fazer dois apontamentos sobre o entendimento do STJ antes do julgamento do REsp 1.551.956/SP. O primeiro é a sinalização, ainda que de forma implícita, que a transferência do pagamento da taxa de corretagem ao consumidor em compra e venda de imóveis na planta é matéria eminentemente contratual, fato que, como veremos, coaduna-se com o voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, na relatoria dos recursos repetitivos, quando argumenta que as incorporadoras podem repassar aos consumidores o dever de arcar com a comissão de corretagem, pois trata-se de ambiente de Direito Privado, prevalecendo a autonomia das partes.

O segundo, em verdade, é um questionamento: se a matéria é eminentemente contratual, de que forma acabou se tornando objeto de julgamento de recursos repetitivos em Corte cuja competência constitucional é a uniformização da aplicação da legislação federal?

Cumpra mencionar o voto do Min. João Otávio de Noronha, no REsp 1.288.450/AM, julgado em 24.02.2015, que, apesar de não tratar sobre corretagem na compra e venda de imóveis na planta, é marco nessa transição entre o entendimento até então esboçado e o julgamento do tema/repetitivo n. 938.

No REsp 1.288.450/AM, ao se analisar o contrato verbal de corretagem, entendeu-se que o incumbente é o responsável pelo pagamento do corretor, afastando tentativa de aplicação do art. 490 do Código Civil de 2002 ao caso ali discutido, que deixa a cargo do comprador despesas de escritura e registro. Interessante notar que o voto já indicava o futuro entendimento da Corte, ao consignar que a regra geral impõe ao incumbente o pagamento da corretagem, “salvo estipulação das

---

<sup>4</sup> Súmula 5 do Superior Tribunal de Justiça: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”.

<sup>5</sup> Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

partes”. Na prática, isso equivale a autorizar às partes da negociação o ajuste entre si do pagamento da taxa de corretagem.

Assim, em resumo, pode-se afirmar que o STJ, antes do julgamento do tema/repetitivo n. 938, não abordou de forma direta a quem incumbiria arcar com a comissão de corretagem do imóvel objeto de incorporação imobiliária, restringindo ao âmbito dos Tribunais Estaduais as discussões sobre a matéria.

## 2. O JULGAMENTO DO RESP 1.599.511/SP

O Recurso Especial n. 1.599.511/SP, como visto, é um dos recursos que compuseram julgamento mais amplo, feito pelo STJ no tema/repetitivo n. 938, cuja relatoria coube ao Min. Sanseverino. Ao todo, foram selecionados cinco recursos como representativos de controvérsia, são eles: REsp 1.551.956/SP, REsp 1.599.510/SP, REsp 1.599.511/SP, REsp 1.599.618/SP, REsp 1.602.800/DF.<sup>6</sup>

No tema/repetitivo n. 938, três questões foram submetidas a julgamento: (i) prescrição da pretensão de restituição das parcelas pagas a título de comissão de corretagem e de assessoria imobiliária, sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor; (ii) validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem de imóvel adquirido na planta; e (iii) validade da cobrança da taxa de assessoria técnico-imobiliária (SATI).

A decisão do relator determinando a suspensão de todas as ações em trâmite, inclusive no primeiro grau, que versassem sobre as questões de direito que foram objeto de afetação foi publicada em 18.12.2015. Ao todo, foram suspensos 15.654 processos até o julgamento do tema.

O STJ realizou, em 09.05.2016, audiência pública<sup>7</sup> da qual participaram representantes de entidades ligadas à matéria debatida. Além disso, os Professores

---

<sup>6</sup> O STJ mantém mecanismo de busca específico para os Recursos Repetitivos e Incidentes de Assunção de Competência em seu sítio eletrônico, trazendo informações detalhadas sobre a numeração dos temas, situação, ramo do direito, assunto, questão submetida a julgamento, tese firmada, informações complementares, grupos de processos afetados e número de processos suspensos. As informações apresentadas neste item sobre o tema em comento estão disponíveis no seguinte *link*: <[http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp)>. Acesso em: 18. abr. 2018.

<sup>7</sup> A audiência pública está disponível na íntegra no espaço mantido pelo STJ no *site* de compartilhamento de vídeos *YouTube*, no seguinte *link*: <<https://www.youtube.com/watch?v=Q09dwudg9RA>>. Acesso em: 20. abr. 2018. A programação da audiência pode ser encontrada na revista eletrônica *Consultor Jurídico*: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-09/stj-debate-legalidade-cobranca-taxas-venda-imovel>>. Acesso em: 20. abr. 2016.

Araken de Assis, Ada Pellegrini Grinover, Bruno Miragem, Cláudia Lima Marques, Gustavo Franco e Humberto Theodoro Júnior emitiram parecer em favor da tese sustentada pelas incorporadoras; a Professora Judith Martins-Costa e o advogado Gustavo Haical emitiram parecer em favor da tese sustentada pelos consumidores, todos colacionados aos autos.

O julgamento do tema/repetitivo n. 938 foi realizado em conjunto com o de n. 939 (que versava sobre a legitimidade passiva das incorporadoras para figurarem nas ações de repetição de indébito das taxas de corretagem e SATI), em 26.08.2016; mas apenas os REsp 1.599.511/SP, REsp 1.551.956/SP (tema n. 938), REsp 1.551.951/SP e REsp 1.551.968/SP (tema n. 939) serviram de objeto de discussão. Os outros sofreram desfetação após as teses terem sido firmadas.

No tema n. 938, firmaram-se as seguintes teses: (i) *incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (artigo 206, § 3º, IV, CC)* (REsp 1.551.956/SP); (ii) *validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem* (REsp 1.599.511/SP); (iii) *abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel* (REsp 1.599.511/SP).

Como dito, a análise empreendida aqui está restrita ao REsp 1.599.511/SP, de modo que não se abordará a questão da prescrição que, por sua complexidade, merece tratamento em apartado. Igualmente não será enfrentada a problemática da legitimidade da incorporadora, discutida no tema n. 939.

No voto do REsp 1.599.511/SP, o Min. Relator, após analisar a natureza jurídica do contrato de corretagem, conclui que, em princípio, cabe ao incumbente pagar a comissão de corretagem. Em tese, portanto, seria dever da incorporadora pagar os corretores que disponibiliza em seu *stand* de vendas.

Todavia, deixando claro que a questão se situa no âmbito do Direito Privado, completa o Min. Sanseverino que “naturalmente [...] pode haver a transferência desse encargo, mediante cláusula expressa no contrato principal, à outra parte interessada no negócio”.<sup>8</sup> Pois, nos termos do voto, o Direito do Consumidor, apesar

---

<sup>8</sup> Todas as citações entre aspas ou com recuo, que não possuam referência diversa no rodapé, foram extraídas do voto do Min. Sanseverino no julgamento do REsp 1.599.511/SP.

do caráter protecionista, não subverte “[...] a natureza onerosa das relações negociais no mercado de consumo [...]”.

Ainda, segundo o Relator, essa transferência deve observar o dever de informação, contido nos arts. 31, 46 e 52 do CDC e no Decreto n. 5.903/2006, seja nas vendas a prazo – como usualmente ocorre no mercado imobiliário –, seja nas vendas à vista. A validade da cláusula que transfere o pagamento da comissão de corretagem ao consumidor depende, portanto, da informação clara, “[...] até o momento da celebração do contrato, acerca do preço total da unidade imobiliária, incluído nesse montante o valor da comissão de corretagem”.

Consignou-se no voto que a violação desse dever de informação impõe a incidência do art. 30 do CDC,<sup>9</sup> segundo o qual o consumidor terá direito de exigir o cumprimento da proposta pelo preço ofertado. Logo, sem previsão expressa no contrato, não é possível a cobrança da taxa de corretagem. Caso haja recusa da incorporadora em cumprir a proposta, o consumidor poderá exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos do art. 35 do CDC.<sup>10</sup>

No que toca à taxa SATI, entendeu o STJ que a cláusula que a contém é abusiva; em primeiro lugar, pelos serviços prestados serem inerentes ao contrato celebrado e, em segundo lugar, por ser o serviço de assessoria personalíssimo.

Feito esse relato acerca do julgamento do REsp 1.559.511/SP, torna-se possível tecer os comentários críticos pertinentes, o que se faz no próximo item do presente estudo.

### 3. COMENTÁRIOS CRÍTICOS

A questão dos imóveis residenciais sempre possuiu imensa repercussão social e econômica no Brasil<sup>11</sup>. Exemplo disso é a obra do grande sociólogo Gilberto

---

<sup>9</sup> Art. 30 do Código de Defesa do Consumidor: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

<sup>10</sup> Art. 35 do Código de Defesa do Consumidor: “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”.

<sup>11</sup> Nesse sentido, Rodrigo Xavier Leonardo afirma que “a habitação constitui um bem voltado para a satisfação de uma necessidade básica do sujeito, qual seja, a moradia”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 38. Sobre

Freyre, da qual se extrai frase antológica sobre o tema: “[t]er casa – casa própria – é ideal de quase todo brasileiro: mesmo que seja o que às vezes por modéstia se define como um mucambinho, visita bem acolhida: ‘a casa é sua’”.<sup>12</sup>

Tal fato, por óbvio, não poderia deixar de apresentar contornos jurídicos. Basta lembrar, *v. g.*, as diversas Leis que buscaram regular as locações de imóveis no País ao longo do século passado, adequando-se aos valores e necessidades de cada época, ora tutelando mais os interesses dos locadores, ora dos locatários.

O tema da compra e venda de imóveis na planta, em específico, ganhou relevo nos últimos 12 anos, embalado pelo crescimento econômico experimentado no Brasil. No ano de 2014, o mercado imobiliário alcança o ápice do período, quando foram financiados 538,3 mil imóveis.<sup>13</sup>

A crise político-econômica, vivenciada no País a partir do final de 2014, acabou representando um “abafamento” no *boom* imobiliário registrado até então. O ano de 2015 terminou com uma queda de 33% nos valores envolvidos nesse mercado com relação ao ano anterior. Foram financiadas apenas 342 mil unidades.<sup>14</sup>

A diminuição no número de novos financiamentos foi acompanhada do crescimento no número de inadimplementos nos financiamentos já existentes. No ano de 2009, o equivalente a R\$ 1,2 bilhão em contratos de financiamento estavam em risco por falta de pagamento; no ano de 2017, esse número superou os R\$ 8 bilhões.<sup>15</sup>

Esse breve panorama socioeconômico consegue transmitir o impacto que julgamentos como o do REsp 1.559.511/SP proporcionam no dia a dia da população. Isso explica a participação de entidades como a Associação Brasileira de Incorpora-

---

o direito fundamento à moradia, cf. PONTES, Daniele Regina. *O direito à moradia: entre o tempo e o espaço das apropriações*. 2013. Tese (Doutoramento em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba – Paraná, 2013, 215f.

<sup>12</sup> FREYRE, Gilberto. *Oh de casa!* em torno da casa brasileira e de sua projeção sobre um tipo nacional de homem. Rio de Janeiro: Artenova, 1979, p. 26 (grifou-se).

<sup>13</sup> O auge e a queda do mercado imobiliário em uma década. *GI*. 01.04.2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especial-publicitario/zap/imoveis/noticia/2016/04/o-auge-e-queda-do-mercado-imobiliario-em-uma-decada.html>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

<sup>14</sup> O auge e a queda do mercado imobiliário em uma década. *GI*. 01.04.2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especial-publicitario/zap/imoveis/noticia/2016/04/o-auge-e-queda-do-mercado-imobiliario-em-uma-decada.html>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

<sup>15</sup> MENEZES, Fabiane Ziolla. Cresce a retomada de imóveis por inadimplência. Saiba como escapar dessa. *Gazeta do Povo*, 05.04.2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/financas-pessoais/cresce-a-retomada-de-imoveis-por-inadimplencia-saiba-como-escapar-dessa-8g7e4h812l2c79jwqlh8x6nfo>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

doras Imobiliárias – ABRAINCO, o Conselho Federal de Corretores de Imóveis – COFECI, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, o Instituto Potiguar de Defesa dos Consumidores – IPDCON, o Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado do Rio Grande do Norte, o Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo, a Associação Cidade Verde – ACV, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção Civil, o Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – SINDUSCON-FPOLIS, a Defensoria Pública da União e a própria União Federal, na qualidade de *amici curiae* no julgamento. Explica, também, os pareceres de importantíssimos juristas brasileiros, cujos nomes já foram citados.

Tais pareceres apresentaram argumentos relevantes, tanto pela invalidade da cláusula que transfere ao consumidor o pagamento da comissão de corretagem e da taxa SATI quanto pela sua validade.

Porém, tem-se que toda essa densidade teórica e social não ficou perfeitamente refletida nos termos da fundamentação utilizada no julgamento do recurso em comento, como se argumentará a partir de agora.

Do ponto de vista estrutural, a fundamentação do voto do Min. Sanseverino divide-se em quatro partes, a saber: (i) a natureza jurídica do contrato de corretagem no Código Civil; (ii) a especificidade da corretagem na compra e venda de unidades autônomas em incorporação imobiliária; (iii) o dever de informação imposto ao fornecedor; e (iv) o serviço de assessoria técnico-imobiliária; estas, por seu turno, subdivididas em outras menores.

Na primeira parte, o voto valeu-se de citações legislativas e doutrinárias, apontando a natureza do contrato de corretagem, enfatizando a refinada controvérsia doutrinária acerca da parcialidade ou não do corretor na atividade de intermediação, para concluir que, de “[...] todo modo, a solução da controvérsia posta no presente processo não se situa nesse ponto”.

Proseguindo na investigação, o voto estabeleceu, também com apoio na doutrina e na jurisprudência daquela Corte, que o devedor da comissão de corretagem é o incumbente, mas trazendo o primeiro indicativo e, no sentir desses autores, um dos verdadeiros fundamentos da decisão, ao afirmar que “[n]aturalmente, como a questão situa-se no plano do Direito Privado, pode haver a transferência desse encargo, mediante cláusula expressa no contrato principal, à outra parte interessada no negócio jurídico” (grifou-se).

Esta afirmação poderia parecer ilógica se descontextualizada, já que a outra parte do contrato de corretagem, que não o incumbente, é o próprio corretor. Mas, nos termos do voto, restou claro que “à outra parte interessada no negócio jurídico”

é o terceiro comprador e que esse negócio jurídico é a compra e venda realizada com aquele que é o incumbente no contrato de corretagem.

Com isso, tem-se o início da segunda parte do voto, na qual se analisou a especificidade da comissão de corretagem na compra e venda em incorporação imobiliária. Aqui o voto descreveu bem a praxe encontrada no cotidiano: o consumidor vai até o *stand* de venda da incorporadora e é atendido por um corretor previamente contratado por esta e então

[a]lcancado o êxito na intermediação, a incorporadora, ao celebrar o contrato de promessa de compra e venda, transfere para o promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem diretamente ao corretor, seja mediante cláusula expressa no instrumento contratual, seja por pactuação verbal ou mediante a celebração de um contrato autônomo entre o consumidor e o corretor.

O voto citou a manifestação da Fazenda Nacional nos autos, corroborando com o cenário descrito, acrescentando que, em muitas ocasiões, “[...] a Receita Federal apurou que, somente após a concretização da venda, é celebrado um contrato de intermediação [...]”. Mais adiante afirmou que essa transferência é vantajosa às incorporadoras, na medida em que reduziria a base de cálculo dos tributos incidentes sobre a aquisição dos imóveis.<sup>16</sup>

O Min. Relator apresentou o entendimento da Corte no REsp 519.260/RJ, referente à comissão de corretagem nos contratos de seguro, afirmando a similitude das situações fáticas nos casos e dos argumentos trazidos pelas seguradoras e incor-

---

<sup>16</sup> O Min. Sanseverino transcreve em seu voto o seguinte trecho da manifestação da Fazenda Nacional: “8. Como a Receita Federal constatou em diversas fiscalizações, e como já mencionado alhures, há uma contratação prévia por parte da construtora, que repassa toda a intermediação, em caráter exclusivo, à imobiliária, a qual realiza os serviços contratados mediante seus colaboradores. A intermediação é realizada, portanto, em função dos interesses da construtora e os corretores da imobiliária contratada ficam a serviço da construtora, inclusive para coletar informações sobre futuros clientes. 9. Tanto é assim que, em várias ocasiões, a Receita Federal apurou que, somente após a concretização da venda, é celebrado um contrato de intermediação (de corretagem) que contém, geralmente, um anexo denominado ‘Carta Proposta’, em que estão relacionados os valores de comissão devidos pelo comprador aos corretores envolvidos na venda ou à imobiliária. Ressalte-se que, somente após a ‘concretização’ da venda, o comprador (pessoa física) assina o contrato com o corretor, do que se infere que esse contrato de intermediação seria apenas um termo de transferência de responsabilidade pelo pagamento dos serviços, contratados inicialmente pela construtora e, em grande parte, já finalizados (captação, orientação e convencimento do cliente). 10. Não se nega que ambos (construtora e comprador) acabam usufruindo dos serviços do corretor, mas, como alguns doutrinadores manifestam-se pelo entendimento de que os serviços devem ser pagos pelo contratante, a Receita Federal, em geral, autua as imobiliárias e construtoras pelo não faturamento de tais valores e pelo não pagamento das contribuições previdenciárias referentes aos corretores”.

poradoras, no sentido de que o serviço era prestado ao consumidor. Porém, como afirmou o Min. Sanseverino, “[e]sse argumento das seguradoras, contudo, não prevaleceu”.

O voto, então, chega ao que se considerou o cerne do recurso especial, “a verificação da possibilidade de transferência pelo vendedor (incorporadora) ao comprador (consumidor), mediante cláusula contratual, da obrigação de pagar a comissão de corretagem”. O Relator argumentou que a questão é especial, pois a validade da cláusula deve ser analisada à luz do Direito do Consumidor, já que se trata de relação de consumo.

O Min. Sanseverino afirmou que a transferência seria vantajosa às incorporadoras, também, na medida em que seria desnecessária a restituição da taxa de corretagem, “[...] caso haja o desfazimento da promessa de compra e venda, uma vez que o pagamento passa a ser feito diretamente ao corretor”.

Feitas essas considerações, de forma abrupta, no parágrafo seguinte, o voto consignou, sem maiores explicações, que

*[a]fasta-se, com isso, desde logo, a alegação de venda casada, pois ocorre apenas a terceirização dessa atividade de comercialização de unidades imobiliárias para profissionais do setor, concentrando-se a incorporadora na sua atividade de construção de imóveis (grifou-se).*

O voto foi além e afirmou que essas vantagens obtidas pela incorporadora “[...] não causam prejuízo econômico para os consumidores, pois o custo da corretagem, mesmo nos contratos entre particulares, é normalmente suportado pelo comprador, seja embutido no preço, seja destacado deste” (grifou-se). Isto, segundo o Relator, faz parte da lógica do mercado imobiliário, “[...] pois a venda só produz lucro a incorporadora se o preço final do imóvel superar os seus custos, como restou bastante claro na audiência pública”.

Para concluir pela validade da transferência do pagamento da comissão de corretagem ao consumidor, o Min. Sanseverino apontou outro importante fundamento da decisão, que “[...] o Direito do Consumidor, apesar de seu marcado caráter protetivo, não chega ao ponto de subverter a natureza onerosa das relações negociais no mercado de consumo, exigindo apenas transparência no seu conteúdo”.

Nestes termos, o Min. inaugurou a terceira parte do voto, tratando do dever de informação imposto ao fornecedor. Pautado nos arts. 31, 46 e 52 do CDC e em doutrina, o Relator afirma que o dever de informação não é apenas um direito do consumidor, mas é, também, dever imposto aos fornecedores, sendo que

para cumprir essa obrigação, deve a incorporadora informar ao consumidor, até o momento celebração [*sic*] do contrato de promessa de compra e venda, o preço total de aquisição da unidade imobiliária, especificando o valor da comissão de corretagem, ainda que esta venha a ser paga destacadamente.

Assim, considerou que a prática de informar ao consumidor que arcará com os custos da corretagem só depois do pagamento do sinal do negócio é prática abusiva, isto é, viola o CDC.

Pautado no art. 30 do CDC, o Min. Sanseverino deixou claro que toda publicidade e informação, suficientemente precisa, vincula o fornecedor, que, caso as viole, está sujeito ao cumprimento forçado, previsto no art. 35 da mesma Lei.

Com isso, teve o início da última parte do voto, tratando da validade da taxa SATI. Esta é a parte mais breve da fundamentação, totalizando apenas uma página e meia.

O Min. afirmou que a cobrança por serviços de assessoria técnica é abusiva, pois inerente aos negócios de compra e venda de imóveis na planta, o que violaria a boa-fé objetiva e os deveres de transparência e informação nas relações de consumo, nos termos do art. 51, inciso IV, do CDC.<sup>17</sup> Convém lembrar que essa cobrança abusiva corresponde, em média, a 0,88% do valor do imóvel.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Flávio Tartuce já defendia a abusividade da taxa SATI em 2014: “Cite-se de início, a cobrança da Sati (Serviço de Assessoria Técnica Imobiliária), destinada a pagar os advogados da construtora, em especial por terem redigido os contratos. O valor geralmente correspondente a 0,8% sobre o preço do imóvel adquirido. Ora, impor um procurador obrigatório ao consumidor é cláusula abusiva, nula de pleno direito, por interpretação do art. 51, VII, da Lei n. 8.078/1990.

E, mesmo que assim não fosse, a cláusula, mais uma vez, viola a função social do contrato e a boa-fé objetiva, sendo nula por ilicitude do seu conteúdo (art. 166, II, do CC/2002). A abusividade é flagrante pelo fato de que o valor é cobrado até de especialistas em direito, como advogados, promotores, juízes e professores, que não necessitam de tal assessoria” (TARTUCE, Flávio. Do compromisso de compra e venda de imóvel. Questões polêmicas a partir da teoria do diálogo das fontes. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, n. 93, maio-jun. 2014, p. 176). Ainda, importante recordar que, nos termos do art. 15, § 6º, do Estatuto da OAB, é vedado aos advogados integrantes de uma mesma sociedade profissional representar, em juízo ou fora dele, cliente com interesses opostos.

<sup>18</sup> Tal percentual é encontrado na Revista do IDEC, que realizou pesquisa empírica sobre a taxa SATI, com interessante metodologia: “Foram consideradas as dez maiores construtoras de imóveis residenciais do país, segundo o *ranking* ITC (consultoria especializada em mercado imobiliário): MRV, Gafisa, Brookfield, Direcional, Even, Cyrela, Rossi, Plaenge, Toledo Ferrari e Bueno Netto. Em seguida, foram procurados apartamentos dessas empresas, seja visitando o estande de vendas, seja fazendo contato telefônico ou via atendimento *online*. Como, em geral, os corretores só falam da taxa Sati quando o negócio está prestes a ser concretizado, lhes

Esta narrativa, ainda que o leitor não tenha tido contato com os termos do voto do Min. Sanseverino, deixa transparecer alguns pontos em que a fundamentação do julgado poderia ter sido melhor fundamentada.

Note-se a citação feita ao REsp 519.260/RJ que, nos termos do próprio Min. Sanseverino, possuía similitude fática e jurídica com o recurso em comento, no qual a conclusão do STJ foi pela impossibilidade da transferência do pagamento da comissão de corretagem ao consumidor, pois deveria ser arcado pelo incumbente, que eram, na ocasião, as seguradoras. Porém, o voto não justifica os motivos pelos quais deixa de aplicar às incorporadoras o que ali foi decidido.

Outro problema do voto são as afirmações abruptas, que contrastam com o raciocínio que vinha sendo esboçado até então, como a de que a transferência do pagamento da comissão de corretagem não configuraria venda casada – deixando de mencionar, inclusive, o próprio art. 39 do CDC, no qual se define a venda casada e sua vedação – nem prejuízo ao consumidor. São parágrafos que “surgem” em meio a outras linhas de raciocínio.

A decisão, nesses pontos, teve fundamentação superficial e não foi por falta de subsídios teóricos. Os pareceres, frise-se mais uma vez, feitos por juristas de renome e colacionados aos autos, trouxeram argumentos sobre a venda casada.

A Professora Ada Pellegrini Grinover, em seu parecer, explica que, de fato, a transferência para o consumidor não configura venda casada, pois o contrato de corretagem é autônomo e o corretor independentemente, podendo ou não orbitar a compra e venda, desde que haja transparência e aquele seja devidamente informado do pagamento.<sup>19</sup>

No mesmo sentido, pela não configuração de venda casada, é o parecer do Professor Humberto Theodoro Júnior, para quem a prática só seria abusiva se diminuísse a liberdade de escolha do consumidor; porém, no caso das incorporadoras, haveria a possibilidade de o consumidor encontrar os bens da oferta separadamente (comprar o imóvel sem a participação de corretor).<sup>20</sup>

---

foi perguntado se haveria cobranças extras (além do valor do próprio imóvel). Em caso de resposta afirmativa, avaliou-se a maneira como a cobrança era colocada: obrigatória ou facultativa. Por fim, quando o corretor sugeria se tratar de cobrança obrigatória, questionou-se a natureza da cobrança, para verificar o novo discurso que ele adotaria”. Febre do imóvel. *Revista do IDEC*, n. 178, jun. 2013, p. 15.

<sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer*. São Paulo, 2015, p. 45, colacionados aos autos do REsp 1.551.956/SP.

<sup>20</sup> THEODORO JR. Humberto. *Comissão de corretagem na compra e venda de imóvel em construção. Inclusão no preço final do imóvel. Pagamento direto do comprador ao corretor*. Expressa

Dentre os pareceristas, é Araken de Assis quem melhor se detém na explicação da matéria. Para ele, a venda casada configura-se quando o consumidor é obrigado a comprar, junto com o produto principal, o produto secundário, como quando o consumidor, ao adquirir determinada impressora, é obrigado a comprar também o *toner* fornecido pela mesma vendedora.<sup>21</sup>

O jurista gaúcho continua o raciocínio e conclui que, no caso da compra e venda imobiliária, “[...] o serviço secundário (intermediação) antecede a aquisição do produto principal (compra e venda do imóvel)”,<sup>22</sup> não se verificando a venda casada, portanto.

Importante mencionar que o parecer em favor dos consumidores, elaborado pela Prof. Judith Martins-Costa, não trazia entre seus quesitos a questão da venda casada.

Não obstante os argumentos expressados nos respeitáveis pareceres sobre a prática não configurar venda casada, o assunto é complexo e controvertido na doutrina e jurisprudência. Para parte da doutrina,<sup>23</sup> na medida em que se impede o consumidor de adquirir o imóvel na planta, caso ele se recuse a pagar comissão de corretagem, teríamos aí venda casada, com fundamento na interpretação literal do art. 39, inciso I, do CDC.

Logo, é lamentável que o Voto não tenha ido a fundo na análise da configuração ou não da venda casada. Isto porque, apesar de estar analisando caso de

---

*previsão contratual. Possibilidade. Ausência de abuso. Respeito à função social do contrato e à boa-fé objetiva.* Belo Horizonte, p. 24, colacionados aos autos do REsp 1.551.956/SP.

<sup>21</sup> ASSIS, Araken de. *Função social da corretagem imobiliária e inexistência de “venda casada” na compra e venda de imóveis.* Porto Alegre, 2015, p. 25, colacionados aos autos do REsp 1.551.956/SP.

<sup>22</sup> ASSIS, Araken de. *Função social da corretagem imobiliária e inexistência de “venda casada” na compra e venda de imóveis.* Porto Alegre, 2015, p. 25, colacionados aos autos do REsp 1.551.956/SP.

<sup>23</sup> Nesse sentido, Marcelo Lima aponta que: “O pagamento da corretagem pelo adquirente não pode ser considerado uma prática abusiva *per se*. Mas, então, por qual razão esta prática comercial aparece como uma das principais questões jurídicas que assolam o judiciário em matéria de incorporação imobiliária de unidades autônomas na planta?”

Mais do que o ônus de quem vai, ou não, arcar com os valores da corretagem, o que merece maior destaque é que o adquirente não consegue adquirir imóvel na planta sem arcar com este valor. Em outras palavras, a incorporadora não fornece ao adquirente a faculdade de optar por comprar sem qualquer espécie de intermediação, o que é vedado pelo diploma consumerista (venda casada)” (LIMA, Marcelo C.M.P. O ônus do pagamento do serviço de corretagem e do serviço de assessoria técnico-imobiliária (Sati) nos contratos de compra e venda de unidades autônomas na planta. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, n. 93, maio-jun. 2014, p. 186). O referido autor cita, inclusive, ação civil pública ajuizada pelo MP/SP que teria tido sentença de procedência pela venda casada.

compra e venda na planta e de contrato de corretagem, certamente teria estabelecido quais os contornos jurídicos da prática abusiva de venda casada, e mais, poderia ter aclarado até mesmo o que é “venda casada” e, dessa forma, ter apreciado, por exemplo, se o fato de um contrato ser autônomo a desconfiguraria.

Também, chama atenção o argumento de que o custo da comissão seria suportado pelos consumidores de qualquer forma, pois faz parte da lógica do mercado.

Não se questiona aqui o argumento de que, no mercado, o preço da corretagem seria suportado pelo consumidor,<sup>24</sup> seja da forma como vem sendo feito, com o pagamento direto ao corretor, seja de forma indireta, com o valor da corretagem incluído no preço final do produto – o que foi muito bem sintetizado pelo respeitável economista Gustavo Franco em seu parecer:

Em mercados grandes e compartimentalizados, as despesas de intermediação, comercialização e publicidade são essenciais para que a oferta dialogue com a demanda. É claro que estas despesas devem compor o preço final ofertado ao comprador.<sup>25</sup>

Nada obstante, ainda que argumentos de ordem econômica possam ser utilizados em decisões, é preciso que se revistam de seu caráter jurídico, sob pena de destituir a autonomia do Direito. Nunca é demais lembrar que o objeto da Ciência do Direito se restringe ao conjunto de normas válidas em dado momento e lugar.<sup>26</sup>

A compra e venda de imóveis e seus custos econômicos recebem a veste jurídica de contrato. Cumpre lembrar aqui as lições de Enzo Roppo, em obra clássica sobre o tema, quando ensina que os contratos “[...] reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental”.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> “O fornecedor pode incluir no preço do imóvel os gastos de material e pessoal, os riscos, os encargos, os tributos, os lucros almejados e todas as demais despesas que a sua atividade envolve. No entanto, fixando o preço do imóvel, o fornecedor tem o dever legal (art. 6º, III, do CDC) de prestar a informação adequada e clara sobre o montante exato pelo qual o consumidor deve pagar para adquirir o domínio do bem. O consumidor não tem vínculo contratual com o corretor e está obrigado a pagar tão somente o preço do imóvel e as respectivas despesas de escritura e registro. Qualquer valor além dos itens retrocitados é considerado indevido” (SANTANA, Héctor V. Pagamento de comissão de corretagem na compra e venda de imóvel: obrigação do fornecedor. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, n. 93, maio-jun., 2014, p. 162).

<sup>25</sup> FRANCO, Gustavo H. B. *10 teses econômicas sobre corretagem em vendas de imóveis na planta*. Rio de Janeiro, 2016, p. 3, colacionados aos autos do REsp 1.551.956/SP.

<sup>26</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, passim.

<sup>27</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7.

Apenas se esboçasse esse raciocínio é que a afirmação feita pelo Min. Sanseverino, no sentido de que as partes estão no âmbito do Direito Privado, podendo, portanto, acertar a distribuição da comissão de corretagem, não ficaria “solta” na estrutura do Voto. Isto se daria em razão da conformação que o princípio da legalidade assume no Direito Privado, no qual é permitido aos particulares fazer tudo o que a Lei não proíba.<sup>28</sup>

De todo modo, não são nesses pontos que a decisão traz maiores implicações. É no que toca ao dever de informação que se encontra o real problema prático da decisão.

O Voto do Min. deixou de esclarecer a abrangência desse dever de informação,<sup>29-30</sup> limitando-se a afirmar que a transferência do pagamento ao consumidor deve ser informada antes da celebração do contrato principal.

É cediço que o CDC, em seu art. 30, equiparou a publicidade e a informação “suficientemente precisas” à força vinculante da oferta. Aqui, as lições do Professor Antonio Junqueira de Azevedo são claras:

É interessante observar que, do ponto de vista teórico, o suporte fático da oferta é a declaração negocial e, portanto, ela é negócio jurídico. Já a informação ou a publicidade suficientemente precisa não contém declaração negocial, mas são somente atos legalmente equiparados à oferta; logo, não são negócios jurídicos, e sim, atos a que a lei atribui efeitos negociais (à semelhança das chamadas ‘relações contratuais de

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 105: “Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize”.

<sup>29</sup> “Em decorrência de tão grande oferta no mercado de consumo, o legislador busca assegurar direitos e deveres tanto para os consumidores quanto para o fornecedor. Os direitos do consumidor devem ser respeitados em qualquer fase da negociação, seja na fase pré ou pós-contratual, seja na oferta, publicidade de anúncios de imóveis ou mesmo no contrato, razão do dirigismo estatal imposto pelo Código de Consumidor, para o reestabelecimento do justo equilíbrio no mercado imobiliário” (MARTINS, Plínio L.; RAMADA, Paula C, p. Overbooking imobiliário e os direitos do consumidor na aquisição de imóveis. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, v. 91, jan.-fev. 2014, p. 138).

<sup>30</sup> Em artigo publicado em 2014, a autora Luciana Pedrosa Xavier, em coautoria com Marília Pedrosa Xavier, manifestou-se justamente pela ilegalidade da cobrança dissimulada da comissão de corretagem, por ferir o direito básico à informação do consumidor, assegurado no art. 6º, III, do CDC. Nesse trabalho é explicado de modo mais pormenorizado quais as práticas adotadas pelas incorporadoras para camuflar tal cobrança (XAVIER, Luciana P.; XAVIER, Marília P. A ilegalidade da cobrança dissimulada da comissão de corretagem. In: STAUT Jr., Sérgio S. (Org.). *Estudos em direito privado: uma homenagem ao Prof. Luiz Carlos Souza de Oliveira*. Curitiba: Luiz Carlos Centro de Estudos Jurídicos, 2014, p. 89-104).

fato'). Dessas diferenças, pode surgir uma série de consequências práticas, especialmente em matéria de vícios do consentimento (erro, dolo, coação).<sup>31</sup>

Dada essa abrangência, a questão merecia tratamento mais detido no julgamento em comento. Imagine-se a hipótese de *outdoor* conter determinado valor para uma unidade imobiliária na planta. Interessado, o consumidor se dirige ao *stand* da incorporadora e lá é informado, antes da celebração do contrato principal, que arcará com os custos da comissão de corretagem, que aumentarão em “x” o valor anunciado no *outdoor*. Aqui, o dever de informação foi cumprido? Nos termos expressos na decisão, o dever de informação estaria plenamente cumprido, pois o consumidor soube que arcaria com a comissão antes da pactuação do contrato principal.

Mas essa solução vai de encontro ao que dispõe o art. 30 do CDC, pois o *outdoor* traz informação suficientemente precisa acerca do preço. Na prática, o consumidor precisaria discutir a execução da oferta, levando ao Judiciário o problema.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas linhas acima escritas, fica evidente que, apesar de a competência constitucional do STJ ser para uniformizar interpretação de lei federal e o objetivo dos Recursos Repetitivos ser oferecer mais celeridade, isonomia e segurança jurídica no julgamento de Recursos Especiais que tratem da mesma controvérsia jurídica, lamentavelmente o tema da comissão de corretagem continua inconclusivo.

Isto porque, se, por um lado, louva-se a iniciativa de afetar um tema com tantas demandas e com resultados divergentes pelo Brasil, o que gerava insegurança jurídica, por outro, a tese jurídica firmada no REsp 1.599.511/SP ainda é fonte de dúvidas no momento de sua aplicação aos casos concretos.

Conforme anteriormente exposto, permanecem incertezas sobre em quais circunstâncias se entende ter sido cumprido o dever de informação do promitente-vendedor. Os casos de oferta do preço em *outdoors*, *flyers* e outros tipos de publicidade são emblemáticos dessa dificuldade prática. Ainda, podem ser citados os casos em que a comissão está prevista apenas no contrato e não no quadro-resumo e vice-versa, bem como no caso das cláusulas que estipulam esse dever e não são redigidas com destaque, tornando-se abusivas segundo o Código de Defesa do Consumidor.

---

<sup>31</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 90, ano 1995, p. 131.

Cumprir informar o desdobramento do tema/repetitivo n. 938, por meio do qual se originou o tema/repetitivo n. 960, cujo recurso representativo de controvérsia é o de n. 1.601.149/RS, afetado em 09.09.2016. Neste recurso se discute a transferência da comissão de corretagem na compra e venda do imóvel na planta, porém, restrita aos imóveis que façam parte do programa Minha Casa, Minha Vida.<sup>32</sup> Segundo o Min. Sanseverino, que também é relator desse tema, as compras e vendas ocorridas no âmbito do programa Minha Casa, Minha Vida possuem “particularidades que merecem ser analisadas em afetação específica”. Todavia, apesar da diferença de poucos dias entre o julgamento do tema/repetitivo n. 938 e a afetação deste, não houve nenhuma indicação de que haveria ressalva nesse sentido.

Em decisão monocrática, o Min. Sanseverino estabeleceu como tese a ser debatida a “validade da transferência ao consumidor da obrigação de pagar a comissão de corretagem nas promessas de compra e venda celebradas no âmbito do programa ‘Minha Casa, Minha Vida’”. Determinou, também, a suspensão de todos os processos pendentes que versassem sobre a questão, ressaltando, expressamente, “[...] as hipóteses de autocomposição, tutela provisória, resolução parcial do mérito e coisa julgada [...]”. Ao todo, estão suspensos 3.271 processos.<sup>33</sup>

O julgamento do tema/repetitivo n. 960 teve início em 28.02.2018. O Min. Sanseverino propôs a seguinte tese: “Abusividade de cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem nas promessas de compra e venda celebradas no âmbito do programa ‘Minha Casa, Minha Vida’”. No seu entendimento, a cobrança da taxa poderia desvirtuar o programa habitacional por gerar custos não previstos e que poderiam ser um empecilho ao acesso à casa própria.<sup>34</sup> Após pedido de vista do Min. Luis Felipe Salomão, em 11.04.2018, os autos estão conclusos, pendentes de julgamento, portanto.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Sobre a questão habitacional e o programa Minha Casa, Minha Vida, cf. XAVIER, Luciana P. *As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba – Paraná, 2013, p. 98-102.

<sup>33</sup> Para além do REsp 1.601.149/RS, o REsp 1.602.042/RS também foi afetado ao tema/repetitivo 960. As informações sobre esses temas/repetitivos podem ser encontradas no seguinte *link*: <[http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp)>. Acesso em: 25. abr. 2018.

<sup>34</sup> STJ começa a julgar abusividade de taxa de corretagem no Minha Casa, Minha Vida. <<http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/portal-jota-stj-comeca-a-julgar-abusividade-de-taxa-de-corretagem-no-minha-casa-minha-vida>>. Acesso em: 1º mar. 2018.

<sup>35</sup> Até a finalização da escrita do presente artigo, o julgamento não havia sido concluído.

Considerando a missão constitucional do STJ, é curioso imaginar as possíveis repercussões que o julgamento desse tema/repetitivo possa trazer, já que não se vislumbra uma diferença na questão de direito ali debatida, a qual foi objeto desta pesquisa. Há possibilidade, inclusive, de decisões contraditórias.

Há, também, o problema da insegurança jurídica: como ficam aqueles consumidores que adquiriram um imóvel pelo Minha Casa, Minha Vida, pagaram pela comissão de corretagem, ajuizaram uma demanda para reavê-la e, após o julgamento do tema/repetitivo n. 938, desistiram de eventual recurso, caso se entenda no tema/repetitivo n. 960 que a comissão, nesse âmbito, era abusiva? Por configurar precedentes,<sup>36</sup> a importância dos recursos repetitivos seria justamente a de viabilizar maior uniformidade, previsibilidade e igualdade das decisões.<sup>37</sup> Sendo assim, espera-se que o tema da cobrança de corretagem em compra e venda de imóvel em incorporação imobiliária receba a merecida atenção do Judiciário e que lhe seja dada interpretação compatível com a jurisprudência estável, íntegra e coerente almejada pelo Código de Processo Civil de 2015.<sup>38</sup>

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Função social da corretagem imobiliária e inexistência de “venda casada” na compra e venda de imóveis*. Porto Alegre, 2015, colacionados aos autos do REsp 1.551.956/SP.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 90, ano 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRANCO, Gustavo H. B. *10 teses econômicas sobre corretagem em vendas de imóveis na planta*. Rio de Janeiro, 2016, colacionados aos autos do REsp 1.551.956/SP.

FREYRE, Gilberto. *Oh de casa!* em torno da casa brasileira e de sua projeção sobre um tipo nacional de homem. Rio de Janeiro: Artenova, 1979.

---

<sup>36</sup> Art. 927, CPC/15: “Os juízes e os tribunais observarão: (...) III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

<sup>37</sup> PUGLIESE, William Soares. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2016, p. 99.

<sup>38</sup> Art. 926, *caput*, CPC/15: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer*. São Paulo, 2015, colacionados aos autos do REsp 1.551.956/SP.

GLOBO. O auge e a queda do mercado imobiliário em uma década. *GI*. 01.04.2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especialpublicitario/zap/imoveis/noticia/2016/04/o-auge-e-queda-do-mercado-imobiliario-em-uma-decada.html>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003.

LIMA, Marcelo C.M.P. O ônus do pagamento do serviço de corretagem e do serviço de assessoria técnico-imobiliária (Sati) nos contratos de compra e venda de unidades autônomas na planta. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, n. 93, maio-jun., 2014.

MARTINS, Plínio. L.; Ramada, Paula C, p. *Overbooking* imobiliário e os direitos do consumidor na aquisição de imóveis. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, v. 91, jan.-fev., 2014.

MENEZES, Fabiane Ziolla. Cresce a retomada de imóveis por inadimplência. Saiba como escapar dessa. *Gazeta do Povo*, 05.04.2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/financas-pessoais/cresce-a-retomada-de-imoveis-por-inadimplencia-sai-ba-como-escapar-dessa-8g7e4h812l2c79jwqlh8x6nfo>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

SANTANA, Héctor V. Pagamento de comissão de corretagem na compra e venda de imóvel: obrigação do fornecedor. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, n. 93, maio-jun., 2014.

TARTUCE, Flávio. Do compromisso de compra e venda de imóvel. Questões polêmicas a partir da teoria do diálogo das fontes. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, n. 93, maio-jun., 2014.

PONTES, Daniele Regina. *O direito à moradia: entre o tempo e o espaço das apropriações*. 2013. Tese (Doutoramento em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba – Paraná, 2013, 215f.

PUGLIESE, William Soares. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2016.

XAVIER, Luciana P. *As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba – Paraná, 2013, 179f.

XAVIER, Luciana P.; XAVIER, Marília P. A ilegalidade da cobrança dissimulada da comissão de corretagem. In: STAUT Jr., Sérgio S. (Org.). *Estudos em direito privado: uma homenagem ao Prof. Luiz Carlos Souza de Oliveira*. Curitiba: Luiz Carlos Centro de Estudos Jurídicos, 2014, v. I, p. 89-104.



# TITULARIDADES



---

**PAS BESOIN DE GRIL**  
O ESTATUTO JURÍDICO DA MULTIPROPRIEDADE  
IMOBILIÁRIA SEGUNDO O JULGAMENTO  
DO RESP 1.546.165/SP

*André Luiz Arnt Ramos\**  
*Eroulths Cortiano Junior\*\**

**Sumário:** Introdução – 1. Direito real e segurança jurídica para além do *numerus clausus* (?) – Conclusão – Referências.

## INTRODUÇÃO

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial n. 1.546.165/SP, sob relatoria originária do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, foi instada a se pronunciar a respeito de duas questões: **(i)** *A multipropriedade credencia qualquer dos titulares à oposição de embargos de terceiro em face de constrição judicial do bem ou de fração sua?*; e **(ii)** *A multipropriedade imobiliária configura direito real ou plexo de direitos pessoais de conteúdo patrimonial?* Em votação dividida, respondeu afirmativamente à primeira e, quanto à segunda, registrou que vislumbra caráter real na multipropriedade imobiliária.

O resultado deste julgamento tem impacto decisivo e imediato sobre o governo jurídico das titularidades, na precisa medida em que abala uma de suas vetustas

---

\* Doutorando e Mestre em Direito das Relações Sociais e Bacharel em Direito pela UFPR. *Visting researcher* junto ao Instituto Max Planck para Direito Comparado e Internacional privado. Membro do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico – Eixo de Titularidades. Associado ao Instituto dos Advogados do Paraná. Professor da Universidade Positivo. Advogado em Curitiba.

\*\* Doutor em Direito pela UFPR. Pós-doutor pela Università degli Studi di Torino. Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Líder do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico.

pedras de toque: a clausura real. Projeta efeitos, ademais, para o trânsito jurídico e para o projeto parental, de modo que alcança, em diferentes níveis de intensidade, aspectos de todos os tripés fundantes do Direito Civil.

Mas a disciplina jurídica das relações interprivadas que recebe este julgamento e passa a ser por ele integrado<sup>1</sup> é bem diversa daquela cara ao contexto em que vivejavam as dicotomias estruturais e estruturantes entre Direito Público e Direito Privado<sup>2</sup>, Constituição e Código Civil<sup>3</sup>, Direito e fato<sup>4</sup>, e direitos reais e direitos pessoais. O Direito Civil de hoje, forjado pelas viragens que marcam a travessia entre os modelos<sup>5</sup> de Estado de Direito e Estado Constitucional, imbrica-se em

---

<sup>1</sup> “Sendo parte integrante do ordenamento jurídico, o precedente deve ser levado em consideração como *parâmetro necessário* para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica e para promoção de segurança jurídica. Isso implica, a uma, que todos os casos iguais sejam tratados de forma igual pela Corte Suprema e por todos os órgãos jurisdicionais e ela ligados a partir do conteúdo do precedente, e, a duas, que a exigência de cognoscibilidade inerente à segurança jurídica leve em consideração o processo de interpretação judicial do Direito e o seu resultado” (MITIDIERO, 2013, p. 76).

<sup>2</sup> “Público e estatal não mais se identificam por inteiro; privatismo e individualismo, a seu turno, cedem espaço para os interesses sociais e para a ‘coexistencialidade’. A superação da divisão em pauta não fere, necessariamente, a unidade sistemática do direito, inclusive porque ultrapassada também se encontra a fixação rígida de espaços normativos. (...) Constata-se, pois, uma mudança de paradigmas” (FACHIN, 2012, p. 242).

<sup>3</sup> A ruína do valor performático do Código Civil consagra a Constituição como a sede dos ângulos e parâmetros do ordenamento, como “verdadeira parte geral do ordenamento jurídico, deixando de ser o estatuto do poder público para se converter na ordem jurídica fundamental da comunidade (...). Este contexto configura uma crise sem precedentes dos modelos teóricos comumente utilizados para compreensão da ciência jurídica, baseada tradicionalmente nas verdades universais de inspiração iluminista. (...). [Como consequência,] o Direito Civil deixa de ser o centro de regulação da ordem privada e o intérprete passa a se valer dos princípios constitucionais para a reunificação do sistema, especialmente a dignidade humana e a solidariedade, evitando antinomias provocadas por núcleos normativos díspares, correspondentes a lógicas setoriais nem sempre coerentes” (EHRHARDT JUNIOR, 2012, p. 150 e 152).

<sup>4</sup> Duas citações, neste quesito, vêm a calhar: “A abertura da Teoria do Direito Civil impõe a intersecção com outros ramos do Direito e a porosidade aos fenômenos concretos objetos de normatização; a abertura do sistema jurídico, a seu turno, impõe a abertura do Direito à força normativa que emerge dos fatos, como resultado das demandas sociais” (PIANOVSKI RUCZYK, 2013, p. 152-153). “Reclama-se (...) a compreensão do Direito como um sistema aberto, próximo à vida. Não se o pode conceber como um sistema fechado, autorreceptor de suas normas, independentemente de todo um meio ambiente que o cerca. A pretensão de autonomia da ciência jurídica – em relação aos valores morais, à economia, à política – fracassou, porque os fatos acabam por impor-se perante o Direito” (MATOS, 2012, p. 147).

<sup>5</sup> “Modelo constitucional”, conquanto não corresponda, exatamente, a uma expressão valorativa, comporta pontual esclarecimento: “Por ‘modelo constitucional’, queremos dizer o conjunto de crenças médias, dos intérpretes, da classe política e dos cidadãos, a determinar a vida

uma ordem normativa unitária e submetida a um bloco constitucional imantado por rica axiologia. Mais que isso: guarda estreita relação com a realidade fática, de modo que a condiciona, mas também é por ela condicionado<sup>6</sup>.

Nesta ordem de ideias, um novo modelo de Código, preenhe de *inputs* e *outputs* com o mundo que o circunda, substitui as pretensões normativas totalizantes de outrora<sup>7</sup>. Todo o aparato que dava suporte à clausura real, portanto, sofre influxos dessas transformações. A releitura de fundamento, sentido e finalidade dos institutos fundamentais de Direito Civil, então, deságua na ordem regente das titularidades. E traz consigo uma recompreensão da técnica legislativa empregada no governo jurídico do objeto, de modo a torna-la consentânea às constituições formal, substancial e prospectiva do Direito Privado<sup>8</sup>.

---

concreta da Constituição, dando-lhe significado” (FIORAVANTI, 2001, p. 814). Tradução livre. No original: “Per ‘modello costituzionale’ intendiamo quel l’insieme di convinzioni medie, degli interpreti, della classe politica, degli stessi cittadini, che determinano la vita concreta della Costituzione, attribuendole un significato prevalente”.

<sup>6</sup> “Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que o direito é, sim, um sistema e, portanto, demanda para seu funcionamento coerência e harmonia entre seus diversos elementos, mas o sistema do direito não é fechado, ou axiomático, pautado pela lógica formal e pela neutralidade dos enunciados, como se pretendia sob uma perspectiva hermética e autorreferenciada, de matriz positivista. Trata-se de um sistema aberto, em constante estado de complementação e evolução em razão da provisoriedade do conhecimento científico e, principalmente, dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica (...). Por conta disso, o sistema permite – *rectius*, exige – a sua constante renovação por meio da introdução de elementos extraídos da realidade social” (KONDER, 2015, p. 199).

<sup>7</sup> É dizer: “Sucumbe a completude como dogma que a teoria tradicional do Direito Civil, em constante visão de excludência social (por vezes direta, em outras indireta), pela compreensão do sistema como aberto, visto não se exaurir em regras, incompleto porém sempre completável sob pena de anomia – por inexistir lacuna de valores – que conduz a necessidade de resposta e proximidade social do Direito para com o destinatário da ordem jurídica” (ARONNE, 2006, p. 46).

<sup>8</sup> Constituição formal, nesta ordem de ideias, corresponde às normativas positivadas integradoras do bloco de constitucionalidade que confere unidade e hierarquia ao ordenamento; constituição substancial corresponde a principiologia axiológica de índole constitucional, que permeia dispositivos formalmente insertos no texto da Constituição, mas também outros espraçados por outros diplomas normativos; prospectiva, enfim, é a constituição que se faz pela via da atividade hermenêutica, centrada na atribuição de sentido aos significantes que integram o governo jurídico das relações interprivadas, à vista não apenas das normativas constitucionais e infraconstitucionais, mas também da força normativa dos fatos. A propósito: “a dimensão constitucional do Direito Civil brasileiro contemporâneo abarca, ao lado dos horizontes formais e substanciais dessa base, a perspectiva de reconstrução incessante do próprio Direito Civil para que, no limite, acerte o passo com as demandas de seu tempo, e na possibilidade, contribua na edificação da justiça” (FACHIN, 2012, p. 363). Para uma leitura mais aprofundada da tríplice constituição do Direito Civil, cf., a propósito dessa categorização: FACHIN, L. E. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

Sobre este pano de fundo é que se propõe o escrutínio do acórdão pelo qual o STJ julgou o REsp 1.546.165/SP, no sentido de reconhecer o caráter real da multipropriedade imobiliária. Sem embargo da apreciação de aspectos materiais do caso, convirão alguns apontamentos de ordem processual – o que é inevitável quando se trabalha com estudo de decisões judiciais.

## 1. DIREITO REAL E SEGURANÇA JURÍDICA PARA ALÉM DO *NUMERUS CLAUSUS* (?)

Os direitos reais, no Direito Civil brasileiro, foram “enfeixados sob o princípio da criação exclusiva do legislador, num rol taxativo (*numerus clausus*), atendendo, assim, as implicações sociais que o sistema leva em conta para excluir tal poder criador da vontade dos interessados” (FACHIN, 1995, p. 161-2). Mas é admitida a criação por via legislativa esparsa, para além do Código Civil, portanto – o principal exemplo, já desgastado, é o do direito real de aquisição atribuído ao compromissário comprador pelo compromisso irrevogável de compra e venda, ainda sob a regência do Código Civil de 1916<sup>9</sup>. Assim:

os direitos reais, ao contrário dos pessoais, são *numerus clausus*, isto é, decorrem diretamente da lei, não sendo possível a criação, pela autonomia privada, de novos vínculos reais. Eis o princípio da taxatividade (...) [que] concerne à fonte do direito real; a tipicidade, por sua vez, se refere à modalidade de se exercício, vale dizer, à disciplina jurídica que lhe é aplicável. (OLIVA e RENTERÍA, 2016, p. 3)

Esta escolha – e o regime jurídico que a encerra – reflete opções de cunho político quanto ao estatuto jurídico do objeto, caras a um dado entendimento de Estado, Direito e segurança jurídica<sup>10</sup>. Assim é que a recompreensão do sentido da

<sup>9</sup> Optou-se pela ênfase a esse exemplo por ser ele sinal da força jurígena dos fatos: o direito real de aquisição do compromissário comprador somente adentrou a seara da legislação depois de longo período de maturação no seio social, oxigenada por riquíssima casuística. Outras ilustrações, contudo, há: “Mesmo que recorrente a ideia de taxatividade do rol de direitos reais inscritos no art. 1.225 do Código Civil, não se pode esquecer que, embora não previstos a propriedade resolúvel e a propriedade fiduciária são considerados abertamente direitos reais. Ao que parece a existência de um *numerus clausus* não pode representar a impossibilidade de consagração de novos direitos, haja vista, a dinâmica social e o aperfeiçoamento jurídico às novas realidades, tal como ocorreu, por exemplo, com a criação do direito de superfície e a vedação de constituição de novas enfiteuses” (STAFFEN e BRANDÃO, 2011, p. 449).

<sup>10</sup> Muito em síntese: “[A] segurança jurídica não pode seguir sendo concebida como um valor dependente unicamente dos traços formais do direito, à margem de seu conteúdo. Dito de outro modo, para determinar as distintas exigências que implica o princípio de segurança, precisamos estabelecer quais são as expectativas que merecem ser juridicamente protegidas; neste sentido, se propôs redefinir a segurança jurídica em termos de proteção de expectativas

propriedade – não mais como um direito absoluto *tout court*, mas como um direito, se bem que fundamental, funcionalizado – operou pela via dos textos constitucionais<sup>11</sup>, ao menos no Brasil. Isso mesmo com a afirmação, malgrado alguns tempos, de uma constituição econômica de viés capitalista<sup>12</sup>. Das rupturas do discurso proprietário caro ao modelo de Estado de Direito, sintomizadas pela imbricação das constituições formal, substancial e prospectiva do Direito Civil na mundividência contemporânea do Estado Constitucional, exsurge “imensa dificuldade para a doutrina, acostumada ao *numerus clausus* e à tipicidade dos direitos reais, bem como à solidez da dogmática acerca da propriedade”, de modo que “voltam-se [as atenções] para o direito de superfície, a multipropriedade e o condomínio de fato” (MATTIETTO, 2005, p. 163). E é precisamente do caráter político e econômico dos condicionantes da disciplina jurídica da apropriação que deriva a temática enfrentada da multipropriedade:

O tratamento jurídico dos direitos reais não se faz de modo hermético, critérios sociais, ideológicos, econômicos e políticos determinam com maior ou menor intensidade os critérios de exercício de tais direitos. É justamente com base em determinantes de ordem econômicas [*sic*] que se observa o nascedouro da multipropriedade (STAFFEN e BRANDÃO, 2011, p. 443).

A revisitação da clausura real, destarte, afigura-se como imperativo haurido do horizonte que o Estado e a sociedade contemporâneos apresentam quanto à regência dos direitos reais (cf. FACHIN, 1995, p. 163). Nem poderia ser diferente, pois é

---

razoavelmente fundadas dos cidadãos (é dizer: expectativas que sejam consideradas legítimas à luz dos princípios e valores do próprio direito)”. Tradução livre. No original: “la seguridad jurídica no puede seguir siendo concebida como un valor dependiente únicamente de rasgos formales del derecho, al margen de su contenido. Dicho de otro modo, para determinar las distintas exigencias que implica el principio de seguridad necesitamos establecer cuáles son las expectativas que merecen ser jurídicamente protegidas; en este sentido se ha propuesto redefinir la seguridad jurídica en términos de protección de expectativas razonablemente fundadas de los ciudadanos (es decir, expectativas que han de ser consideradas legítimas a la luz de los principios y valores del propio derecho)” (VIDAL, I. L. Seguridad jurídica y previsibilidad. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 36, p. 85-105, 2013, p. 103).

<sup>11</sup> A propósito: “O Direito das Coisas, como se tem percebido, é possivelmente a área mais sensível do direito privado, suscetível de refletir uma dimensão política do ordenamento, cuja nota de historicidade se faz presente nos textos constitucionais contemporâneos” (MATTIETTO, 2005, p. 155).

<sup>12</sup> Trata-se do conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e de funcionamento da economia e constitui, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica. Não são mais as leis naturais do mercado. Quem diz a economia que se deve ter em determinado país é a constituição (cf. MOREIRA, 2006, p. 103-113).

sinal de significativa ruptura no discurso legislativo (cf., a propósito, CORTIANO JUNIOR, 2002), haurida da constatação de que “o civilismo pretensamente neutro (...) não conseguiu disfarçar que não responde aos fatos e às situações que brotam da realidade contemporânea” (FACHIN, 2012, p. 12). E ela está para além da revisitação, decerto mais palatável à comunidade jurídica especializada, apenas do papel da autonomia privada (como expressão sintética de uma liberdade ao mesmo tempo negativa e positiva<sup>13</sup> na conformação do conteúdo dos direitos reais<sup>14</sup>. Vale dizer: no bojo das viragens inerentes à travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional, sobretudo no que pertine às relações entre legislação e jurisdição e à revisitação dos institutos fundamentais de Direito Civil, a existência de posições jurídicas credoras de tutela, mas desamparadas pela apatia do legislador clama, em prol da afirmação da segurança jurídica, de atuação resoluta da Jurisdição – em particular, no âmbito das Cortes Supremas, sob olhares atentos da literatura especializada.

A rigidez do *numerus clausus*, em grave descompasso com a realidade social, suscita esgotamento deste modelo normalizador da apropriação de bens<sup>15</sup>, à moda do que ocorreu com o modelo alemão codificado de reparação civil, cuja predominante tipicidade conduziu a sua abertura pela atuação criativa e prospectiva das Cortes, sem prejuízo de uma fuga para a responsabilidade contratual. Comporta,

---

<sup>13</sup> O aspecto negativo reside na delimitação de um espaço de não coerção. Quanto à dimensão positiva: “[A] autorregulamentação de interesses privados que a autonomia privada acaba por assegurar consiste, a rigor, em uma expressão de liberdade formal. Não deixa de ser liberdade positiva, mas é pensada em termos abstratos: é formalmente assegurada a todos a possibilidade de contratar definido o conteúdo da avença que obrigará o contratante” (PIANOVSKI RUZYK, 2011, p. 271).

<sup>14</sup> Esta tese foi brilhantemente sustentada por Oliva e Rentería (2016, p. 3 e 7), que dizem: “os direitos reais, ao contrário dos pessoais, são *números clausus*, isto é, decorrem diretamente da lei, não sendo possível a criação, pela autonomia privada, de novos vínculos reais. Eis o princípio da taxatividade (...) [que] concerne à fonte do direito real; a tipicidade, por sua vez, se refere à modalidade de se exercício, vale dizer, à disciplina jurídica que lhe é aplicável. (...) [Esses princípios] não significam supressão da liberdade contratual em matéria de direitos reais. Se é verdade que a criação de uma nova figura real depende do legislador, certo é também que a autonomia negocial se manifesta de diversas outras maneiras no âmbito dos direitos reais admitidos na lei. (...) Com efeito, os tipos reais são abertos, coexistindo, no interior de cada tipo, regras essenciais e outras que podem ser livremente modificadas pelas partes”.

<sup>15</sup> A propósito: “Em áreas tradicionalmente isoladas, como Direito Reais, todo o esforço de reconstrução do jurídico tarda. E assim sendo, as soluções novas, ditadas por exigências actuais do Direito, carentes de justificações, amparam-se em cripto-fundamentações, meio privilegiado para conseguir saídas inconvenientes ou indemonstradas. Vitimada pelo imobilismo legislativo e pelo irrealismo metodológico, a disciplina Direitos Reais pareceria condenada a uma paralisia definitiva” (MENEZES CORDEIRO, 1985, p. 90-91).

pena de frustrar a legitimidade do Direito – visceralmente ligada à segurança que oferece ao tráfego jurídico<sup>16</sup> e à efetividade de suas normativas – e prejudicar a promoção de liberdade(s) na vida-em-relação<sup>17</sup>. Destarte, sob a ótica Civil-Constitucional, em sua contemporânea multiplicidade, cabe, em nome da efetividade do Direito e (por consectário) da segurança jurídica, reconhecer que: “O *numerus clausus*, em verdade, mais que ensejador de insegurança jurídica, pode se converter em fenda a separar a ordem jurídica dos modelos socialmente reconhecíveis de apropriação dos bens” (MATTIETTO, 2005, p. 164). Via de consequência:

“defender piamente a taxatividade e imutabilidade dos Direitos Reais, inscritos no art. 1.225 do Código Civil, na própria legislação encontra óbices. Neste sentido, como elemento de abertura discursiva vale adotar uma dogmática que, além de um esteio conceitual estável (segundo a ideia de segurança jurídica), efetive uma suficiente mobilidade de pensamento a fim de poder mantê-lo nas distintas e mutáveis situações. Compreender o instituto da multipropriedade, enquanto fenômeno jurídico-social implica na arguição da congruência da disciplina jurídica às exigências fáticas – a (possível) conciliação entre o posto e o pressuposto. Utilizou-se, para o desenvolvimento da pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica” (STAFFEN e BRANDÃO, 2011, p. 444).

Foi exatamente a essa solução que chegou o voto prevalente no acórdão que pôs termo ao REsp 1.546.165/SP. O Ministro João Otávio de Noronha, ao apreciar

---

<sup>16</sup> Cavalcanti Filho já dizia, nos idos da década de 1960: “A ordem jurídica positiva (...) gira em torno de uma necessidade de ordem, de segurança”. Mas “As ideias de certeza e de segurança, por isso mesmo precisam amoldar-se à realidade que se tem em vista, e que outra não é senão a realidade humana. Por isso mesmo, não se pode jamais cogitar de uma certeza total, de uma certeza absoluta. Sòmente seria possível uma certeza em grau elevadíssimo, uma segurança extremada, se se concebesse, à maneira dos juristas do século passado, a certeza em sentido puramente formal. (...) Tal modalidade de certeza, porém, que se alcançaria através da expressão formal, nenhuma relevância teria, pois a certeza que se deve aspirar é aquela que serve de instrumento de estabilidade e de segurança para a vida social. Ora, a certeza meramente formal é algo abstrato, vazio, inconsistente. A certeza de que cogitamos é uma certeza concreta, na qual o aspecto formal se ajuste aos valores predominantes em uma dada coletividade e corresponda, assim, às aspirações que dela despontam (1964, p. 51 e 159-160).

<sup>17</sup> Já se teve a oportunidade de sustentar que: “parece seguro afirmar que o Direito Civil, como continente da ‘disciplina positiva da atividade de convivência da pessoa humana com outras pessoas’, corresponde à normatividade que ‘tutela os interesses dos *homens em relação com outros homens* nos vários planos da vida onde essa cooperação entre pessoas se processa, formulando as normas a que ela deva se sujeitar’. Adquire, destarte, o sentido de *promotor da autonomia da pessoa no desenvolvimento de sua personalidade na vida-em-relação com outras pessoas*, a qual está sujeita à incidência direta da normativa constitucional, sobretudo em sua dimensão axiológica, no prisma da coexistencialidade, à luz das normativas hauridas de fatos sociais e das Constituições Democráticas” (ARNT RAMOS, 2017, p. 28).

uma circunstância fático jurídica peculiar – a entabulação de direito de uso e fruição de determinada coisa por pluralidade de pessoas segundo critérios temporais –, nela vislumbrou elementos caracterizadores dos direitos reais. Endossou, então, a orientação de Tepedino (1993, p. 58-59), no sentido de que:

Os direitos reais têm por objeto imediato uma coisa, com a qual se estabelece seu titular um liame estreito, direto, sem intermediário. A situação jurídica assim constituída tem caráter absoluto, criando um dever jurídico negativo, prevalente contra todos – *erga omnes* –, que deverão respeitar o exercício do direito, abstendo-se de qualquer inferência. O vínculo jurídico, portanto, adere à coisa sobre a qual incide e tem eficácia generalizada. (...) De tais considerações decorre o caráter real da multipropriedade imobiliária.

Fez-se, então, consignar, no voto em referência, que “extremamente acobertada por princípios que encerram os direitos reais, a multipropriedade imobiliária (...) detém forte liame com o instituto da propriedade, se não for sua própria expressão”. A premissa de que se partiu, por conseguinte, é a de que *existe uma circunstância que, segundo critérios de valoração jurídico-materiais se credencia ao atributo de direito real, exceto pela afetação de seus contornos a um tipo previsto em lei.*

Adiante, anotou-se que o “inconcebível descuido do regulador de sua disciplina jurídica pela via institucional própria” gera insegurança ao tráfego jurídico. Ocorreu, na leitura do Ministro, “a superação da legislação em vigor pelos fatos sociais”, pelo que o julgador não pode ser in*Ibido* de “adequando sua interpretação a recentes e mutantes relações jurídicas, prestar a requerida tutela jurisdicional a que a parte interessada faz jus”. E mais: o Código Civil em vigor “segundo os ditames do estatuto civil anterior, não traz nenhuma vedação nem faz referência à inviabilidade de consagrar novos direitos reais”. Eis, então, a segunda premissa: *houve distanciamento entre a legislação e os fatos e não há vedação expressa à consagração de novos direitos reais.*

Nesta ordem de ideias, considerada a atribuição constitucional do Superior Tribunal de Justiça, de dizer o sentido do direito federal infraconstitucional legislado (art. 105, III, CF), observadas exigências qualitativas de fundamentação, em prol da segurança jurídica e da isonomia, procedeu-se ao seguinte silogismo, ambientado em cenário concernente à multipropriedade imobiliária e timbrado pela delongada inércia do legislador:

*Todas as características de direito real estão presentes, exceto pela tipicidade  
Inexiste vedação expressa à consagração de direito real atípico  
A multipropriedade imobiliária é um direito real*

Esta posição, à qual aderiram três dos outros quatro Ministros integrantes do *quorum* de julgamento, é consentânea com o diagnóstico a que se procedeu nas

linhas precedentes<sup>18</sup>. Vale dizer: adéqua-se às exigências impostas pela multifacetada realidade contextual particular à travessia entre os modelos de Estado de Direito e Estado Constitucional, sobretudo por oferecer solução sistemática a um problema especificamente delimitado<sup>19</sup> e, com isso, promover segurança jurídica de sentido substancial, sem prejuízo da separação de poderes, relida na pauta da recalibragem das relações entre Legislação e Jurisdição, em termos de conferência de autoridade, de necessidade ou dispensabilidade de fundamentação das decisões jurídicas. Assim: “na inexistência de lei, o que é tipicamente escasso no Direito Privado, a criação normativa é deixada aos subordinados – juízes e juristas – os quais, contudo, não têm poder para *criar leis*. Eles devem justificar suas opiniões. (...) Eles devem *buscar autoridade*”<sup>20</sup> (WATSON, 2004, p. 2).

O voto do relator originário, também amparado por elementos de convicção espraiados pelo estado dos debates a respeito da clausura real na literatura especializada<sup>21</sup>, assentou a impossibilidade de “*criação de um direito real propriamente dito*,

---

<sup>18</sup> Afirma, isto é, a força jurígena dos fatos. Com isso, acolhe a prescrição de Fachin: “A força dos fatos não deve sofrer um juízo de exclusão, cuja ocorrência ilustra outra dimensão, agora externa, que opera para bem, revelar os valores, por meio dos quais este mesmo sistema inclui ou deixa excluídas da sua esfera jurídica, certas pessoas, bens, coisas ou interesses. Da eliminação e das fronteiras arquitetadas pelo sistema privado tradicional abre-se o Direito Civil contemporâneo ao século XXI” (2012, p. 358).

<sup>19</sup> De certa maneira, há um proceder ao mesmo tempo tópico e sistemático, a prestigiar um movimento de oxigenação do ordenamento, em benefício de sua unidade e efetividade. Esta tendência, captada por Menezes Cordeiro, é assim por ele sintetizada: “Recentemente, e mercê, sobretudo, de um labor que, mesmo a nível de discussão teórica dos problemas, tem por imprescindível a consideração permanente da dogmática jurídica, isto é, do Direito enquanto soluções reais e concretas, a Ciência Jurídica tem recuperado potencialidades que a habilitem, de novo, a intervir na realidade jurídico-social. (...) Um Segundo aspecto relevante do pensamento jurídico da actualidade, em torno do qual tem vindo a gerar-se consenso, reside no entendimento do Direito como meio destinado à solução de casos concretos. O Direito existe como ordem positiva, logo efectiva, corporizando-se na regularidade de certas manifestações sociais” (1985, p. 83-84).

<sup>20</sup> Tradução livre. No original: “in the absence of legislation, which typically has been scarce for private law, law making is left to subordinates – judges and jurists – who, however, are not given power to make law. They must justify their opinion. (...) They must seek authority”.

<sup>21</sup> Embora o voto invoque, como elementos de autoridade, argumentos de Gustavo Tepedino e de Frederico Henrique Viegas de Lima, ambos os autores, justamente nos textos indicados, sustentam que a multipropriedade imobiliária é direito real. Algumas passagens em que Tepedino o faz, com as cautelas próprias da defesa de uma tese verdadeiramente inovadora, constam do voto prevalente. Por isso, opta-se por não as transcrever. Viegas de Lima, amparado pelo trabalho de Tepedino e por materiais que se acumularam desde a publicação da tese, foi bastante enfático a respeito: “Na multipropriedade, qualquer que seja a sua forma, existe uma

*devendo-se seguir os tipos reais previstos na legislação específica, especialmente do Código Civil*". Mais que prestigiar a segurança jurídica *formal*<sup>22</sup> almejada pelo desenho de uma tipologia fechada em matéria de direitos reais, anotou diversos aspectos que distinguiram a multipropriedade das formas típicas de direitos reais, sobretudo em função de limitações ao exercício de poderes proprietários. Partiu, ainda, da quádrupla função que Viegas de Lima vislumbra no *numerus clausus*<sup>23</sup>, para firmar que:

a adoção da forma livre de criação dos direitos reais seria capaz de promover um ambiente de insegurança jurídica aos negócios imobiliários devido à impossibilidade de se prever as formas variadas e criativas de novos direitos reais que surgiriam e os efeitos jurídicos que poderiam irradiar.

A *ratio* traçada, vê-se bem, mira ao atendimento de uma mesma diretriz constitucional: a segurança jurídica. Mas parte de um sentido de segurança caro ao modelo de Estado de Direito, a *segurança como certeza*, haurida da pré-determinação de hipóteses normativas, a qual se sustenta epistemologicamente na assunção da coincidência ou unidade entre texto e norma<sup>24</sup>. Muito embora o direito positivo

---

*propriedade* temporal. A função do tempo exerce o papel de núcleo central em qualquer das teses. Por isto, a *multipropriedade* é uma *propriedade* que tem um início e um fim estabelecidos" (2007, p. 32). Aliás, no que se antecipa, por via diversa da traçada pelo voto prevalente e gizada por este trabalho, firmou: "Admitir ser esta modalidade uma *propriedade atípica* não viola o princípio de *numerus clausus* de direitos reais. Nem, tampouco, a tipicidade inerente a estes. Por ser uma modalidade de *propriedade comprimida*, não se quer dizer que esta não deixe de ser propriedade. (...) Da mesma forma, resta atendido o princípio da tipicidade dos direitos reais quando não se estabelece ser esta modalidade um direito real típico. Ao contrário, a atipicidade é perfeitamente visível nesta forma de propriedade. Isto porque a mesma recolhe atributos de outros direitos reais como *condição de existência*" (2007, p. 105).

<sup>22</sup> Esta noção, cingida na mencionada pré-determinação de hipóteses normativas, encontra expressão bastante elucidativa no comentário de Cortiano Junior (2002, p. 66): "cada problema jurídico deve encontrar uma resposta certo, que deve decorrer de premissas certas, que, no caso, são as proposições que refletem as regras do direito".

<sup>23</sup> "A *ratio* de *numerus clausus* (...) se integra em um sistema coerente, participando da organização dos direitos reais para possibilitar as seguintes funções: a) a contribuição da publicidade dos direitos reais (...); b) a clareza da existência dos mesmos, para um terceiro (...); c) de proteção da liberdade da propriedade (...); e d) é uma regra de ordem ética e moral, que retira (bane) dos direitos das coisas certos direitos que ainda não possuem uma definição clara, uma vez que são diversos os tipos de relações que podem existir entre uma pessoa e uma coisa" (VIEGAS DE LIMA, 2007, p. 98-99).

<sup>24</sup> A advertência de Zaneti Junior (2014, p. 179-180) é emblemática neste ponto: "A teoria da interpretação é central para a correta compreensão da dogmática jurídica contemporânea. O direito lida com textos. Os textos precisam ser interpretados. Não se podem mais confundir, como se fazia uma vez, texto e norma, o dispositivo e seu sentido normativo. A clareza do

brasileiro contemple diversos enunciados normativos que referendam esta acepção de segurança – a exemplo da hipótese de cabimento de recurso especial por *negativa de vigência a dispositivo de lei* (art. 105, III, *a*, *in fine*, CF) e de ação rescisória por *manifesta ofensa a norma jurídica* (art. 966, V, NCPC) – e, portanto, não seja de rigor errada a sua invocação, ela está em descompasso com o estado da Teoria do Direito<sup>25</sup> e com o contexto dinâmico, de travessia, em que o Direito Civil brasileiro contemporâneo se insere.

Nesta ordem de ideias, o prevalecer da divergência sinaliza a sobrepujança da segurança jurídica substancial – e, conseqüentemente, das viragens caracterizadas da instauração do Estado Constitucional – em detrimento da segurança jurídica formal – também dos aspectos distintivos do Estado de Direito. Simboliza um passo não tão tímido em direção à ruptura das amarras modernas que reduzem a Jurisdição à dicção da *vontade* da lei. Consubstancia, enfim, o brado de Garcin, na célebre *Huis Clos*, de Sartre<sup>26</sup>: *Pas besoin de gril!*

---

texto pode contribuir para a sua interpretação, mas não a elimina. As normas não se confundem com os textos e o que se *aplica* no direito são as normas, não os textos”. Daí se dizer, *e.g.*, que: “os textos legais (ou enunciados normativos) ‘constituem uma mera possibilidade de Direito’, pois sua transformação em normas jurídicas ‘depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete’ (...). Normas não são, portanto, a matéria bruta do raciocínio jurídico, pois sua formulação depende da inteligência de um (ou mais de um) determinado enunciado estabelecido pelo legislador, por meio de um processo mental de interpretação ou adscrição de sentido” (BUSTAMANTE, 2012, p. 233), pelo que não há correspondência necessária entre texto e norma.

<sup>25</sup> “Torna-se claro ainda que toda a estrutura jurídica existe e funciona na medida em que visa a certas soluções: o dado jurídico é, por definição, teleológico, numa fenomenologia que se prolonga na necessidade completamente de, das decisões, ponderar as conseqüências” (MENEZES CORDEIRO, 1985, p. 89).

<sup>26</sup> A referência diz respeito à célebre conclusão a que a personagem chega, talvez na mais conhecida passagem da peça, em tradução livre: “Chega de grêlhas! O inferno são os outros”. No original: “*Pas besoin de gril: l’enfer c’est les Autres*” (SARTRE, 1947, p. 93). O sentido bem se adapta às relações entre Legislação e Jurisdição. Na obra do autor, os outros são o inferno porque a execução de seus projetos de vida conflita com o projeto de vida do eu. Implicam, pois, prejuízo a sua autonomia, a sua liberdade. Assim, malgrado haja uma liberdade imanente do sujeito, a convivência com os outros expõe suas fraquezas. O mesmo se dá com a segurança almejada pela Legislação e pela Jurisdição: a convivência de ambas expõe, reciprocamente, as fraquezas de cada uma. A moderna prevalência da Legislação, constrangida pelas fraquezas que a casuística lhe atribui infalivelmente, tornou-se um verdadeiro inferno à segurança jurídica. José Rodrigo Rodrigues diz que ela consistiria em uma Quimera em função disso (cf. 2012, p. 132-133). A releitura das relações entre Legislação e Jurisdição, ao abalar o centralismo da Lei, vem para domar este monstro, para conter os desconfortos gerados pela exposição da insuficiência da ideia de segurança formal e, de certa maneira, abrandar o fogo do

## CONCLUSÃO

O acórdão pelo qual a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial n. 1.546.165/SP sinaliza o contexto instável e dinâmico da travessia entre os modelos de Estado de Direito e de Estado Constitucional. As contrastantes razões de decidir invocadas pelos votos colidentes se imbricam, cada uma a seu modo, com os referidos tipos de organização jurídico-política caros à tradição europeia continental na atualidade. A prevalência do voto divergente, neste prisma, indica preferência por ou aproximação ao modelo de Estado Constitucional, no bojo de cujas viragens fundamentais os institutos de Direito Civil são relidos em seus fundamentos, sentido e finalidade, segundo a agenda evocatória pautada pela Constituição.

O problema da clausura real – e o alcance da tipicidade dos direitos reais – foi posto em revista pelo julgado, que, visando a remediar a insegurança gerada pelo engessamento do governo jurídico do objeto e seu descompasso com a realidade cotidiana, reconheceu *status* de direito real ao conjunto de posições jurídicas enfeixadas pela chamada multipropriedade imobiliária, mesmo à míngua de existência de previsão legal específica. Trata-se de avanço salutar, que permite um melhor equacionamento das Titularidades na juridicidade Civil-Constitucional.

Conquanto a decisão comentada, abstraídas questões alheias à problemática material respeitante ao mérito, corrobore o estreitamento das expectativas circundantes ao governo jurídico das relações interprivadas e as próprias normativas nele albergadas, há, ainda, muito a se fazer. A civilística, no exercício de sua vocação crítica, tem que atuar proativamente, não apenas como instância de controle de e constrangimento à atuação de magistrados e legisladores, mas também como *locus* de criação de modelos explicativos que provejam confiabilidade à dinâmica inerente ao tripé fundante do Direito Civil. Precisa, vale dizer, acolher a recomendação de Schopenhauer e ser, simultaneamente e em igual medida, *espectadora* e *atora* (*Zuschauer und Schauspieler zugleich*)<sup>27</sup> no cenário jurídico, de modo a salvaguardar o seguro exercício das liberdades que compõem o núcleo duro da constituição substancial do Direito Civil.

---

inferno. Neste giro: “Hoje, ainda com maior ênfase, a ética da confiança no direito positivado a equilibrar-se com a estabilidade de entendimentos jurisdicionais, os quais, por si só, se imutáveis indefinidamente ou mutáveis imotivada ou constantemente também geram insegurança. Tal temperamento passa pelo rigor da fundamentação racional das decisões e alcança o sentido da segurança não apenas como garantia de legítimas expectativas, mas também como incidência material da legalidade constitucional” (FACHIN, 2014, p. 17).

<sup>27</sup> SCHOPPENHAUER, A. *Aphorismen zur Lebensweisheit*. Leipzig: Insel-Verlag, 1917, p. 156

## REFERÊNCIAS

- ARNT RAMOS, A. L. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. *RBDC*, Belo Horizonte, v. 11, p. 17-35, jan.-mar./2017.
- ARONNE, R. Sistema Jurídico e Unidade Axiológica: Os Contornos Metodológicos do Direito Civil-Constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: Estudos Preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BUSTAMANTE, T. R. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CAVALCANTI FILHO, T. O problema da segurança no Direito. São Paulo: RT, 1964.
- CORTIANO JUNIOR, E. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- EHRHARDT JUNIOR, M. A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do Direito de Danos. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da Bahia*, v. 22, n. 24, p. 147-164, 2012.
- FACHIN, L. E. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FACHIN, L. E. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: PIANOVSKI RUZYK, C. E., SOUZA, E. N., BEZERRA DE MENEZES, J. E EHRHARDT JUNIOR, M. (Orgs). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.
- FACHIN, L. E. *Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 3. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FIORAVANTI, Maurizio. La trasformazione del modello costituzionale. *Studi Storici*, Roma:Carocci, ano 42, n. 4, p. 814, out./dez. 2001.
- KONDER, C. N. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do Direito Civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 60, n. 1, p. 193-213, jan.-abr./2015.
- MATOS, A. C. H. A força normativa dos fatos no Direito de Família nas obras dos Professores José Lamartine Corrêa de Oliveira, Francisco José Ferreira Muniz e Carmen Lúcia Silveira Ramos. In: KROETZ, M. C., p. V. A. *Direito Civil: Inventário Teórico de um Século*. Curitiba: Kairós, 2012.
- MATTIETTO, L. Função social e diversificação do direito de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, a. VII, n. 6, p. 155-169, jun./2006.
- MENEZES CORDEIRO, A. Evolução juscientífica e Direitos Reais. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1985. Disponível na Internet via: <<https://portal.oa.pt/upl/%7Be0cc0110-ab54-439f-81dc-c2f464acc0b6%7D.pdf>>. Última consulta em 28 de abril de 2017.

MOREIRA, E. B. Os princípios constitucionais da atividade econômica. *RFDUFPR*, v. 45, n. 0, p. 103-113, 2006.

OLIVA, M. D. e RENTERÍA, P. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro. *Civilística.com*, a. 5, n. 2, 2016.

PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do Contrato, da Propriedade e da Família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

PIANOVSKI, C. E. A importância de uma Teoria (Geral) do Direito Civil. In: TEIXEIRA, A. C. B. e LEITE, G. p. L. (Coords). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

RODRIGUEZ, J. R. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade judicial e estratégias legislativas. *Analisi e Diritto*, p. 129-152, 2012.

SARTRE, J. p. *Huis clos*. Paris: Éditions Gallimard, 1947.

SCHOPPENHAUER, A. *Aphorismen zuer Lebensweisheit*. Leipzig: Insel-Verlag, 1917.

STAFFEN, M. R. e BRANDÃO, P. T. Multipropriedade: entre a realidade e os direitos reais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 6, n. 2, p. 442-455, set.-dez./2011.

TEPEDINO, G. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIDAL, I. L. Seguridad jurídica y previsibilidad. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 36, p. 85-105, 2013.

VIEGAS DE LIMA, F. H. A multipropriedade imobiliária. *RTDC*, v. 32, p. 73-109, out.-dez./2007.

WATSON, Alan. Legal culture v. legal tradition. In: van HOECKE, Mark (Org.). *Epistemology and methodology of comparative law*. Oxford: Hart, 2004.

ZANETI JUNIOR, H. Cortes Supremas e Intepretação do direito. In: GALLOTTI, I. et al. (Coords.). *O Papel da Justiprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014.

---

# A MULTIPROPRIEDADE À LUZ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BREVES COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO ORIUNDO DO RECURSO ESPECIAL N. 1.546.165-SP

Maurício Bunazar\*

**Sumário:** Introdução – 1. Breve síntese do acórdão – 2. Breves considerações dogmáticas – Conclusão – Referências.

## INTRODUÇÃO

A doutrina qualifica o direito das coisas como um ramo tendencialmente menos dinâmico do que os outros ramos do direito civil<sup>1</sup>, sendo, portanto, menos suscetível a decisões judiciais que possam ser consideradas realmente inovadoras.

O acórdão oriundo do julgamento do Recurso Especial n. 1.546.165-SP pode, no entanto, ser considerado uma exceção, na medida em que parece ter reconhecido ao instituto da multipropriedade natureza jurídica de direito real atípico.

Algumas considerações lançadas pelos Ministros em seus votos – ainda que *obiter dicta* – colocam em questão características dos direitos reais tidas pela doutrina pátria tradicional como fundamentais para extremar o direito real do direito obrigacional e, assim, delimitar o regime jurídico específico de cada um desses ramos do direito privado.

---

\* Mestre e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco-FA-DUSP. Advogado.

<sup>1</sup> Confira-se, por exemplo, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. Tradução de Menezes Cordeiro, p 143.

Justifica-se, pois, uma análise ainda que sucinta desse acórdão com o fim de se verificar se as suas conclusões podem ser convenientemente extrapoladas para outros casos que envolvam a mesma matéria.

O acórdão que se passa a comentar restou assim ementado<sup>2</sup>:

RECURSO ESPECIAL N. 1.546.165 – SP (2014/0308206-1) – RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA – R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – EMENTA. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME-SHARING). NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO REAL. UNIDADES FIXAS DE TEMPO. USO EXCLUSIVO E PERPÉTUO DURANTE CERTO PERÍODO ANUAL. PARTE IDEAL DO MULTIPROPRIETÁRIO. PENHORA. INSUBSISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O sistema time-sharing ou multipropriedade imobiliária, conforme ensina Gustavo Tepedino, é uma espécie de condomínio relativo a locais de lazer no qual se divide o aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento) entre os cotitulares em unidades fixas de tempo, assegurando-se a cada um o uso exclusivo e perpétuo durante certo período do ano.

2. Extremamente acobertada por princípios que encerram os direitos reais, a multipropriedade imobiliária, nada obstante ter feição obrigacional aferida por muitos, detém forte liame com o instituto da propriedade, se não for sua própria expressão, como já vem proclamando a doutrina contemporânea, inclusive num contexto de não se reprimir a autonomia da vontade nem a liberdade contratual diante da preponderância da tipicidade dos direitos reais e do sistema de *numerus clausus*.

3. No contexto do Código Civil de 2002, não há óbice a se dotar o instituto da multipropriedade imobiliária de caráter real, especialmente sob a ótica da taxatividade e imutabilidade dos direitos reais inscritos no art. 1.225.

4. O vigente diploma, seguindo os ditames do estatuto civil anterior, não traz nenhuma vedação nem faz referência à inviabilidade de consagrar novos direitos reais. Além disso, com os atributos dos direitos reais se harmoniza o novel instituto, que, circunscrito a um vínculo jurídico de aproveitamento econômico e de imediata aderência ao imóvel, detém as faculdades de uso, gozo e disposição sobre fração ideal do bem, ainda que objeto de compartilhamento pelos multiproprietários de espaço e turnos fixos de tempo.

5. A multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (time-sharing), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição.

---

<sup>2</sup> Por desnecessário, deixou-se de identificar as partes.

6. É insubsistente a penhora sobre a integralidade do imóvel submetido ao regime de multipropriedade na hipótese em que a parte embargante é titular de fração ideal por conta de cessão de direitos em que figurou como cessionária.
7. Recurso especial conhecido e provido.

## 1. BREVE SÍNTESE DO ACÓRDÃO

Dado condomínio ajuizou demanda de cobrança de débitos condominiais em face de uma sociedade empresária. Em virtude dessa demanda, foi penhorado o imóvel registrado em nome do devedor. Outra sociedade empresária opôs embargos de terceiro, alegando que, por ser detentora de 2/52 avos da casa n. 34, representados pelas semanas 11 e 12, a penhora sobre a totalidade do imóvel seria indevida.

O juízo de primeiro grau julgou improcedentes os embargos de terceiro sob o fundamento de que a “a relação jurídica ofertada à embargante por conta da cessão de direitos na qual figurou como cessionária se revestia de natureza obrigacional e não de direito real”.

Interposta a apelação pelo embargante, fora negado provimento em acórdão que restou assim ementado:

DESPESAS DE CONDOMÍNIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. REVELIA NÃO CONFIGURADA. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TEMPO COMPARTILHADO OU TIME SHARING). PENHORA DOS IMÓVEIS SOBRE OS QUAIS INCIDE A MULTIPROPRIEDADE. MANUTENÇÃO. CESSÃO DE DIREITOS. RELAÇÃO OBRIGACIONAL. A revelia do réu não enseja necessariamente a procedência total da pretensão do autor. Empreendimento, objeto de tempo compartilhado, registrado em nome de pessoa centralizadora, que concede e organiza sua utilização periódica, gera relação de direito obrigacional com os multiusuários. Recurso desprovido.

O embargante/apelante interpôs recurso especial, alegando violação ao artigo 319 do Código de Processo Civil de 1973<sup>3</sup> e aos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil. No mérito, alegou que havia celebrado contrato preliminar formalizado por meio de instrumento particular de promessa de cessão de direitos pelo qual o promitente se obrigou a outorgar-lhe escritura da fração ideal, correspondente a 1/52 avos da casa n. 34 e que, em virtude deste contrato, poderia ser considerada multiproprietária.

Em um primeiro momento, coube ao Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva a relatoria do recurso especial. O relator cingiu a controvérsia à verificação da

---

<sup>3</sup> A questão da revelia é pouco relevante para os fins da presente análise e, por isso, será desconsiderada.

ocorrência ou não de revelia e à qualificação do contrato de multipropriedade, isto é, se tal contrato dá origem a direito pessoal ou a direito real.

Quanto a essa segunda questão, após tecer interessantes considerações doutrinárias sobre a multipropriedade, inclusive com a citação da importante obra de Gustavo Tepedino sobre o tema<sup>4</sup>, o Ministro Relator anotou que o instituto se caracteriza em razão da “divisão, no tempo, entre inúmeras pessoas, da utilização do mesmo imóvel, mediante um sistema de rodízio, fracionando-se o ano em períodos, em regra, iguais. Como consequência, o sistema comporta uma pluralidade de usuários e a atribuição, a cada um, do uso exclusivo da unidade habitacional pelo período de tempo pré-fixado no contrato”.

Quanto à natureza jurídica da multipropriedade, o relator sintetizou a controvérsia nos seguintes termos:

Feitas as considerações acima, resta desvendar a natureza jurídica do contrato celebrado pela recorrente, ou seja, se a aquisição limitou-se ao direito de uso do imóvel por tempo compartilhado ou se adquiriu uma fração ideal da propriedade em si. É inegável que o complexo de relações jurídicas que circunda o regime da multipropriedade apresenta características de direito real e de direito obrigacional, o que dificulta o seu enquadramento em uma das referidas categorias.

O aspecto de direitos reais decorre dos poderes exercidos pelo multiproprietário sobre o imóvel, em virtude de direito próprio, ainda que não identificável com qualquer figura típica. Por outro lado, a natureza de direito obrigacional advém da convenção inserta no contrato de aquisição, imprescindível para que se realize a multipropriedade.

Após citar a pesquisa de um doutrinador que inventariou a questão da natureza jurídica da multipropriedade em diversos países<sup>5</sup> e reconhecer as semelhanças entre a multipropriedade e os direitos reais típicos, o relator concluiu que, no Brasil, “o contrato de *time-sharing* possuiu a natureza jurídica de direito pessoal que está relacionado diretamente a um direito real, o do titular do bem objeto da multipropriedade”.

As razões apontadas pelo relator para fundamentar essa sua conclusão foram as seguintes: (i) as faculdades de uso, fruição e disposição, atribuídas à propriedade, na multipropriedade, são limitadas ao período de tempo anual preestabelecido, ainda que se tratando de direito perpétuo; (ii) o uso do bem é vinculado a um determinado fim, de modo que o multiproprietário não tem liberdade quanto à escolha de um modo de uso ou fruição que desvincule o bem do seu destino obrigatório; (iii) o

<sup>4</sup> *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

<sup>5</sup> O trabalho citado pelo Ministro Relator foi: *Multipropriedade imobiliária*. Revista de Direito Imobiliário, ano 34, vol. 70. jan-jun./2011, p. 81, de autoria de Marcelo Augusto Santana de Melo.

multiproprietário não pode efetuar qualquer modificação no imóvel, ainda que a título de melhoramento; (iv) não é possível instituir direitos reais de garantia sobre o imóvel em virtude da indivisibilidade expressamente pactuada nos contratos de *time-sharing*.

O Ministro Relator, após asseverar que as diferenças acima apontadas são apenas exemplificativas, apresenta aquele que parece ser o fundamento central de sua conclusão, qual seja, o de que no sistema jurídico brasileiro os direitos reais são em *numerus clausus*.

O Ministro Relator, após duas importantes citações doutrinárias – a de Pontes de Miranda, que, com a autoridade de seu nome, empresta apoio à conclusão do Ministro; e a de Frederico Henrique Viegas de Lima, que apresenta o porquê de os direitos reais serem em *numerus clausus* –, concluiu que:

Vale ressaltar que a adoção da forma livre de criação dos direitos reais seria capaz de promover um ambiente de insegurança jurídica aos negócios imobiliários devido à impossibilidade de se prever as formas variadas e criativas de novos direitos reais que surgiriam e os efeitos jurídicos que poderiam irradiar. Soma-se a isso o fato de que a Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), em harmonia com o princípio *numerus clausus* dos direitos reais perfilhado pelo ordenamento jurídico pátrio, é categórica ao estabelecer que:

“Art. 168. No Registro de imóveis serão feitas:

(...) § 1º **No registro de imóveis serão feitas, em geral, a ‘transcrição’, a ‘inscrição’ e a ‘averbação’ dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais sobre imóveis, reconhecidos em lei *inter vivos* e *causa mortis*, quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para sua disponibilidade**” (grifou-se).

Logo, a expressão ‘direitos reais reconhecidos em lei’ prevista no § 1º do art. 168 da Lei n. 6.015/1973 deixa claro que a taxatividade e a tipicidade dos direitos reais também alcança os atos de registro. Nesse cenário, diante da inviabilidade de criação de um novo direito real por convenção privada, inafastável a conclusão de que o contrato de *time-sharing* possui a natureza jurídica de direito pessoal que está relacionado diretamente a um direito real, o do titular do bem objeto da multipropriedade.

Partindo da premissa de que o direito subjetivo adquirido pelo embargante/recorrente tem natureza jurídica de direito pessoal, o Ministro Relator concluiu que a penhora sobre a totalidade do imóvel foi medida correta e, portanto, negou provimento ao recurso.

Após o Ministro Relator haver prolatado seu voto, o Ministro João Otávio Noronha pediu vista e, oportunamente, apresentou o voto divergente que acabou prevalecendo com a adesão dos Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino.

Em seu voto-vista, o Ministro Noronha iniciou rememorando o fato de o embargante/recorrente haver celebrado instrumento particular de promessa de cessão de direitos pelo qual o promitente se obrigou a outorgar-lhe escritura da fração ideal, instrumento esse que, uma vez registrado à margem da matrícula, atribui ao titular direito real de aquisição nos termos dos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil.

O Ministro centrou a questão debatida no processo na natureza jurídica da multipropriedade, *in verbis*:

Depreende-se, pois, que a questão básica constante dos autos consiste em saber se a multipropriedade constituída em relação a imóvel submetido a fracionamento e compartilhamento temporal entre multiusuários possui a natureza jurídica de direito real ou de direito obrigacional, até mesmo para efeito do alcance de constrição judicial.

Tal qual o Ministro Relator, o Ministro que abriu a divergência citou a doutrina de Gustavo Tepedino, porém com destaque a um trecho em que o autor afirma categoricamente que a multipropriedade tem natureza jurídica de direito real.

O Ministro, acolhendo a lição doutrinária, aduziu que:

(...) a multipropriedade imobiliária, nada obstante ter feição obrigacional aferida por muitos, detém forte liame com o instituto da propriedade, se não for a sua própria expressão, como já vem proclamando a doutrina contemporânea, inclusive num contexto de não se reprimir a autonomia da vontade nem a liberdade contratual diante da preponderância da tipicidade dos direitos reais e do sistema de *numerus clausus*.

Em contraposição às lições de Pontes de Miranda, colacionadas pelo Ministro relator a fim de amparar seu entendimento no sentido de o sistema jurídico brasileiro de direitos reais assentar sobre a ideia de *numerus clausus*, o Ministro colacionou as lições de Carvalho Santos, para quem a autonomia privada tem o condão de, ao lado da lei, criar novos direitos reais.

Partindo, pois, das premissas de que a multipropriedade tem natureza jurídica de direito real e de que os direitos reais são em *numerus apertus*, o Ministro entendeu por dar provimento ao recurso sob os seguintes fundamentos:

Considerando o que acima expandido, com a devida vênia do Ministro relator, concluo o seguinte: a) a multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e b) o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (time-sharing), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição de que é cotitular para uso exclusivo e perpétuo durante certo período do ano. Nada obstante a inexistência, em relação ao

contrato de multipropriedade imobiliária, de específico tratamento normativo e, até mesmo, a intensa divergência doutrinária acerca de sua natureza jurídica, o desfecho dado à presente causa é necessário porquanto a questão sobre ser possível ou não a criação de novo instituto de direitos reais – levando-se em conta a tipicidade e o sistema de *numerus clausus* –, em circunstâncias como a dos autos, nas quais se verifica a superação da legislação em vigor pelos fatos sociais, não pode inibir o julgador de, adequando sua interpretação a recentes e mutantes relações jurídicas, prestar a requerida tutela jurisdicional a que a parte interessada faz jus. Nesse diapasão, evidencia-se que, na interpretação judicial, como idôneo instrumento jurídico de mudança informal da lei, o Poder Judiciário desempenha papel de fundamental importância não só na revelação do sentido e alcance das regras normativas que compõem o ordenamento positivo mas, sobretudo, na conformação da própria legislação infraconstitucional às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais e econômicos que caracterizam a sociedade contemporânea.

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS

Pelo que se pôde aduzir dos votos prolatados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a divergência consistia em se definir se a multipropriedade tem ou não natureza jurídica de direito real e, para se alcançar a solução de tal questão, os Ministros partiram da noção de *numerus clausus*.

Com efeito, para o relator, os direitos reais são, no sistema jurídico brasileiro, em *numerus clausus* e, portanto, só dispõe da qualidade de direito real o direito subjetivo que a lei qualificar como tal. Como não há previsão legal acerca da multipropriedade, o Ministro relator concluiu que sua natureza jurídica é de direito pessoal.

Já para o Ministro responsável pelo voto-vista, no direito brasileiro, os direitos reais são em *numerus apertus* e, portanto, nada haveria a impedir a qualificação da multipropriedade como direito real. Foi essa a posição que prevaleceu.

Como se viu, ambos os Ministros estruturaram seus votos a partir da obra de Gustavo Tepedino, que foi a primeira monografia sobre o tema no Brasil<sup>6</sup>.

Diferentemente do que eventualmente se possa deduzir da leitura dos votos, a conclusão de Gustavo Tepedino pela qualificação da multipropriedade como direito real não implica, de sua parte, negação “ao princípio do *numerus clausus*”. Ao contrário, o autor afirma categoricamente que no ordenamento jurídico brasileiro os direitos reais são em *numerus clausus*.

---

<sup>6</sup> A obra de Gustavo Tepedino foi fruto do trabalho com o qual concorreu – e venceu – o concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

O autor põe em evidência uma distinção fundamental para que se possa compreender sua posição acerca da natureza jurídica da multipropriedade, qual seja, a distinção entre *numerus clausus* e tipicidade.

Segundo Gustavo Tepedino<sup>7</sup>:

Por quanto interessa ao presente trabalho, basta apenas registrar que o princípio do *numerus clausus* se refere à exclusividade de competência do legislador para a criação dos direitos reais, os quais, por sua vez, possuem conteúdo típico, daí resultando um segundo princípio, corolário do primeiro, o da tipicidade dos direitos reais, segundo o qual o estabelecimento de direitos reais não pode contrariar a estruturação dos poderes atribuídos ao respectivo titular. Ambos os princípios, tratados indiferentemente pela civilística brasileira, embora se apresentem aparentemente coincidentes, diferenciam-se na medida em que o primeiro diz respeito à fonte do direito real e o segundo à modalidade de seu exercício. (...).

Assim, se é inegável que a constituição de um novo direito real sobre coisa alheia, ou de uma forma proprietária com características exóticas, depende do legislador, que, por sua vez, deve ater-se aos limites de utilidade social definidos pela Constituição, certo é que no âmbito de cada tipo real há um vasto território por onde atua a autonomia privada e que carece de controle quanto aos limites (de ordem pública) permitidos para esta atuação. (...).

Sabe-se que o princípio da autonomia privada e o princípio do *numerus clausus* têm a mesma matriz liberal que pretendeu, no regime jurídico revolucionário, franquear o tráfego jurídico, fomentando a celebração de negócios criados pelas partes e com força de lei entre elas, expressão da filosofia individualista cujo consectário lógico, do ponto de vista histórico (embora possa parecer contraditório nos dias de hoje), era justamente a supressão dos ônus que gravam os imóveis, impedindo sua livre circulação. (...). Tal concepção, ainda hoje justificada, sobretudo pelo princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual a autonomia privada não pode criar vínculos que atinjam situações jurídicas de terceiros, veda a criação de direitos reais que, sendo dotados de eficácia *erga omnes*, criariam o dever genérico de abstenção, sem o prévio consenso da coletividade e sem a generalidade e abstração próprias da norma jurídica. Só a lei, no sistema democrático, revela o consenso social capaz de permitir a produção de efeitos *erga omnes*.<sup>8</sup>

Fica, pois, evidente que o autor não propugna a superação do *numerus clausus*. Pelo contrário, vê nele fonte de segurança jurídica para os terceiros que, como tais, não podem ser atingidos pela eficácia de negócio jurídico do qual não participaram.

<sup>7</sup> Embora ordinariamente não seja recomendável uma longa citação doutrinária no corpo do texto, a natureza deste trabalho (análise de decisão judicial) e o fato de Gustavo Tepedino haver sido amplamente citado nos votos componentes do acórdão justificam que se dê ao leitor a oportunidade de ler exatamente o que escreveu o autor.

<sup>8</sup> Op. cit, p. 82-84.

Para além dos inconvenientes econômicos da superação do princípio do *numerus clausus* dos direitos reais<sup>9</sup>, como bem apontado pelo Ministro Relator, o sistema jurídico brasileiro consagra-o.

Há uma série de dispositivos legais que, interpretados conjuntamente, permitem inferir com bastante segurança que os direitos reais, no sistema jurídico brasileiro, são em *numerus clausus*.

Inicialmente, a própria redação do artigo 1.225 do Código Civil permite que se conclua que seu rol é taxativo<sup>10</sup>, não sendo outro o entendimento tradicional da doutrina brasileira.

Lafayette Rodrigues Pereira, em obra que sabidamente influenciou a elaboração do Código Civil de 1916, negou a possibilidade de criação de direitos reais que não estejam previstos em lei<sup>11</sup>.

Ao comentar o artigo 674 do Código Civil de 1916, Clóvis Bevilacqua, arrolando as características do direito real, asseverou que “não há direito real, senão quando a lei o declara”<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Cumpre trazer à baila as lições de Luciano Penteado sobre o tema: “Longe de ser trava à atividade econômica, o *numerus clausus* é garantia da circulação das situações sobre bens sem ônus e pendências que permitam concentração progressiva de capital, tomado em seu sentido econômico. Deferir espaço de preenchimento para a autonomia privada no campo dos direitos das coisas seria permitir que o acordo entre partes viesse a obrigar futuros proprietários à observância de determinado regime, sempre, nas transmissões futuras. O sistema de legalidade, segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei, impede que o negócio jurídico seja fonte de normas para além das partes, exceto quando em benefício de terceiro, preservada a faculdade de renúncia” (*Direito das coisas*. São Paulo: RT, 2008, p. 93).

No mesmo sentido, acerca do que chama de caráter *in rem* do direito das coisas, Fernando Araújo leciona: “não deve ser subestimado, já que é ele que confere às pessoas as condições para desenvolverem recursos e planearem o futuro com alguma segurança, presas que elas estão da noção de poder direto sobre a materialidade das suas posses e dos frutos do seu esforço econômico presente e futuro – uma razão que igualmente recobre a tipificação e o *numerus clausus*, um modo de informação a baixo custo acerca da presença de alcance destes direitos erga omnes”. Cf. *A tragédia dos baldios e anti-baldios – o problema econômico do nível ótimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 13.

<sup>10</sup> O que não implica afirmar que outras leis ordinárias não possam criar novos direitos reais.

<sup>11</sup> O autor afirma que a “constituição de direitos reais sobre imóveis entende diretamente com a organização da propriedade: cria-lhe restrições, diminui-lhe o valor e, gravando-a de ônus, embaraça-lhe a circulação:- o que influi diretamente sobre o crédito territorial, instituição com a qual travam grandes interesses de ordem pública. Parece, pois, que é mais razoável a de que o proprietário não pode constituir direitos ou ônus reais que não se acham estabelecidos e regulados pela lei”. In: *Direito das Coisas*, V. I. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: Editora do Senado, 2004, p. 25.

<sup>12</sup> *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. V. III. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 231.

Com a entrada em vigor do atual Código Civil, o posicionamento majoritário da doutrina não se alterou<sup>13</sup>.

Ainda, designadamente acerca dos imóveis, o artigo 1.227 determina que, *inter vivos*, os direitos reais somente se adquirem com o registro e, como apontou o Ministro Relator, o § 1º do artigo 168 da Lei de Registros Públicos dispõe que somente serão registrados os direitos reais reconhecidos em lei.

A conjugação desses dois dispositivos legais evidencia que não é possível adquirir um direito real sobre imóvel que não esteja previsto em lei, o que é o conteúdo essencial do conceito de *numerus clausus*.

*Inter vivos*, a aquisição de direitos reais sobre imóveis é processo complexo, na medida em que depende de um negócio jurídico<sup>14</sup> – formalizado por escrito – que imponha a obrigação de constituir o direito real subjetivo e do registro do instrumento resultante no Registro de Imóveis competente.

Assim, ainda que se atribua à multipropriedade imobiliária a qualidade de direito real, sua constituição não prescindirá do registro imobiliário, sem o qual, por imperativo legal, não se poderá adquirir.

Como se depreende dos votos dos Ministros, o imóvel penhorado estava registrado exclusivamente em nome do condomínio executado, não havendo, pois, outro direito de propriedade – ou mesmo de multipropriedade – que o tivesse por objeto<sup>15</sup>.

Por essa razão, ao menos sob o argumento de ser titular de direito real de multipropriedade, a posição jurídica do embargante/recorrente não estava imunizada contra a eficácia da penhora incidente sobre o imóvel.

Contudo, como parece ter sido reconhecido em ambos os votos, o embargante/recorrente figurou como cessionário em contrato de promessa de cessão de fração ideal sobre o imóvel.

---

<sup>13</sup> Apenas a título de exemplo, veja-se Luciano Penteadó (*Direito das Coisas*. São Paulo: RT, 2008, p. 93), Nelson Nery e Rosa Nery (*Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 588) e Marco Aurélio Viana (*Comentários ao novo Código Civil*. V. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7-10).

<sup>14</sup> Importante consignar que, embora ambos os votos façam menção à dúvida acerca da natureza jurídica do contrato de multipropriedade – se tem natureza pessoal ou real –, não é da natureza jurídica do contrato que se trata. No direito positivo brasileiro, o contrato é fonte de obrigação e, portanto, dá origem a direito pessoal. O que se deve investigar é se – e em que condições – o contrato de multipropriedade pode vir a ser fonte de direito real.

<sup>15</sup> Não se olvide que, por disposição legal expressa, a propriedade presume-se plena e exclusiva. Cf. artigo 1.231 do Código Civil.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora o instrumento desse contrato de promessa de cessão não haja sido registrado no Registro de Imóveis, sua existência seria suficiente para permitir que o cessionário opusesse eficazmente embargos de terceiro<sup>16</sup>.

Disso decorre que, se fosse aplicada a jurisprudência sumulada do tribunal, ter-se-ia alcançado o mesmo resultado constante do acórdão objeto destes comentários sem a necessidade de se colocar em questão um dos pilares sobre os quais assenta a distinção fundamental entre direitos reais e direitos obrigacionais e, conseqüentemente, com ganhos de segurança, estabilidade e integridade bastante evidentes.

## CONCLUSÃO

Pode-se extrair dessa decisão paradigmática que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, seguindo importantes orientações doutrinárias, reconheceu que a multipropriedade é instituto que faz parte do direito positivo brasileiro, notadamente, sob a qualificação de direito real.

Pode-se afirmar, ainda, que a Terceira Turma, se não afastou, ao menos mitigou o princípio do *numerus clausus* em hipóteses em que – nas palavras do relator para acórdão – “se verifica a superação da legislação em vigor pelos fatos sociais”.

Da leitura do voto prevaemente, infere-se que essa “mutação legislativa informal” – ou mesmo o que se chamou de “conformação” da legislação às novas necessidades econômicas – pressupõe que haja uma prática negocial que, a despeito de atípica, possa ser considerada reiterada.

Porém, talvez mais importante do que chamar atenção para o que ficou decidido seja apontar o que não se decidiu para, assim, colaborar para evitar que sejam extrapoladas para outros casos conclusões que não se podem extrair do acórdão.

Embora haja reconhecido que a multipropriedade é instituto que faz parte do direito positivo brasileiro e tenha tomado partido explícito acerca de sua natureza jurídica, o acórdão não especificou- até mesmo porque não é atribuição de julgadores fazê-lo- quais os requisitos para que a multipropriedade se constitua.

Ao sugerir, ainda que *obiter dictum*, que a multipropriedade possa ser expressão do direito de propriedade – e não um novo direito real – o voto-vista permite que se infira que a constituição da multipropriedade deva seguir os mesmos requisitos necessários à constituição do direito de propriedade.

---

<sup>16</sup> É o que dispõe a Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, se, como sugerido pelo voto-vista na esteira de respeitável doutrina, a multipropriedade é um modo de ser do direito de propriedade, seu reconhecimento e sua tutela judicial prescindem da superação do princípio do *numerus clausus*, afinal, como ensina José Oliveira Ascensão, a propriedade é o direito real prototípico<sup>17</sup>.

Finalmente, por mais tentador que seja aos espíritos novidadeiros, não se pode inferir do acórdão que a autonomia privada tenha o condão de criar direitos reais atípicos, não se podendo olvidar que, no caso em análise, o Ministro Relator para acórdão assentou que os contratos tendentes à constituição de multipropriedade são uma prática econômica reiterada e, também, que a multipropriedade é um modo de ser do direito real de propriedade, e não um direito novo.

Em que pese ter prevalecido o voto-vista, não se pode afirmar que a Terceira Turma haja afastado integralmente o princípio do *numerus clausus*.

O Direito tem como uma de suas principais funções a de evitar e solucionar conflitos sociais. Tendo em mira que uma das maiores, – senão mesmo a maior – fontes de conflitos sociais é a escassez de bens, o Direito normatiza as hipóteses em que, licitamente, é permitido a alguém apoderar-se de dado bem da vida e, em sequência lógica, atribui a ele interditos aptos à defesa da situação constituída em face de quem quer que queira a ela opor-se.

A principal forma pela qual o Direito legitima a aquisição, aproveitamento exclusivo e conservação de bens da vida é o reconhecimento dos direitos subjetivos reais. Contudo, os direitos subjetivos reais têm como característica a exclusividade, é dizer, permitem ao seu titular aproveitar, com a exclusão de todos os demais sujeitos de direito, as vantagens que proporciona sobre a coisa que constitui seu objeto.

Por meio da atribuição a alguém de um direito subjetivo real, o Direito opta por excluir – e a exclusão nada tem a ver com relação passiva universal – todas as demais pessoas de, ao mesmo tempo e sobre mesma coisa, obter igual aproveitamento.

Assim, a livre criação de direitos subjetivos reais por ato de autonomia privada, além dos inconvenientes apontados, entre tantos outros, por Luciano de Camargo Penteadó e Fernando Araújo, restringiria de maneira antissocial o acesso jurídico-econômico às coisas, algo que parece contrário ao programa político-constitucional posto pela Constituição Federal de 1988.

---

<sup>17</sup> *Direito civil*: reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 279.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernando. *A tragédia dos baldios e anti-baldios – o problema económico do nível óptimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, v. III, 1938.
- CANARIS, Claus- Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Menezes Cordeiro. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- NERY, Nelson; NERY, Rosa. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- PENTEADO, Luciano. *Direito das coisas*. São Paulo: RT, 2008.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Brasília: Editora do Senado, 2004. v. I, Coleção História do Direito Brasileiro.
- TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao novo Código Civil*. V. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



---

# A EXTINÇÃO DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO – REVENDO O FILME “AQUARIUS”

*Luciano de Souza Godoy\**

Com alegria, aceitei o convite da professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka para participar do livro comemorativo do Encontro dos Grupos de Pesquisa do IBDCivil; Sobram competência e dedicação aos coordenadores e integrantes dos grupos de estudo em Direito Civil, sempre inovando e colaborando ao avanço científico da área.

Para a ocasião, escolhi debater o direito à propriedade, minha área de interesse e pesquisa, com o auxílio de um filme nacional muito destacado e recente. Acredito que arte e o ensino e a reflexão do direito podem caminhar lado a lado. Por isso, o presente artigo trata do tema do filme *Aquarius*.

O drama foi o único filme latinoamericano indicado à Palma de Ouro no festival de Cannes em 2016. Concentra-se na resistência da personagem principal em manter sua moradia em seu apartamento, único ainda ocupado em um prédio vazio; o roteiro do filme apresenta uma situação peculiar que deve ser melhor estudada no direito civil, em especial no direito da propriedade. Em um momento de expansão imobiliária e renovação de antigas políticas urbanas, é necessário analisar a implicação da extinção do condomínio em casos singulares como o retratado.

Dirigido por Kleber Mendonça Filho e protagonizado por Sônia Braga, o filme retrata a busca da empreiteira “Bonfim Engenharia” para adquirir um único

---

\* Formado em Direito pela USP (1991), Mestrado (1997) e Doutorado (2002) também pela USP na área de Direito Civil. Atualmente é advogado e sócio do PVG – Perlman, Vidigal e Godoy Advogados com atuação no contencioso e arbitragens. É professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas nos cursos de graduação e mestrado.

apartamento que não lhe pertence no edifício *Aquarius*, situado na praia de Boa Viagem, em Recife. A construção de um novo empreendimento imobiliário no terreno é o plano da empresa construtora; por óbvio, envolve a demolição do prédio e a mudança da única moradora ainda resistente. Clara, a proprietária da unidade, apesar das ofertas de alto valor, não tem a pretensão de vender seu imóvel.

A conexão da personagem principal com seu apartamento é revelada logo nas primeiras cenas. O apartamento – que pertenceu a uma tia já falecida – guarda as memórias afetivas de toda uma vida: a convivência com seu finado marido, o crescimento de seus filhos e comemorações familiares. Em tempos de mídias digitais e armazenamento em nuvem, a estante de Clara repleta de discos de vinil anuncia sua resistência ao processo de modernização, o qual ela considera impessoal e superficial. É nítido o direito de moradia individual da protagonista, que surge como um elemento necessário à proteção da dignidade da pessoa humana e também como componente do direito da personalidade<sup>1</sup>.

Contrapõe-se a este direito individual de moradia de Clara, a visão por um direito de moradia mais amplo, à medida que o projeto apresentado pela construtora é destinado à incorporação de um edifício com maior capacidade habitacional. Além disso, a realização dessa obra implica a concretização do direito urbanístico da região devido à possibilidade de interferência do poder público na ocupação do solo urbano e no desenvolvimento da cidade.

Se a arte imita a vida, ou a vida imita a arte não se sabe. Certo é que há concretamente um caso semelhante ao caso de Clara no filme *Aquarius* – com a situação vivida em um antigo prédio de apartamentos na cidade de São Paulo. O edifício *Peixoto Gomide*, situado na esquina da rua de mesmo nome com a rua Oscar Freire, uma das regiões com metro quadrado mais caras de São Paulo e onde ocorre uma situação peculiar. Com sete de suas nove unidades autônomas vendidas para Construtora Santa Alice, o condômino edilício também não pode ser extinto para permitir a construção de um novo empreendimento.

Em atitude semelhante à de Clara, proprietários das duas unidades autônomas se recusam a vender seus apartamentos. Os demais apartamentos, adquiridos pela construtora em 2004, encontravam-se desocupados. Em 2007, um grupo de sem-teto mudou-se para lá. Segundo os proprietários dos dois apartamentos ainda habitados, teria sido a própria Empresa Santa Alice a responsável por incitar a ocupação dos imóveis desocupados, para pressioná-los a vender seus

---

<sup>1</sup> GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37-56.

apartamentos<sup>2</sup>. No filme, Clara também é intimidada pela construtora que, diante de sua recusa em aceitar diversas propostas de compra, passa a utilizar-se de artimanhas para tornar a habitação do edifício insustentável.

E provavelmente muitos outros casos virão. As grandes cidades brasileiras – como São Paulo e Rio de Janeiro – possuem inúmeros edifícios ocupando terrenos que poderiam ser destinados a construções mais modernas, eficientes e com maior adequação urbanística e arquitetônica. Faltam terrenos, sobram prédios antigos e ultrapassados nas cidades grandes.

De fato, a política urbana tem uma grande importância nos dias atuais. Os processos de industrialização e urbanização, intensificados no século XX em nosso país, causaram ocupação desordenada das cidades. Como forma de conter impactos negativos do processo de urbanização, surge o direito urbanístico, que oferece mecanismos jurídicos ao Poder Público para organizar os espaços habitáveis na cidade. É compreensível que a política urbana, vez ou outra, traga uma oposição entre os interesses públicos e privados. Dessa forma, minha visão – a finalidade urbanística pode interferir no direito de propriedade.

A esse respeito, nota-se que a Constituição Federal de 1988 tratou de fornecer as primeiras bases do direito urbanístico no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 182<sup>3</sup> do texto constitucional refere-se à política de desenvolvimento urbano, de

---

<sup>2</sup> Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1901712-estrangeiros-na-oscar-freire-sem-teto-terao-que-deixar-predio-invadido.shtml>>. Acesso: 10/07/2018.

<sup>3</sup> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

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

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

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

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

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

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

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

competência do Município. O instrumento base para a definição de uma política urbanística é o Plano Diretor, que deverá ser aprovado pela Câmara Municipal. A principal motivação para a existência de um instrumento como tal é direcionar o desenvolvimento da cidade para o atendimento das necessidades coletivas de toda a população.

Outrossim, à medida que um planejamento urbanístico é colocado em prática, deve-se levar respeito e priorizar a realização de um outro direito constitucionalmente previsto: o direito à moradia. Incluído no art. 6º da Constituição Federal de 1988<sup>4</sup> entre os direitos sociais, o direito à moradia apresenta uma dualidade particular. Se, por um lado, ele constitui uma norma constitucional programática destinada a promover a todos os cidadãos brasileiros o acesso à moradia. Ele também representa, no âmbito do direito civil, um direito da personalidade decorrente da proteção à dignidade da pessoa humana.

Bom dizer e enfatizar um ponto. A reafirmação da importância da modernização dos centros urbanos por meio da construção de novos prédios com finalidades urbanísticas e habitacionais modernas – pretendida aqui – não ignora a possibilidade de existência de valor histórico de alguma dos antigos edifícios e construções<sup>5</sup>. Se assim for, há que ser identificado e preservado. Como se sabe, existem instrumentos jurídicos destinados à conservação de edifícios importantes para o Patrimônio Histórico, Cultural, Artístico e Arquitetônico nacional, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. Nesse sentido, há órgãos destinados a avaliar a viabilidade de tombamento de determinadas edificações<sup>6</sup> nas três esferas de Governo, o que deverá ocorrer com base no Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937.

No caso da subutilização dos condomínios edilícios com condôminos resis-

---

<sup>4</sup> Alteração realizada pela Emenda Constitucional n. 26, de 14.2.2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm)>. Acesso em: 12 julho 2018

<sup>5</sup> O episódio da manobra política intentada pelo ex-ministro Geddel Vieira Lima, em 2016, demonstra a importância de uma avaliação dos órgãos de preservação do patrimônio histórico, cultural e ambiental livre de pressões políticas. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1836516-empresa-responsavel-por-edificio-omite-contrato-de-geddel-vieira-lima.shtml>>. Acesso em: 30 julho 2018.

<sup>6</sup> Na esfera federal, temos o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), no Estado de São Paulo contamos com o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico, Arqueológico e Turístico do Estado de São Paulo (CONDEPHAAT) e, para o município de São Paulo, o Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental do Município de São Paulo (CONRESP).

tentes à sua extinção ou à sua alienação, quando não há patrimônio histórico ou artístico a ser resguardado, existe afronta aos interesses urbanísticos. Isso ocorre porque a utilização irracional de espaços em regiões tão importantes para a cidade reflete, precisamente, no aumento do preço dos imóveis da região, impedindo a concretização do direito à moradia. Nota-se, ainda, o afastamento das camadas mais populares de locais de fácil acesso e criando os chamados “bolsões da pobreza”. Por isso, é prejudicial à coletividade que um único apartamento ocupado em um prédio com várias unidades autônomas impeça a construção de um empreendimento com maior capacidade habitacional.

O ponto central é – a legislação hoje não atende de forma adequada a uma necessidade – um único proprietário de uma unidade em um edifício não pode obstar o desenvolvimento urbanístico da cidade, a construção de um novo prédio no terreno de um antigo que será demolido. Em termos jurídicos, Clara em *Aquarius* está certa, a Empresa Bonfim está errada, entretanto a legislação precisa mudar em benefício do crescimento e desenvolvimento ordenado das nossas cidades.

No que se refere à legislação do condomínio edilício, o ordenamento brasileiro ainda se revela um tanto quanto fechado às possibilidades de interferência na esfera de liberdade do particular com base no princípio da função social da propriedade ou da necessidade de implementação de uma política urbana. As normas destinadas a regular a propriedade horizontal no direito pátrio são relativamente novas, o que se deve ao recente processo de urbanização brasileiro. Dessa forma, o Código Civil de 1.916 foi omissivo em relação ao tema, tratando somente do condomínio tradicional, fruto da existência de mais de um titular da propriedade de um mesmo bem.

Muito embora se tenha notícias da existência de edificações contendo propriedades distintas em um mesmo terreno com divisão por pavimentos desde a Roma Antiga, foi somente com o início da urbanização brasileira, que este tipo de moradia se popularizou no Brasil. Com isso, surgem os primeiros litígios edificações de pavimentos sobrepostos de mais de um proprietário. Diante da lacuna legislativa existente e do acelerado movimento de êxodo rural, o Congresso Nacional emite, em 1928, o Decreto Decreto-Lei n. 5.481<sup>7</sup>, que passa a regular a matéria. Nos anos seguintes, o decreto sofreu diversas modificações, visando adequar seu conteúdo à realidade social de cada momento histórico.

Para sanar a incompletude do decreto e pacificar o assunto, a Lei n. 4.591, de

---

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5481-25-junho-1928-776630-publicacaooriginal-140611-pl.html>>. Acesso: 10 julho 2018.

1964<sup>8</sup>, com anteprojeto de Caio Mário da Silva Pereira, tratou do tema de maneira satisfatória à época. Denominada *Lei de Condomínio e Incorporações*, o novo diploma legal tratou de duas matérias diversas. A abordagem de diferentes temas em uma mesma lei pode ser explicada pela necessidade de proteção de consumidores atingidos pela multiplicidade de ofertas de empreendimentos de imobiliários não finalizados, tal qual a premência de atualizar a regulação do condomínio à complexidade social.

No que diz respeito à extinção do condomínio, ora discutido neste artigo, esta lei possui dispositivos que permitem a extinção do condomínio em situações excepcionais. Os artigos 13 a 18 da Lei n. 4.591/1964 tratam das possibilidades de demolição, reconstrução e até venda do edifício por deliberação da maioria. O artigo 17<sup>9</sup>, alterado pela Lei n. 6.709, de 1979, apresenta, inclusive, a possibilidade de alienação total do edifício, mesmo contra a vontade de uma minoria, quando houvesse “condenação da edificação pela autoridade pública, ou ameaça de ruína”, além de “motivos urbanísticos ou arquitetônicos”, e também quando se constatasse “desgaste, pela ação do tempo, das unidades habitacionais”.

Nesse sentido, a aplicação parte final deste dispositivo tornaria possível a extinção de condomínio com a venda da totalidade de suas unidades autônomas, possibilitando a construção de edificações que atendam uma política urbana mais racional. Prédios – como o edifício *Aquarius* ou o *Peixoto Gomide* – poderiam ser

---

<sup>8</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4591.htm)>. Acesso: 10/07/2018.

<sup>9</sup> Art. 17. Os condôminos que representem, pelo menos 2/3 (dois terços) do total de unidades isoladas e frações ideais correspondentes a 80% (oitenta por cento) do terreno e coisas comuns poderão decidir sobre a demolição e reconstrução do prédio, ou sua alienação, por motivos urbanísticos ou arquitetônicos, ou, ainda, no caso de condenação do edifício pela autoridade pública, em razão de sua insegurança ou insalubridade. (Redação dada pela Lei n. 6.709, de 31.10.1979)

§ 1º A minoria não fica obrigada a contribuir para as obras, mas assegura-se à maioria o direito de adquirir as partes dos dissidentes, mediante avaliação judicial, aplicando-se o processo previsto no art. 15. (Redação dada pela Lei n. 6.709, de 31.10.1979)

§ 2º Ocorrendo desgaste, pela ação do tempo, das unidades habitacionais de uma edificação, que deprecie seu valor unitário em relação ao valor global do terreno onde se acha construída, os condôminos, pelo quórum mínimo de votos que representem 2/3 (dois terços) das unidades isoladas e frações ideais correspondentes a 80% (oitenta por cento) do terreno e coisas comuns, poderão decidir por sua alienação total, procedendo-se em relação à minoria na forma estabelecida no art. 15, e seus parágrafos, desta Lei. (Redação dada pela Lei n. 6.709, de 31.10.1979)

§ 3º Decidida por maioria a alienação do prédio, o valor atribuído à quota dos condôminos vencidos será correspondente ao preço efetivo, e, no mínimo, à avaliação prevista no § 2º ou, a critério desses, a imóvel localizado em área próxima ou adjacente com a mesma área útil de construção. (Redação dada pela Lei n. 6.709, de 31.10.1979)

alienados apesar da recusa de uma minoria de condôminos em vender seus apartamentos. Isso porque um projeto condizente com a lei de zoneamento urbano e com o plano diretor da cidade justifica as finalidades urbanísticas ou arquitetônicas, além de conferir ao antigo proprietário uma indenização equivalente à avaliação judicial do imóvel ou ao valor arbitrado de acordo com o preço de imóveis situados em mesma área.

Em 2008, no estado de Nova York, nos Estados Unidos, uma lei denominada “*Common Interest Ownership Act*” tornou possível a extinção de um condomínio após receber 80% de votos dos condôminos favoráveis à proposta de alienação<sup>10</sup>. Das 120 unidades autônomas do condomínio *Parker Place*, 98 já haviam sido vendidas para uma companhia privada, que optou pela demolição do mesmo. Os condôminos vencidos, por sua vez, deverão receber indenização pelo preço de suas unidades autônomas. Segundo os compradores, a proposta de transformar o prédio residencial em prédio com propriedades de aluguel deve transformá-lo em um prédio com maior ocupação e rentabilidade.

As crescentes evoluções sociais no Brasil do século XX culminaram na necessidade de adaptação das normas relativas ao condomínio edilício presentes na Lei de Condomínio e Incorporações. Como forma de preencher as lacunas legislativas decorrentes destas transformações, o Código Civil de 2.002 trouxe alterações para a matéria dos condomínios edilícios para modernizar a matéria e incluir a concepção de inspiração social dos institutos tradicionalmente civis. Consequentemente, as normas trazidas entre os artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil de 2002 revogaram tacitamente o título I, artigos 1º a 27 da Lei n. 4.591/64<sup>11</sup>. Até se poderia abrir uma discussão se aqueles artigos mencionados – artigo 17 complementado pelo artigo 15 – não haveriam sido revogados porque o tema não foi tratado na nova norma – Código Civil. Mas o ambiente de insegurança jurídica não é adequado para um investimento imobiliário que exige um marco legal estável.

Especificamente sobre a possibilidade de alteração da destinação do condomínio ou de sua extinção, a nova lei não contribui para a concretização de política urbana eficiente. O artigo 1.351<sup>12</sup>, do Código Civil versa que: “Depende da apro-

---

<sup>10</sup> Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2008/09/28/realestate/28wczo.html>>. Acesso em: 13 julho 2018.

<sup>11</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil comentado: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade*, artigos 1.196 a 1368, volume XII, p. 450. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>12</sup> Art. 1.351. Depende da aprovação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção; a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos. (Redação dada pela Lei n. 10.931, de 2004).

vação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção; a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos”.

A necessidade de garantir a unanimidade de votos para realizar essa alteração causa inúmeros problemas para os condôminos e também para a população<sup>13</sup>. Na cidade de São Paulo, por exemplo, prédios utilizados como residenciais na região central, entre as décadas de 60 e 70, estão abandonados ou ocupados por movimentos de moradia, diante da impossibilidade de destiná-los para uso comercial. A não utilização desses prédios, resultado da não consolidação de uma política urbana inclusiva e transformadora, resulta no abandono dos mesmos.

A falta de manutenção dos prédios abandonados não causa somente prejuízos monetários aos proprietários, como também permite a ocupação irregular desses edifícios, o que pode culminar em tragédias<sup>14</sup>. Nesse sentido, é dever do poder público atuar, por meio de mecanismos de direito urbanístico, visando a recuperação de edifícios degradados, abandonados ou de obras paralisadas pela justiça para viabilizar a recuperação dos mesmos e da utilização racional do espaço urbano.

É justamente este o caso do edifício *Peixoto Gomide*, situado nos Jardins, cujo proprietário da maioria das unidades autônomas não pode utilizar sua propriedade para os propósitos inicialmente almejados, em razão de impedimentos legais. Isso ocorre, pois, muito embora existisse a previsão legal para a venda total de um edifício em condomínio mesmo contra a vontade de uma minoria de condôminos no art. 17 da Lei n. 4.591/64, o referido dispositivo foi aparentemente revogado pelo Novo Código Civil.

Caso fosse aplicável ao caso concreto, seria a primeira demolição voluntária de um prédio com a extinção de condomínio para permitir incorporação de um novo edifício no Brasil tendo em vista objetivos urbanísticos ou arquitetônicos. Essa medida, por atender objetivos constitucionais de concretização de política urbana adequada e de acesso à moradia, representaria um salto de racionalidade para prevenir reflexos negativos do processo de expansão acelerada de grandes centros urbanos.

Ademais, a exigência de unanimidade para deliberações com conteúdo terminativo do condomínio se mostra exagerada e não razoável quando comparada com

---

<sup>13</sup> Carlos Alberto Dabus Maluf afirma que há um exagero na exigência de quóruns especiais, à medida que nem a votação de emendas constitucionais exige a unanimidade para sua aprovação, in: *Código Civil comentado coordenado* por Regina Beatriz Tavares da Silva, 8. ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>14</sup> Leia mais em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/claudiobernardes/2018/05/uso-pon-tual-de-edificios-vazios-pode-melhorar-sua-imagem-e-a-da-vizinhanca.shtml>>. Acesso em: 12/07/2018.

aquela imposta para extinguir o condomínio edilício com base no artigo 1.357<sup>15</sup> do referido diploma legal. Este dispositivo autoriza a extinção ou venda total do condomínio, com concordância de metade mais uma das frações ideais, quando houver destruição ou ameaça de ruína. No filme *Aquarius*, observa-se uma possibilidade de invocação deste dispositivo, à medida que a construtora decide acondicionar madeira infestada de cupins nas unidades de sua propriedade, o que pode colocar em risco a estrutura do prédio.

Para conclusão – o direito civil como mecanismo voltado para a regulação da vida em sociedade, novamente se revela insuficiente para mediar as complexas relações da vida moderna em grandes cidades. A má utilização de espaços urbanos habitáveis em cidades de grandes dimensões como São Paulo – demonstra a todos mais uma vez a insuficiência da nossa legislação e a necessidade de se pensar em soluções para esses problemas.

Cabe ao legislador abandonar a resistência quase utópica de Clara e encarar as novas interferências ao direito de propriedade à luz da função social da propriedade e do direito urbanístico, proporcionando para os cidadãos uma cidade adaptada às necessidades atuais. Por isso, levando em consideração o direito à moradia, a propriedade e sua função social, deve-se possibilitar a extinção do condomínio por alienação apesar da resistência da minoria dos condôminos, aplicando-se indenização equivalente a seu preço de mercado.<sup>16</sup>

## REFERÊNCIAS

- FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: direito das coisas, vol. 15 (arts. 1.277 a 1.368). Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.
- GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KOJRANSKI, Nelson. *Condomínio edilício*: aspectos jurídicos relevantes. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

---

<sup>15</sup> Art. 1.357. Se a edificação for total ou consideravelmente destruída, ou ameace ruína, os condôminos deliberarão em assembleia sobre a reconstrução, ou venda, por votos que representem metade mais uma das frações ideais.

§ 1º Deliberada a reconstrução, poderá o condômino eximir-se do pagamento das despesas respectivas, alienando os seus direitos a outros condôminos, mediante avaliação judicial.

§ 2º Realizada a venda, em que se preferirá, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, será repartido o apurado entre os condôminos, proporcionalmente ao valor das suas unidades imobiliárias.

<sup>16</sup> As pesquisas e finalizações do texto contaram com a colaboração indispensável da pesquisadora Ana Clara Tonhá Xavier.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Condomínio edilício*. 3. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 4. ed. atualizada segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz et al. *Código Civil comentado*. 8. ed. coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil comentado: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade*, artigos 1.196 a 1368. São Paulo: Atlas, 2003. v. XII.

---

# DIREITO DE FAMÍLIA



---

# DIREITO DE FAMÍLIA NO TEMPO

## DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 AO DE 2002 E ALÉM\*

*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka\*\**

**Sumário:** Introdução – 1. O Direito Civil de 1916 – 2. Relação entre as pessoas da família: homens, mulheres e filhos – 3. Casamento e o tratamento das entidades familiares – 4. Parentesco, filiação e guarda – Conclusão – Referências.

### INTRODUÇÃO

O Direito é um fenômeno multifacetado, rico nos diversos ângulos possíveis de observação que ele oferece. Por ser algo construído sociologicamente, recebe a influência dos eventos que ocorrem na sociedade, assim como é constantemente

---

\* Artigo derivado de palestra que proferi na Reunião Científica do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), em comemoração ao centenário da vigência da legislação civil codificada, no auditório Goffredo da Silva Telles Junior, em 07 de dezembro de 2017, sob a presidência da Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato e sob a coordenação do Professor Titular Nestor Duarte. A palestra teve como título “Direito de Família e Direito das Sucessões na vigência do Código Civil de 1916”. Na pesquisa histórica auxiliou-me Rommel Andriotti, que é mestrando em “Função Social do Direito” com concentração em Direito Civil pela FADISP, mestrando em “Efetividade do Direito” com concentração em Processo Civil pela PUC/SP e especialista em Direito Civil e Processo Civil pela EPD.

\*\* Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Coordenadora Titular e Professora Titular do Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Coordenadora Titular da área de Direito Civil da Escola Paulista de Direito (EPD). Mestre, Doutora e Livre docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Ex Procuradora Federal. Diretora Nacional do IBDFAM (região sudeste) e Diretora Nacional do IBDCivil (região sudeste).

alterado pela evolução dos costumes de um povo. Por isso, pode-se dizer que o Direito também é construído historicamente. Essa relação não é unidirecional, mas recíproca, significando que é tanto possível aprender mais sobre Direito com a história como, também, é possível aprender mais sobre a história com o Direito.

A evolução legislativa do Direito de Família ocorrida entre os Códigos de 1916 e 2002 demonstram bem essa relação simbiótica a qual me refiro. Outros pilares do direito privado como o contrato, a propriedade e a responsabilidade civil possuem mutação muito mais vagarosa em termos históricos. Entendam-me: novas modalidades de contratos surgem, assim como novas responsabilidades, mas a estrutura, o cerne dessas categorias, é milenar. Uma coisa é surgir um novo tipo de contrato ou forma de contratar – eletronicamente, por exemplo –, outra totalmente diferente é haver uma inversão completa dos próprios postulados da categoria jurídica. O contrato, enquanto ideia, tem os mesmos contornos desde tempos imemoriais. Mas ao se dizer “direito de família”, essa palavra, a “família”, é concebida de forma totalmente diferente a depender do lugar e da época a que se refere.

Por isso, comparar o direito de família de uma e outra época não é apenas um exercício estritamente jurídico, mas também uma jornada cidadã, uma aventura histórica, um estudo da própria natureza humana e da evolução das coisas; isso porque, por detrás de cada mudança legislativa; veladas sob cada artigo que alterou regras, encontram-se mil histórias de pessoas como nós, que viveram, alegraram-se e sofreram, e suas experiências pessoais tocaram a muitos e também ao legislador, motivando-o a alterar as leis, na difícil (ou virtualmente impossível) missão de fazer a norma acompanhar os fatos.

Então, a ideia deste trabalho é esta: longe de pretender esgotar o tema, nem oferecer uma comparação completa artigo-por-artigo entre leis, quero apontar algumas das principais alterações na regulação do Direito de Família do último século, sobretudo relacionando o Código Civil de 1916 com o de 2002. Ao final, essa análise proporcionará, além da correlata bagagem jurídica, uma oportunidade rica para uma leitura sociológica e histórica da sociedade brasileira sob as lentes do Direito. Mais que isso, quem sabe, este artigo poderá fornecer a identificação de tendências legislativas iniciadas no início do século XX e que poderão se projetar para o futuro.

## **1. O DIREITO CIVIL DE 1916**

Embora o Código de 1916 (CC/1916) seja oficialmente o primeiro Código Civil brasileiro, seria impensável supor que ele não teria sido precedido por um rico

histórico de tentativas anteriores. Não me preocuparei com grandes digressões, resgatando períodos antigos de outras civilizações, pois isso me afastaria do objetivo deste artigo. Cabe-me, aqui, apresentar as principais referências que sejam imediatamente anteriores à Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (CC/1916) e que mereçam menção. Ei-las:

1. Ordenações Filipinas;
2. Alvará de 9 de novembro de 1754;
3. Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas;
4. O Projeto de Nabuco de Araújo e o esboço de Teixeira de Freitas;
5. Projeto de Felício dos Santos;
6. Projeto de Coelho Rodrigues;
7. Consolidação de Carlos de Carvalho;
8. O Projeto de Beviláqua (que se tornaria o Código de 2016).

Traçando um panorama histórico desses diplomas normativos e projetos de lei, temos que, proclamada a independência brasileira em sete de setembro de 1822, as leis portuguesas de direito privado permaneceram em vigor, já que o Brasil, enquanto país, acabara de nascer e ainda não havia legislado sobre essas matérias. As Ordenações Filipinas vigiam desde 1603, e assim permaneceriam por longo tempo, até serem substituídas pelo próprio Código Civil de 1916. Com o passar do tempo e com a edição de mais e mais leis civis, o compêndio de normas de direito privado se estendia em um intrincado emaranhado legislativo, com muitas leis esparsas incidindo sobre as mais diversas áreas do direito civil. Tudo isso era dificultado pela precariedade dos meios de comunicação da época, o que tornava árdua a tarefa de manter atualizado o conhecimento de quais normas estavam e não estavam em vigor. Daí a importância da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, civilista brilhante do oitocentismo brasileiro. Teixeira de Freitas entregou em 1858 uma consolidação de toda a legislação civil em vigor, trabalho muito aclamado e que facilitou em grande medida o labor jurídico da época.

Teixeira de Freitas seria chamado posteriormente pelo Ministro Nabuco de Araújo para escrever um Código Civil do Império, o que foi feito, mas o trabalho era muito avançado para seu tempo e recebeu duras críticas da comissão revisora. Desgostoso, Teixeira de Freitas resolveu abandonar o projeto, comunicando sua desistência ao então Ministro da Justiça, José de Alencar. É importante apontar que, embora referido esboço não tenha sido aproveitado imediatamente pelos

brasileiros, certo é que serviu de inspiração para nossos países vizinhos, notadamente Argentina, Uruguai, Paraguai e, posteriormente, para o próprio Clóvis Beviláqua quando da elaboração de seu projeto.

Antes de o Brasil finalmente ter um Código Civil para chamar de seu, houve o Projeto de Joaquim Felício dos Santos; o de Coelho Rodrigues, este que foi o pai do Decreto n. 181<sup>1</sup>, que introduziu o casamento civil no Brasil (o casamento válido era apenas o religioso) e a consolidação de Carlos de Carvalho, dentre outros projetos e leis esparsas. Esses nomes são apenas aqui citados dadas as limitações de espaço para narrar história tão vasta, apesar dos méritos de cada um deles.

Posteriormente, foi o Ministro Epitácio Pessoa quem convidou o jurista Clóvis Beviláqua para redigir um novo Projeto de Código Civil, projeto que foi bem-sucedido, dada a promulgação da Lei 3.071 em 1º de janeiro de 1916<sup>2</sup>.

Clóvis Beviláqua, além de ter se inspirado nos projetos de Coelho Rodrigues e Teixeira de Freitas, recorreu aos sistemas jurídicos francês (*Code Napoléon* de 1804), canônico, romano e outros códigos civis modernos (como o alemão e o suíço) na elaboração de seu projeto. O Código ficou marcado por representar a imagem do direito positivo daquele tempo: individualista e voluntarista. É bom lembrar que a população brasileira era essencialmente agrícola, conservadora e católica, de modo que o Código foi elaborado para refletir essas características sociais. No prefácio que, em 1928, Clóvis Beviláqua redigiu para a tradução francesa do Código Civil brasileiro, tradução esta elaborada por Goulé, Daguin e Tizac, ele observou, quanto às fontes dessa codificação, o seguinte:

O Código Civil brasileiro, inspirando-se no direito estrangeiro estudado na legislação e na doutrina, reflete imagem fiel da época em que foi publicado; ele fixa um momento de evolução jurídica mundial. Guarda, todavia, sua fisionomia original, tanto no aspecto técnico, quanto no social. Tecnicamente, é ele a criação própria dos juristas brasileiros que, desde Teixeira de Freitas e todos os que, com ele ou depois dele, emprestaram sua colaboração ao preparo do Código, todos formados pela cultura

<sup>1</sup> BRASIL. União. *Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890*. Rio de Janeiro: Governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, 1890 (ano da publicação originária). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

<sup>2</sup> BRASIL. União. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916* [CC/1916 – Código Civil]. Brasília: Congresso Nacional, 1916 [ano da publicação originária]. Disponível in *Portal da Legislação do Governo Federal*. Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viv\\_Identificacao/lei%203.071-1916?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viv_Identificacao/lei%203.071-1916?OpenDocument)>. Acesso em: 27 de outubro de 2017.

brasileira e esforçando-se em satisfazer os interesses da comunidade em cujo seio viviam, servindo-se dos meios que ela mesma lhes oferecia. Socialmente, o Código Civil é a expressão exata e característica da sociedade brasileira atual.<sup>3</sup>

Haja vista o fato de que o Código Civil de 1916, nas palavras de Beviláqua, expressa precisamente a sociedade brasileira da época, então há de se averiguar o que dizia o Código em seu livro de Direito de Família para conhecer que sociedade era aquela. Para esse fim, examinarei apenas alguns aspectos do Livro I da parte Especial daquela codificação, o Direito de Família, do primeiro Código Civil brasileiro. Fiz o recorte em determinados assuntos que, penso, são os mais relevantes. Depois, tracei os principais marcos de cada tema até chegar na forma como se dá seu tratamento atualmente.

## 2. RELAÇÃO ENTRE AS PESSOAS DA FAMÍLIA: HOMENS, MULHERES E FILHOS

Em primeiro lugar, o Código Civil de 1916 tratava a família de forma hierarquizada e patriarcal, o que derivava diretamente de uma tradição greco-romana de prevalência do pai (homem) sobre a mulher, filhos, agregados e empregados do lar<sup>4</sup>. O poder era considerado algo essencialmente masculino, colocado na pessoa do homem, o “chefe” da sociedade conjugal, sendo que à mulher cabia a função de *colaboração*<sup>5</sup>. Mais que isso, determinava-se que a mulher, ao casar, assumiria a condição de “companheira, consorte e auxiliar” do marido nos encargos da família<sup>6</sup>. Em outras palavras, a mulher era relegada a uma condição subalterna à do homem na vida do casal.

Isso ficava ainda mais evidente com a disposição do art. 233, inc. IV, do CC/1916, que determinava que o homem tinha o direito de autorizar ou não que a

<sup>3</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Code civil des États-Unis du Brésil*; traduit et annoté par P. Goulé, C. Daguin e G. D’Ardenne de Tizac, Paris, Nationale, 1928, n. 29, p. 48-49 apud MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP)*. São Paulo: FADUSP, 1990? Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67220/69830>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

<sup>4</sup> Na verdade, essa era uma tradição de praticamente todas as culturas antigas, sendo a greco-romana aqui destacada simplesmente porque foram essas as civilizações-berço das demais comunidades ocidentais que se seguiriam.

<sup>5</sup> Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

<sup>6</sup> Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família (art. 324).

mulher trabalhasse e tivesse uma profissão<sup>7</sup>, o que só seria alterado quase cinquenta anos depois, com a Lei n. 4.121, de 1962<sup>8</sup>.

Aliás, há de se lembrar que até 1962, a mulher casada era considerada *relativamente incapaz*, ao lado dos maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos, dos pródigos e dos silvícolas<sup>9</sup>. Era algo muito curioso: a mulher era plenamente capaz após completar vinte e um anos, mas somente teria essa capacidade até casar. Após o matrimônio, as mulheres perdiam sua capacidade, voltando a serem consideradas como se menores fossem. E eis o dado mais curioso ainda: mesmo assim o casamento era tido como o sonho das mulheres!

Foi somente em 27 de agosto de 1962, com a publicação da Lei n. 4.121 (Estatuto da Mulher Casada), que as mulheres obtiveram a capacidade completa (a despeito de seu estado civil), a possibilidade de exercer poder familiar e a opção de exercer ou não profissão, sem precisar, para isso, de autorização do marido<sup>10</sup>.

Outra norma relevante do Código de 1962 era a que determinava que a mulher seria obrigada a adotar o nome do marido, situação que só seria alterada em 1977 com a Lei n. 6.515<sup>11</sup>, que alterou o parágrafo único do art. 240 do CC/1962 para inserir a expressão “*poderá* acrescer aos seus os apelidos do marido”, quando antes essa inclusão era automática e compulsória. Vale já adiantar que o Código Civil de

---

<sup>7</sup> Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, n. I, c, 274, 289, n. I, e 311). III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, n. IV). (Vide Decreto do Poder Legislativo n. 3.725, de 1919). IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, n. II, 242, n. VII, 243 a 245, n. II, e 247, n. III). V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277”, op. cit.

<sup>8</sup> BRASIL. União. *Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada*. Brasília: Congresso Nacional, 1962 (data da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm#art1)>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2018.

<sup>9</sup> Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156). II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. III. Os pródigos. IV. Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação”, op. cit.

<sup>10</sup> BRASIL, Lei 4.121, de 1962, op. cit.

<sup>11</sup> Lei n. 6.515, art. 50, cf. BRASIL. União. *Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos e dá outras providências*. Brasília: Congresso Nacional, 1977 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2018.

2002 tornou opcional a adoção do sobrenome do consorte tanto para o homem como para a mulher<sup>12</sup>.

Finalmente, deu-se a promulgação da Constituição brasileira de 1988<sup>13</sup>, um marco para o direito de família brasileiro porque elaborada seguindo valores modernos e alinhados com a mentalidade da época, o que, no que tange ao direito de família, significou uma principiologia muito mais pluralista, flexível e tolerante. A Constituição Federal de 1988 foi referencial em termos de atualização da norma frente a todas as manifestações sociais que aquela época exalava. O que se observa com mais nitidez é que o caminho entre 1916 e 1988 foi de um declínio da família patriarcal. Esta foi sendo progressivamente mal vista até chegar ao ponto em que a distinção entre os direitos de homens e mulheres se tornou inadmissível e, por isso, inconstitucional. Nesse sentido, ao ponto de ser repetitiva, a Constituição Federal de 1988 determina que haja isonomia no tratamento entre homens e mulheres tanto no art. 5º, inc. I, como também no art. 226, § 5º, justamente para ressaltar que não se deve discriminar um sexo em prol do outro, na tentativa de eliminar de vez todo o ranço preconceituoso trazido pelas legislações de outrora, cujos efeitos se viam tão presentes na sociedade e no próprio Código Civil de 1916, como já visto.

A promulgação da Constituição foi particularmente importante de um ponto de vista hermenêutico porque o sistema já convivia novamente com muitas normas esparsas, além do fato de que os códigos e a própria Constituição anterior já tinham se tornado colchas de retalhos repletas de alterações, de modo que não havia mais uma harmonia sistemática. A Carta Política de 1988 teve, então, o mérito de reunificar o sistema, além de ter elegido um rol de novos valores para o ordenamento jurídico brasileiro, que são aplicáveis diretamente às relações entre os particulares. Assiste-se, nesse sentido, ao fenômeno da constitucionalização do direito privado<sup>14</sup>, que desencadeia um alastramento dos valores constitucionais a todas as relações privadas, inclusive as relações familiares.

<sup>12</sup> Conforme o CC/2002, art. 1.565, § 1º, que diz “qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro”.

<sup>13</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CF/88]*. Brasília: Congresso Nacional (Poder Constituinte), outubro de 1988. Disponível no *Portal da Legislação do Governo Federal*: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 de julho de 2017.

<sup>14</sup> V. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 213; e também AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.

O atual Código Civil– Lei n. 10.406/2002<sup>15</sup> – é, evidentemente, uma importante baliza para o direito de família, mas trouxe menos inovações do que poderia ao tempo de sua publicação. Isso se deve ao fato, bem lembrado por Luciano Silva Barreto<sup>16</sup>, de que o Código Civil de 2002 foi aprovado mais de 20 anos depois de quando ele foi pensado. E realmente, recordo-me que assisti a tudo isso de perto. Tive a oportunidade de estudar o Projeto 634-B, que seria posteriormente o atual CC/2002, ainda em 1973, em crédito do saudoso Professor Rubens Limongi França denominado *Institutos de Direito Civil à luz do Projeto 634-B*, o que consistiu em parte de meu mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Logo, sou testemunha ocular de que a tramitação do Código foi assaz extensa e atrasada por muitos percalços. Evidentemente que o projeto foi sendo atualizado conforme certas alterações legislativas ocorriam e a sociedade evoluía, mas as principais novidades que ele traria foram, por assim dizer, deixando de ser novidades à medida que outras leis tratavam daqueles assuntos que seriam regulados pelo Código vindouro. Ainda assim, o CC/2002 foi uma enorme evolução, principalmente quando comparado ao seu precursor, e a falta inicial de arrojado em seus dispositivos foi sendo consertada pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência no decorrer dos anos, que vêm constantemente atualizando a interpretação do Código para que reflita da melhor forma os interesses da coletividade dado o contexto atual.

Bom exemplo disso foi a recente declaração da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que fazia diferenciação entre o regime sucessório do cônjuge e do companheiro. Recebi com grande satisfação a notícia do julgamento do RE n. 646.721/RS<sup>17</sup> e do RE n. 878.694/MG<sup>18</sup>, pois assisti, em 2017, à consagração da

<sup>15</sup> BRASIL. (União). *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro 2002* [CC/2002 – Código Civil]. Brasília: Congresso Nacional, 2002 [ano da publicação originária]. Disponível in *Portal da Legislação do Governo Federal*. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

<sup>16</sup> BARRETO, Luciano Silva. *Evolução histórica e legislativa da família. Série Aperfeiçoamento de Magistrados n. 13 – 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos*, v. I. [s.l.: s.n. ], 2012?, p. 213.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) n. 646.721/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello; Relator para o acórdão: Ministro Roberto Barroso. Brasília: STF, 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-jurisprudencia.asp?s1=%28646721%2ENUME%2E+OU+646721%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j9y92gj>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

<sup>18</sup> “Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada

tese que escrevi para o concurso de Professor Titular da FADUSP, em 2010, e que se tornaria meu *Morrer e Suceder*<sup>19</sup>.

### 3. CASAMENTO E O TRATAMENTO DAS ENTIDADES FAMILIARES

Analisar o casamento também é um excelente exercício jurídico, histórico e sociológico em termos de análise das diferentes sociedades no tempo. Quando o Código Civil de 1916 foi publicado, a única entidade familiar reconhecida foi aquela formada pelo casamento, em clara positivação das tradições religiosas dominantes<sup>20</sup>.

---

pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (RE 878694, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO *DJe*-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018)”, conforme: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário (RE) n. 878.694/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília: STF, 6 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28878694%2E%2E+OU+878694%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/he-2a4o4>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

<sup>19</sup> Ver, dentre outras passagens sobre a diferenciação do regime sucessório entre cônjuge e companheiro: “esse distinto tratamento que vem desde as páginas do direito de família, no Código Civil, repercute desastrosamente no regramento sucessório dessas mesmas pessoas, causando inquietude e, quiçá, insegurança jurídica. Essa questão é tormentosa, sem dúvida, e tem levado os estudiosos do direito às mais diversas elucubrações, no sentido de procurar desvendá-la. Pessoalmente, não sabemos bem como responder, a não ser imaginando que o fundo de justificação tenha sido uma dose de preconceito descabido, senão abominável, que tocou, infelizmente, o legislador brasileiro. No nosso sentir, não há outra solução melhor que a de se buscar mudar, e logo, essa retrógrada e descompassada legislação, de molde a poder se atribuir, ao companheiro, direito minimamente idêntico ao direito que se atribui ao cônjuge, no que diz respeito – ao menos naquilo que nos toca dizer, neste estudo – às regras relativas ao direito de herdar”, conforme HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2014, p. 429-430.

<sup>20</sup> Além disso, o Código seguia a ideia da própria Constituição vigente à época, a de 1891, que determinava: “art. 72. § 4º – A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será

O casamento, em regra, era indissolúvel, deveria valer para toda a vida, e o regime legal para os casamentos era o da comunhão universal de bens<sup>21</sup>. O art. 315 do Código Civil<sup>22</sup> dizia que a sociedade conjugal terminava somente pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, ou via ação de desquite, que por sua vez só poderia ser ajuizada, nos termos do art. 317<sup>23</sup>, se houvesse adultério, tentativa de morte, sevícia<sup>24</sup>, injúria grave ou abandono voluntário do lar conjugal por ao menos dois anos consecutivos. Aliás, o adultério deixaria de ser motivo de desquite, nos termos do art. 319<sup>25</sup>, se o autor (da ação de desquite) houvesse concorrido para que o réu o cometesse, ou ainda se o cônjuge inocente perdoasse o culpado, o que se presumiria haver ocorrido se aquele coabitasse com esse após ciência do fato.

Em 1977, houve a edição da Emenda Constitucional (EC) n. 09<sup>26</sup>, que modificou a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1967<sup>27</sup> para possibilitar a dissolução do casamento mediante divórcio, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos. No mesmo ano foi editada a Lei 6.515<sup>28</sup>, que

---

gratuita”, cf. BRASIL. União. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Rio de Janeiro: Congresso Constituinte, 1891 (data da publicação originária). Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/4ed91893cbdd0e10032569fa0074213f?OpenDocument&Highlight=1,&AutoFramed>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

<sup>21</sup> O art. 258 do Código Civil de 1916 diz: “Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal”, op. cit.

<sup>22</sup> CC/1916, “Art. 315. A sociedade conjugal termina: I. Pela morte de um dos cônjuges. II. Pela nulidade ou anulação do casamento. III. Pelo desquite, amigável ou judicial. Parágrafo único. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos conjugues, não se lhe aplicando a preempção estabelecida neste Código, art. 10, Segunda parte”, op. cit.

<sup>23</sup> CC/1916, “Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. Adultério; II. Tentativa de morte; III. Sevícia, ou injúria grave”, op. cit.

<sup>24</sup> Refere-se a maus-tratos, crueldade, tortura física e mental, martírio.

<sup>25</sup> “Art. 319. O adultério deixará de ser motivo para desquite: I. Se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse (Vide Decreto do Poder Legislativo n. 3.725, de 1919). II. Se o cônjuge inocente lhe houver perdoado. Parágrafo único. Presume-se perdoado o adultério, quando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado”, op. cit.

<sup>26</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional (EC) n. 9, de 28 de junho de 1977*. Brasília: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 1977 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc09-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm)>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

<sup>27</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (CF/67)*. Brasília: Constituinte, 1967 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2018.

<sup>28</sup> BRASIL. União. *Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos e dá outras providências*.

trouxe diversos avanços, dentre os quais a possibilidade de ação direta de divórcio, cabível contanto que houvesse cinco anos ou mais de separação de fato. Essa mesma lei também foi a responsável por trocar o regime legal de bens do universal para o Regime Parcial de Bens<sup>29</sup>. Então, desde 1977 que a comunhão parcial é o regime patrimonial padrão para casamentos no Brasil.

Após, a Constituição Federal de 1988 trouxe enorme avanço para o tema. São méritos de nossa Carta Magna a proteção constitucional das entidades familiares não fundadas no casamento (CF/88, art. 226, § 3º); as famílias monoparentais (CF/88, art. 226, § 4º); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal, independentemente de culpa (CF/88, art. 226, § 6º); o planejamento familiar, voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (CF/88, art. 226, § 7º); além da previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (CF/88, art. 226, § 8º).

Hoje, consideradas as evoluções mais recentes na matéria, já se admitem ainda mais entidades familiares, como aquela formada pela união de pessoas do mesmo sexo<sup>30</sup> e a que resulta do reconhecimento da dupla paternidade<sup>31</sup>. Isso revela uma tendência de flexibilização dos critérios para a caracterização de uma entidade como sendo familiar, e essa tendência não tem indícios de parar. Nesse sentido, já se fala em reconhecimento das famílias pluriafetivas, por exemplo.

#### 4. PARENTESCO, FILIAÇÃO E GUARDA

No início do século XX, fazia-se diferenciação entre filhos legítimos, ilegítimos, naturais e adotivos<sup>32</sup>. Deveras, no art. 377 do Código Civil de 1916 consta que “quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”<sup>33</sup>. Apenas em 1949 foi editada

---

Brasília: Congresso Nacional, 1977 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2018.

<sup>29</sup> Conforme art. 50, item 7, que alterou o art. 258, *caput*, do Código Civil de 1916, *Ibidem*.

<sup>30</sup> V. ADPF n. 132 e ADI n. 4.277, do STF.

<sup>31</sup> V. RE 898.060, julgado pelo STF.

<sup>32</sup> Por exemplo, o art. 183, inc. I, dizia: “art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209): I. Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil”. Outro exemplo: “Art. 332. O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção”.

<sup>33</sup> CC/1916, art. 377, cf. BRASIL. União. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916* [CC/1916 – Código Civil]. Brasília: Congresso Nacional, 1916 [ano da publicação originária]. Disponível *in*

a Lei n. 883, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos<sup>34</sup>, que possibilitou aos filhos antes tidos por “ilegítimos” a obtenção de direito a alimentos e herança, consistindo em importante passo para o reconhecimento da igualdade entre os filhos, não importando sua origem. Isso seria sacramentado na própria Constituição de 1988, que determina, no artigo 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”<sup>35</sup>.

Com relação à guarda, merecia-a aquele não fosse o culpado na ação de desquite, ou seja, não se pensava no que seria melhor para a criança ou adolescente, mas sim na averiguação da culpa pelo término do relacionamento<sup>36</sup>. Isso transformava o “ficar com a criança” em um verdadeiro prêmio para quem vencesse a ação, motivando o litígio, a troca gratuita de acusações mútuas e o recrudescimento do tratamento entre os envolvidos. A criança se tornava mero objeto de disputa, de modo que seus interesses não apenas ficavam em segundo plano como, mais que isso, poderiam ser completamente ignorados. Infelizmente, essa penosa situação durou muito tempo.

O regramento jurídico da guarda e da adoção teria um grande avanço no Brasil após a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os direitos da criança, realizada em 20 de novembro de 1989 em Nova Iorque e internalizada no Brasil por meio do Decreto n. 99.710/99<sup>37</sup>. Essa convenção motivaria a promulgação, não muito tempo depois, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)<sup>38</sup> –, que possui subseções próprias para

---

*Portal da Legislação do Governo Federal.* Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%203.071-1916?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%203.071-1916?OpenDocument)>. Acesso em: 27 de outubro de 2017.

<sup>34</sup> BRASIL. União. *Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos.* Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1949 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm)>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2018.

<sup>35</sup> BRASIL, CF/88, op. cit.

<sup>36</sup> CC/1916, “Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente. § 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. § 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai”, op. cit.

<sup>37</sup> BRASIL. União. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.* Brasília: Presidência da República, 1990 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

<sup>38</sup> BRASIL. União. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).* Brasília: Congresso Nacional, 1990 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2018.

a guarda, a tutela e a adoção. Há de se lembrar que o ECA tornou o reconhecimento do Estado de filiação um “direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros”<sup>39</sup>.

O próximo marco legislativo no assunto de filiação e parentesco foi a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que dispôs sobre a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do matrimônio<sup>40</sup>. Dentre outras medidas, essa lei deu ao Ministério Público legitimidade para ajuizar ação de investigação de paternidade, independentemente de iniciativa do interessado<sup>41</sup>, bem como, após alteração legislativa em 2009, permitiu que todos os meios de prova lícitos valessem na ação de investigação, mas sobretudo o exame de código genético (DNA), cuja recusa na realização por parte do réu gera presunção *iuris tantum* de paternidade<sup>42</sup>.

Finalmente, o Código Civil de 2002 alterou completamente o tratamento das ações que discutissem a guarda. O art. 1.583, § 2º, do CC/2002, passou a determinar que a guarda seria atribuída ao genitor que revelasse melhores condições de exercê-la, considerados certos fatores de interesse para o menor. Essa alteração já estava em conformidade com a Constituição Federal pois, conforme já visto, ela possibilitara o divórcio ou separação sem discussão de culpa. Após, em reforma realizada nessa parte do Código Civil em 2008, trouxe-se a possibilidade de haver a guarda compartilhada (que hoje é a regra), prevista no art. 1.583 e parágrafos, sendo que a guarda unilateral será atribuída, conforme diz o art. 1.584<sup>43</sup>, a quem

<sup>39</sup> Conforme art. 27, *caput*, do ECA, *Ibidem*.

<sup>40</sup> BRASIL. União. *Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento*. Brasília: Congresso Nacional, 1992 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L8560.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8560.htm)>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

<sup>41</sup> Lei n. 8.560, art. 2º, “§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade”, *Ibidem*.

<sup>42</sup> “Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. (Incluído pela Lei n. 12.004, de 2009). Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (Incluído pela Lei n. 12.004, de 2009)”, *Ibidem*.

<sup>43</sup> “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei n. 11.698, de 2008). I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei n. 11.698, de 2008). II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei n. 11.698, de 2008)”.

melhor atenda as necessidades específicas do filho. Portanto, em uma ação de guarda atual o assunto principal é o melhor interesse da criança, e não quem fez aquilo ou não fez aquilo outro, ou quem tem ou não culpa.

## CONCLUSÃO

De todo o exposto, verifica-se desde logo que as concepções de família adotadas em um século e em outro são absolutamente incompatíveis. As pessoas que viviam no início do século XX achariam absurdas as entidades familiares com as quais convivemos hoje e, em equivalente medida, as pessoas que vivem hoje julgariam inadmissível a família que existia nos anos vinte do século precedente.

Tudo isso contribui para o entendimento de que o Direito de Família é um ramo muito dinâmico, em movimento bastante acelerado quando comparado a outras áreas do Direito. Suas alterações buscam refletir os interesses e costumes de um povo. Dentre os aspectos a se considerar para que uma pessoa seja feliz, o seu envolvimento com sua família é um dos mais importantes. Tendo em vista que a própria fugacidade da felicidade enquanto conceito, e da própria sociedade volúvel e gasosa em que vivemos, era de se esperar que o Direito de Família exigisse um empenho maior dos juristas para ver-se atualizado enquanto conjunto de normas representativas dos costumes e anseios de um povo. Nesse sentido, há muito o que evoluir, e sempre haverá. Porém, ao mesmo tempo, considerando todas as mudanças ocorridas até este momento, muitas das quais mencionadas neste artigo, acredito que os juristas de família do Brasil podem olhar para trás e, ao fazê-lo, sentirem-se orgulhosos. E é assim que eu me sinto.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARRETO, Luciano Silva. Evolução histórica e legislativa da família. *Série Aperfeiçoamento de Magistrados*, n. 13 – 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos, v. I. [s.l.: s.n.], 2012?

BEVILÁQUA, Clóvis. *Code civil des États-Unis du Brésil*; traduit et annoté par P. Goulé, C. Daguin e G. D'Ardenne de Tizac, Paris, Nationale, 1928, n. 29, p. 48-49 In: MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP)*. São Paulo: FADUSP, 1990? Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view-File/67220/69830>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (CC/1916)*, comentado por Clovis Bevilacqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1973.

BEVILAQUA, Clovis. *Em defesa do projecto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1906.

BRASIL. (União). *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro 2002* [CC/2002 – Código Civil]. Brasília: Congresso Nacional, 2002 [ano da publicação originária]. Disponível in *Portal da Legislação do Governo Federal*. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (CF/67)*. Brasília: Constituinte, 1967 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CF/88]*. Brasília: Congresso Nacional (Poder Constituinte), outubro de 1988. Disponível no *Portal da Legislação do Governo Federal*: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 de julho de 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional (EC) n. 9, de 28 de junho de 1977*. Brasília: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 1977 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc09-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm)>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) n. 646.721/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello; Relator para o acórdão: Ministro Roberto Barroso. Brasília: STF, 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28646721%2EENUME%2E+OU+646721%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j9y92gj>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) n. 878.694/MG*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília: STF, 6 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28878694%2EENUME%2E+OU+878694%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/he2a4o4>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

BRASIL. União. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Rio de Janeiro: Congresso Constituinte, 1891 (data da publicação originária). Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viivTodos/4ed-91893cbdd0e10032569fa0074213f?OpenDocument&Highlight=1,&AutoFramed>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. União. *Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890*. Rio de Janeiro: Governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, 1890 (ano da publicação originária). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. União. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança*. Brasília: Presidência da República, 1990 (ano da publicação

originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

BRASIL. União. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916* [CC/1916 – Código Civil]. Brasília: Congresso Nacional, 1916 [ano da publicação originária]. Disponível in *Portal da Legislação do Governo Federal*. Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%203.071-1916?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%203.071-1916?OpenDocument)>. Acesso em: 27 de outubro de 2017

BRASIL. União. *Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada*. Brasília: Congresso Nacional, 1962 (data da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm#art1)>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2018.

BRASIL. União. *Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos e dá outras providências*. Brasília: Congresso Nacional, 1977 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2018.

BRASIL. União. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)*. Brasília: Congresso Nacional, 1990 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2018.

BRASIL. União. *Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento*. Brasília: Congresso Nacional, 1992 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L8560.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8560.htm)>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018

BRASIL. União. *Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos*. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1949 (ano da publicação originária). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm)>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2014.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP)*. São Paulo: FADUSP, 1990? Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67220/69830>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

---

# UNIÃO ESTÁVEL OU CASAMENTO FORÇADO?

Mário Luiz Delgado\*  
Débora Vanessa Caús Brandão\*\*

**Sumário:** Introdução – 1. Casamento e união estável: distinções necessárias – 2. Evolução legislativa da união estável no Brasil – 3. O tratamento legislativo da união estável em outros países. – 4. Crítica à disciplina legislativa da união estável no Brasil – 5. Situações de perplexidade causadas por interpretações divergentes do texto constitucional – 6. A equiparação de efeitos jurídicos transforma a União Estável em um verdadeiro casamento forçado – Conclusões – Referências.

*“e mariage forcé concerne des enfants, des femmes, des hommes promis ou donnés en mariage contre leur gré, à une personne connue ou inconnue, sans qu’ils aient eu le droit de refuser. Il est considéré comme une*

---

\* Doutor em Direito Civil pela USP e Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Titular da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP e Professor de Direito Civil na Escola Paulista de Direito – EPD. Diretor do Instituto dos Advogados de São Paulo- IASP e Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. É membro da Academia Brasileira de Direito Civil- ABDC e do Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro – IDCLB.

\*\* Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Pós Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Espanha. Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP, Universidade Municipal de São Caetano do Sul e professora convidada dos cursos de Pós-graduação da Escola Paulista de Direito – EPD. É membro da *International Society of Family Law – ISFL*, do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e Instituto de Direito Privado – IDP. Advogada.

*atteinte à la liberté individuelle. Il renvoie à l'idée que l'un des deux partenaires ou les deux n'ont pu consentir à leur mariage. Il est considéré comme un acte contraire aux droits fondamentaux de la personne et reconnu como une violence" (RUDE-ANTOINETE, Edwige. *Mariage libre mariage forcé?* Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 2011, p. 5).*

## INTRODUÇÃO

A citação que emoldura este artigo traduz o cerne das nossas reflexões: até que ponto a atribuição de direitos e deveres às uniões de fato, cuja constituição teria sido supostamente presidida pelo desejo de não submissão às formalidades sacramentais do casamento, não estaria descaracterizando-as no seu prisma fundamental de união livre ou união informal, para transformá-las, na prática, em um *tertium genus* de casamento. Um casamento com menos formalidades, mas com os mesmos direitos e os mesmos deveres recíprocos. Um casamento imposto pelo Estado contra a vontade dos nubentes.

O Código Civil brasileiro de 2002 disciplinou os direitos e deveres dos que convivem em união estável, assegurando aos companheiros um estatuto legal em muitos aspectos semelhante, mas jamais idêntico, ao dos cônjuges. A união estável, aos olhos do legislador de 2002, é uma situação de fato, consagrada pela realidade social, em tudo semelhante ao casamento, mas que não obedeceu a determinadas formalidades exigidas em lei. Por isso, a *mens legislatoris* na ocasião foi guindar a união estável quase ao patamar do casamento civil, com largueza de espírito, mas sem incorrer no equívoco da equiparação plena, sob pena de diluir por completo as diferenças existentes entre as duas entidades familiares, posição esta que há muito sustentamos inquinada de inconstitucional populismo doutrinário.

Da experiência verificada no direito comparado não localizamos exemplos abundantes de equiparação entre casamento e estável. Antes pelo contrário, a posição predominante talvez ainda possa ser traduzida pela máxima de Napoleão: “*le concubins se passent de la loi, la loi se desinteresse d’eux*”. Em grande parte dos países, o casamento é a instituição regra e ainda que se reconheçam efeitos jurídicos às uniões de fato, mesmo porque viver informalmente é bem diferente do que viver fora das leis<sup>1</sup>, não se cogita equiparar as duas figuras jurídicas.

---

<sup>1</sup> PITÁO, José Antônio de França. *União de facto e economia comum*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 46.

Entretanto, o Brasil caminha na direção oposta, a ponto de a posição a favor do tratamento diferenciado entre união estável e casamento estar sendo contestada, tanto na doutrina, como na jurisprudência. Alguns tribunais, por exemplo, chegam a afastar a aplicação do art. 1.790 do CCB/2002, que regula a sucessão entre os companheiros, por reputá-lo inconstitucional, uma vez a Constituição, segundo essa corrente, não permitiria a diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável.

Com o devido respeito aos partidários do pleno igualitarismo entre união estável e casamento, consideramos equivocada tal posição.

A orientação jurisprudencial e doutrinária pelo igualitarismo das entidades familiares está se sobrepondo à própria liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente por não desejarem se submeter ao regime formal do casamento, o que resulta, em última análise, tornar ineficaz a parte final do § 3º do artigo 226 da CF/88, que impôs ao legislador infraconstitucional facilitar a conversão da união estável em casamento.

Não compete ao legislador, nem muito menos à jurisprudência, regulamentar a união estável a ponto de atribuir-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal, o que implica, na prática, transformar a união estável em casamento contra a vontade dos conviventes, aos quais estar-se-ia impondo um verdadeiro “casamento forçado”.

## 1. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Sabemos encontrar-se há muito superada a concepção monopolista do casamento como formatação legal da família, desde que se conseguiu distinguir o direito de constituir família e o direito de contrair casamento. O elenco das entidades familiares posto no art. 226 do pergaminho constitucional é reconhecido, de forma quase consensual, como meramente exemplificativo. Consoante entendimento de Mário Delgado, rol aberto a comportar indefinidas formas de constituição de família, todas elas igualmente protegidas pelo Estado. O ponto em comum a todas, a justificar o reconhecimento e o incentivo estatal é a afetividade, pois se muitas são as famílias em seus diversos arranjos familiares próprios, inegável que todas elas terão a sua formação pressuposta pelo afeto, como elo que as une e reúne. Já para Débora Brandão, o legislador reconhece tão somente o que consta no texto constitucional, devendo qualquer outra forma ser objeto de emenda constitucional.

O conceito legal de família que melhor traduz essa diversidade nos foi legado pela Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que define a família como sendo a

comunidade formada, em face da parentalidade legal ou admitida, por afinidade, ou por vontade expressa (art. 5º, II).

A tutela estatal abrangente das entidades familiares típicas e atípicas não implica equiparação da respectiva moldura normativa, posto que em sendo diversas as suas características, imperioso reconhecer a diversidade de regimes legais, sem que se incorra no equívoco da hierarquização. Não existem famílias mais ou menos importantes, mais ou menos reconhecidas, mas, simplesmente, famílias diferentes, cada qual a seu modo, e, por isso mesmo, mais ou menos reguladas.

Casamento e união estável são duas entidades familiares típicas, mas com enorme diferenciação fática e normativa.

O ponto distintivo fundamental reside no seu modo de constituição e desconstituição.

Pela redação original do texto constitucional, considera-se união estável a união entre homem e mulher e, acrescenta o comando para que a lei facilite sua conversão em casamento. Ora, não há como se recomendar a conversão de algo naquilo que ele já o é. Portanto, é notória a inconstitucionalidade da tese sustentada acerca da equiparação dos institutos do casamento e da união estável. Não se obriga qualquer pessoa a se casar, mas quem escolhe a união estável deveria estar ciente de que não se poderia receber a mesma tutela jurídica.

O casamento pressupõe um ato formal e solene, diante do representante do Estado, precedido pelo procedimento de habilitação perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, destinado a apurar a capacidade matrimonial dos nubentes, ou seja, para verificar se eles preenchem os requisitos legais para a formalização do ato. Em regra, a prova da existência do casamento se dá com a certidão do registro, à exceção do casamento nuncupativo, consoante o artigo 1540 do Código Civil. A prova de sua existência é exclusivamente documental, através de certidão extraída do assento público competente. A dissolução também exige um procedimento próprio e deliberação estatal, seja por ação judicial, seja por ato notarial.

A prova de que o matrimônio se dissolveu também se faz por certidão, pouco importando a realidade dos fatos. Se os ex-cônjuges, depois de divorciados, retomam a convivência como se ainda casados fossem, tal fato jamais terá o condão de restaurar o casamento.

A união estável, por sua vez, não exige formalidade, nem solenidade, mas pressupõe o fato da convivência pública, duradoura e com o objetivo de constituição de família. Ela se manifesta pela simples comunhão fática de vida, ou seja, o casal passa a conviver pautado sob estes elementos acima descritos, independente-

mente de vida sob o mesmo teto, contrato escrito ou qualquer outra providência. A prova de sua existência é preponderantemente testemunhal, não obstante seja comumente corroborada por documentos (como fotos, contrato de alugueis, bilhetes amorosos etc.), dentre os quais, e certamente o mais relevante, o contrato de convivência. De acordo com a Escada Ponteano, o instrumento contratual foi redigido, portanto, existe; é válido, se observados todos os requisitos legais (apesar das críticas aqui expostas), mas não gozará de eficácia enquanto não for constituída a união pelo convívio público, contínuo, duradouro e com o objetivo de se constituir família.

Ou seja, jamais o instrumento contratual poderá constituir a união estável, especialmente quando celebrado no início da convivência. O contrato prévio de união estável não tem eficácia enquanto as partes contratantes não concretizarem o efetivo convívio. No máximo exterioriza tratativas preliminares de um convívio futuro, que poderá se materializar ou não, assemelhando-se, nesse ponto, ao pacto antenupcial, que somente adquire eficácia após o casamento. Sua eficácia é condicionada, dependendo do implemento ulterior dos seus elementos caracterizadores.

Uma união de fato, iniciada com ou sem contrato, tem o seu potencial de transformar-se ou não em uma união estável, a depender da presença dos demais elementos característicos. Assim, um relacionamento pode avançar e se caracterizar como união estável ou não, ficando no plano do namoro ou em encontros eventuais. Isto vai depender da presença dos demais elementos caracterizadores da união estável, donde se conclui que a verificação da existência da união estável só pode se dar com ela **em curso**. Essa aferição se fará sempre *a posteriori*, ao contrário do casamento, sempre *a priori*.

A dissolução da união estável, tanto quanto a sua constituição, portanto, decorre de um fato da vida, o fato da cessação da convivência, não exigindo qualquer procedimento ou formalidade. Da mesma forma que a união estável não se inicia por se firmar um contrato de convivência ou uma escritura pública de união estável, ela não se extingue por conta da lavratura de um distrato, de uma escritura pública de dissolução de união estável, ou da propositura de ação judicial de extinção de união estável, uma vez que tudo deve se dar no plano dos fatos.

A separação de fato com *animus* de definitividade é quanto basta para dissolver a união, sem necessidade de interveniência do Estado. A prova da dissolução é também predominantemente testemunhal, podendo ser corroborada por outros elementos, como comprovante de residência em localidade diversa ou mesmo uma simples declaração de um dos conviventes de que cessou a convivência *more uxorio*.

Todavia, nem mesmo o distrato formalizado de um contrato de união estável produzirá qualquer efeito desconstituidor se os distratantes continuarem a conviver de forma pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família.

Em suma, da mesma forma que a união estável não se inicia por se firmar um contrato de convivência ou uma escritura pública de união estável, ela não se extingue por conta da lavratura de um distrato, de uma escritura pública de dissolução de união estável, ou da propositura de ação judicial de extinção de união estável, uma vez que tudo deve se dar no plano dos fatos.

Os companheiros poderão realizar o procedimento estabelecido no Código de Processo Civil, art. 732<sup>2</sup>, caso queiram, mas não há qualquer obrigatoriedade porque a união estável se extingue com o fato da vida. Aqui, porém, e mais uma vez, o legislador brasileiro insiste na aproximação com o instituto do casamento: para tal, basta a constatação do texto legal.

Se, a despeito da existência destes documentos, o casal continua convivendo de acordo com o preceituado no art. 1723 do CC<sup>3</sup>, não há qualquer hipótese de se admitir a cessação da união estável.

Assim, nos elementos gênese, êxodo e prova reside a grande distinção, a justificar, também por isso, a desigualdade de regramentos legais.

## 2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

O Código Civil albergou a união estável em posição de destaque, ao ensejo de regulamentar o art. 226, § 3º da Carta Magna, além de substituir a regulação anterior trazida pelas leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996.

Constituição e Código Civil atual repetem que a união estável é caracterizada pela convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família.

No Código Civil de 1916, não se reconheciam direitos às famílias de fato, ou “não casamentárias”, constituídas fora do casamento civil ou religioso com efeitos civis. As poucas referências do texto codificado anterior tinham sempre o cunho

---

<sup>2</sup> Art. 732. As disposições relativas ao processo de homologação judicial de divórcio ou de separação consensuais aplicam-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual de união estável.

<sup>3</sup> 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.

repressor, procurando deixar o então chamado concubinato à margem de qualquer proteção jurídica. Não havia distinção, na esfera legislativa, entre o concubinato ostensivo e o clandestino, nem tão pouco entre o concubinato puro e o impuro.

Aos poucos a legislação foi assegurando certos direitos às uniões fáticas, seguindo as orientações que já estavam sendo firmadas pelos tribunais. Diversas leis ordinárias passaram a conferir direitos às companheiras, sobretudo direitos previdenciários.

A Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, por exemplo, anterior à atual Constituição, assegurou o direito da mulher ao nome do companheiro (art. 57, §§ 2º a 6º). A Lei n. 6.858, de 24 de novembro de 1980 tratou da dependência do companheiro para levantamento de certos valores do autor da herança (art. 1.037 do CPC).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a união estável foi alçada à categoria de entidade familiar. Ressalte-se que o legislador constituinte substituiu intencionalmente a palavra *concubinato* pela expressão *união estável*, tentando espantar toda a carga de preconceitos que jazia sobre a velha expressão, numa prova de aceitação, compreensão e respeito aos direitos daqueles que viviam em uniões informais.

Em face do mandamento constitucional de proteção à união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), foram editadas, em curto espaço de tempo, diversas leis extravagantes, que asseguraram, dentre outros direitos: adoção de filho por “concubinos” (Lei n. 8.069/90, art. 42, § 2º); dependência do companheiro para fins previdenciários (Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991); impenhorabilidade do bem de família (Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990); sub-rogação do companheiro na locação de imóveis urbanos, em caso de dissolução da vida em comum com o locatário ou de seu falecimento (Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, arts. 11 e 12).

E finalmente as duas leis especiais que regulamentaram a união estável na seara infraconstitucional até o advento do CC/2002: Lei n. 8.971/1994, dispendo sobre os direitos de companheiros a alimentos, sucessão (herança e usufruto) e meação em caso de morte e Lei n. 9.278/96, que deu nova definição à união estável, estabelecendo os direitos e deveres dos conviventes, tratando da assistência material (alimentos) em caso de rescisão da união estável, garantindo o condomínio (meação) dos bens adquiridos na constância da união e a título oneroso (salvo estipulação contratual em contrário), acrescentando o direito de habitação no plano da sucessão hereditária, permitindo a conversão da união estável em casamento por requerimento ao Oficial do Registro Civil.

O Código Civil de 2002, por sua vez, reconhece a união estável como entidade familiar, reproduzindo o art. 1º da Lei n. 9.278/96, sem mencionar prazo mínimo para a sua caracterização, exigindo apenas que a união seja pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família. Também dispôs, seguindo o estabelecido no art. 226, § 3º da CF/88, que a união estável poderá ser convertida em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz competente e assento no Registro Civil.

Além dos dispositivos constantes do título específico “Da União Estável” (Arts. 1.723/1.727), o CC/2002 também tratou da matéria em vários artigos, tais como:

- Art. 793: institui o companheiro como beneficiário de seguro, se ao tempo do contrato o segurado estivesse separado de fato ou judicialmente.
- Art. 1.562: possibilita a propositura da medida judicial de separação de corpos por um dos conviventes.
- Art. 1.595: institui o parentesco por afinidade na união estável.
- Art. 1.694: estabelece o dever de alimentos entre companheiros.
- Art. 1.711: possibilita a instituição de bem de família, mediante escritura pública, testamento ou doação pelos cônjuges ou conviventes.
- Art. 1.775: prevê a curatela do cônjuge ou do companheiro
- Art. 1.790: estabelece os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente.
- Art. 1.797: equipara o companheiro ao cônjuge na preferência pela administração da herança.

### **3. O TRATAMENTO LEGISLATIVO DA UNIÃO ESTÁVEL EM OUTROS PAÍSES.**

Na maioria dos países inexistente estatuto específico para as uniões fáticas, que discipline, de forma sistematizada, as suas relações patrimoniais. É muito menos que as equipare totalmente ao casamento.

No direito francês, por exemplo, vislumbram-se duas formas de uniões livres, o concubinato (*concubinage*) e o pacto civil de solidariedade (PACS), sendo que nenhuma das duas se equipara ao casamento (*mariage*).

Os conviventes ou *pacés* se diferenciam dos concubinos, pois os primeiros possuem o registro documental da convivência fornecido pelo Estado através de um certificado. Os casais franceses, que possuem união de fato e que queiram assegurar alguns direitos (seguro social, benefícios alimentares, pensões, etc.) se dirigem à Prefeitura (*Mairie*) do local de sua residência, apresentando testemunhas e

prova de domicílio ou residência, e pedem certificados de que são companheiros. A partir daí deixam de ser concubinos e se tornam *pacsés*. No direito sucessório gaulês, os componentes quer do PACS, quer do concubinato, não herdam um do outro.

Na Alemanha a regra continua sendo o casamento civil, muito embora a lei busque facilitar os trâmites administrativos e baratear os custos das uniões matrimoniais.

Na Espanha existe o casamento civil e o casamento religioso, ambos reconhecidos pelo Estado. As referências à união de fato são esparsas. Não são aplicáveis direitos e deveres dos cônjuges, não há obrigação alimentar, deveres de assistência e fidelidade, direitos sucessórios. Os efeitos são exclusivamente patrimoniais e prespõem dois requisitos essenciais: a exigência de um certo *tempo de convivência* para derivar determinados feitos jurídicos, e a existência de um *contrato formal de convivência*, que represente a base geradora dos mencionados efeitos de direito. Registra LUIZ PAULO CONTRIM que “a jurisprudência do Supremo Tribunal espanhol, hodiernamente, vem decidindo que a existência de uma sociedade universal entre os conviventes (CC, art. 1.674) – *sociedade universal de ganâncias* – depende, de um lado, do nítido *consentimento* entre eles, traduzido pela *affectio societatis*, e de outro, da prova do acordo de que as aquisições patrimoniais foram realizadas por ambos os conviventes”<sup>4</sup>.

No direito norte-americano existe o casamento e o chamado *common law marriage* ou casamento de fato, mas a tendência legislativa é orientada à tutela do matrimônio institucional. Inclusive na grande maioria dos estados americanos, apegados ao conceito de casamento tradicional, sequer é reconhecido o *common law marriage* e simplesmente se negam quaisquer direitos aos conviventes<sup>5</sup>. Existem também os contratos de vida em comum (“*living together contracts*”), celebrados por “pares solteiros” para assegurar certos direitos em caso de rompimento futuro.

O Código Civil Mexicano inclui a companheira na ordem da vocação hereditária, se conviveu por cinco anos ininterruptos com o autor da herança ou que teve filhos. Se o *de cuius* deixar várias concubinas nenhuma delas terá direito sucessório (art. 1.645, *caput*), preservando-se a moralidade e o dever de fidelidade da união concubinária. Devendo o testador prestar alimentos à companheira, se com ela conviveu mais de cinco anos, ou se da união resultou prole (art. 1.368, V).

<sup>4</sup> Ob. cit.

<sup>5</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: de acordo com o novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 99.

Em outros países, é a lei que determinará os casos em que, por razão de equidade, a união entre pessoas com capacidade legal para contrair matrimônio, deva ser equiparada, por sua estabilidade e singularidade ao matrimônio civil.

#### **4. CRÍTICA À DISCIPLINA LEGISLATIVA DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL**

Desde o advento das primeiras leis promulgadas após a CF/88, que pretendiam regulamentar a união estável no Brasil, alguns autores já criticavam o conteúdo dessa regulamentação.

Na opinião de Maria Helena Diniz, por exemplo, as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 e o novo Código Civil, em algumas normas referentes ao Direito de Família eram “inconstitucionais por estimularem o concubinato puro em alguns de seus artigos, mas é inegável que os direitos e deveres outorgados aos conviventes por essas normas encontram respaldo na jurisprudência e na doutrina, fazendo com que tenham eficácia social. Resta-nos aceitar os seus efeitos jurídicos, ante a teoria da incidência normativa, que privilegia o fenômeno eficaz e não o da validade. O rigor científico requer que se estabeleça um entrelaçamento entre tais normas, para que haja unidade de coerência lógica do sistema normativo. Como há divórcio entre o art. 226, § 3º, da CF/88, o Código Civil e as Leis ns. 8.971 e 9.278, será preciso por um fim ao conflito, sem contudo, eliminá-lo.”<sup>6</sup>

Com efeito, o texto constitucional, ao reconhecer a união estável como entidade familiar deixou claro que o fez apenas para fins de proteção do Estado (artigo 226, § 3º, CF/88), não significando isto equiparação com o casamento, tanto que o constituinte manifestou, expressamente, o desejo que a lei facilite a sua conversão em matrimônio. Por óbvio não se converte o que já é igual e a Constituição não contém termos ou expressões inúteis, máxima exegética que convém lembrar.

Ademais, não haveria qualquer interesse em se converter a união estável em casamento se àquela fossem conferidos todos os efeitos próprios do matrimônio, devendo o legislador atentar para este fato, sob pena de, ao aproximar em demasia os dois institutos, desestimular a conversão de um em outro, esvaziando o sentido da norma constitucional e incorrendo em velada inconstitucionalidade.

Sobre o desinteresse na conversão, gerado pela exagerada interferência estatal nas uniões de fato, pertinente a seguinte advertência de Lourival Silva Cavalcanti:

---

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 5: direito de família. 19. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o projeto de lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 371-373.

Ora, se a lei ordinária, em vez de cuidar do mister que lhe foi determinado pela Constituição, diretamente atribui qualquer parcela do efeito civil à união estável, sem que para tanto se deva proceder à conversão, torna esta desnecessária. E o faz na razão inversa dos efeitos que assim oferece, ou seja, faz tanto menor o interesse na conversão, quanto maior o número de efeitos conjugais que confere à união não convertida. Portanto, qualquer forma de legislação que subtraia aos integrantes da união estável seu eventual interesse pela conversão dela em casamento, ainda que em parte, contraria a Constituição. E isso evidentemente ocorrerá se lhe forem diretamente conferidos os efeitos do matrimônio civil, principalmente os mais relevantes sob o aspecto prático, como a participação no patrimônio, os alimentos e os direitos sucessórios. Se tais questões encontram disciplina fora do casamento, haver-se-ia de cogitar da conversão para quê?<sup>7</sup>

A disciplina constitucional, ao cogitar da conversão da união estável em casamento, deixou ao legislador ordinário não a sua regulamentação para atribuir-lhe alguns ou todos os efeitos do matrimônio, mas tão somente a disciplina dos problemas que costumam acontecer ao término da união familiar não estruturada nos moldes do casamento civil.

A orientação infraconstitucional não pode anular a liberdade daqueles que não desejam se submeter ao regime típico de casamento, sob pena de tornar ineficaz a parte final do § 3º do artigo 226 da Carta Magna. Não compete ao legislador regulamentar a própria relação informal, atribuindo-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal.

Não há, portanto, que se falar em isonomia entre casamento e união estável. O princípio da isonomia, diz Celso Antônio Bandeira de Mello, “preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Onde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais”<sup>8</sup>. Da mesma forma, como não há como equiparar situações quando nelas se encontram claros fatores de desigualação, como é o caso.

Ambos (casamento e união estável) são entidades familiares, porém com características fundamentalmente distintas.

A equiparação total, em direitos e obrigações, da união estável e do casamento, por outro lado, desestimularia a conversão de um em outro, esvaziando o sentido da norma constitucional.

<sup>7</sup> CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável* – a inconstitucionalidade de sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64-65.

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 35.

## 5. SITUAÇÕES DE PERPLEXIDADE CAUSADAS POR INTERPRETAÇÕES DIVERGENTES DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Se a moldura normativa das uniões de fato, construída a partir da necessidade de regulamentação infraconstitucional do art. 226, § 3º, da CF/88 já atraía críticas, a situação atual suscita perplexidades.

Jurisprudentes se mostram perplexos diante da multiplicidade de interpretações dadas pelos tribunais aos dispositivos legais que versam sobre a matéria. Ora se ampliam, ora se restringem direitos dos companheiros quando comparados aos dos cônjuges. Em outras situações, se estendem aos cônjuges situações antes previstas apenas aos companheiros.

Em situações em que o companheiro se viu em posição mais vantajosa que a do cônjuge, o Superior Tribunal de Justiça optou pela aplicação do estatuto da união estável ao casamento. Nesse sentido foi o julgamento do RESP n. 821.660 – DF. Confira-se a ementa:

DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.

1. O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens.

2. A Lei n. 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento.

3. A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002.

4. Recurso Especial improvido.

Os trechos do voto proferido pelo eminente Ministro Sidnei Beneti esclarecem a moldura fática da demanda:

19. Instaurou-se, assim, um certa perplexidade, pois, entre a edição dessa lei e o início da vigência do Código Civil de 2002, uma interpretação literal das normas de regência então vigentes, autorizavam concluir que o companheiro sobrevivente estava em situação mais vantajosa do que o cônjuge sobrevivente (que não fosse casado pelo regime da comunhão universal de bens).

Perceba-se que o direito real de habitação, até então exclusivo do cônjuge supérstite, havia sido estendido ao companheiro sobrevivente por força do parágrafo único do artigo 7º, da lei 9.278/96, de maneira mais abrangente, conferindo ao companheiro sobrevivente um direito subjetivo que não socorria à maioria dos cônjuges em idêntica situação.

Examinando-se as consequências dessa exegese tem-se o seguinte: Se duas pessoas vivessem em união estável e uma delas falecesse a outra teria a segurança de continuar vivendo no imóvel em que residiam. Se porém, essas mesmas pessoas resolvessem se casar, o que provavelmente ocorreria sob o regime da comunhão parcial, já que esse era o regime legal a partir de 1977, o cônjuge sobrevivente não teria mais assegurado o direito de continuar habitando o imóvel da família.

20. O casamento, a partir do que se extrai inclusive da Constituição Federal, conserva posição juridicamente mais forte que a da união estável. Não se pode, portanto, emprestar às normas destacadas uma interpretação dissonante dessa orientação constitucional.

(...)

21. Considerando, pois, que a interpretação literal das normas postas levaria à conclusão de que o companheiro estaria em situação privilegiada em relação ao cônjuge e, bem assim, que essa exegese, propõem uma situação de todo indesejada no ordenamento jurídico brasileiro, é de se rechaçar a adoção dessa interpretação literal da norma.

22. Uma interpretação que melhor ampara os valores espelhados na Constituição Federal é aquela segundo a qual o artigo 7º da Lei n. 9.278/96 teria derogado, a partir da sua entrada em vigor, o § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a neutralizar o posicionamento restritivo contido na expressão “casados sob o regime da comunhão universal de bens”.

23. Em outras palavras é de se admitir que a Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao **exortar o legislador a criar de uma moldura normativa pautada pela isonomia entre a união estável e o casamento, exortou também o intérprete da norma e o juiz a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação.**

24. Perceba-se que, dessa maneira, tanto o companheiro, como o cônjuge, qualquer que seja o regime do casamento, estarão em situação equiparada, adiantando-se, de tal maneira, o quadro normativo que só veio a se concretizar de maneira explícita, com a edição do novo Código Civil.

É preciso analisar se haverá a imposição do art. 1641, inc. II<sup>9</sup> aos companheiros.

A questão se dá em virtude da falta de previsão legal expressa para a aplicação desta norma aos companheiros.

---

<sup>9</sup> Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

Álvaro Villaça Azevedo aponta positivamente para tal situação. “Verifique-se, nesse passo, que, se um dos conviventes for sexagenário, deve aplicar-se à relação convivencial o regime obrigatório da separação de bens, tal como ocorre no casamento, para não haver tratamentos desiguais”<sup>10-11</sup>. O doutrinador não deixa qualquer dúvida no sentido de que é favorável à equiparação dos efeitos jurídicos dos institutos em comento. Washington de Barros Monteiro posiciona-se favoravelmente à aplicação do art. 1.641, inc. II aos companheiros.<sup>12</sup>

O mesmo Superior Tribunal de Justiça também tem feito a interpretação extensiva inversa, ou seja, atribuindo à união estável restrições expressamente previstas para o casamento (e somente para o casamento) como é o caso da obrigatoriedade de adoção do regime de separação de bens para os nubentes maiores de 70 anos. Confira-se o julgado abaixo:

DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, **às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta.**2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n. 377 do STF.3. Recurso especial provido (REsp 646.259/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, *DJe* 24/08/2010).

O mesmo tribunal manifestou-se em 2015, mantendo a posição anteriormente exarada, a saber:

[...] 5. Apesar do inciso II do art. 1.641 do CC/02 impor o regime da separação obrigatória de bens somente no casamento da pessoa maior de 60 anos (70 anos após a vigência da Lei n. 12.344/2010), a jurisprudência desta egrégia Corte Superior estendeu essa limitação à união estável quando ao menos um dos companheiros contar tal idade à época do início do relacionamento, o que não é o caso. Precedentes<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: De acordo com o atual Código Civil – Lei n. 10.406, de 10-01-2002. São Paulo: Atlas, 2011, p. 415.

<sup>11</sup> Apesar de a edição consultada ser de 2011, o autor ainda trabalha com o texto antigo, que foi alterado em 2010 pela Lei n. 12.344, para septuagenários.

<sup>12</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.383.624-MG (2013/0146258-6), julgado em 02/06/2015, Relator Min. Moura Ribeiro. No mesmo sentido, BRASIL. Superior

No entanto, a doutrina critica este posicionamento porque não se pode fazer interpretação extensiva para restringir direitos<sup>14</sup>. Há julgado nesta mesma direção, provando quão conturbado é o tema dentro do cenário jurídico nacional.<sup>15</sup> É exatamente o que ocorre nesta situação.

O que se está a fazer é estender a aplicação para os companheiros de uma norma que restringe direitos porque não permite que o maior de setenta anos escolha seu regime de bens.

Por outro lado, se esta interpretação não se impuser, as fraudes se consolidarão porque as pessoas com mais de setenta anos se valerão da união estável para não terem de se submeter ao regime de separação obrigatória, quando assim não lhes for interessante. Como se pode observar, este assunto admite a análise sob diversos pontos. Aqui se defende o tratamento desigual para a união estável e para o casamento. “Ainda, se a regra gera restrição para o casamento, não existindo hierarquia entre as categorias familiares, não há razão para sua aplicação à união estável, pois são institutos diferentes tratados de maneiras distintas quanto aos direitos e deveres”<sup>16</sup>.

Todavia, o casamento não pode ser desestimulado pela legislação, uma vez que a própria Constituição estabelece que a lei deve facilitar a conversão da união estável nele. Há que se fazer um recorte epistemológico para justificar o entendimento de Débora Brandão acerca da aplicação do art. 1.641 do CC, sustentado desde 2004<sup>17</sup>. Não se justifica a imposição do regime de separação obrigatória em nenhum dos casos expostos pela legislação. No que concerne ao maior de setenta anos, trata-se de dispositivo flagrantemente inconstitucional porque presume incapaz quem é capaz, violando a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, parece não haver outra saída, neste caso, que a não aplicação da regra de hermenêutica que veda a interpretação extensiva para restringir direitos, enquanto se aguarda a revogação do art. 1.641 do CC.

Ainda relacionado ao regime de bens, é de rigor analisar a aplicação do art. 1.647 do CC aos companheiros, o que se pode denominar de “autorização convivencial”.

---

Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1403419-MG (2013/0304757-6), julgado em 11/11/2014. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.

<sup>14</sup> Neste sentido, TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 375, por exemplo.

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70027870567, julgado em 08/07/2009. Relator Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves.

<sup>16</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 375.

<sup>17</sup> BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Exceto no regime de separação, exige-se dos casados a autorização do outro cônjuge para a prática dos atos jurídicos ali elencados.

O Código de Processo Civil (CPC) vigente determina a autorização conjugal para as ações que versem sobre direito real imobiliário, salvo no regime de separação absoluta, nos moldes do CC. A diferença reside no art. 73, § 3º do diploma processual que reconhece a aplicação desta exigência de autorização para os companheiros.

Flávio Tartuce mantém-se refratário à aplicação do art. 1.647 do CC para todos os incisos, mas aponta que há posicionamento no STJ favorável à exigência da autorização no caso de alienação<sup>18</sup>. Entretanto, aquele tribunal surpreendentemente afirma que a autorização convivencial não é de rigor para a prestação de fiança e aval, por exemplo. A justificativa é a de que “[...] é por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança”<sup>19</sup>.

Por coerência jurídica, entende-se que a autorização convivencial deve ser exigida, se não for esta a interpretação aplicada, por se estar a dar um tratamento mais gravoso ao casamento que à união estável, que nunca foi o objetivo do legislador. O que se estampou no texto constitucional é a facilitação da conversão da união estável em casamento e não haveria interesse na conversão com maiores ônus do que bônus, ainda mais agora com os efeitos sucessórios equiparados como se abor-dará adiante.

Na união estável percebemos haver mais bônus do que ônus, em comparação ao casamento, o que é inconstitucional porque não haverá interesse em conversão da união estável em regime jurídico mais gravoso.

Há outro ponto a se considerar. Se é para ser livre, que o seja em tudo; mas se o fundamento é a garantia dos direitos patrimoniais, a autorização é de rigor, apenas por coerência jurídica.

Sustenta-se, desde o início, o tratamento desigual, mas jamais podendo a união estável ser mais benéfica do que o casamento, porque tal tratamento seria inconstitucional por inviabilizar a conversão preconizada na parte final do art. 226,

---

<sup>18</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 368. Vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 755.830/SP, julgado em 07/11/2006. Relatora Min. Eliana Calmon.

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.299.894, Relator Min. Luis Felipe Salomão.

§ 3º da CF. Se os companheiros almejam efeitos patrimoniais, que prevejam por escritura pública, dotada de publicidade e toda a formalidade.

Há, ainda, a questão da liberdade.

Afirma Álvaro Villaça Azevedo que “[...] a liberdade, em direito, não pode ser totalmente desapegada de regulamentação; há que se condicionar, pois a de um vai até onde a de outro começa”<sup>20</sup>. E complementa:

Realmente, se é lícito que duas pessoas vivam como marido e mulher, sem serem casadas, não há que admitir-se que uma abandone a outra, por exemplo, ficando com bens em seu nome, e que pertençam, por justiça, a ambos. Essa liberdade seria escravizante, a possibilitar uma lesão, um enriquecimento ilícito, o que é incompatível com o pensamento jurídico. O Direito há que intervir nessas situações. Por isso, melhor será que essa intervenção seja anterior, com a regulamentação do assunto pelo Poder Legislativo, do que saneadora, após a lesão causada, com atuação curativa do Poder Judiciário.

A liberdade deve ser exercida com responsabilidade por parte dos conviventes, de modo que somente deverão se estabelecer numa união estável se tiverem clareza de que podem viver em um relacionamento extramatrimonial, caso contrário, deverão buscar o casamento para que sejam completamente por ele tutelados.

O questionamento que se impõe é a respeito da razão de o Direito ter de intervir em todas as relações. Não se pensa ser a intervenção sadia e necessária.

Para a união estável, a liberdade e a informalidade deveriam imperar. E, em caso de abuso ou outra situação antijurídica, os companheiros se socorreriam do Poder Judiciário e de outros meios de solução de conflitos.

Porém, o trecho final do pensamento de Álvaro Villaça Azevedo reflete claramente o que se consolidou no Brasil, o intervencionismo legislativo em sede de união estável. Afirmava o autor que “não se pode, em sã consciência, admitir que o regramento de conduta, na família de fato, seja in*Ibidor* da liberdade, porque, em direito, cuida-se da liberdade jurídica, quem vive no complexo do relacionamento humano, com as limitações necessárias”<sup>21</sup>.

É sempre paradoxal porque o mesmo doutrinador que tanto escreveu, estudou e elaborou anteprojeto de lei acerca da matéria, não poderia prever que a regulamentação chegaria ao nível de se retirar da união estável, que chegou a ser conhecida como união livre, sua principal característica: a liberdade.

<sup>20</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: de acordo com o atual Código Civil – Lei n. 10.406, de 10-01-2002. São Paulo: Atlas, 2011, p. 211.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 212.

Mas sem sombra de dúvidas, a situação que mais suscita perplexidade é a concernente ao estatuto sucessório da união estável (CC, art. 1.790), solenemente desconsiderado por respeitáveis julgados, que com bastante ênfase defendem a aplicação aos companheiros do mesmo estatuto sucessório dos cônjuges.

Como se não bastassem todas as discussões que emergiram com a elevação do cônjuge ao patamar de partícipe privilegiado da sucessão, busca -se, agora, fazê-lo dividir essa ribalta com o companheiro, e isso com base em um “isonomismo” jamais imaginado pelo constituinte de 1988, mas que ganhou exponencial repercussão após o julgamento dos Recursos Extraordinários de ns. 878.694 e 646.721 pelo Supremo Tribunal Federal, a ponto de respeitáveis autores passarem a sustentar que teriam sido suprimidas as distinções, no plano dos fatos e no plano normativo, entre União Estável e Casamento.

Afirma-se, nas academias e nos tribunais, que a Suprema Corte brasileira equiparou a UE e o Casamento, senão em todos os seus efeitos jurídicos, mas certamente na plenitude dos direitos sucessórios. Em outras palavras, todas as regras legais atinentes à sucessão do cônjuge aplicar-se-iam à sucessão do companheiro, inclusive a designação legitimária do art. 1.845.

Entretanto a matéria está longe de ser pacificada. Observe-se que mesmo a doutrina que chamamos de “igualitarista” ou “isonomista” admite a subsistência de algumas diferenças normativas entre as duas entidades familiares. Mesmo essa corrente não abraça a tese de uma equiparação total, absoluta e irrestrita entre cônjuge e companheiro, mas uma equiparação seletiva, somente no tocante às chamadas “normas de solidariedade”, a exemplo do direito a alimentos, do direito de comunhão de aquestos, de acordo com o regime de bens, e do direito à concorrência sucessória em igualdade de condições com o cônjuge. Por outro lado, nega-se a equiparação no que pertine às ditas “normas de formalidade”, tais como as formas de constituição e dissolução da união estável e do casamento, o procedimento para a alteração do regime de bens, necessariamente judicial no casamento (art. 1.639, § 2º, do CC e art. 734 do CPC/2015) e a obrigatoriedade de outorga conjugal para a prática de determinados atos, exclusiva para o casamento e dispensada na UE<sup>22</sup>.

Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CCB/2002 pelo STF, *de per se*, não promoveu uma total equiparação entre Casamento e União Estável, subsistindo o tratamento diferenciado em diversos aspectos.

---

<sup>22</sup> Cf. TARTUCE, Flávio *STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil. E agora?* Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>.

No julgamento no AI no REsp 1.135.354/PB, conduzido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, o Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, reconheceu a presença desses traços distintivos. Esse entendimento foi recentemente reproduzido pelo STJ no julgamento do REsp 1337420/RS<sup>23</sup>.

Não se nega, portanto, que, mesmo no plano dos efeitos jurídicos, sobrevivem algumas diferenças entre União Estável e Casamento, especialmente aquelas que tem origem ou se apoiam no título fundador e nas formalidades do casamento –, que são inexistentes na união estável.

Outra situação que nos causa perplexidade é aquela propiciada pela posição dos que defendem a criação do “estado civil” do companheiro. Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Carolina B. Teixeira sustentam que “o estado civil reflete a posição da pessoa, com a gama de relações jurídicas da qual faz parte, perante a sociedade. Se a finalidade precípua do estado é esta, não há razões para negar a atribuição de um estado familiar para a união estável. Não há dúvidas de que seria aguçar, ainda mais, o paradoxo já existente quanto à positivação da união estável, mas também refletiria a situação jurídica vivida pelos sujeitos da relação”<sup>24</sup>. Acrescentam que ser de todo “conveniente a atribuição de um estado civil à união estável, com a finalidade de conferir maior segurança às relações jurídicas estabelecidas, tendo como sujeitos desta relação pessoas que vivem em união estável. Embora saibamos que tal fato se consubstancia em um paradoxo, ele tem um escopo protetivo e garantidor, de modo a validar o exercício da liberdade dos sujeitos”<sup>25</sup>.

Com todo respeito, a criação de um estado civil para a união estável só confirmaria o paradoxo sobre o qual estamos refletindo, pois estar-se-ia formalizando e solenizando uma relação de fato, buscada por aqueles que, *a priori*, não desejavam se submeter aos laços oficiais do casamento.

Essas situações que *aD*jetivamos de perplexas constituem importante fonte geradora de insegurança jurídica. As interpretações díspares e, muitas vezes *contra legem*, produzem julgamentos desconexos e confusos que não garantem a mínima estabilidade das relações jurídicas.

Quem convive em união estável hoje, no Brasil, não possui informações claras a respeito das consequências do seu relacionamento afetivo. Não sabe com precisão quais

<sup>23</sup> REsp 1337420/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. em 22/08/2017, DJe 21/09/2017.

<sup>24</sup> “A criação de um novo estado civil no direito brasileiro para a união estável”. In: *Questões controversas no direito de família e sucessões*. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (Coord.). São Paulo: Método, 2005, p. 267-268.

<sup>25</sup> *Idem*.

os seus deveres jurídicos, se terá ou não direito à sucessão em relação aos bens anteriores ao relacionamento, se poderá alienar um bem imóvel sem a autorização do outro.

Enquanto isso grassa a insegurança entre os operadores jurídicos e jurisdicionados, pois ora se mantém o estatuto convivencial hígido, ora se afasta completamente, ora se afasta por partes. Muitos dos partidários da equiparação limitam-se a estender à união estável os mesmos direitos do casamento, omitindo deveres e restrições do âmbito de abrangência da pretendida isonomia.

## **6. A EQUIPARAÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS TRANSFORMA A UNIÃO ESTÁVEL EM UM VERDADEIRO CASAMENTO FORÇADO**

Rude-Antoine, em monografia específica sobre o tema citada no início deste artigo, identifica, na atualidade, duas espécies de casamento forçado: a) aquele casamento imposto a uma pessoa jovem, cuja imaturidade a torna incapaz de compreender o significado do engajamento conjugal; b) o casamento extorquido por coação, violência, temor reverencial ou ameaça por parte do futuro cônjuge ou da família<sup>26</sup>.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da Assembleia Geral das Nações Unidas de 16 de Dezembro de 1966, em seu artigo 23, proclama o princípio da liberdade do casamento, consubstanciado no direito fundamental do homem e da mulher livremente contraírem matrimônio, e dispõe expressamente que “o casamento não pode celebrar-se sem o livre e pleno consentimento dos futuros cônjuges”.

O princípio da liberdade do casamento, diz Rude-Antoine<sup>27</sup>, se manifesta, inicialmente, na fase antecedente à celebração, quando se afasta qualquer força obrigatória ou vinculatória às convenções pré-nupciais e às promessas de casamento. Nenhum compromisso assumido anteriormente ao casamento poderá ser executado contra a vontade de um dos nubentes. A doutrina denomina de sponsais o compromisso matrimonial contraído por alguém. Na linguagem comum, chama-se noivado. Como categoria jurídica, é uma promessa de contratar. O rompimento dessa promessa jamais pode dar ensejo à execução forçada, não obstante possa constituir fato gerador da obrigação e indenizar<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> RUDE-ANTOINE, Edwige. *Mariage libre mariage forcé?* Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 2011, p. 28.

<sup>27</sup> Op. cit., p. 69 e segs.

<sup>28</sup> A quebra da promessa de casamento por decisão unilateral de um dos compromissados, quando o outro realizou preparativos para o ato, com investimento financeiro, gera obrigação de indenizar os danos materiais, com base nos princípios gerais da responsabilidade civil subjetiva, traduzida na regra geral do art. 186.

A segunda manifestação do princípio ocorre no momento da celebração e se exterioriza pelo consentimento livre e informado dos nubentes. E finalmente o princípio da liberdade do casamento é confirmado pela faculdade de dissolver o elo matrimonial pelo divórcio.

Estabelecidos os contornos do casamento forçado, como sendo aquele em que violado o princípio da liberdade do casamento, poderíamos afirmar que o tratamento dado à união estável pela ordem jurídica brasileira, especialmente na leitura feita por muitos tribunais e por importantes doutrinadores, implica transformar a união de fato em um casamento forçado.

À medida em que se regulamenta um relacionamento que foi constituído para ser uma união livre e sem nenhuma oficialidade, não se estaria alterando a sua natureza jurídica, para transformá-lo em outro tipo de relacionamento que não foi querido pelas partes?

Já dissemos que o direito de viver informalmente não significa viver à margem da lei. Por isso, a lei reconhece alguns efeitos jurídicos à união estável. Porém uma postura intervencionista do Estado brasileiro carece de legitimidade, como bem adverte Maria Berenice Dias:

A exaustiva regulamentação da união estável a faz objeto de um dirigismo estatal não querido pelos conviventes. Tratando-se de relações de caráter privado, cabe questionar a legitimidade de sua publicização. Assim, passou o Estado a regular não só os vínculos que buscam o respaldo legal para se constituírem, mas também os relacionamentos que escolhem seus próprios caminhos e que não desejam qualquer interferência.<sup>29</sup>

## CONCLUSÕES

Desde a secularização do matrimônio, quando o Estado passou a titularizar o monopólio do antigo sacramento canônico, que se nota uma dificuldade desse mesmo Estado abrir em mão de chancelar as uniões civis e, com isso, dizer quais delas estariam sob a sua tutela. Entender as uniões de fato como elas realmente são, essencialmente uniões livres, significa abrir mão dessa potestade. E o Estado tem notória dificuldade em renunciar a qualquer parcela de poder. Veja-se o caso das diversas tentativas legislativas de se ampliar as soluções extrajudiciais privadas, sempre esbarrando no Estado e no seu monopólio da Justiça.

---

<sup>29</sup> DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 307.

O casamento é o elo social que une o cidadão à pátria e a pátria ao cidadão, diziam os revolucionários de 1789. Por isso a formação desse elo tem que ser cancelado pelo Estado. Exige-se, assim, que a celebração do casamento só possa ser feita por autoridade pública, investida de poder estatal.

Com o surgimento das uniões de fato, multiplicadas como reflexo da liberdade de escolha que cresceu a partir da secularização, passou o Estado a preocupar-se, em um primeiro momento, em manter o casamento como a forma única de constituição de família (constituir família dependia, portanto, da aquiescência do Estado), surgindo, em consequência, as diversas normas punitivas das uniões fáticas, abundantes no CC/1916.

Em um segundo momento, mais liberalizante, especialmente sob os influxos do neo-constitucionalismo dos anos 90, *Leviatã* se deu conta de que não adiantava proibir, perseguir, criminalizar, pois a realidade dos fatos se sobrepunha à realidade normativa. *Proibido* o concubinato, doutrina e jurisprudência passaram a distinguir concubinato puro e impuro, de modo a que as restrições legais somente atingissem o concubinato dito impuro. No lugar de proibir ou sancionar, o Estado adota outra estratégia: “regulamentar” extensivamente, atribuindo direitos e deveres, e estabelecendo requisitos e formalidades para as outrora “uniões livres”.

As uniões de fato passam a gozar de tabula legislativa similar à do casamento, com exceção dos procedimentos de habilitação e formalidades da celebração. A união de fato, que era livre, passa para a tutela estatal, pagando o preço de sua regulamentação. Nada é mais livre. A união de fato também vai demandar agora o reconhecimento do Estado.

Como agravante dessa situação, de invasão do Poder Público nas esferas privadas mais íntimas das pessoas, doutrina e jurisprudência estendem às uniões de fato todos os demais direitos e deveres do casamento que não tenham sido expressamente mencionados. Quem não se casou para fugir dos efeitos do casamento, agora se submeterá aos mesmos limites e restrições, inclusive no que tange aos impedimentos matrimoniais e aos direitos sucessórios, para, com isso, gozar dos mesmos benefícios.

Na sociedade atual existe uma tendência de se recusar qualquer tipo de interferência externa nas uniões conjugais, já que o princípio maior deve ser o da liberdade dos cônjuges. Daí a liberdade de casar, de não casar e de dissolver o casamento.

Claro que a própria noção filosófica de liberdade pressupõe a sua limitação. E nesse sentido a liberdade de se casar está limitada por diversos fatores previstos em lei, como a idade dos nubentes, os laços de parentesco, a preexistência de outro vínculo conjugal etc. Tais restrições, por óbvio, não comprometem a liberdade do

casamento. O importante é que quaisquer restrições a um direito fundamental de liberdade estejam expressamente previstas em lei.

O que nos parece absurdo, e certamente violador desse direito fundamental de liberdade, é se estender para as uniões de fato restrições antes previstas apenas para o casamento. Fazer isso equivale a forçar o casamento de quem não quis se casar. Obrigar um par convivencial a se submeter a todo o quadro normativo dos pares casamentários implica violar o seu direito fundamental de liberdade.

A união estável precisa retornar à sua origem de união livre. Deve ser protegida pelo Estado, mas seu corolário é a liberdade e a informalidade. Os direitos patrimoniais devem estar à disposição dos companheiros, não automaticamente impostos pela lei.

Não pode haver dois institutos para amparar exatamente os mesmos direitos, assim como não se pode converter união estável em casamento se os dois produzem, exatamente, os mesmos efeitos. O que existe é, tão somente, a mudança do nome e o reconhecimento do estado civil de casado, portanto.

O legislador pode criar regimes jurídicos diferentes para institutos diferentes e isto é perfeitamente constitucional.

Num mundo que luta pela diversidade, as relações não podem ser reducionistas a um modelo apenas. Se os institutos são diferentes, os efeitos jurídicos também deveriam ser. Esta é a premissa.

Os companheiros, quando escolhem a união estável, optam por um regime jurídico diferente do casamento.

Não faz qualquer sentido ter no ordenamento jurídico brasileiro dois institutos tutelando, exatamente, os mesmos bens jurídicos, e com os mesmos efeitos.

Mais uma vez, com toda a vênua, sustenta-se que é equivocado o posicionamento da doutrina e jurisprudência majoritárias, porque retiram das pessoas o seu precioso direito de decidirem como desejam se relacionar do ponto de vista sentimental, não dando qualquer opção para que possam escolher se desejam um relacionamento com efeitos jurídicos consagrados pela legislação ou um relacionamento mais livre, protegido, mas amparado pela liberdade. Invade-se a autonomia da pessoa.

Esse é o paradoxo da união estável: uma união querida livre pela vontade das partes, transformada em um “casamento de fato” pela vontade exclusiva do Estado, pouco importando a vontade dos nubentes.

E nesse particular concluímos que a união estável no Brasil pouco a pouco se converte em um “casamento forçado”.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: de acordo com o novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável – a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5: Direito de família.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; TEIXEIRA, Ana Carolina B. *Questões controvertidas no direito de família e sucessões*. Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Método, 2005. Série grandes temas de direito privado, v. 3.

PITÃO, José Antônio de França. *Unões de facto e economia comum*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

RUDE-ANTOINE, Edwige. *Mariage libre mariage forcé?* Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 2011.

TARTUCE, Flávio *STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil. E agora?* Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

---

# OS LIMITES JURÍDICOS DO PROJETO PARENTAL NO BRASIL CRÍTICA ESTRUTURAL À MULTIPARENTALIDADE

*Maria Rita de Holanda Silva Oliveira\**

**Sumário:** Introdução – 2. O uso da autonomia parental na realidade social e jurídica brasileira – 3. Liberdade e Família na relação parental – Intervenção Estatal e limites da autonomia na constituição e no exercício da filiação. – 4. O *Locus* da Multiparentalidade na doutrina. – 5. A tese de repercussão geral 622 do STF e seus reflexos na doutrina brasileira – Conclusão – Referências.

## INTRODUÇÃO

O Brasil, em seu atual contexto, lastreia-se na liberdade do planejamento familiar ao casal, preceituada no artigo 226, § 7º da norma Constitucional, devendo o Estado garantir os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.<sup>1</sup> O dispositivo é regulamentado pela lei ordinária 9263/96, denominada *Lei do Planejamento Familiar*, que o define como *o conjunto de ações de regulação da fecundidade*

---

\* Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP e Doutora em Direito Civil pela UFPE, membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas da UFPE – CONREP

<sup>1</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa*. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucaocompilado.htm)>. Acesso em: 26/04/2018.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

*que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.*<sup>2</sup>

Conforme se depreende, a garantia é para direitos iguais tanto para o indivíduo considerado singularmente, seja do gênero feminino ou masculino, como para o casal (entenda-se heterossexual ou homossexual), para fins de *constituição, aumento ou diminuição* da prole.

A regra merece reflexão quanto ao seu alcance e densidade, considerando que o próprio sentido de liberdade para o direito só admite condutas que possam atender a vontade individual e do casal, quando não há comprometimento de outras esferas da individualidade ou da coletividade.

A história da emancipação do direito de família Brasileiro iniciou a sua trajetória de maior abertura com a possibilidade de dissolução do casamento no ano de 1977. Posteriormente consolidou-se na possibilidade da pluralidade das entidades familiares, albergada pelos tipos expressos e implícitos autorizados pela cláusula aberta do artigo 226, *caput* da CF/88.

Essa emancipação, contudo, se efetivou mais na esfera conjugal do que na esfera parental, em reconhecimento a uma autonomia existencial. Essa autonomia é caracterizada de forma híbrida, combinando a vontade e o interesse privado (autonomia da vontade e autonomia privada).

Na esfera da parentalidade a intervenção estatal aumentou em proteção à criança e ao adolescente, sujeito de direito vulnerável na constituição do estado de filiação, e que recebeu proteção integral e estatutária. Nessa esfera, portanto, o sentido da liberdade para o direito deve ser equacionado com o sentido da solidariedade, que envolve responsabilidades.

A solidariedade é principalmente um compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas as outras e cada uma delas à todas. Nesse sentido, o seu primeiro *locus* é no campo da moral, mas foi apreendido pelo direito em razão da situação jurídica em que alguns grupos se encontram. A família é um deles.

A sua primeira expressão na lei reside no inciso I do artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto objetivo fundamental da República.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> BRASIL, *Lei 9263/1996. Lei do Planejamento Familiar*. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm)>. Acesso em: 26 abril 2018.

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Além disso, se encontra insculpida no artigo 227 do diploma Constitucional, estabelecendo obrigações para o Estado, família e sociedade no que diz respeito à criança e ao adolescente, sujeito de direito principal, nas relações familiares e para o Estado.<sup>4</sup>

Trata-se de princípio previsto na Convenção Internacional dos direitos da criança no ano de 1989, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, correspondente a assistência moral, material e afetiva que é devida entre cônjuges, companheiros e parentes, nos limites de legitimidade estabelecidos pela lei, segundo Paulo Lobo.<sup>5</sup>

Este Princípio pode vir a fundamentar uma ampliação de responsabilidades parentais, para além do que foi estabelecido pela legislação civil vigente, nas novas formatações familiares, ampliando a legitimidade de assistência material e imaterial para os parentes afins, no que tange aos enteados, por exemplo, enquanto crianças e adolescentes, ainda que em caráter subsidiário, mas não gera necessariamente direito sucessório ou implica na mudança de estado de filiação, e é capaz de harmonizar inúmeros conflitos.

O Princípio também se insere na perspectiva dos direitos humanos e soma-se às demais estratégias de proteção integral à criança e ao adolescente, consagrando uma lógica voltada a assegurar a prevalência e a primazia do interesse superior da criança e do adolescente.<sup>6</sup>

Os direitos reconhecidos às crianças e aos adolescentes decorrem de sua peculiar condição de ser humano em desenvolvimento. Como consequência, o estado e a sociedade devem assegurar todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o pleno desenvolvimento, das capacidades físicas, mentais, morais, espirituais e sociais, em condições de liberdade e dignidade.

---

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>4</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>5</sup> LOBO, Paulo. *Direito civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flávia et al. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 337.

Ocorre que a garantia de tais capacidades geram obrigações de fazer e de não fazer aos seus responsáveis diretos, e isso já se inicia na expectativa de seu surgimento, na esfera da elaboração do projeto parental, a fim de garantir a existência de seres com dignidade mínima ao seu pleno desenvolvimento.

A solidariedade impõe deveres que são preventivos e também corretivos e além disso, é irrenunciável.

Portanto, o valor da liberdade em nosso mandamento Constitucional terá grande importância para o exercício da autonomia e o sentido que lhe deve ser atribuído nas relações existenciais.

Como elemento central a liberdade pressupõe a possibilidade de uma escolha. Relembrando Kant, Bodin<sup>7</sup> ressalta que, no que diz respeito ao conteúdo da dignidade, a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre-arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza, e portanto será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que servir para reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto, tudo o que permitir uma sua instrumentalização.

A reflexão sobre a liberdade não se afasta da concepção da dignidade humana acima referenciada, tão pouco da responsabilidade.

Bodin<sup>8</sup> ressalta ainda o novo paradigma da civilística, considerando as mudanças ocorridas na passagem do direito moderno ao pós-moderno:

O mundo da segurança do século XVIII deu lugar a um mundo de inseguranças e incertezas: em segundo lugar, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade; enfim, e como consequência das duas assertivas anteriores, à tutela à liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana.

Na mencionada equação entre a solidariedade e a liberdade, a imposição excessiva da solidariedade anula a liberdade; e a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Ponderados os seus conteúdos, tornam-se complementares. Regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é da relação de cada um com o interesse geral e esse livre desenvolvimento é possibilitado pela redução da desigualdade.

O maior desafio do direito nesse século talvez resida na busca de uma zona que permita o estabelecimento de um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, com os necessários enquadramento éticos e morais refletidos na lei, e os

---

<sup>7</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 186.

<sup>8</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 47.

espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de forma a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução da sua vida particular, de seu projeto de vida.<sup>9</sup>

Há talvez um excesso de individualismo na ideia de que conceber um filho seja um direito dos pais, e em razão disso teriam eles o arbítrio para a escolha da forma da concepção, do processo elaborativo de prevenção de doenças ou mesmo de sexagem, e ainda de buscarem a participação direta de pessoa alheia ao projeto, para ceder o uso de um órgão (gestação subrogada), considerando que se tem em mãos, as técnicas necessárias à isso. Não há que se proporcionar, todavia, nenhuma garantia a tais pais, que também não garantam o direito de futuras gerações ou de terceiros envolvidos no projeto.

No século XIX, carecendo de direitos políticos e sociais, a liberdade era absoluta para quem detinha patrimônio e a autonomia dos privados contrapunha-se à ordem pública e aos interesses da coletividade. Dessa forma, no liberalismo jurídico a dicotomia entre o direito público e o privado era latente, e esta regia a vida jurídica enquanto que aquele seria apenas uma moldura de proteção, diferentemente da atualidade.

Os direitos reprodutivos, por exemplo, embora insiram-se na temática dos direitos humanos, devem ser exercidos com responsabilidade porque do resultado de seu exercício advirá outra pessoa, que por sua vez tem proteção de seus direitos fundamentais.

A prática na sociedade, com o funcionamento dos Centros de Reprodução humana, resume o exercício pleno dessa liberdade a uma única condição: o consentimento informado das partes com relação aos procedimentos. Será ele suficiente? Os próprios efeitos do projeto parental aparecem reelaborados pelas partes no contrato, como se este passasse a ter uma prevalência sobre a lei. Conforme se verá adiante, a técnica da gestação subrogada, segundo alguns autores, consiste em um dos *locus* da multiparentalidade.

Ainda que se reconheça a existência de uma realidade social palpitante de descobertas científicas e possibilidades e naturalizemos alguns procedimentos, não podemos deixar de refletir sobre a incidência categorial de nossos institutos jurídicos.

Dessa forma, e visando harmonizar as liberdades hoje exercidas na realidade social, com os preceitos e limites de nossa liberdade jurídica, procurar-se-á identificar os problemas que podem advir na consideração da multiparentalidade como regra. Trata-se portanto, de uma crítica estrutural e não moral.

---

<sup>9</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 75.

## 2. O USO DA AUTONOMIA PARENTAL NA REALIDADE SOCIAL E JURÍDICA BRASILEIRA

A reflexão sobre a liberdade no projeto parental é imprescindível para a identificação ou não de limites a serem observados segundo o nosso sistema jurídico.

O termo “autonomia”, no direito privado, sofreu uma série de variações conceituais, que terminou por a<sup>D</sup>Jetivá-lo, ora como autonomia da própria vontade, em um exercício do interesse subjetivo de quem a exercesse, ora como os limites impostos pela própria ordem Constitucional, que embora mantivesse o seu caráter privatista, ao mesmo tempo o regulava em observância a uma igualdade material a ser considerada nas relações jurídicas entre os particulares.

Daí decorre a distinção histórica entre as expressões Autonomia da Vontade, no contexto do Estado Liberal, Autonomia Privada no contexto do Estado Social e a Autonomia existencial.

Uma ideia central ao humanismo e ao Direito Moderno é o da autonomia privada em sentido amplo, como trabalha Daniel Sarmiento<sup>10</sup>, enquanto dimensão fundamental da noção mais ampla de liberdade. Para o autor, não cabe ao Estado, a qualquer instituição, pessoa humana ou coletividade, e nem mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar.

Sarmiento<sup>11</sup> trabalha esse sentido da autonomia privada, não apenas na esfera da liberdade contratual e negocial para fins patrimoniais como também na esfera existencial.

Para Perlingieri,<sup>12</sup> a negociação que tem por objeto situações subjetivas não patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana. Assim, os atos de autonomia teriam, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividades não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana. A autonomia se apresenta, portanto, como atuação não somente de direitos subjetivos, mas também de deveres de solidariedade não somente material e econômica, mas também social e familiar.

---

<sup>10</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004, p. 173.

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., 2004, p. 173.

<sup>12</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 18-19.

A construção das concepções parentais na filiação no tempo levou a legislação brasileira a um ideal binário a ser observado como formação à estabilidade existencial. Em outras palavras o ser humano passou a ser mais completamente inserido e apto ao seu desenvolvimento, quando sob os cuidados de pelo menos duas pessoas, sendo estas primordialmente, as que lhes deram origem pelo nascimento ou que optarem pelo exercício das funções parentais paterna e materna, independentemente do gênero, na busca de uma formação global da personalidade humana.

A definição do conteúdo da autonomia nas relações familiares é de suma importância, principalmente para a identificação de limites na esfera do planejamento familiar.

Observe-se que o conceito de biparentalidade, na atualidade, vai além do critério biológico, considerando o reconhecimento da sociedade e de nosso ordenamento jurídico, de que o estado de filiação não se confunde com a origem biológica do ser humano, embora estes não sejam excludentes, como bem pontua Paulo Lobo.<sup>13</sup>

Da mesma forma e já em razão de outras vicissitudes históricas, como a própria emancipação da mulher na família e na sociedade, o exercício do planejamento familiar de filiação por uma única pessoa, seja o pai ou a mãe, advenha do critério biológico ou socioafetivo, ingressa em uma permissão moral e jurídica, na denominada Monoparentalidade.

Do exposto, indagamos: haveria a plena liberdade no exercício do planejamento familiar? Podemos definir o número de filhos que pretendemos ter, mas estará em nossa livre escolha a forma como os teremos e os criaremos? Os elementos fáticos colhidos pela norma jurídica e que legitimam o estado de filiação podem ser afastados pela vontade paterna/materna de origem? A filiação poderia ser livremente declarada pelo exercício da vontade ou estaria sujeita a parâmetros mínimos a serem observados pela norma e na necessidade de sua qualificação?

Na análise inicial da liberdade e da dignidade, foi possível verificar que para o direito a sua plenitude somente será alcançada se devidamente guiada a buscar valores que não podem ser apenas individuais, mas também da própria coletividade.

A autonomia existencial entre a antiga autonomia da vontade e a atual autonomia privada, guarda preceito de ambas e aí reside a sua complexidade. Há que se respeitar escolhas, sentimentos e subjetividades, mas as condutas voltadas às

---

<sup>13</sup> LOBO, Paulo. *Estado de filiação e origem genética*: uma distinção necessária. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: 07/07/2014.

relações existenciais não se prestam apenas à realização individual dos desejos, mas na combinação destes às condutas que resguardem a dignidade, o respeito, a solidariedade e deveres de cuidado na assistência material e imaterial.

Na autonomia existencial, contudo, apesar desse traço híbrido, teremos relações mais valoradas no desejo e na livre escolha, mas que também guardam deveres, e relações que nos submetem a muito mais deveres do que propriamente desejos, não obstante também nos satisfaçam emocionalmente. Assim, ela se opera distintamente na relação conjugal e na relação parental.

O recuo do Estado na intervenção de determinação da relação conjugal foi inverso à sua maior inserção configuração das relações parentais que envolvem crianças e adolescentes, identificando estes enquanto sujeitos de direito que impõem limites comportamentais parentais.

Em razão disso, dentre as correntes libertaristas e utilitaristas acima mencionadas, deduzimos que o nosso sistema jurídico está mais voltado à última quando trata de relação parental, já que envolve a pessoa ainda em seu pleno desenvolvimento.

Assim, respondendo aos questionamentos acima ter-se-ia que não há liberdade plena na constituição de um projeto parental, a não ser em seu quantitativo. Quando se trata da forma do planejamento familiar, esta nem sempre estará ligada ao elemento intencional. Os elementos fáticos colhidos pela norma jurídica e que legitimam o estado de filiação não podem ser afastados pela vontade paterna/materna de origem e dessa forma o estado jurídico de filiação está sujeito a enquadramentos normativos e na necessidade de sua qualificação.

### **3. LIBERDADE E FAMÍLIA NA RELAÇÃO PARENTAL – INTERVENÇÃO ESTATAL E LIMITES DA AUTONOMIA NA CONSTITUIÇÃO E NO EXERCÍCIO DA FILIAÇÃO.**

Imaginando o planejamento familiar na esfera quantitativa, tendo por foco os “pais”, a nossa norma jurídica se estruturou em um sistema binário, que decorre de uma legitimação não apenas natural da concepção, como também de uma concepção psicossocial na formação da personalidade do indivíduo.

Ao inserir expressamente a família monoparental, para fins de proteção do Estado, a Constituição Federal relativizou a binariedade, com o propósito de proteção o menor e, portanto, no fato de ser esta advinda de um fator não necessariamente pretendido pela parte (o abandono, o divórcio, a viuvez), por não estar em seu processo intelectual a finalidade de projetar a filiação para o exercício individual.

A monoparentalidade, portanto, tem proteção Constitucional, mas a sua interpretação literal não permite a restrição desta ao caráter de involuntariedade do projeto parental individual, suscitando uma série de outros questionamentos.

A presente análise, contudo, destina-se não ao mínimo (monoparentalidade), mas ao máximo (multiparentalidade) da fixação dos liames parentais de filiação. A “multiparentalidade” também implicaria na relativização do sistema binário para admitir que a filiação possa ser exercida por mais de dois “pais” ou “mães. Além disso, não possui previsão expressa em nosso ordenamento, mas foi recentemente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal na Tese de Repercussão Geral 622, que será analisada.

Nas regras atuais da filiação no Código Civil Brasileiro, há uma diferença no tratamento da filiação, quando se aborda os polos da maternidade e da paternidade: o reconhecimento voluntário oriundo da simples declaração extrajudicial, apenas seria admitido com relação ao pai, cuja incerteza acompanhou a sua definição por longos anos, e mesmo assim, havendo anuência materna, se não há a conjugalidade.

Ainda assim, o reconhecimento voluntário paterno exige declaração *verdadeira* quanto à origem biológica, posto que a falsa declaração dessa origem resulta em conduta tipificada como crime contra a fé pública em nosso ordenamento. Além disso, na esfera civil, a falsa declaração pode viciar o ato em sua validade gerando a possibilidade de sua anulação, presente o erro ou a ignorância com relação ao fato da origem, pelo pai. A esse respeito, vale o registro das construções teóricas em torno da verdade da filiação socioafetiva declarada, não obstante proveniente de conduta criminosa e viciada, se presentes os elementos da posse do estado de filiação. Incide aqui para essa consideração a norma relativa ao melhor interesse da criança e do adolescente, se a convivência houver se estabelecido.

João Baptista Villela<sup>14</sup>, ressalta o fortalecimento dos vínculos socioafetivos como determinadores da parentalidade:

Se o fundamento capital da paternidade é de natureza afetiva e não biológica, torna-se imperioso abrir maior espaço, entre nós, à posse do estado de filho, cujo papel no direito de família não pode ficar limitado ao âmbito da prova, senão que deve alcançar a própria constituição do *status familiae*.

[...]

Na medida, pois, que a paternidade se constitui pelo fato, é fácil perceber que a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção *pater is est*. Igualmente o podem outras situações que não resultam da norma, mas de comportamentos concretos.

<sup>14</sup> VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade & superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*. ano I, n. 2, jul./set. 1999, p. 132.

Fabíola Lobo<sup>15</sup> critica a timidez de nossa legislação civil para o estabelecimento dos parâmetros da chamada posse de estado de filiação, trazendo à baila o modelo Francês<sup>16</sup>, que detalha as condições de qualificação da filiação socioafetiva de forma mais ampla e detalhada, por meio de uma reunião de fatos, como o nome, o tratamento, a continuidade, a notoriedade e o reconhecimento da autoridade pública.

Para a autora, portanto, a denominada “adoção à brasileira” entre nós brasileiros, tida por nosso sistema como um tipo criminal, deve ser reconhecida sob o viés da filiação, se presentes os elementos da posse de estado de filho, sendo necessário desconstruir a ideia da “ilegalidade” para lhe reconhecer verdade, se essa for a hipótese que atender ao melhor interesse da criança.

Já a simples declaração materna perante o registro, por lei, não terá eficácia se não estiver acompanhada da prova de que decorreu a filiação da gestação e do parto. A maternidade sempre foi certa ao direito, em razão da prenhez e do parto, necessitando o oficial de Registro Civil da prova obtida na Declaração de nascido vivo emitida pelo obstetra ou Centro de saúde (maternidade) responsável. Dessa forma, a definição de maternidade precede qualquer declaração, posto que se qualifica pela gestação e pelo parto.

O problema na análise da incidência de uma norma sobre determinado fato está, muitas vezes, na compreensão de conceitos que, sendo produto de uma atividade de abstração, os leva a desligarem-se, demasiadamente, da realidade, lembra Francisco Amaral<sup>17</sup>. Daí a necessidade de se adotar uma concepção pluralista, interdisciplinar e construtivista, máxime na análise de situações jurídicas existenciais.

---

<sup>15</sup> LÔBO, Fabíola Albuquerque. *Adoção à brasileira e a verdade real do registro civil*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/714/V%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 19 de maio de 2015.

<sup>16</sup> FRANÇA. Code Civil. <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8ECC7750579D9581D3BCE8CAB22DD96A.tpdila23v\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000006150014&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150519](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8ECC7750579D9581D3BCE8CAB22DD96A.tpdila23v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006150014&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150519)>. Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

**Article 311-1** La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Les principaux de ces faits sont: 1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents; 2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation; 3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille; 4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique; 5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue. Acesso em: 19 de maio de 2015.

<sup>17</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

Para a elaboração jurídica, segundo o jurista, seriam necessárias as denominadas categorias, que são quadros onde os elementos da vida jurídica se agrupam, por afinidade, e fora dos quais não se reconhece eficácia. E tais categorias nós já temos.

Conforme anunciado anteriormente, a concepção jurídica de filiação em nosso Direito positivo Brasileiro, por meio das categorias elencadas, teve como momento histórico determinante inicial, no Código Civil de 1916, os valores da época ligados à realidade típica de uma sociedade colonial, patriarcal e matrimonialista da família, estabelecendo a partir daí sérias exclusões, como a legitimação da filiação advinda apenas do casamento e a proibição de reconhecimento de outros filhos incestuosos, adúlteros e espúrios.

Dessa forma, corroboramos que a história do direito de família brasileiro foi pautada por uma profunda exclusão, onde toda e qualquer autonomia era subjugada em nome de um padrão comportamental influenciado por valores morais “cris-tãos” que condenavam pela culpa, o cidadão que fugisse de tais preceitos, aplicando-lhe sanções que variavam entre as perdas materiais e imateriais, além da própria ilegitimidade que lhe era impingida, em total desproteção e neutralização de seus efeitos jurídicos. Havia apenas uma categoria de filhos nesse contexto: os denominados legítimos, por advirem da relação conjugal, ficando os demais à margem de qualquer qualificação e proteção.

A família transferiu muitas de suas funções do passado a outras instituições sociais (Estado, Igreja, Escola, empresa) e todo esse processo de mudança, se opera para a liberdade, que resultou em uma fuga das amarras rígidas e conceituais da família, mas isso não dispensa a busca de sua legitimação e reconhecimento pelo coletivo.<sup>18</sup>

A mesma mudança que se operou dentro do casamento – dos interesses extrínsecos à mútua realização dos cônjuges (a reinvenção), parece operar-se nos vários arranjos da atualidade, que se auto intitulam com o objetivo familiar, numa postura de autossuficiência que parece querer dispensar qualquer necessidade de legitimação, com base em um único argumento: a própria existência/a primazia do concreto, da realidade e do fato. Um outro abismo com o qual deveremos ter o cuidado, sob pena de comprometer o próprio Estado de Direito.

A busca de uma composição que possa estabelecer um equilíbrio entre as restrições individuais necessárias e a realização pessoal é onde reside toda a problemática, que resulta ora em verdadeiras contradições no sistema ora em apenas aparentes contradições.

---

<sup>18</sup> LOBO, Paulo. *A repersonalização das relações de família*, <<https://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

Villela<sup>19</sup> antes mesmo do marco da Constituição Federal de 1988, prenunciou a necessidade de várias modificações, algumas já operadas em nosso sistema, a exemplo da mutabilidade dos regimes de bens, admitida pelo Código Civil de 2002, o conteúdo da Emenda Constitucional 66/2010 e a adoção da interpretação aberta e exemplificativa, utilizada, inclusive, pelo nosso Supremo Tribunal Federal no julgamento das Uniões Homoafetivas, além de outras que merecem ser refletidas no contexto atual, a partir da premissa de um modelo aberto, proposto pelo autor.

Felizmente, o texto normativo da Constituição Federal de 1988, se afastou do modelo unitário e excludente do casamento como única formação familiar e derivação da filiação, e rompeu com dogmas escravizantes nas relações existenciais, ao prever expressamente, vários tipos de constituição familiar que merecem total proteção do Estado. Além disso, a elaboração exemplificativa permite ao intérprete a inclusão de tipos implícitos, que estejam coadunados com o sentido de sua abrangência, em prol da dignidade humana e da nova finalidade familiar voltada ao bem-estar dos membros que a compõem.

As grandes derivações categoriais da doutrina e da jurisprudência na atualidade advém da ideia equivocada de que o conteúdo dos Princípios Constitucionais pode ser definido em cada caso concreto segundo o juízo de valor do aplicador.

A consolidação da metodologia pós-positivista na doutrina e Tribunais brasileiros tem sinalizado para o crescente perigo do excesso do voluntarismo judicial. A necessária superação do formalismo por uma perspectiva mais flexível e principiológica tem sido efetiva nos Tribunais e agora há um perigo oposto. Não raro as decisões, sem a preocupação com a qualidade dos argumentos levantados, são desprovidas de motivações racionais e substanciais.<sup>20</sup>

Sobre a distinção entre Regras e princípios, enquanto pertencentes a uma mesma categoria que é a norma jurídica, não há dúvidas de que a interpretação conforme a Constituição surge como metodologia mais flexível à concretização dos valores, permitindo a mutação da norma sem a necessária alteração de seu texto.

Porém, destaca Humberto Ávila<sup>21</sup> que, a exaltação da importância dos Princípios não apequena a função das regras, e a mera instituição de valores sem a instituição

---

<sup>19</sup> VILELLA, João Baptista. *Liberdade e família*. Edição da Faculdade de Direito da UFMG, Publicação n. 33, Belo Horizonte: MG, 1980, p. 9-45.

<sup>20</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 56.

<sup>21</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29.

de comportamentos deve ser ultrapassada, da mesma forma que a automática aplicação da regra pela subsunção.

Na busca da definição de uma dimensão da autonomia na esfera familiar, registramos também o posicionamento de Portalis<sup>22</sup>, que reconhece ter a família uma função social, que estaria atrelada à preservação da moral de um modelo definido de sociedade.

Pianovski<sup>23</sup> esclarece o sentido do social, afirmando que não se trata de pensar juridicamente a família como instrumento para a sujeição da pessoa de modo a domesticá-la, mas no oferecimento do espaço para a auto constituição da pessoa, no exercício da liberdade de coexistir. O autor reitera a contraposição aos modelos anteriores, onde esta não era traço relevante para se pensar a família, o que não importa em afirmar que a família do século XXI possa ser pensada apenas em termos de liberdade.

Principalmente na relação parental é evidente que para o exercício da autoridade, há óbvia restrição imediata à liberdade negativa de seus destinatários. É óbvio que os espaços de auto constituição devem existir mesmo na sujeição com poder autoritário.<sup>24</sup> Para a eficácia, portanto, da relação paterno filial, é de suma importância que o direito não apenas reconheça a sua não ilicitude, mas também a sua validade, além de apreende-la como *fattispecie* de natureza familiar, chancelando os efeitos decorrentes dessa relação. Não basta, portanto, a liberdade negativa (de se auto excluir) como também não basta a liberdade positiva (de se auto incluir).

A interpretação exemplificativa do rol de entidades familiares, não autoriza todos os arranjos que se pretendam designar como família, pela simples declaração da vontade dos sujeitos, principalmente em havendo a suscitação de conflito de interesse e a exigência de decisão do Estado para dirimir e apresentar soluções, quando então deverá reconhecer ou não os seus efeitos.

Balizamentos eficaciais são inevitáveis. De qualquer forma não mais se trata da busca da proteção dos arranjos, como no passado, mas sim de cada membro componente desse arranjo familiar.

---

<sup>22</sup> PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours Préliminaire du Premier Projet du Code Civil*. <<http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/code/page04.html>>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

<sup>23</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 315.

<sup>24</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 212.

Integrar um arranjo familiar nem sempre é uma opção livre, haja vista que por vezes decorre de situações e eventos inegáveis, e o nascimento é um deles. O direito apreende o fato biológico do nascimento como fato capaz de gerar efeitos na esfera da dimensão familiar da filiação e a autonomia negativa constitui-se uma conduta ilícita dado que à ninguém é conferido o direito de não querer ser pai ou mãe após a consumação do fato, estabelecendo-se, por ficção, a irrenunciabilidade do Poder Familiar como regra.

Segundo Paulo Lôbo<sup>25</sup>, a paternidade e a maternidade lidam com seres em desenvolvimento que se tornarão pessoas humanas em plenitude, exigentes de formação até quando atinjam autonomia e possam assumir responsabilidades próprias, em constante devir.

Nesse sentido, a responsabilidade não é apenas dos pais, mas também de todos os que integram as relações de parentesco ou grupo familiar. Em caráter mais amplo, o art. 227 da Constituição impõe à família, à sociedade e ao Estado, deveres em relação à criança e ao adolescente concernentes à preservação da vida, à saúde, à educação familiar e escolar, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade, e à convivência familiar.

O direito de Família assim, embora se situe atualmente em um espaço democrático, não dispensa a necessidade de intervenção Estatal, que é revelada em muitas disposições Constitucionais, na medida em que exige garantia da implementação de políticas públicas protetivas. A vedação prevista no § 7º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, na esfera do planejamento familiar, deixa claro que a intervenção do Estado dar-se-á para garantir o projeto parental, mas nunca para impor formas coercitivas ou direcionar modelos numéricos ou qualitativos.

Assim, tal proteção não deve interferir na forma de origem do parentesco de filiação, se consanguíneo/genético natural, se genético artificial, se civil (adoção) ou decorrente da convivência familiar pela posse de estado de filho, hipóteses estas que qualificam a filiação no sistema Brasileiro.

Contudo, o Estado ao legislar, impõe requisitos para o estabelecimento de algumas das filiações à exemplo do instituto da Adoção.

Infelizmente, o que vivemos hoje, nas palavras de Tércio<sup>26</sup> é uma crise de paradigma do direito legislado e *codificado*. Segundo o autor, passamos da centra-

---

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade*, <<http://jus.com.br/artigos/25363/familias-contemporaneas-e-as-dimensoes-da-responsabilidade>>, aceso em 19 de maio de 2015.

<sup>26</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O direito entre o futuro e o passado*, 2014, p. XV.

lidade da lei para a centralidade da jurisdição, em sentido amplo: os tribunais judiciais, tribunais de arbitragem, agências administrativas com poder judicante (com tribunais e conselhos administrativos), órgãos da administração direta (que dizem o direito por meio de sentenças, acórdãos, decisões interlocutórias, resoluções, pareceres normativos).

#### 4. O LOCUS DA MULTIPARENTALIDADE NA DOCTRINA.

De acordo com Catalan<sup>27</sup>, a multiparentalidade estaria tangenciada dentro das seguintes possibilidades:

- (a) o movimento incessante de construção e de destruição dos laços afetivos nas famílias recompostas; (b) a utilização de material genético de alguém como matéria-prima na fecundação de um novo ser; (c) a adoção não destruidora do passado; (d) a gestação de substituição ou, ainda, (e) a história dos núcleos de poliamor.

No Brasil, a possibilidade é visualizada por muitos doutrinadores e pelo STF e estaria baseada em razão da existência de vários arranjos reais, portanto no que se denomina de **primazia da realidade**, no exercício da afetividade ou ainda no atendimento ao melhor interesse da criança.

Assim, seria o *locus* propício para a multiparentalidade: a convivência familiar no parentesco por afinidade (padrastos e enteados); a manutenção da convivência familiar com os pais de origem, não obstante já haver a filiação registral socioafetiva; e as declarações de vontade *ab initio*, de projeto triparental, para os que se utilizam das técnicas de reprodução humana.

Essas três situações são reconhecidas por tais entendimentos, como possibilidades fáticas, capazes de promover a relativização do sistema binário da filiação.

É importante ressaltar, que a desconstrução casuística da biparentalidade quantitativa, no reconhecimento de mais de dois vínculos simultâneos no registro e no exercício da parentalidade da filiação, não é acolhida como regra pelo nosso sistema, o que não significa dizer que, quando o menor de alguma forma já se encontrar irremediavelmente inserido nesse contexto, ou talvez ainda não tenha vivenciado qualquer outra forma de inserção, não possa vir a ser protegido e amparado com os deveres de responsabilidade múltiplos para o seu sustento e desenvolvimento, considerando-se a estratégia da guarda compartilhada que é imposta na divisão de convivência familiar e deveres. Ainda assim, poderá enfrentar

---

<sup>27</sup> CATALAN, Marcos. *Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã*, <[https://www.academia.edu/4341570/Um\\_ensaio\\_sobre\\_a\\_multiparentalidade](https://www.academia.edu/4341570/Um_ensaio_sobre_a_multiparentalidade)>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2016.

dificuldades não apenas com a legitimação da sociedade, como também com a incidência de determinados preceitos normativos.

Pela lei, um indivíduo só poderia ter até dois “pais” (pai e mãe; dois pais ou duas mães) em seu registro civil.

Catalan<sup>28</sup>, já mencionado, critica o sistema binário, afirmando ser o mesmo excludente de situações palpáveis na realidade social e baseado em um simplismo lógico, não mais condizente com os mosaicos familiares da atualidade.

O autor justifica a sua crítica, fundado também em sociedades primitivas que dentro de sua cultura, sempre relativizaram essa binariedade, na acomodação de seus valores e interesses. Identifica ainda os fatores que teriam levado ao sistema binário, de forma negativa, a partir da busca de uma certeza patrimonialista em Roma, que se preocupou com a transmissão do patrimônio familiar, e mesmo da influência do cristianismo que incutiu a ideia de sacralidade indissolúvel do casamento.

Registra ainda o autor, que no Brasil, a virilidade patriarcal e a racionalidade patrimonialista foram os vetores que informaram a codificação que veio a lume em 1916, e que, portanto, tudo isso causou marcas indeléveis na história da família contemporânea, estrutura que não tem como ser aprisionada no interior de um código e que varia consoante o espaço e o tempo nos quais tenha que ser pensada.

Não se propõe, contudo, enxergar as verdades parentais, apenas na ótica de serem entes pré-moldados, mas sim de manter um mínimo a ser observado na ordem parental, sem o qual, se ingressaria em campos difusos de definição dos direitos familiares e incompatíveis.

Contrariando um pouco o posicionamento do autor, o direito codificado não precisa ser reducionista em sua interpretação, na medida em que poderá considerar as responsabilidades parentais e o convívio familiar, independentemente de mudança de estado de filiação.

Assim, o direito não impede que tais funções sejam exercidas simbolicamente, mas não reconhece que tal aparência venha a legitimar situações jurídicas permanentes. Não se trata de valorizar o imaginário ao invés do real. O compromisso da ciência do direito em um sistema *civil law*, é o de garantir minimamente, que esse ideal se estabeleça. Outrossim, não se pode dispersar, na ideia de primazia da realidade pelo desejo, pelo amor e pelo sentimento, posto que estes fogem do controle social, inarredável à ciência jurídica. Além disso, esta mesma primazia da realidade

---

<sup>28</sup> CATALAN, Marcos. *Um ensaio sobre a multiparentalidade*: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã, <[https://www.academia.edu/4341570/Um\\_ensaio\\_sobre\\_a\\_multiparentalidade](https://www.academia.edu/4341570/Um_ensaio_sobre_a_multiparentalidade)>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2016.

nos remete ao exercício pela má-fé de inúmeras situações jurídicas com intuitos apenas mercenários.

Os defensores da multiparentalidade, terminam por trabalhar o fenômeno apenas na situação concreta, sem maiores elaborações sobre as repercussões jurídicas nos conflitos familiares ou mesmo no direito sucessório, e sem a abstração necessária para a compreensão do fenômeno de forma geral.

Imagine-se, por exemplo, a regra insculpida no direito sucessório com relação à ordem de vocação hereditária. Prevê o artigo 1836 que na ausência de descendentes são chamados a suceder os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.<sup>29</sup> Em seguida todo o raciocínio é voltado a duas linhas, sendo uma materna e a outra paterna (podendo duas maternas ou duas paternas). A previsão de concorrência do cônjuge é base de um terço ou da metade, na hipótese de haverem dois ascendentes ou apenas um respectivamente. Na hipótese de triparentalidade na ascendência, esta regra transmuda-se automaticamente para o recebimento de um quarto para o cônjuge?

Se não mais houver os ascendentes de primeiro grau, serão chamados a suceder os de segundo grau e nessa hipótese ao cônjuge será reservada a metade e a outra metade, em tese, poderia ser dividida em até seis vezes ao invés de quatro?

Certamente também, ao invés da possibilidade de dois direitos sucessórios com relação aos pais, essa expectativa aumentaria para três, assim como aumentaria a expectativa da divisão da herança com os irmãos unilaterais ou bilaterais que viessem a surgir de qualquer dos três pais ou mães.

Não apenas na esfera patrimonial, mas também pessoal, como se daria o exercício do poder familiar pelos três ou mais? O consentimento para a prática de atos também seria exercido por todos, e a convivência familiar teria que ser ainda mais fracionada. Os conflitos de alienação parental estariam instigados, posto que com o aumento do número dos agentes, de certo há aumento na possibilidade de conflitos pelo dissenso, pela discordância.

Como aferir se em qualquer dessas possibilidades estar-se-ia atendendo ao melhor interesse da criança? E mais, há que se presumir que no aumento da possibilidade de conflitos familiares, ao contrário, estaríamos nos afastando abstratamente desse interesse.

---

<sup>29</sup> BRASIL. Lei 10.406 de janeiro de 2012. *Código Civil brasileiro*, <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 29 de janeiro de 2016.

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Esvai-se em uma simples análise toda a ordem estabelecida, gerando-se uma infinidade de possibilidades e conseqüentemente instalando-se a insegurança jurídica das relações, pela própria imprevisibilidade do sistema.

Haveria um custo social considerável para a sua implementação e as reformulações na vida social.

Assim, se há a possibilidade de se estabelecer a coerência e trazer uma solução harmônica dentro do sistema para a solução dos conflitos, deve se dar prevalência a esta.

Para que uma decisão judicial venha a dirimir tal conflito, se surgido, será necessário mais do que critérios pessoais ou políticos, e sim a busca de certa estabilidade nas decisões que façam o sistema previsível.

A decisão, no dizer de Lorenzetti<sup>30</sup>, deve atender a uma ordem de raciocínio, que por sua vez é sucessivo:

Primeiro, aplicar a dedução das regras válidas; segundo, controlar esse resultado conforme os precedentes, o resto do sistema legal e as conseqüências; terceiro – e se restarem problemas, estaríamos diante de um caso difícil onde deve ser aplicada a solução baseada em Princípios; e quarto, se houver paradigmas que definam a solução, serão explicados, devendo ser procurada a sua harmonização.

Essa ordem, por sua vez, não é de subordinação, mas sim de sucessão argumentativa do raciocínio legal.

Aqui não se trata de poder se interpretar e decidir de maneira mais formalista ou menos formalista. O que se pondera é o estabelecimento de um sistema reitor estável, para que seja delimitado o campo de argumentos permitidos, e flexível, para que se mantenha aberto às modificações.<sup>31</sup>

A relativização do sistema binário para todos os efeitos jurídicos traria algumas conseqüências, dentre as quais, no mínimo:

- a) A potencialização dos conflitos familiares na configuração tripartida do Poder Familiar;
- b) A exigência de novos critérios para o direito sucessório, com as respectivas linhas de ascendência (paterna e materna, ou paternas e maternas);
- c) A manipulação do *status filiae* pela vontade, com objetivo exclusivamente patrimonial, na medida em que a inclusão de terceira figura paterna ou materna por trazer maior vantagem financeira;

<sup>30</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. São Paulo: RT, 2008, p. 157.

<sup>31</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*, cit., p. 170.

- d) As soluções jurídicas para os conflitos familiares teriam que ser desmembradas e criadas pelo aplicador do direito em caráter subjetivo, e embora querendo gerar o sentido máximo da justiça na decisão, terminaria por comprometer a própria segurança jurídica das relações.

Diante disso, a primeira conclusão é a de que apesar de atualmente termos como ponto de partida a permissibilidade da multiparentalidade anunciada pelo STF, o ordenamento jurídico brasileiro não comporta a variação da binariedade na filiação em regra, salvo com relação à monoparentalidade, devendo ser observado, portanto o seu caráter EXCEPCIONALÍSSIMO. Da mesma forma, a multiparentalidade possui um outro sentido, ligado a funções que são exercidas em prol da criança e do adolescente, com significativo aumento da responsabilidade parental para atendimento desse interesse, mas não de mudança da situação jurídica de filiação, muito menos para atender interesses individuais.

## 5. A TESE DE REPERCUSSÃO GERAL 622 DO STF E SEUS REFLEXOS NA DOCTRINA BRASILEIRA

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.

Recentemente e em paradigmática decisão, o STF<sup>32</sup>, nos autos do RE 898.060/SC, com Repercussão Geral reconhecida (Tema 622), admitiu a possibilidade de coexistência das filiações biológica e socioafetiva, para todos os fins de direito, ampliando os vínculos parentais e reconhecendo a configuração da Multiparentalidade.

No caso concreto, escolhido como *leading case* da Repercussão Geral 622, é possível verificar pela leitura da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Família da Comarca de Florianópolis, bem como dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que a autora, F. G., é filha biológica de A. N., o que restou comprovado pelo resultado dos exames de DNA produzidos no curso do processo. Todavia, a autora foi registrada como filha de I. G., quando de seu nascimento, dele recebendo, por mais de vinte anos, os cuidados de pai. O acórdão de origem reconheceu a dupla parentalidade, dispondo acerca dos efeitos jurídicos decorrentes do vínculo genético relativos ao nome, alimentos e herança. Contra essa decisão insurgiu-se o pai biológico, por meio da interposição do Recurso Extraordinário ora em comento, sustentando a preponderância da paternidade

<sup>32</sup> No RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/09/16, publicado no Informativo n. 840.

socioafetiva em detrimento da biológica, com fundamento nos artigos 226, §§ 4º e 7º, 227, *caput* e § 6º, 229 e 230 da Constituição Federal, posto existir vínculo de parentalidade socioafetiva previamente reconhecido e descoberta posterior da paternidade biológica.

Em seu voto, o relator, Ministro Luiz Fux, ressaltou a importância de não se reduzir o conceito de família a modelos padronizados, além de afirmar a ilicitude da hierarquização entre as diversas formas de filiação, acentuando a necessidade de se contemplar, sob o âmbito jurídico, as variadas formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar: “(i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais (como a fecundação artificial homóloga ou a inseminação artificial heteróloga – art. 1.597, III a V do Código Civil de 2002); (ii) pela descendência biológica; ou (iii) pela afetividade”.

A partir dessa premissa, e afirmada a possibilidade de surgimento da filiação por origens distintas, fundamentou seu voto no supraprincípio da dignidade humana, em “sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais”, o que impõe o reconhecimento de modelos familiares diversos da concepção tradicional, para se assentar que tanto os vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, como os originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos em nosso ordenamento, em razão da imposição decorrente do princípio da paternidade responsável, expresso no § 7º, do art. 226, da Constituição.

Na opinião de Calderón<sup>33</sup>, o STF, ao prever expressamente a possibilidade jurídica da pluralidade de vínculos familiares, permite um claro avanço, uma vez que confere maior dignidade ao vínculo socioafetivo. E o autor destaca, assim como Tartuce<sup>34</sup>, três aspectos principais diante da tese estabelecida na repercussão geral: o reconhecimento jurídico da afetividade, o vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica e a possibilidade jurídica da multiparentalidade.

Para Tartuce<sup>35</sup>, a multiparentalidade passou a ser admitida pelo Direito brasileiro, mesmo que contra a vontade do pai biológico, cuja tese firmada possibilita que os filhos acionem os pais biológicos para obter o vínculo de filiação com intuíto alimentares e sucessórios, “em claras *demandas frívolas*, com finalidade

---

<sup>33</sup> CALDERÓN, Ricardo. Parentalidades simultâneas. *Revista IBDFAM*. Multiparentalidade: vínculos que se entrelaçam, edi. 29, out./nov. 2016.

<sup>34</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito de Família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 5.

<sup>35</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 5, p. 449.

patrimonial pura”, seguindo o caminho percorrido pelo STJ e por ele criticado, consubstanciando um dos pontos negativos da premissa fixada.

Para Schreiber<sup>36</sup>, a conclusão alcançada pela decisão do STF é corajosa e ousada, pois considera que o limite máximo à biparentalidade é dogma antiquíssimo. O Tribunal, segundo o autor, de uma única vez; a) reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva, mesmo à falta de registro – tema que ainda encontra resistência em parte da doutrina do direito de família; b) afirmou que a paternidade socioafetiva não representa uma paternidade de segunda categoria diante da paternidade biológica; e c) abriu as portas do sistema jurídico brasileiro para a chamada “multiparentalidade”. Conclui o autor<sup>37</sup> que diante de filhos que somente se interessam pelos pais biológicos no momento de necessidade ou ao se descobrirem como potenciais herdeiros de fortunas, *competirão aos juízes e tribunais separar o joio do trigo*, empregando mecanismos disponíveis na ordem jurídica brasileira para evitar o exercício de uma situação jurídica subjetiva em descompasso com seu fim axiológico-normativo.

Neste sentido, outras discussões são suscitadas entre os doutrinadores, a exemplo de Lôbo<sup>38</sup>, que entende que a referida decisão não se aplica a qualquer hipótese de filiação não biológica, mas “apenas à situação de filiação socioafetiva consolidada, registrada ou não, que foi contrastada, posteriormente, pelo reconhecimento voluntário ou não de parentalidade biológica”, não devendo ser entendida de modo diverso. Para o autor, a admissão pelo STF da multiparentalidade foi surpreendente ante seu alcance alargado e não esperado pela doutrina da parentalidade socioafetiva – que objetivava o seu reconhecimento jurídico, não podendo ser desafiado por investigação de paternidade/maternidade cumulada com o cancelamento do registro civil com fundamento exclusivo na origem biológica, além da igualdade jurídica de ambas as parentalidades, sem prevalência de qualquer uma delas.

Nesse ponto, é interessante fazer uma análise crítica da decisão, que tem efeitos *erga omnes*, diante da repercussão geral, que tomou como base para o reconhecimento da multiparentalidade apenas o critério biológico com paternidade socioafetiva já estabelecida e consolidada, para fins meramente patrimoniais.

<sup>36</sup> SCHREIBER, Anderson. STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus efeitos. *Jornal Carta Forense* (versão digital), publicado em 26/09/2016. Disponível em: <www.cartaforense.com.br>. Acesso em: 23 fev. 2017.

<sup>37</sup> STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos. *Jornal Carta Forense* (versão digital), publicado em 26/09/2016. Disponível em: <www.cartaforense.com.br>. Acesso em: 23 fev. 2017.

<sup>38</sup> LÔBO, Paulo. Jurista comenta repercussão da tese sobre multiparentalidade fixada pelo STF. *IBDFAM*, 28/09/16. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 29 set. 2016.

A questão foi analisada por Calderón<sup>39</sup> destacando que na decisão do STF “alguns pontos não restaram acolhidos, como a distinção entre o papel de genitor e pai, bem destacado no voto divergente do Ministro Edson Fachin<sup>40</sup> ao deliberar sobre o caso concreto”.

A evolução da família e do Direito expressam a passagem do fato natural da consanguinidade, que era indispensável para a família patriarcal e exclusivamente matrimonial, para o fato cultural da afetividade, baseada na convivência duradoura com pais socioafetivos, conduzindo a distinção entre pai e genitor ou procriador, pois pai é aquele que cria, e genitor, o que gera. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não).

Portanto, não há que se confundir o direito de personalidade ao conhecimento à origem genética a que todos têm direito, com o direito à filiação fundada no princípio da Afetividade.

O que se questiona é se é possível o reconhecimento da Multiparentalidade com base apenas no critério biológico, para fins de parentesco biológico concorrente com o parentesco socioafetivo, não estando presente a efetiva afetividade e convivência entre as pessoas que buscam o vínculo parental.

Para Gagliano e Pamplona<sup>41</sup>, o que há de novo “é a decisão do Supremo admitir essa parentalidade plúrima de acordo com o exclusivo interesse do filho, mesmo não havendo sido construída história de vida alguma com o pai biológico”.

Indaga-se: há limites para o seu reconhecimento? Entende Aguirre<sup>42</sup> que o limite para a assunção da Multiparentalidade encontra-se exatamente na existência, ou não, da afetividade, eis que o reconhecimento de vínculos concomitantes só será possível quando existente a socioafetividade entre o pai biológico e o filho, e também comprovada a socioafetividade com outra pessoa que exerça concomitantemente o papel paterno/materno e somente assim seria possível o reconhecimento de vínculos simultâneos.

Mas na divergência das interpretações doutrinárias pode-se vislumbrar a insegurança da aplicabilidade da Tese, que sofrerá os mais diversos entendimentos nas aplicações pelo judiciário.

---

<sup>39</sup> CALDERÓN, Ricardo. *Novidades no direito de família: STF acolhe socioafetividade e multiparentalidade*. Publicado em 6 abr. 2017. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 17 abr. 2017.

<sup>40</sup> Não disponibilizado no RE 898.060.

<sup>41</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 658.

<sup>42</sup> AGUIRRE, João. Reflexos sobre a multiparentalidade e a Repercussão Geral 622 do STF, publicado na *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18316/REDES>. Acesso em: 16 abr. 2017.

Não há uniformidade, por exemplo, quanto a inversão de tais situações, como a busca do reconhecimento da paternidade socioafetiva não obstante já esteja registrada a biológica; assim como a possibilidade que o ascendente tem de também buscar o reconhecimento biológico que um dia abandonou; enfim, se é a doutrina que deve orientar a jurisprudência a sua diversidade de entendimento também influenciará.

Por essa razão e dúvidas suscitadas é que se buscou a estruturação do sistema para talvez reconhecer que o caminho mais uniforme apenas será encontrado na bibarentalidade, sem prejuízo de que a multiparentalidade possa ocorrer na convivência e até mesmo com a ampliação dos deveres parentais, mas desde que isso não implique em alteração do estado de filiação, que importará, necessariamente, nas consequências sucessórias e nos receios de manipulação dos interesses.

Aguirre<sup>43</sup> admite essa ponderação ao se posicionar pela não consolidação da Multiparentalidade “se o objetivo for eminentemente patrimonial, com vistas somente à obtenção de benefícios econômicos, tais como um pleito sucessório ou de alimentos em que não tenha existido o vínculo afetivo e represente apenas a busca pelo ganho fácil”. E conclui o autor<sup>44</sup> que “o vínculo meramente biológico não é capaz de produzir os efeitos decorrentes das relações de parentesco, em razão da ausência de afetividade, mas será capaz de garantir o exercício do direito à identidade”.

No mesmo sentido, Aguirre<sup>45</sup> também sustenta que a multiparentalidade não constitui regra em nossa ordem jurídica após a Repercussão Geral 622, não devendo a parentalidade socioafetiva coexistir em todos os casos com a biológica, ressaltando que as relações afetivas podem decorrer de situações em que a socioafetividade esteja presente nas relações com o genitor, mas também com outro sujeito que exerça o papel de pai.

## CONCLUSÃO

O reconhecimento da Multiparentalidade, nos termos atuais exige uma análise apurada e cuidadosa por parte dos julgadores e da doutrina, uma vez que devolveu-se ao judiciário, minado de diversas concepções, a solução que poderá considerar a

<sup>43</sup> AGUIRRE, João. Reflexos sobre a multiparentalidade e a Repercussão Geral 622 do STF, publicado na *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18316/REDES>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

<sup>44</sup> AGUIRRE, João. Reflexos sobre a multiparentalidade e a Repercussão Geral 622 do STF, publicado na *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18316/REDES>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

<sup>45</sup> AGUIRRE, João. Reflexos sobre a multiparentalidade e a Repercussão Geral 622 do STF, publicado na *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18316/REDES>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

valorização da socioafetividade ou a valorização do critério biológico, independentemente de convivência familiar, como foi o caso julgado da Repercussão Geral.

A decisão em comento trouxe, sem sombra de dúvidas, um novo marco para o direito à filiação, com o reconhecimento jurídico da Afetividade, a igualdade e coexistência das parentalidades biológica e socioafetiva, sem uma excluir necessariamente a outra, e a possibilidade jurídica da Multiparentalidade, mas por outro lado, deixou inúmeros questionamentos que foram aqui destacados.

A simples prova da convivência, de existência de vínculos de afinidade, sem a prova de ausência da convivência no vínculo registral vigente, por si só também não seria suficiente para a invocação da tese cumulativa da socioafetividade pela multiparentalidade e há decisões que são emblemáticas nesse sentido, e que negaram a paternidade e maternidade socioafetiva cumulada com petição de herança, em razão da autora já possuir pais registrais e ter convivido com eles, afastando a busca da filiação socioafetiva como meio de auferir vantagem patrimonial. Dessa forma, ressalta-se o caráter binário da filiação e a necessidade de que em um processo desconstitutivo ou constitutivo de estado de filiação, importe sempre no cancelamento do registro anterior, rejeitando a facilidade da multiparentalidade.

Registre-se uma mudança de postura legal no Direito Brasileiro no passado recente, que afastou a multiparentalidade de nosso sistema. A situação híbrida que era imposta ao adotado entre os seus pais de origem e os pais adotivos, foi eliminada em prol de um modelo definitivo de mudança do estado de filiação. Ou seja, o Brasil detinha uma multiparentalidade legal na adoção simples e em 2002, rompeu esse propósito.

No entanto, há na esfera normativa parâmetros a serem perseguidos, entre os quais: a estabilidade da criança (material e imaterial), a afetividade (afeto e responsabilidade), a sustentabilidade **e as referências parentais legitimadas pela moral consensual coletiva.**

Trata-se de um equívoco querer moldar toda e qualquer situação existencial a categorias que não lhe comportam, como o da filiação. A harmonização poderá haver dentro do próprio sistema, com a aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada que divide responsabilidades, sem estabelecer óbice a que terceiro a exerça e muito menos um parente.

Nesse sentido, há limites estruturais que justificam a presente crítica. Imaginar que, diante da complexidade e mutabilidade das relações existenciais conjugais o direito estará sempre pronto a apreender todos os fatos como jurídico, é nos afastar totalmente dos critérios formais eleitos pelo nosso ordenamento jurídico de origem romano-germânica.

Manter os critérios na regra geral, por sua vez, não significa valorizar um modelo excludente e hermeticamente imobilizado, mas reconhecê-lo como preferencial diante de tantas variações, admitindo-se a multiparentalidade filial apenas excepcionalmente, quando voltada a valor.

## REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João. Reflexos sobre a Multiparentalidade e a Repercussão Geral 622 do STF, publicado na *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18316/REDES>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa*. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26/04/2018.

BRASIL. *Lei 9263/1996. Lei do Planejamento Familiar*. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm)>. Acesso em: 26/04/2018.

BRASIL. *Lei 10.406 de janeiro de 2012*. Código civil brasileiro, <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 29 de janeiro de 2016.

CALDERÓN, Ricardo. Parentalidades Simultâneas. *Revista IBDFAM*. Multiparentalidade: vínculos que se entrelaçam, ed. 29, out./nov. 2016.

CATALAN, Marcos. *Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã*. <[https://www.academia.edu/4341570/Um\\_ensaio\\_sobre\\_a\\_multiparentalidade](https://www.academia.edu/4341570/Um_ensaio_sobre_a_multiparentalidade)>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014.

FRANÇA. *Code Civil*. <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8ECC7750\\_579D9581D3BCE8CAB22DD96A.tpdila23v\\_3?idSectionTA=LEGISC-TA000006150014&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150519](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8ECC7750_579D9581D3BCE8CAB22DD96A.tpdila23v_3?idSectionTA=LEGISC-TA000006150014&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150519)>. Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOBO, Paulo. *Estado de filiação e origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: 07/07/2014.

LOBO, Paulo. *Direito civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOBO, Paulo. *A repersonalização das relações de família*. <<https://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

LÔBO, Fabíola Albuquerque. *Adoção à Brasileira e a verdade real do registro civil*, <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/714/V%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 19 de maio de 2015.

LÔBO, Paulo. *Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade*, <<http://jus.com.br/artigos/25363/familias-contemporaneas-e-as-dimensoes-da-responsabilidade>>, acesso em 19 de maio de 2015.

LOBO, Paulo. *Jurista comenta repercussão da tese sobre multiparentalidade fixada pelo STF*. IBDFAM, 28/09/16. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br)>. Acesso em: 29 set. 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. São Paulo: RT, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia et al. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours Préliminaire du Premier Projet du Code Civil*. <<http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/code/page04.html>>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. STF, Repercussão Geral 622: a multiparentalidade e seus efeitos. *Jornal Carta Forense* (versão digital), publicado em 26/09/2016. Disponível em: <[www.carteforense.com.br](http://www.carteforense.com.br)>. Acesso em: 23 fev. 2017.

STF. *Repercussão Geral 622: a multiparentalidade e seus efeitos*. *Jornal Carta Forense* (versão digital), publicado em 26/09/2016. Disponível em: <[www.carteforense.com.br](http://www.carteforense.com.br)>. Acesso em: 23 fev. 2017.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 5.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade & superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano I, n. 2, jul./set. 1999.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Edição da Faculdade de Direito da UFMG, Publicação n. 33, Belo Horizonte: MG, 1980, p. 9-45.

---

# O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E AS NOVAS FORMAS DE PARENTALIDADE NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

*Vitor Almeida\**

**Sumário:** Notas introdutórias: família e parentalidade na contemporaneidade – 1. O direito ao planejamento familiar entre a liberdade e a solidariedade – 2. Os limites do direito ao planejamento familiar na legalidade constitucional – 3. A família contemporânea e as novas formas de parentalidade: 3.1. A monoparentalidade planejada através da reprodução assistida; 3.2. O reconhecimento jurídico da multiparentalidade planejada – Considerações finais – Referências.

## NOTAS INTRODUTÓRIAS: FAMÍLIA E PARENTALIDADE NA CONTEMPORANEIDADE

Na contemporaneidade é crescente o fenômeno consistente no aparecimento de arranjos familiares que não se fundam no modelo tradicional de família biológica, de configuração heterossexual, monogâmica, hierárquica e nuclear. Com isso, novas formas de se exercer e vivenciar a parentalidade são constatadas no meio social e merecem tutela jurídica, distanciando da tradicional estrutura fundada na biparentalidade heterossexual, surgindo, dentre outras formas possíveis, por exemplo, a monoparentalidade por opção, a multiparentalidade e a homoparentalidade. Os agrupamentos familiares sempre se modificaram diante da dinamicidade inerente

---

\* Doutor e mestre em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Civil do Departamento de Direito, Humanidades e Letras do ITR-UFRRJ. Professor de Direito Civil da PUC-Rio. Professor convidado dos Cursos de Especialização em direito civil-constitucional do CEPED-UERJ e em direito do consumidor e responsabilidade civil da EMERJ. Advogado.

ao fenômeno familiar, mas o que se mostra peculiar nesse momento histórico são a intensidade e a velocidade com que essas mudanças acontecem.<sup>1</sup>

Ainda que, socialmente, a parentalidade continue associada à conjugalidade, em termos jurídicos, a Constituição da República de 1988 coroou a desvinculação entre a filiação e o casamento, ou seja, o estado de filho adquiriu independência frente à situação conjugal dos genitores<sup>2</sup>, a partir do reconhecimento da plena igualdade entre os filhos<sup>3</sup> e da superação da discriminatória e odiosa díade entre prole legítima e ilegítima. O estabelecimento do vínculo paterno-filial independe da constância de justas núpcias entre seus genitores, ou seja, o projeto reprodutivo não mais se vincula ao matrimônio.

A família contemporânea, portanto, desvinculou-se da exclusividade do vínculo matrimonial como forma legítima de constituição familiar, notadamente com a promulgação da Constituição da República de 1988, que, finalmente, recepcionou as alterações da realidade social e a evolução jurisprudencial, estabelecendo novas diretrizes jurídicas, a exemplo da dignidade da pessoa humana e solidariedade familiar. Modificou-se a vocação da familiaridade, que passa a abarcar uma pluralidade de entidades familiares, e, a partir de sua concepção instrumental, afigura-se como o grupo social intermédio hábil a proporcionar o desenvolvimento dos membros da comunidade familiar. A par destas mudanças, agregam-se os efeitos da biotecnociência, particularmente o fenômeno da reprodução assistida, que possibilitou a constituição de famílias monoparentais multiparentais de forma planejada, viabilizando, assim, que o projeto reprodutivo seja uma decisão deliberada de eventual genitor solteiro ou de três ou mais pessoas em situação de conjugalidade ou não.

A família vivencia atualmente um processo de democratização que compreende a busca pelo ideal da igualdade e da liberdade<sup>4</sup> em seu interior e a adoção de valores e práticas democráticos<sup>5</sup>, com a diminuição do discurso autoritário e a

---

<sup>1</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *A Sociedade Pós-Moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Trad. de Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005, p. xxxiii.

<sup>2</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Novas relações de família e paternidade. In: *Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 136.

<sup>3</sup> “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.

<sup>4</sup> Cf. MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

<sup>5</sup> Para Anthony Giddens, “a família está se tornando democratizada, conforme modos que acompanham processos de democracia pública; e tal democratização sugere que a vida familiar poderia combinar escolha individual e solidariedade social” (*A Terceira Via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 98).

valorização da afetividade<sup>6</sup>. Alvejada tanto por mutações constantes no substrato social, mas aceleradas no fim do século passado pelo desenvolvimento da biotecnologia, quanto no substrato axiológico, agora de índole constitucional, o contexto social e jurídico no qual se insere a familiaridade hodierna, além das importantes modificações já operadas, tem desempenhado um papel crucial na valorização e promoção da dignidade e pleno desenvolvimento da pessoa humana, a qual diante do atual ordenamento pátrio afigura-se como valor central de todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, direcionando todo seu arsenal à integral proteção do ser.

Assim, da matrimonialização à pluralização da família, houve o reconhecimento, na Constituição da República de 1988, de novas entidades familiares, que objetivam o desenvolvimento da pessoa humana, compreendendo-as como um espaço democrático<sup>7</sup>, no qual deve imperar a confiança e afeto recíprocos. Assim, em função das opções e valores constitucionais inseridos a partir de 1988, alterou-se, de uma vez por todas, a concepção de família no ordenamento brasileiro, que passa a albergar em seu conceito a flexibilidade, quanto às diversas formas de estruturas familiares<sup>8</sup>, e a instrumentalidade, voltando-se para a realização e desenvolvimento da personalidade de seus membros. Concebe-se, desse modo, a família-instrumento ou a família-serviente que é exatamente a sua vocação como grupo intermediário hábil a proporcionar um ambiente favorável às necessidades existenciais de cada um e de todos, com base no relacionamento respeitoso, cooperativo e solidário.<sup>9</sup>

Se antes atrelada a valores matrimoniais e patrimoniais, o desejo de ter um filho constituía uma das finalidades do casamento, como “consequência natural da satisfação do ‘débito conjugal’”<sup>10</sup>, agora, desvinculada das exigências de uma união

---

<sup>6</sup> Sobre o assunto, cf. CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

<sup>7</sup> Sobre a construção de um novo modelo familiar democrático e suas características jurídicas no cenário nacional remete-se a BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234.

<sup>8</sup> Para uma análise da pluralidade de entidades familiares no ordenamento brasileiro sugere-se a leitura de MATOS, Ana Carla Hermatiuk. “Novas” entidades familiares. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 16-32.

<sup>9</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 216.

<sup>10</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: Eduardo de Oliveira Leite *et all.* *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 157.

formal, passa a ser concebida como um projeto de vida, intimamente relacionado à autonomia reprodutiva e ao próprio desenvolvimento da personalidade de quem almeja ser genitor. Nada obstante, as possibilidades de concretização do desejo parental aumentaram potencialmente com o recurso às técnicas de reprodução assistida, as quais trouxeram novos problemas à familiaridade contemporânea. Assim, as novas formas de parentalidade, como a monoparentalidade por opção e a multiparentalidade planejada, desafiam o modelo biparental e a estrutura normativa forjada.

Tais arranjos familiares se tornaram possíveis graças às técnicas de reprodução humana assistida, que, em princípio, eram destinadas a casais heterossexuais inférteis. Não tardou, no entanto, que grupos sociais não contemplados inicialmente pelo discurso biomédico se aproveitassem dessas técnicas como meio de constituir uma família, a exemplo das pessoas solteiras e dos casais homossexuais. A rigor, pouco se debatia sobre as formas de constituição familiar que essas técnicas proporcionavam às pessoas, em conjugalidade ou individualmente, heterossexuais ou homossexuais, e que o nascimento desse novo ser acarretaria na formação de uma nova família, monoparental ou multiparental.

Assim, trata este artigo de analisar o conteúdo e a extensão do direito ao planejamento familiar no direito brasileiro, investigando os limites legais às novas formas de constituição familiar através de projetos parentais unilaterais ou plurilaterais.

## **1. O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR ENTRE A LIBERDADE E A SOLIDARIEDADE**

A Constituição da República de 1988 estabeleceu em seu art. 226, § 7º, o direito ao planejamento familiar como “livre decisão do casal”. O texto determina que o Estado disponibilize para o exercício desse direito os recursos educacionais e científicos cabíveis, além de vedar qualquer forma de coerção por parte de instituições oficiais ou privadas que interfira no livre planejamento familiar.

Em que pese o meritório esforço dos constituintes em contemplar o direito ao planejamento familiar em sede constitucional, sua inclusão em artigo disposto no capítulo “Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do Idoso” demonstra o apego demasiado de regular os temas relativos à reprodução e à sexualidade dentro do ambiente familiar. Muito mais razoável e democrático seria tutelá-los na esfera do direito à saúde, o que impediria as posições tradicionais que vinculam tal direito às exigências de união entre as pessoas – casamento ou união estável. Sua localização topográfica na Constituição de 1988 não obsta um entendimento do planejamento familiar livre das amarras da tradicional família aristocrático-

-burguesa,<sup>11</sup> visto o reconhecimento de entidades familiares outras que não as fundadas no casamento, como as uniões estáveis e a família monoparental, e a tendência à sedimentação do caráter meramente exemplificativo do rol do art. 226 da Constituição de 1988, não encerrando qualquer espécie de *numerus clausus*.<sup>12</sup>

O art. 226, § 7º, da Constituição de 1988 foi regulamentado através da Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trouxe um grande avanço ao dispor que o planejamento familiar é um direito de todo cidadão, não mais contemplando como destinatário unicamente às pessoas casadas ou em união estável. Com a promulgação da lei, dissiparam-se as possíveis dúvidas em relação ao exercício individual de homens e mulheres ao planejamento familiar, entendimento muito mais consentâneo com os princípios constitucionais.

O Código Civil de 2002 introduziu, de maneira acrítica, um dispositivo específico relativo ao planejamento familiar no § 2º, do art. 1.565.<sup>13</sup> Na intenção de harmonizar o anacrônico projeto do Código Civil de 1975 com a Constituição promulgada em 1988, o Código Civil acabou por corroborar com a ligação do direito ao planejamento familiar com a família fundada no casamento. Primeiramente, isso se deu por manter o termo “casal” já modificado na lei do planejamento familiar, em consonância com os tratados internacionais e uma interpretação sistemática da Constituição, e, segundo, por inseri-lo no capítulo referente à eficácia do casamento. O direito ao planejamento familiar, como afirmado, além de não ser restrito às pessoas casadas, em nada comunga com a produção de efeitos do casamento.

Os contornos atuais do direito ao planejamento familiar decorrem, em larga medida, do reconhecimento no plano internacional dos chamados direitos reprodutivos e, por conseguinte, da afirmação da autonomia reprodutiva. O aspecto conceptivo dos direitos reprodutivos, ou seja, o direito a se ter filhos não constava dentre o rol de reivindicações do movimento feminista, ao menos, em um primeiro

---

<sup>11</sup> Sobre a construção de um novo modelo familiar democrático e suas características jurídicas no cenário nacional remete-se a Maria Celina Bodin de Moraes. A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234.

<sup>12</sup> Sobre a não taxatividade do rol de entidades familiares na Constituição, remete-se a Luiz Paulo Netto Lôbo. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e cidadania – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002, p. 89-107.

<sup>13</sup> “Art. 1.565, [...] § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”

momento, o discurso feminista privilegiou, ao menos, num primeiro momento, “a luta pela descriminalização do aborto e o acesso à contracepção”, em virtude da opressão e submissão da mulher ao modelo de família chefiado pelo homem e cristalizado no matrimônio. Maria Betânia de Melo Ávila esclarece que “a formalização da ideia em termos de direitos reprodutivos é bastante recente”.<sup>14</sup>

Se, primeiro, os métodos contraceptivos fomentaram uma verdadeira revolução na vida reprodutiva das pessoas, na medida em que permitiram o planejamento familiar consciente e responsável, depois, foram as técnicas de reprodução assistida que alteraram profundamente os modelos familiares. Desse modo, o atual entendimento em torno dos direitos reprodutivos, em sentido contraceptivo e conceutivo, deve-se, segundo Maria Betânia de Melo Ávila, à “redefinição do pensamento feminista sobre a liberdade reprodutiva”, posto que “a concepção e o exercício da maternidade eram possibilidades que, do ponto de vista moral, já estavam dadas, inclusive como prerrogativas fundamentais ou essenciais da existência das mulheres”.<sup>15</sup>

Flávia Piovesan sustenta que o conceito de direitos reprodutivos “tem sido assim ampliado, no sentido de abarcar todo o campo relacionado com a reprodução e sexualidade humanas, passando a compreender direitos reprodutivos e sexuais, concebidos no âmbito dos direitos humanos”<sup>16</sup>. Reconhece, nessa linha, que “a emergência dos direitos reprodutivos como direitos humanos é um fenômeno contemporâneo”<sup>17</sup>, ou, em outras palavras, os direitos sobre a sexualidade e a reprodução “chegaram tardiamente”<sup>18</sup>. Estes direitos foram consolidados somente com a

---

<sup>14</sup> ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. *Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania*. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA, 1994, p. 9.

<sup>15</sup> ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva, cit., p. 9.

<sup>16</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 242. Esclarece, ainda, Flavia Piovesan que os direitos reprodutivos correspondem a uma gama diversificada de casos, como o aborto, o adultério, a esterilização cirúrgica, estupro, dentre outros, ressaltando, por isso, que a “abrangência do tema dos direitos reprodutivos dificulta a pesquisa sistemática”. PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (Org.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP: Unicamp/Nepo, 2001, p. 157.

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, cit., p. 272.

<sup>18</sup> Ressalta Cristina Zurutuza que “a primeira menção a que o tamanho da família deva ser ‘de livre opção do casal’ aparece na Declaração Geral da ONU de 1966”, acompanhada pela Declaração de Teerã de 1968, que incorporou o planejamento familiar como direito. ZURUTUZA, Cristina. Para uma convenção interamericana pelos direitos sexuais e reprodutivos. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (Org.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001, p. 192.

edição dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos nos anos noventa do século passado, em especial pela Declaração e o Programa de Ação sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e pela Declaração e o Programa de Ação de Pequim de 1995.<sup>19</sup>

O Programa de Ação da Conferência Internacional do Cairo sobre População e Desenvolvimento relaciona o conceito de direitos reprodutivos com a definição de saúde reprodutiva, em observância aos preceitos emitidos pela Organização Mundial de Saúde, assegurando que “[...] saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência”. Encontra-se implícito, ainda, “[...] o direito de homens e mulheres à obtenção de informação e a ter acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos, disponíveis e aceitáveis, bem como a outros métodos de regulação da fertilidade de sua escolha não contrários à lei”.<sup>20</sup>

No ordenamento pátrio, embora o termo “direitos reprodutivos” ainda não tenha adquirido assento legal, a Constituição da República de 1988, em seu art. 226, parágrafo 7º, ao dispor sobre o direito ao planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, permitiu a introdução, ainda que de modo indireto, da autonomia reprodutiva no sistema jurídico-constitucional brasileiro. Para Heloisa Helena Barboza, o exame do parágrafo 7º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, “permite reconhecer a introdução em nosso sistema de denominada ‘autonomia reprodutiva’”, assegurando-se, para tanto, “o acesso às informações e meios para sua efetivação, ao se atribuir ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, e ao se vedar qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.<sup>21</sup>

Segundo Daniel Sarmento, o fundamento da autonomia reprodutiva pode ser extraído da “própria ideia de dignidade humana da mulher (art. 1º, III, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, *caput* e inciso X, CF)”, sendo dotada, portanto, “de inequívoco fundamento constitucional”<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, cit., p. 272.

<sup>20</sup> Programme of action of the UNICPD. Reproductive rights and reproductive health: basis for action, item 7.2, *apud*, PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, cit., p. 243.

<sup>21</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental, cit., p. 788.

<sup>22</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43-44.

Sem embargos, embora não se confundam, o desenvolvimento dos direitos ligados à sexualidade e reprodução humanas preenche e fortalece o conteúdo da autonomia reprodutiva, o que é igualmente verificado com o direito ao planejamento familiar, sobretudo este, por ser o único termo expresso na Constituição da República de 1988, tem sido utilizado como fundamento normativo e axiológico dos outros dois, ainda que de modo reflexo.

A regulamentação infraconstitucional do direito ao planejamento familiar (Lei n. 9.263/1996) não contemplou, contudo, os efeitos do exercício desse direito sobre os arranjos familiares, deixando, por exemplo, a questão da elegibilidade de mulheres e homens solteiros à reprodução assistida e, por consequência, a formação de famílias monoparentais programadas, sem uma solução legal. Também não foi ainda contemplada pelo ordenamento jurídico a possibilidade de multiplicidade de liames parentais de forma planejada entre um casal homoafetivo composto de um dois homens ou duas mulheres e que escolhem um amigo(a) para compartilhar do projeto parental, ou três ou mais pessoas sem nenhum vínculo de conjugalidade ou em situação de poliafetividade.

Essa e outras situações ainda permanecem nebulosas para o direito, principalmente em virtude da morosidade do legislador em regulamentar a proteção dessas novas famílias. Todavia, a inexistência de legislação pertinente não é obstáculo para o debate e muito menos para a possibilidade de aplicação direta da Constituição. O livre planejamento familiar, assegurado na Constituição, deve ser exercido dentro do contexto de solidariedade imposto pelo desenho constitucional. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, o “princípio da solidariedade [...] é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana”.<sup>23</sup> Dentre os objetivos fundamentais da República brasileira, encontra-se disposto no art. 3º, inciso I, da Constituição de 1988, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.<sup>24</sup> Daí, afirmar-se que, “no contexto atual, a Lei Maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós”.<sup>25</sup>

Indispensável, portanto, examinar os limites do direito ao planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, no âmbito da legalidade constitucional.

---

<sup>23</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 250-251.

<sup>24</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

<sup>25</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 251.

## 2. OS LIMITES DO DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

O próprio dispositivo constitucional estampado no art. 226, § 7º, diz que o direito ao planejamento familiar se funda nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade (parentalidade) responsável, o que demonstra, expressamente, os seus fundamentos e os parâmetros aceitáveis para seus limites. São esses princípios que devem servir como norte valorativo para a interpretação das limitações ao direito ao planejamento familiar, que, em princípio, deve ser exercido de forma livre e sem interferências alheias. É preciso destacar que o planejamento familiar não é um direito absoluto, mas sujeito a limites que podem se encontrar além dos expressos no dispositivo citado.

O princípio da dignidade humana resguarda tanto os interesses das pessoas que desejam concretizar o desejo parental – na medida em que se considera o direito fundamental a ter família,<sup>26</sup> a liberdade de viver em família e o entendimento desta como um espaço adequado para o desenvolvimento da personalidade de cada membro –, quanto os do filho a porvir. Afinal, seus interesses têm que ser preservados desde o início da gestação para a promoção de uma vida digna no futuro.

O princípio da parentalidade responsável,<sup>27-28</sup> ao lado da dignidade da pessoa humana, funda e informa o direito ao planejamento familiar, previsto no art. 226,

---

<sup>26</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

<sup>27</sup> Em que pese à expressa menção ao termo “paternidade responsável” no art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988, deve-se conjugar este dispositivo com o art. 229, o qual atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, razão pela qual se prefere denominar de princípio da parentalidade responsável.

<sup>28</sup> Guilherme Calmon Nogueira da Gama esclarece que “o termo ‘paternidade responsável’ não abrange o conteúdo material do limite previsto no § 7º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, porquanto somente se refere à paternidade, como se a maternidade pudesse ser irresponsável. [...] o exame mais aprofundado do próprio dispositivo, aliado a outras normas constitucionais – por exemplo, a igualdade entre homem e mulher em direitos e deveres –, permite a conclusão de que o constituinte disse menos do que queria, provavelmente por ter sido induzido em equívoco diante da tradução do termo ‘parental responsibility’ que, no entanto, possui outra significação no âmbito do direito inglês”. Assim, sem o cuidado que se deveria ter no transplante jurídico da noção inglesa para o direito brasileiro, o constituinte empregou o termo paternidade responsável quando na realidade o sentido é de parentalidade responsável. De outro lado, é possível encontrar explicação linguística que justifica o emprego do termo ‘paternidade responsável’ ao considerar que adotou o plural ‘pais’ para designar ambos os ascendentes – das linhas paterna e materna –, e, por conseguinte, fez-se alusão a paternidade responsável, enquanto referência derivada. De todo modo, é fundamental que se constate que o termo não se limita ao homem, mas logicamente se refere também à mulher que,

§ 7º, da Constituição da República de 1988. O escopo do exercício da parentalidade responsável,<sup>29</sup> a partir da livre e consciente decisão sobre a liberdade de procriar<sup>30</sup>, se assenta na assunção de deveres em relação ao filho a porvir, seja durante a fase gestacional, em que deve se garantir o sadio desenvolvimento *in utero* do nascituro e lhe assegurar condições dignas de existência, seja a partir do nascimento com vida da pessoa do filho, em que se efetiva, em concreto, os deveres de assistência, criação e educação dos pais em relações aos filhos menores, conforme disposto no art. 229 da Constituição da República.

Nessa perspectiva, Guilherme Calmon Nogueira da Gama leciona que:

[...] a consciência a respeito da paternidade e maternidade abrange não apenas o aspecto voluntário da decisão – de procriar –, mas especialmente os efeitos posteriores ao nascimento do filho, para o fim de gerar a permanência da responsabilidade parental principalmente nas fases mais importantes de formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana: a infância e a adolescência, sem prejuízo logicamente das consequências posteriores relativamente aos filhos na fase adulta.<sup>31</sup>

Deve ser afastada a simplista noção de parentalidade responsável como fundamento do estabelecimento do estado de filiação, como se a função desse princípio se destinasse exclusivamente para fins de reconhecimento do vínculo paterno-

---

desse modo, terá vários deveres decorrentes das consequências e efeitos jurídicos – no campo da filiação – do exercício dos direitos reprodutivos e sexuais” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: Andréa Ferreira, Fernando G.; Galvão, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2009, p. 326-327).

<sup>29</sup> De acordo com Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza, o “princípio da responsabilidade parental, mencionado de forma tímida no art. 226, § 7º da Constituição, expande seu sentido ao ter sua interpretação preenchida pela norma do art. 227, *caput*, que coloca a família como um dos entes devedores de respeito aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, e pelo art. 229, que impõe o dever recíproco de cuidado para os pais e filhos, a depender da vulnerabilidade de cada um no decorrer da vida e do desenvolvimento da relação parental” (Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil. In: *Civilística.com* – Revista Eletrônica de Direito Civil, a. 2, n. 2, 2013, p. 25. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso 28 jun. 2017).

<sup>30</sup> Guilherme Calmon Nogueira da Gama ressalva que “a parentalidade responsável decorre não apenas do fundamento da vontade da pessoa em se tornar pai ou mãe, mas também pode surgir em razão do risco do exercício da liberdade sexual – ou mesmo reprodutiva no sentido mais estrito – no campo da parentalidade” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: Andréa Ferreira, Fernando G.; Galvão, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2009, p. 328-329).

<sup>31</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da paternidade responsável. In: *Revista de Direito Privado*, n. 18, São Paulo: RT, abr./jun., 2004, p. 31.

-materno-filial, para entender que “[...] a parentalidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos – mediante conjunção carnal, ou com recurso a alguma técnica reprodutiva”.<sup>32</sup> Qualquer tentativa de diminuição da potencialidade e amplitude do princípio da parentalidade responsável<sup>33</sup> afronta à unidade da Constituição, que, ainda que o tenha mencionado de forma tímida no art. 226, § 7º, estendeu seu âmbito de aplicação e abrangência se examinado conjuntamente com o art. 227 e 229 da Lei Maior.

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza já afirmou que “o princípio da responsabilidade parental, realizada uma interpretação sistemática, encontra fundamento nos artigos 226, § 7º; 227, *caput* (que traz a previsão dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes) e 229 (que institui o dever de cuidado recíproco entre pais e filhos)”.<sup>34</sup> A respeito da abrangência e do alcance do princípio da parentalidade responsável, a autora entende que sua área de incidência “é vasta, alcançando o planejamento familiar, o nascimento e a satisfação das necessidades físicas e psíquicas inerentes ao crescimento humano até que seja alcançada a maioridade, momento em que objetivamente se presume a independência e a maturidade necessárias para justificar o afastamento das atribuições parentais”.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da paternidade responsável. In: *Revista de Direito Privado*, n. 18, São Paulo: RT, abr./jun., 2004, p. 30.

<sup>33</sup> Ainda que o princípio da paternidade responsável se encontre positivado na ordem constitucional desde 1988, é recente a preocupação da doutrina jurídica, sendo escassos os artigos e textos jurídicos sobre o conteúdo, abrangência e aplicações do referido princípio, salvo honrosas exceções. Dentre elas é possível destacar: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da Paternidade Responsável. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 18, abr./jun., 2004, p. 21-41; Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: Estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2009, p. 317-338; e, Princípio da Paternidade Responsável. In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka; Flávio Galdino (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 927-945; BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o Cuidado como dever jurídico. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira (Org.). *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 85-96; SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Princípio constitucional da paternidade responsável: diretrizes para a reinterpretção do art. 1614 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 31, 2013, p. 17-39.

<sup>34</sup> SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil, In: *Civilistica.com* – Revista Eletrônica de Direito Civil, a. 2, n. 2, 2013, p. 5. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso 28 jun. 2017.

<sup>35</sup> SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil, In: *Civilistica.com*

Não há óbice para o entendimento de que o princípio da parentalidade responsável também alcança e, portanto, fundamenta a responsabilidade dos envolvidos no projeto parental de modo a impor deveres em relação ao concebido *in utero* desde o momento da concepção.<sup>36</sup> Ora, na medida em que o próprio ordenamento jurídico reconhece e tutela a liberdade no campo reprodutivo das pessoas que desejam concretizar o desejo de procriar, por outro lado, deveres lhes são imputados em relação ao nascituro, de maneira a assegurar os direitos deste que são merecedores de tutela.<sup>37</sup>

O princípio da paternidade (parentalidade) responsável associado ao direito ao planejamento familiar, cada vez mais, implica a assunção de responsabilidades decorrentes do exercício desse direito<sup>38</sup>. E, a partir de um projeto reprodutivo consciente e responsável, também impõe o estabelecimento de deveres aos casais, ou a homens e mulheres individualmente, para a tutela do nascituro como forma de proteção do filho a porvir. O princípio da parentalidade responsável remete ao princípio do melhor interesse da criança, ou nesse caso à salvaguarda dos direitos da futura criança, ambos com envergadura constitucional. Assegurar e promover uma vida digna à criança a porvir implica atender previamente às condições necessárias para seu melhor desenvolvimento, o que não se confunde com o tradicional

---

– Revista Eletrônica de Direito Civil, a. 2, n. 2, 2013, p. 5. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso 28 jun. 2017.

<sup>36</sup> Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama já expôs: “O desejo de procriar, ínsito às pessoas em geral, não enfeixa apenas benefícios ou vantagens à pessoa, mas impõe a assunção de responsabilidades das mais importantes na sua vida cotidiana a partir da concepção e do nascimento do filho” (Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: Andréa Ferreira, Fernando G.; Galvão, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2009, p. 328). Ainda nessa linha, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza afirma que “a responsabilidade parental é postura imposta pela Constituição desde antes do nascimento (art. 226, § 7º) até a maioridade do filho (art. 227 e art. 229), momento em que se presume sua autonomia para a realização de escolhas de natureza existencial e patrimonial” (Princípio constitucional da paternidade responsável: diretrizes para a reinterpretção do art. 1614 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 31, 2013, p. 17).

<sup>37</sup> Guilherme Calmon Nogueira da Gama ressalta que “há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos dos direitos fundamentais reconhecidos em seu favor” (Princípio da paternidade responsável. In: *Revista de Direito Privado*, n. 18, São Paulo: RT, abr./jun., 2004, p. 30).

<sup>38</sup> Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o Cuidado como Dever Jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

modelo de biparentalidade heterossexual. São as condições de afeto e cuidado que devem ser resguardadas, e não a manutenção de estruturas parentais convencionais.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável, previstos no art. 226, § 7º, da Constituição de 1988, atuam, portanto, conjuntamente com o princípio do melhor interesse da futura criança. Essa tríade ao mesmo tempo em que funda e informa o direito ao planejamento familiar atua ainda como seu limite. No tocante às limitações ao direito ao planejamento familiar, Guilherme Calmon Nogueira da Gama escreveu que “no sistema jurídico-constitucional brasileiro, interesses meramente egoísticos da pessoa que pretende obter o auxílio de técnica de procriação artificial, como, por exemplo, escolher o sexo do filho, ter gêmeos ou escolher o tipo físico da criança, não podem autorizar tal prática”.<sup>39</sup> Há que assinalar, ainda, que os limites atuam não somente quando o exercício do direito ao planejamento familiar ocorre através das técnicas de reprodução assistida.

Assim, o reconhecimento e a afirmação dos direitos ligados à sexualidade e à reprodução, no plano internacional ou interno, reforçam as responsabilidades decorrentes do exercício cada vez mais livre daqueles, mas que devem ser exercidos com autonomia e informação. O livre planejamento familiar enseja o reconhecimento da liberdade de decisão a respeito do desejo de se ter filhos, do número e espaçamento entre eles. A liberdade reprodutiva implica, portanto, a assunção de responsabilidades resultantes do exercício do direito ao planejamento familiar e deve necessariamente ser interpretada dentro do contexto de solidariedade familiar estabelecida pelo constituinte de 1988.

### **3. A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E AS NOVAS FORMAS DE PARENTALIDADE**

Da decretação de seu fim à atual defesa e promoção da familiaridade, agora calcada na comunhão de afeto, deslocada a valor central a sua constituição e caracterização na órbita jurídica, outros são os princípios informadores dos relacionamentos inseridos no contexto da vida familiar. De sua democratização à pluralização, passando pela igualdade entre os cônjuges e filhos e o prioritário interesse das crianças e adolescentes, antigas reivindicações e agora estabelecidas constitucionalmente, defluem-se alterações estruturais na família contemporânea. Segundo

---

<sup>39</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: Andréa Ferreira, Fernando G.; Galvão, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2009, p. 317-338.

Elizabeth Roudinesco, a família é atualmente “reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições”.<sup>40</sup>

Desse modo, se, por um lado, os avanços da biotecnociência foram responsáveis por profundas alterações nas relações familiares contemporâneas, por outro, seria excesso lhes imputar todas as modificações sofridas pela família moderna, como o divórcio, as uniões homoafetivas e a monoparentalidade. Ao contrário, o surgimento da reprodução assistida que, num primeiro momento, seria capaz de ampliar os meios de constituição da família monoparental e pluriparental, antes restritos às vicissitudes da vida, parece não ter surtido impacto social relevante. Assim, a possibilidade de constituição de famílias monoparentais através da utilização individual pelas pessoas das técnicas de reprodução assistida ou de famílias multiparentais não foi imediatamente acatada pela sociedade, o que, por sua vez, refletiu na frenagem pelo direito no uso dessas tecnologias para esses fins.

No atual cenário de democratização e valorização da afetividade, a família contemporânea se desvinculou da necessidade de relações conjugais, como o casamento, para a constituição de núcleos familiares, permitindo que novas famílias se baseiem exclusivamente em relações de parentalidade, como os exemplos da monoparentalidade e da multiparentalidade. Indispensável examinar, portanto, as formas de constituição das famílias baseadas em relações de parentalidade como legítimo exercício do direito ao planejamento familiar constitucionalmente assegurado.

### 3.1. A monoparentalidade planejada através da reprodução assistida<sup>41</sup>

A Constituição da República de 1988, em seu art. 226, parágrafo 4º, prevê a comunidade formada pelos ascendentes e seus descendentes – as chamadas famílias monoparentais. A rigor, essa forma de estrutura familiar sempre existiu, no entanto, além de não ter o reconhecimento jurídico e estatuto específico, este último inexistente até hoje<sup>42</sup>, sempre esteve reservado à imprevisibilidade dos aconte-

---

<sup>40</sup> ROUDINESCO, Elizabeth. *A Família em Desordem*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 198.

<sup>41</sup> Os argumentos aqui expostos foram desenvolvidos em ALMEIDA, Vitor. *Planejando a família in vitro: o direito ao planejamento familiar e as famílias monoparentais*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>42</sup> “Enquanto o Direito Civil não institui a família monoparental como sujeito de direito, o poder público não se vê compelido a auxiliá-la. Não reconhecida, não é levada em consideração, o

tecimentos da vida. E, mesmo após mais de duas décadas de seu reconhecimento em sede constitucional, a doutrina ainda é reticente em aceitar o planejamento destas entidades familiares, sob o argumento de que permitir sua constituição artificialmente, ou seja, por opção livre e consciente do genitor individual, seria uma forma de estimular a sua formação, o que não seria o objetivo do dispositivo constitucional.

Neste sentido, Eduardo de Oliveira Leite entende ser “precipitado e equivocado [invocar o] art. 226, parágrafo 4º do texto constitucional como argumento legitimador da inseminação artificial da mulher solteira, separada ou divorciada”, pois defende que “o dispositivo constitucional, de forma louvável, apenas inseriu na esfera da proteção estatal, as famílias ‘monoparentais’; em momento algum as reconheceu com vistas a proliferação das mesmas” (LEITE, 1995, p. 356). Registra, ainda, Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “a Constituição não estimula a formação de famílias monoparentais, mas as reconhece” (GAMA, 2000, p. 359).

Ainda existe resistência na doutrina nacional em autorizar que a pessoa solteira que faz uso da procriação artificial como legítima hipótese de causas constitutivas da monoparentalidade, sendo comum encontrar resistência ainda maior quando se trata do homem solteiro elegível, em razão da necessidade do recurso à gestação de substituição, assunto ainda longe de consenso político-social e já fortemente restringido pela resolução CFM n. 2.168/2017.<sup>43</sup>

Aponta Demian Diniz da Costa que “de uma forma geral, alguns aspectos, ou melhor, algumas causas de monoparentalidade são encontradas em diversas sociedades, tornando-se comum entre diversos países, como, por exemplo, a viuvez, o celibato, o divórcio e a separação”. No entanto, ressalva o autor que “a monoparentalidade planejada merece especial atenção”, como nos casos de adoção e uso de técnicas de reprodução assistida, restringindo, contudo, às hipóteses de mulheres

---

que tende a agravar seu caráter discriminatório no meio social”. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed., São Paulo: RT, 2003, p. 330.

<sup>43</sup> “VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira. 1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau –mãe/filha; segundo grau –avó/irmã; terceiro grau –tia/sobrinha; quarto grau –prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.”

solteiras<sup>44</sup>. Sempre se restringiu, portanto, as causas de constituição da família monoparental às hipóteses decorrentes dos infortúnios da vida e não de uma decisão autônoma e consciente. No entanto, o reconhecimento da autonomia reprodutiva no ordenamento brasileiro reforça a possibilidade de formação da família monoparental desvinculada da ideia de circunstâncias alheias da vida, circunscrevendo-a no campo da liberdade de escolhas de cada pessoa, admitindo-se, portanto, a elegibilidade individual à reprodução assistida como forma de constituição de uma entidade familiar.

Assim, diante da tutela da autonomia reprodutiva, assentada na recente afirmação histórica dos direitos reprodutivos e sexuais no campo dos direitos humanos fundamentais, e, por conseguinte, da ampliação do alcance do direito ao planejamento familiar ao aspecto conceutivo<sup>45</sup>, não é mais razoável limitá-los com base no o direito à biparentalidade, que tem por fundamento a matriz convencional do modelo binário heterossexual. Não é possível, à luz dos valores constitucionais, a afirmar que a biparentalidade integra o conteúdo do princípio do melhor interesse da criança, especialmente face à inexistência nos casos de adoção.<sup>46</sup>

Durante a vigência da Resolução n. 1358/92, no que concerne aos usuários das técnicas de reprodução assistida<sup>47</sup>, a doutrina se posicionava no sentido de

---

<sup>44</sup> COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002, p. 31, 36 e 45-49.

<sup>45</sup> A interpretação do art. 1º cominado com os artigos 3º, parágrafo único, I e 9º da Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, de uma vez por todas, superou a restrição conceitual calcada no seu aspecto contraceptivo. Observa, no entanto, Heloisa Helena Barboza que “[...] à semelhança do verificado em outros países, predominam as ações voltadas para a anticoncepção: as políticas e plenos governamentais têm sido notoriamente direcionados para o aspecto negativo do planejamento familiar” (Reprodução humana como direito fundamental. *In*: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 785).

<sup>46</sup> Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil. Em 03 de agosto de 2009, com a promulgação da Lei n. 12.010, foi alterado este dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, que com a nova redação está em consonância com a redução da maioridade civil estabelecida no art. 5º do Código Civil de 2002, nos seguintes termos: “Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”.

<sup>47</sup> Nos termos da Resolução CFM n. 1.358/1992, II, 1 e 2: “II – USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA. 1 – Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. 2 – Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado”.

somente permitir que mulheres casadas ou em união estável se submetam à reprodução artificial, de modo a evitar o risco de posterior ausência do vínculo paterno<sup>48</sup>. Rose Melo Venceslau Meireles entende que “acolher a possibilidade de uma pessoa ser concebida sem pai, é frustrá-la do convívio familiar e, principalmente, afrontar a sua dignidade. A criança tem direito à biparentalidade”, refutando a possibilidade de argumentação com base na proteção às famílias monoparentais, “pois o que se pretende com a norma do § 4º do art. 226 da CF é que também tenham proteção do Estado, uma vez que venham a se formar tais circunstâncias. Diferencia-se a hipótese do legislador estimular certas situações, daquela em que se protege uma situação em que venha ocorrer, como na concretização da família monoparental”<sup>49</sup>. Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Não há como reconhecer, em regra, o direito à reprodução em relação à pessoa sozinha, levando em conta especialmente o princípio do melhor interesse da (futura) criança que, privada do pai ou da mãe, se sujeitaria à estrutura familiar parcial, tornando-a desigual em relação às demais pessoas desde o momento da concepção. Tal regra, no entanto, não deve ser absoluta, especialmente à luz da ordem civil constitucional instaurada em 1988 no direito brasileiro. A lei n. 9263/96, no seu artigo 3º, autoriza a monoparentalidade na reprodução assistida, desde que observados, no caso concreto, os princípios constitucionais relacionados ao planejamento familiar e à assistência do Poder Público, além da própria esterilidade da pessoa (GAMA, 2003, p. 1008).

Resistências à parte de relegar a formação da monoparentalidade somente a causas imprevisíveis, desde a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 – se reconheceu a possibilidade de planejamento da formação da comunidade monoparental, em virtude da não restrição às pessoas solteiras, maiores e capazes, voluntariamente e deliberadamente constituírem um vínculo paterno-filial através da adoção. Uma das possíveis explicações assenta-se no caráter de solidariedade social geralmente atribuído ao ato de adoção, enquanto que na procriação artificial opera-se o inverso, como se fosse um ato egoístico gerar um filho sem lhe possibilitar, ainda que futuramente, o reconhecimento da paternidade/maternidade.

É claro que ao se reconhecer o direito à reprodução são indispensáveis que se considerem os direitos fundamentais da criança, mesmo que ainda não concebidas

---

<sup>48</sup> Neste sentido, se posicionam: FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 256; BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 67 a 72 e 113.

<sup>49</sup> VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 56.

ou nascidas, estabelecidos, no plano internacional, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da Organização das Nações Unidas e, na ordem interna, no Estatuto da Criança e do Adolescente, visto que a decisão sobre procriar ou não interfere de modo decisivo na esfera de interesses do filho a porvir. Que tal confrontação deve necessariamente ser harmonizada não resta maiores dúvidas, em virtude da proteção antecipada ao desenvolvimento da personalidade da futura criança. No entanto, o que se debate é a controversa existência do direito da futura criança à biparentalidade, e se este deve integrar o princípio do melhor interesse da criança. A própria convenção, em seu art. 7º, afirma que: “a criança deve ser registrada ao nascimento a ter direito a um nome, e o direito a adquirir uma nacionalidade e, na medida do possível, tem o direito de conhecer seus pais e de se criada por eles”, reconhecendo, assim, a importância da convivência familiar caracterizada pela “triangularização” do vínculo paterno-filial. No entanto, mitiga tal imposição ao aceitar que nem sempre é possível e, muito menos, indispensável a dupla figura parental.<sup>50</sup>

Assim, apesar preponderância dos interesses da futura criança, esta deve ser entendida como a capacidade de fornecer todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto, não havendo incompatibilidade entre o princípio do melhor interesse da criança e a monoparentalidade planejada. O próprio texto constitucional ao expressar que o direito ao planejamento familiar funda-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade (parentalidade) responsável, ao mesmo tempo em que impõe a relatividade dos interesses do indivíduo que deseja gerar, em respeito aos direitos da futura criança, exige também que se não restrinja os direitos do eventual genitor única e exclusivamente em razão de seu estado civil, posto que a falta de “triangularização” tradicional da relação parental não enseja, por si só, prejuízos ao filho planejado.

O debate a respeito da legitimidade do emprego das técnicas de reprodução assistida como via de formação de uma família perpassa a questão do reconhecimento do direito à procriação<sup>51</sup>, que até pouco tempo atrás sempre fora visto como

---

<sup>50</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. In: *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 31, n. 83, setembro/dezembro, 1998, p. 151.

<sup>51</sup> Heloisa Helena Barboza, em obra pioneira sobre o assunto, já alertava que a questão do direito a se ter filhos “não tem natureza meramente teórica, visto que tal definição imporá os rumos que se devam dar à matéria”, argumentando que “se entendido como direito fundamental, não há que se criar qualquer impedimento às técnicas que resultem na ausência de um dos genitores, como ocorre na inseminação artificial de mulheres solteira” (*A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 37-38).

mera faculdade<sup>52</sup>. Relata Heloisa Helena Barboza, com base nos ensinamentos de Encarna Roca i Trías, que já na década de oitenta do século passado, época de expansão no uso das técnicas de reprodução medicamente assistida, mais precisamente no ano de 1987, em “[...] consulta ao Comitê Diretor dos Direitos Humanos (CDDH) sobre a existência ou não do direito de procriar, mais precisamente sobre a garantia, na Carta Europeia, de um direito absoluto de procriar, incluído no direito à vida”, obteve-se uma resposta negativa do Comitê. Nesse sentido, reconhece a autora que “em sentido estrito, nem a Comunidade Europeia, nem Declarações e Convênios Internacionais, reconhecem explicitamente o direito de procriação como tal, mas apenas o ‘de fundar uma família’”.<sup>53</sup>

No Brasil, a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamentou o art. 226, parágrafo 7º da Constituição de 1988, reconheceu como direito de todo cidadão, em conjugalidade ou não, o direito ao planejamento familiar, não permitindo, portanto, fazer ressalvas acerca das pessoas elegíveis às técnicas de reprodução assistida, mesmo que individualmente consideradas e com finalidade de formação da família monoparental, de forma planejada e consciente. Ademais, ao incluir “a assistência à concepção e contracepção”, devendo, para tanto, serem oferecidos “todos os métodos e técnicas [...] cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”, nos respectivos artigos 3º, parágrafo único, I e 9º, permitiu que se incluíssem as novas tecnologias reprodutivas como possíveis recursos à concepção.

Desse modo, a afirmação da autonomia reprodutiva dentro do ordenamento jurídico nacional, mesmo que por via oblíqua, e o reconhecimento do aspecto conceitual (ou positivo) do direito ao planejamento familiar embasam a existência de um direito à procriação, que embora ainda questionável seu *status* jurídico dentro do ordenamento pátrio, se mera faculdade, direito individual ou direito fundamental, tendenciosa tem sido a doutrina em acatar o último enquadramento. O que,

---

<sup>52</sup> Sustenta Eduardo de Oliveira Leite que “Este ‘direito’ invocado é apenas uma faculdade, ou melhor, uma liberdade. Catherine Labrusse-Rieu e J. L. Baudoin já se referiram sobre a matéria em termos bastante claros. Existe uma liberdade de engendrar filhos. Quando a natureza se opõe, o direito médico e social criaram um verdadeiro direito à cura da esterilidade tentando vencer este handicap e permitindo o exercício da liberdade de procriar. Entretanto, procriar não é um direito. [...]” (*Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995, p. 356).

<sup>53</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 780-781.

em princípio, poderia aparentar um *locus* normativo condizente com a tutela da reprodução humana pretendida, e, conseqüentemente, traduzir-se em proteção adequada, não tem alterado substancialmente os limites jurídicos do exercício desse direito, eis que o colocam dentre os direitos humanos fundamentais mais relativizados<sup>54</sup> frente à colisão com os demais, restando-lhe posição desprivilegiada na ponderação destes, em que pese a sua consideração como uma das manifestações dos direitos fundamentais.

Desde a Resolução CFM n. 1.957/2010 que foi ampliado os sujeitos receptores destas técnicas para “todas as pessoas capazes”, o que se manteve nas resoluções posteriores, como a Res. 2.013/2013, bem como na Res. 2.121/2015 e, finalmente, na Resolução n. 2.168/2017, atualmente em vigor, que dispõe que todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA”, sendo permitido o uso para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, desde que todos os participantes tenham consentido de forma esclarecida e informada. Desse modo, ressalta Debora Diniz que foi preciso uma espera de “quase duas décadas para afirmar publicamente que o desejo de filhos é algo comum a todas as pessoas”, ou seja, “um homem sozinho, uma mulher lésbica, uma travesti ou uma pessoa intersexo, qualquer uma delas pode ter seu desejo de filhos realizado com o auxílio das técnicas médicas”.<sup>55</sup>

O principal mérito das resoluções acima citadas, em razão de ser uma ferramenta voltada precipuamente aos médicos, reside em fornecer parâmetros éticos na atuação médica, conscientizando-os que o desejo de filhos não é restrito aos casais heterossexuais, mas pelo contrário, estendem-se às demais pessoas, independentemente do estado civil e opção sexual. Mesmo que através de uma norma ética, concede segurança à equipe médica, que se encontra respaldada por uma diretriz emanada de seu próprio órgão de classe. Neste sentido, pelo menos, em princípio, “um médico de medicina reprodutiva não poderá se recusar a atender um casal de

---

<sup>54</sup> Defende Heloisa Helena Barboza que “o reconhecimento do direito à reprodução, em seus aspectos positivo e negativo, não pode conferir-lhe caráter absoluto” (Reprodução humana como direito fundamental, cit., p. 786). Guilherme Calmon Nogueira da Gama também sustenta que o “[...] direito à reprodução não é absoluto – como nenhum direito fundamental também não o é – e, desse modo, somente deve ser exercido dentro dos limites que lhe são impostos pelo próprio ordenamento” (*A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 723).

<sup>55</sup> DINIZ, Debora. Desejo de filhos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 jan. 2011.

mulheres lésbicas ou um homem sozinho que faça uso de uma gravidez de substituição para ter filho”.<sup>56</sup>

É inquestionável o avanço das normas de caráter deontológico, que ampliaram significativamente os pacientes das técnicas de reprodução assistida no Brasil, desvinculando-se, a princípio, da exigência de biparentalidade heterossexual. Embora direcionada aos médicos que atuam na área da reprodução assistida, as resoluções são relevantes na medida em que há décadas se espera por uma regulamentação ordinária sobre o tema no ordenamento jurídico. No entanto, por inércia do legislador brasileiro, se aglomeram os projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional.

Desse modo, em que pese uma interpretação mais condizente com os preceitos constitucionais permitisse a possibilidade de ampliar o rol de pacientes das técnicas artificiais procriativas antes da mudança no posicionamento do CFM, não se pode descurar da importância desta norma deontológica no sentido de respaldar uma atuação médica sem preconceitos. Neste sentido, escreveu Debora Diniz que como “um homem sozinho ou uma mulher gay em união estável não eram acolhidos pela antiga resolução, [...] os médicos poderiam se sentir intimidados em atendê-los pelo risco de um processo ético no conselho”.<sup>57</sup>

No entanto, não se devem recepcionar as resoluções do CFM como diretrizes extremadas, concedendo um caráter quase que absoluto ao direito à reprodução, tendo em vista que há outros valores em jogo, e estes devem merecer a devida atenção em um ordenamento unitário e que encontra na Constituição seu fundamento e sua tábua axiológica a guiar e condicionar toda a legislação infraconstitucional. Desse modo, a Resolução n. 2.168/2017 afigura-se como um instrumento hábil a direcionar a atuação dos médicos, tendo, acertadamente, ampliado os sujeitos elegíveis às técnicas de reprodução assistida. Não cabe ao médico eleger quem são as pessoas legitimadas a se submeterem ao recurso da medicina reprodutiva, discriminando os pleiteantes em virtude do estado civil ou da opção sexual. Mas é papel do direito, a partir dos comandos constitucionais, realizar o equacionamento dos valores envolvidos, de modo a respeitar à autonomia reprodutiva e o direito ao planejamento familiar, ao mesmo tempo em que se asseguram os direitos do filho a porvir.

### **3.2. O reconhecimento jurídico da multiparentalidade planejada**

O fenômeno da multiparentalidade – ou pluriparentalidade – consiste na multiplicidade de liames parentais formados por laços biológicos e/ou socioafetivos

<sup>56</sup> DINIZ, Debora. Desejo de filhos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 jan. 2011.

<sup>57</sup> DINIZ, Debora. Desejo de filhos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 jan. 2011.

construídos por motivos anteriores ou supervenientes ao nascimento de determinada pessoa e que compartilham da vivência parental sem que seja necessária a substituição de um vínculo pelo outro<sup>58</sup>. Tal composição familiar é bastante comum como consequência das famílias recompostas ou de outras composições decorrentes da parentalidade socioafetiva, apresentando-se como efeito das relações de afeto e cuidado forjadas ao longo da infância e da juventude, admitindo-se, inclusive, que tais laços sejam construídos na fase adulta. Nada impede, contudo, que a pluralidade de vínculos parentais se estabeleça de forma planejada por três ou mais pessoas que desejam desde o início do projeto parental compartilhar dessa experiência.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) fixou tese de repercussão geral que assume caráter histórico no direito brasileiro ao julgar o Recurso Extraordinário n. 898.060, em 22 de setembro de 2016. A suprema Corte afirmou 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” (Repercussão Geral 622). Com isso, reconheceu definitivamente o fenômeno da multiparentalidade no sistema jurídico brasileiro<sup>59</sup>, minando as resistências jurídicas e culturais calcadas no modelo biparental

---

<sup>58</sup> Segundo Anderson Schreiber e Paulo Franco Lustosa: “A multiparentalidade pode ser conceituada em acepção ampla ou em acepção estrita. A multiparentalidade lato sensu consiste no reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de que uma pessoa tenha mais de um vínculo parental paterno ou mais de um vínculo parental materno. Para a sua configuração, é suficiente que alguém tenha dois pais ou duas mães, o que abarca não apenas os arranjos multiparentais que, por circunstâncias e fundamentos diversos, envolvam duas mães e um pai, dois pais e uma mãe, e assim por diante, mas também os casos de simples biparentalidade homoafetiva, em que a distinção de gênero afigura-se, a rigor, inaplicável. É nessa acepção ampla que o fenômeno costuma ser estudado no Brasil. Já em acepção restrita, a multiparentalidade pode ser definida como o reconhecimento jurídico de mais de dois vínculos de parentalidade à mesma pessoa. Em outros termos, a expressão estaria reservada às hipóteses em que alguém tenha três ou mais laços parentais, não abrangendo, portanto, a mera dupla paternidade ou dupla maternidade se desacompanhada do terceiro ascendente, que resultaria na configuração de mais de dois vínculos parentais. São casos de multiparentalidade stricto sensu, por exemplo, aqueles em que uma pessoa tem duas mães e um pai, dois pais e uma mãe, três mães, dois pais e duas mães, e assim sucessivamente. Note-se que tal acepção se revela mais adequada ao significado das expressões multiparentalidade e pluriparentalidade, cujos prefixos exprimem noção de muitos, em contraposição à biparentalidade” (Efeitos jurídicos da multiparentalidade. In: *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 847-873, set./dez. 2016, p. 851).

<sup>59</sup> “O desafio está posto: ele consiste em ultrapassar o legado reducionista que contamina o direito codificado – um pai, uma mãe – e a redimensionar as possibilidades normativas contidas no universo das relações pluriparentais, fortalecendo as realidades familiares e estimulando a assunção de responsabilidades, atentando, assim, às necessidades de um ser humano concreto – pensado como ser no mundo – e para a centralidade por ele ocupada em um sistema jurídico

orientador da família nuclear – constituída pelo pai, pela mãe e pelo(s) filho(s). Segundo Anderson Schreiber, a decisão da corte permitiu ainda o reconhecimento do “instituto da paternidade socioafetiva mesmo à falta de registro – tema que ainda encontrava resistência em parte da doutrina de direito de família”, bem como “afirmou que a paternidade socioafetiva não representa uma paternidade de segunda categoria diante da paternidade biológica”.<sup>60</sup>

A decisão é fruto de nítida e acelerada transformação vivenciada pelo direito das famílias após a promulgação da Constituição de 1988, que fincou as bases para uma renovada concepção jurídica da esfera familiar, que se apresenta como ambiente plural, igualitário, democrático e funcionalizado à promoção da personalidade dos seus integrantes. A rigor, a Constituição não veda a constituição de vínculos parentais plurais. Pelo contrário, o fenômeno da multiparentalidade concretiza relevante princípio constitucional de plena igualdade de direitos entre os filhos (art. 227, § 6º), que proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, como igualmente veda qualquer caráter hierárquico, *a priori*, que se estabeleça entre os critérios de fixação da parentalidade, quer se trate de parentalidade biológica, socioafetiva ou jurídica (presumida). Cuida-se, ainda, de importante valorização da socioafetividade nas relações familiares, na medida em que supera o modelo binário parental heterossexual em prol de um arranjo que permite um complexo de relações funcionalizados à proteção e ao desenvolvimento da personalidade do filho de múltiplos pais.

Antes da festejada decisão, apesar do movimento de parcela da doutrina no sentido de reconhecer o fenômeno da pluriparentalidade<sup>61</sup>, alguns autores já questionaram sua constitucionalidade, ao sustentarem a afronta ao melhor interesse da criança e do adolescente, e no campo jurisprudencial já se afastou o reconhecimento com base em argumentos de caráter moral<sup>62</sup>. Todavia, o reconhecimento jurídico

---

(FACHIN, 2006, p. 14-15) que pretende ser democrático e de direito”. CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 55, 2012, p. 153.

<sup>60</sup> SCHREIBER, Anderson. STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

<sup>61</sup> V., por todos, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 190-218; CASSETARI, Christiano. *A multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>62</sup> O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já sustentou que “não podem coexistir duas paternidades sobre uma pessoa. Isto sim confundiria, isto sim afrontaria o direito da personalidade” (TJRS, Apelação Cível n. 70017530965, 8ª Câmara, Rel. Des. José S. Trindade, julg. 28 jun. 2007).

de múltiplos laços parentais, via de regra, atende ao princípio do melhor interesse da criança, uma vez que reflete à sua realidade nas hipóteses de constituição superveniente com a atribuição da função parental àqueles que já a exercem, bem como atende aos futuros interesses do filho nos casos de multiparentalidade planejada com o reconhecimento do *status* de filiação a todos os envolvidos no projeto parental com a produção dos efeitos inerentes a tal estado. A tese firmada pelo STF, portanto, permitiu a superação das barreiras ao reconhecimento da multiparentalidade como fenômeno familiar presente na nossa sociedade e que merece proteção jurídica, independentemente da estrutura codificada familiar, sem impor modelos estanques e pré-concebidos de entidades familiares.

Nesse particular, avulta como importante avanço na aproximação entre o Direito de família e a realidade social, que andaram durante tanto tempo afastadas. O fenômeno da multiparentalidade finalmente deixou de ser um fato social ignorado pelo direito, eis que se reconheceu a existência de múltiplos laços parentais aptos a gerar os efeitos jurídicos decorrentes do vínculo paterno-filial, sem o estabelecimento de prévia hierarquia entre os critérios de parentalidade e sem a exclusão dos vínculos já existentes, que somente podem ser examinados à luz das circunstâncias do caso concreto de modo a estabelecer se é hipótese ou não de pluriparentalidade. Tal verificação é de todo importante para afastar os pedidos de reconhecimento de vínculo parental motivado por interesses puramente patrimoniais<sup>63</sup>. A multiparentalidade é um fenômeno que decorre da atual dinâmica das famílias, que não mais se encaixam no artificial arranjo codificado legalmente.

No entanto, embora o Supremo Tribunal Federal brasileiro tenha reconhecido a possibilidade de multiparentalidade, diversas questões jurídicas permanecem em aberto, como, por exemplo, os efeitos sucessórios na hipótese de o filho falecer

---

<sup>63</sup> Segundo Anderson Schreiber: “Há, ainda, o generalizado receio de que a posição adotada pelo STF possa gerar demandas mercenárias, baseadas em puro interesse patrimonial. Argumenta-se que a corte teria aberto as portas do Judiciário para filhos que somente se interessam pelos pais biológicos no momento de necessidade ou ao se descobrirem como potenciais herdeiros de fortunas. Nesse particular, competirá aos juízes e tribunais separar, como sempre, o joio do trigo, empregando os mecanismos disponíveis na ordem jurídica brasileira para se evitar o exercício de uma situação jurídica subjetiva em descompasso com seu fim axiológico-normativo. O abuso do direito e a violação à boa-fé objetiva têm plena aplicação nesse campo, sendo de se lembrar que são instrumentos que atuam não apenas no interesse particular, mas também no interesse público de evitar a manipulação de remédios que são concedidos pelo ordenamento não de modo puramente estrutural, mas sempre à luz de uma finalidade que se destinam a realizar” (STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>>. Acesso em: 13 mar. 2018).

antes de seus múltiplos pais, ou, ainda, como se aplicam os direitos de guarda e visitação em casos de multiparentalidade<sup>64</sup>. Tais desafios são lançados aos intérpretes do Direito em razão de se manusear um arcabouço jurídico moldado para as famílias nucleares heterossexuais, que não se volta para a nova realidade das famílias. Por isso, o reconhecimento de múltiplos vínculos parentais pelo ordenamento jurídico constitui importante instrumento de proteção a interesses relevantes mercedores de tutela no plural mosaico parental, outrora não abrigado pelo Direito.

Contudo, a multiplicidade de liames parentais aumenta a probabilidade, em diversas situações fáticas, de colisão entre os interesses mercedores de tutela, a qual deve ser sempre guiada pelo melhor interesse da criança e do adolescente em sua prioritária e integral proteção. Apesar de não haver hierarquia entre as formas de parentalidade, na linha da decisão do STF, nem sempre a coexistência de vínculos parentais será a melhor solução, eis que multiparentalidade não deve ser forçada, eis que construída no contexto fático do mosaico familiar, podendo ser o caso de necessária substituição que exclua algum liame parental existente. No entanto, na hipótese de multiparentalidade por opção, todos os envolvidos são obrigados a cumprir com os deveres inerentes à função parental, eis que a parentalidade responsável decorre da livre e consciente decisão sobre a liberdade de procriar, ou seja, de constituir família, com a assunção, portanto, das obrigações impostas por lei.

Em outros termos, a multiparentalidade pode decorrer dos laços de socioafetividade construídos pela convivência entre pais e filhos, registrais ou não, bem como do legítimo exercício do direito ao planejamento familiar, ancorado na autonomia reprodutiva, que impõe que o exercício da parentalidade responsável desde o início da concepção do futuro filho. Em ambos os casos, a multiparentalidade é expressão da mais genuína liberdade de constituir o modelo familiar que melhor atende às aspirações existenciais de cada indivíduo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autonomia reprodutiva deve ser encarada como um dos espaços mais íntimos da pessoa humana, domínio pertencente à reserva de intimidade dos sujeitos ou de casais, ainda que se reporte a eleição da via concepitiva artificial para a concretização do projeto parental. Nessa esteira, a tutela jurídica a incidir deve ser capaz de assegurar a dignidade e integridade psicofísica dos envolvidos – os que

---

<sup>64</sup> Sobre os efeitos da multiparentalidade, cf. SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. In: *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 847-873, set./dez. 2016.

desejam gerar e os que serão gerados, o que não se confunde com obrigatoriedade de biparentabilidade heterossexual.

O reconhecimento dos direitos reprodutivos como direitos humanos fundamentais na esfera internacional e do direito ao planejamento familiar, estabelecido no art. 227, § 6º da Constituição da República de 1988, fortalece o reconhecimento do princípio da autonomia reprodutiva, que, por sua vez, reforça a existência de um direito fundamental à reprodução, e, ambos, respeitados os princípios da liberdade e da igualdade, não permitem a restrição, com base em gênero ou formas de conjugalidade, à utilização das técnicas de reprodução assistida, descabendo, portanto, a limitação, em razão única e exclusivamente do estado civil, sobretudo quando houver indubitosa intenção de constituir uma família, ainda que seja monoparental ou multiparental.

Além disso, a nova concepção da família contemporânea contempla uma visão instrumental das estruturas familiares, concebendo uma diversidade de entidades familiares, todas voltadas às exigências humanas existenciais. Desse modo, o ato de reprodução não deve se restringir aos desejos individuais, no entanto, o direito à reprodução por meio de técnicas de reprodução assistida também não deve ser restringido em função de uma visão ultrapassada da necessidade de biparentalidade heterossexual para o desenvolvimento da personalidade da futura criança, ainda a ser concebida.

Os desafios da monoparentalidade e da multiparentalidade planejada descortinam a superação do paradigma da sacralidade da família nuclear, calcada no modelo biparental. As perplexidades, contudo, devem ser superadas em prol da plena efetivação da proteção integral das crianças e dos adolescentes, em respeito aos seus direitos fundamentais previstos no art. 229, bem como na plena igualdade entre os filhos, assegurado no art. 227, § 7º, ambos da Constituição. Com isso, o encaminhamento dos problemas apresentados por uma normativa que foi forjada para a família biparental deve ser buscado sempre na tábua axiológica consagrada na Constituição, em busca da máxima efetividade dos princípios constitucionais. O exercício responsável da parentalidade prescinde de origem, raça, sexo, cor e idade, e, por isso, deve-se garantir que os direitos ligados à reprodução e, portanto, de constituição familiar possam ser exercidos sem preconceitos e livre de discriminações.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor. Planejando a família *in vitro*: o direito ao planejamento familiar e as famílias monoparentais. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 10 mar. 2018.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. *Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania*. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA, 1994.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: Eduardo de Oliveira Leite et al. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOZA, Heloisa Helena. Novas relações de família e paternidade. In: *Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o Cuidado como dever jurídico. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira (Org.). *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 85-96.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. In: *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 31, n. 83, setembro/dezembro, 1998.

CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CASSETARI, Christiano. *A multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2014.

CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, n. 55, 2012.

COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

DINIZ, Debora. Desejo de filhos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 jan. 2011.

Eduardo de Oliveira Leite. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: Andréa Ferreira, Fernando G.; Galvão, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da paternidade responsável. In: *Revista de Direito Privado*, n. 18, São Paulo: RT, abr./jun., 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da Paternidade Responsável. In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka; Flávio Galdino (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 927-945.

GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

Helois Helena Barboza. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed., São Paulo: RT, 2003.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Sociedade Pós-Moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Trad. de Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.

LÔBO, Luiz Paulo Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002.

MATOS, Ana Carla Hermatiuk. “Novas” entidades familiares. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 16-32.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (Org.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP: Unicamp/Nepo, 2001.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A Família em Desordem*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHREIBER, Anderson. STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. In: *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 847-873, set./dez. 2016.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Princípio constitucional da paternidade responsável: diretrizes para a reinterpretação do art. 1614 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 31, 2013, p. 17-39.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil. In: *Civilistica.com* – Revista Eletrônica de Direito Civil, a. 2, n. 2, 2013, p. 25. Disponível em: <[www.civilistica.com](http://www.civilistica.com)>. Acesso 28 jun. 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 190-218.

VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZURUTUZA, Cristina. Para uma convenção interamericana pelos direitos sexuais e reprodutivos. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (Org.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001.



---

# DIREITO DAS SUCESSÕES



---

# A RELEVÂNCIA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 CC NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

*Daniele Chaves Teixeira\**

**Sumário:** 1. Notas introdutórias – 2. O direito sucessório na sociedade contemporânea e a desconstrução dos seus pilares: família e propriedade – 3. A necessidade do planejamento sucessório frente à rigidez do direito das sucessões no Brasil – 4. Importância da decisão da inconstitucionalidade do art. 1.790 CC pelo STF nos pressupostos do planejamento sucessório – Considerações finais – Referências.

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O artigo pretende destacar a importância da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil brasileiro nos pressupostos do planejamento sucessório. Primeiramente, se analisará o porquê da relevância do planejamento sucessório na atualidade jurídica do Brasil, derivado do descompasso que ocorre entre a sociedade contemporânea e o direito das sucessões. O estudo demonstrará quais são os fatores que levaram ao crescimento do interesse pelo direito sucessório e de que forma as consequências das transformações da sociedade atingem os alicerces do direito das sucessões: a propriedade e a família. Deixará claro, também, que a falta de liberdade do ordenamento provoca uma demanda pelo planejamento sucessório.

---

\* Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino, Itália; Especialista em Direito Privado pela PUC-RJ; Advogada.

Com efeito, deve-se analisar o que é um planejamento sucessório e com que finalidade deve ser realizado. Primeiramente, o planejamento sucessório é um instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte.<sup>1</sup> Vale ressaltar, ainda, que o planejamento é realizado em vida e que sua completa aplicabilidade de efeitos ocorrerá após a morte. Ele é essencial para aquele que quer que sua vontade prevaleça após sua morte, e isso pode ser realizado por meio de diversos instrumentos jurídicos: o testamento é somente um deles.

As características da sociedade brasileira atual exigem uma melhor estruturação patrimonial para o pós-morte. Um adequado planejamento democratizaria e internalizaria a vontade do autor da herança.<sup>2</sup> O planejamento sucessório atende à procura por organização e permite que as pessoas enfrentem a dificuldade humana de lidar com a morte. A procura crescente por maiores informações na questão sucessória em relação ao patrimônio e à família é questão fática na atualidade. Pode-se entender que o planejamento sucessório é a maior consequência do fenômeno da pluralidade familiar na sociedade.<sup>3</sup>

É de vital importância para um planejamento sucessório que em seus pressupostos se analisem três pontos: a) qualificar a pessoa; b) levantar o ativo e o passivo do patrimônio; e c) verificar a vontade do autor da herança. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil reflete diretamente na qualificação da pessoa que irá fazer o planejamento sucessório, pois nesse momento deve-se verificar se o companheiro é ou não herdeiro necessário. Cabe ressaltar, que definir a questão é essencial para um planejamento sucessório, seus efeitos e para segurança jurídica.

## **2. O DIREITO SUCESSÓRIO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A DESCONSTRUÇÃO DOS SEUS PILARES: FAMÍLIA E PROPRIEDADE**

O Direito Sucessório trata de uma questão muito delicada para as pessoas, que é, exatamente, encarar a finitude humana: a própria morte. A função do Direito das

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Euclides de. Planejamento sucessório: regime de bens e seu reflexo na transmissão da herança. *Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP*. Disponível em: <[http://www.fiesp.com.br/irs/conjur/pdf/transparencias\\_reuniao\\_conjur\\_25\\_10\\_10\\_-\\_euclides\\_benedito\\_de\\_oliveira\\_planej\\_sucess\\_palest\\_conjur.pdf](http://www.fiesp.com.br/irs/conjur/pdf/transparencias_reuniao_conjur_25_10_10_-_euclides_benedito_de_oliveira_planej_sucess_palest_conjur.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2011.

<sup>2</sup> OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118.

<sup>3</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Planejar é preciso: planejamento sucessório para as novas famílias. Entrevista. *Revista IBDFAM*. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 10 ed., abr. 2014, p. 6.

Sucessões é estabelecer o destino das situações jurídicas transmissíveis do autor da herança, conforme os ditames constitucionais.<sup>4</sup> Com a morte, ocorre a abertura da sucessão, e é apenas nesse momento que nascem os direitos hereditários.

O vigente Código Civil brasileiro, na parte do livro do Direito das Sucessões, pouco avançou. Ainda reflete institutos que não se coadunam com a sociedade contemporânea, com todas as complexidades sociais, porque, em geral, o sistema atual das sucessões “não atende aos anseios finais dos indivíduos, detenham eles vastos patrimônios ou não”.<sup>5</sup> O Código Civil de 2002, no que concerne ao Direito Sucessório, ainda se baseia em um modelo de família que não corresponde ao perfil das famílias da atual sociedade brasileira.

Os fatores principais que provocam essas reavaliações do direito das sucessões decorrem de transformações das famílias e dos bens, ou seja, são oriundas de questões sociais e econômicas.<sup>6</sup> Consequentemente, as necessidades de maior atenção ao direito sucessório – e, principalmente, ao crescimento e à importância dessa área – são destacadas por Walter Pintens. Segundo o doutrinador, no passado, o impacto do direito sucessório, especialmente o direito sucessório internacional, era bastante limitado, uma vez que os ganhos eram modestos, a real riqueza era para poucos e a posse de propriedades em países estrangeiros era raro.<sup>7</sup>

O autor destaca, ainda, que, durante as próximas décadas, a transmissão de riqueza pela herança será muito importante para toda a Europa, pois os Estados cresceram. Vale ressaltar que não é incomum que o capital seja investido transnacionalmente, porque um número cada vez maior de pessoas têm adquirido propriedades no exterior ou contas bancárias em países estrangeiros, levando ao crescimento dos casos de sucessão transfronteiriça.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

<sup>5</sup> GAYA, Karyna Saraiva Leão. Planejamento sucessório: uma saudável preocupação com o futuro. *Revista Síntese: Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, ano XIII, n. 70, fev./mar. 2012, p. 124.

<sup>6</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 19-21.

<sup>7</sup> PINTENS, Walter. Need and opportunity of convergence in European succession laws. In: ANDERSON, Mirian; ARROYO I AMAYUELAS, Esther (Ed.). *The law of succession: testamentary freedom. European perspectives*. Amsterdam: European Studies in Private Law, 2011, p. 5.

<sup>8</sup> PINTENS, Walter. Need and opportunity of convergence in European succession laws. In: ANDERSON, Mirian; ARROYO I AMAYUELAS, Esther (Ed.). *The law of succession: testamentary freedom. European perspectives*. Amsterdam: European Studies in Private Law, 2011, p. 6.

Essa expansão é característica do mundo globalizado, tecnológico, imediatista, consumista e fluido em que vive a sociedade contemporânea<sup>9</sup>. É necessário fazer algumas considerações sobre o mundo atual, com base na seguinte pergunta: o que é a globalização? Ela, normalmente, é associada a processos econômicos, tais como a circulação de bens e capitais, as ampliações dos mercados, ou, ainda, a integração produtiva em escala mundial.<sup>10</sup>

Entre as principais transformações decorrentes da globalização, encontram-se a organização econômica; as relações sociais; os padrões de vida e a cultura; o Estado e a política. Constatam-se, também, outros aspectos, tais como: as migrações e as viagens internacionais, como também o aumento dos contatos e das redes de comunicações; o crescimento de relações e organizações interestaduais; o aumento de redes de organizações não governamentais; a difusão de novas tecnologias; a internacionalização do conhecimento social e as novas formas de interdependência mundial.<sup>11</sup>

Deve-se dar destaque para a questão do desenvolvimento tecnológico e, conseqüentemente, para a velocidade com que surgem novas técnicas de comunicação eletrônica. Toda essa tecnologia levou à unificação de espaços, ou seja, à intercomunicação dos lugares, que se tornaram próximos. Assim também é o caso de empresas multinacionais que se transformaram em transnacionais. Hoje não há mais matrizes situadas em um território nacional, controlando subsidiárias estrangeiras. Isso se deve ao fato de a globalização ter possibilitado a mobilidade e a descentralização. Dessa forma, uma empresa global opera em escala planetária.<sup>12</sup>

Pode-se dizer que nas últimas décadas, principalmente pela influência do desenvolvimento da comunicação eletrônica global instantânea, as circunstâncias se alteraram de forma radical. É um mundo no qual ninguém é mais forasteiro; em que as tradições preexistentes não podem evitar o contato com outros modos de vidas diferentes.<sup>13</sup> Assim, Boaventura de Souza Santos afirma que “hoje as identidades culturais não são rígidas nem, muito menos, imutáveis. São resultados sempre transitórios e fugazes de processos de identificação”.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> TEIXEIRA, Daniele. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 26

<sup>10</sup> VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 72.

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 74.

<sup>12</sup> VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 98.

<sup>13</sup> GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich (Org.). *Modernização reflexiva: política, tradição, estética na ordem social moderna*. 2. ed. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 2012, p. 150.

<sup>14</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 135.

Zygmunt Bauman também retrata precisamente essa sociedade instantânea e fluida.<sup>15</sup> O autor considera que “o derretimento dos sólidos levou à progressiva libertação da economia de seus tradicionais embaraços políticos, éticos e culturais. Sedimentou uma nova ordem, definida, principalmente, em termos econômicos”.<sup>16</sup> Seria imprudente negar a mudança que a “modernidade fluida” produziu na condição humana, alterando, dessa forma, a condição política-vida de um modo radical e, conseqüentemente, ampliando a necessidade de se repensar os velhos conceitos.

Outra característica da sociedade atual é o consumismo. Nesse caso, deve-se retornar a Bauman, para quem a vida líquida, assim como a sociedade líquido-moderna, não pode permanecer em seu curso por muito tempo, ou seja, a vida líquida é uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante.<sup>17</sup>

Embora seja relevante a perspectiva exposta a respeito da sociedade líquida, globalizada, conectada, que vivencia os efeitos dessas transformações socioeconômicas, vale destacar que esses fatores servem para contextualizar a sociedade contemporânea, demonstrar o descompasso com o Direito Sucessório Brasileiro e ressaltar a necessidade de adequar o direito das sucessões a essa nova sociedade.

O direito das sucessões – entendido como parte do direito civil no qual a estrutura da sociedade se reflete – não pode desconhecer as particularidades e as exigências dessa sociedade, sob pena de não atingir o fim a que se propõe.<sup>18</sup> Com o evoluir das condições sociais, o direito deve também evoluir, o que normalmente acontece. Entretanto, existem áreas do mundo jurídico mais sensíveis a essas transformações, caso em que se inclui o direito das sucessões.

<sup>15</sup> Em sua obra *Modernidade líquida*, ele denomina como “‘fluidez’ a principal metáfora para o estágio presente da era moderna”. Segundo ele, os fluidos não fixam o espaço, nem prendem o tempo; já para os sólidos, o que conta é o tempo mais do que o espaço que ocupa [...]. As “descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas [...] A extraordinária mobilidade dos fluidos é o que os associa à ideia de ‘leveza’ [...] Por isso, “fluidez” ou “liquidez” são metáforas adequadas quando se quer capturar “a natureza da presente fase, *nova* de muitas maneiras, na história da modernidade.” Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 8-9.

<sup>16</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001 p. 10.

<sup>17</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 7-8.

<sup>18</sup> GALVAO TELLES, Inocêncio. Apontamentos para a história do direito das sucessões portuguesas. *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, v. XV, Lisboa, 1963, p. 6.

Vale destacar que o direito sucessório foi necessário para fortalecer o poder econômico do cidadão e tornou-se, ao lado da propriedade, a base da expansão do comércio e dos negócios econômicos.

Dessa maneira, faz-se necessária a análise das relações familiares, diante da conexão jurídica e social do direito de família com o direito de sucessões, somada à transformação enfrentada pela família com o reconhecimento jurídico de alguns novos modelos familiares. Conseqüentemente, ocorre uma alteração substancial no direito sucessório em sua concepção da titularidade e da posse do patrimônio e no destino destes após a morte.<sup>19</sup>

Na verdade, nos últimos decênios, a família transformou-se, passando a corresponder a muitas das aspirações individuais presentes no mundo ocidental. Isso porque “quase quarenta anos depois do movimento cultural de jovens que a consideravam a principal fonte de repressão e de conformismo social, a família tem sido vista como um espaço privilegiado de solidariedade e de realização pessoal”.<sup>20</sup>

É possível perceber que essas transformações das famílias ocorreram em vários ordenamentos e que, conseqüentemente, exigiram várias reformas legislativas no direito sucessório, na União Europeia. Os principais fatores para que essas mudanças ocorressem foram: a industrialização; a urbanização; a redução da dimensão da família; o processo de mobilidade social; e a incorporação da mulher ao mercado de trabalho.<sup>21</sup>

Atualmente a família é reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições.<sup>22</sup>

Com o advento da CRFB/1988, ocorreram grandes alterações na família, com o tripé constitucional que inseriu a pluralidade das entidades familiares, como também a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos. Transformaram-se, dessa

---

<sup>19</sup> REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación. In: REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (Coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 23.

<sup>20</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 208.

<sup>21</sup> FACAL FONDO, Teresa; TORRÉNS CALLE, M<sup>a</sup> Del Pilar. Cambios sociológicos en la familia con repercusión en el derecho de sucesiones. In: REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (Coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 43-52.

<sup>22</sup> ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 198.

maneira, as relações familiares, pois a família deixou de ser algo institucional – ter a instituição como fim –, para ser a família instrumental, ou seja, o meio para realizar o desenvolvimento dos filhos e promover a dignidade de seus integrantes.<sup>23</sup>

Para além das várias exigências de adequação impostas ao regime sucessório, destacam-se, ainda, fatores inerentes aos próprios bens: natureza, função e fluidez.<sup>24</sup> Isso se deve, em boa parte, ao desenvolvimento tecnológico e científico, visto que “surgem a cada dia novos bens, deixando outros simplesmente de existir”.<sup>25</sup>

No regime atual do Código Civil Brasileiro,<sup>26</sup> as classificações dos bens decorrem de três critérios fundamentais: a) de suas características naturais (individualidade); b) de suas recíprocas relações quando considerados entre si (uns em relação aos outros); c) de sua titularidade.<sup>27</sup> Por isso, destaque-se a necessidade de se observar a disciplina dos bens jurídicos, pois o Código Civil Brasileiro os delinea de forma tipificadora e abstrata, difundida em seu aspecto estrutural, “a desenhar classificação aparentemente neutra de objetos sujeitos ao tráfego jurídico, adquire

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 398.

<sup>24</sup> “Coisa constitui-se em gênero, que abrange todos os elementos perceptíveis, sendo bem a espécie, a traduzir aquilo que pode se constituir em objeto de direito, e que pode ser considerado coisa em sentido jurídico”. Cf. TEPEDINO, Gustavo. Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: Venosa, Sílvio de Salvo; Gagliardi, Rafael Villar; Nasser, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48.

<sup>25</sup> “Elementos da natureza, como o ar, o oceano, as camadas de águas profundas conhecidas como pré-sal; os rios, os animais selvagens, antes considerados como inaptos a despertar interesse jurídico, tornam-se a cada dia mais indispensáveis à humanidade, sendo igualmente objeto de direito as diversas formas de energia, como a eletricidade, o gás, o vapor”. TEPEDINO, Gustavo. Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: Venosa, Sílvio de Salvo; Gagliardi, Rafael Villar; Nasser, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50

<sup>26</sup> “O CC1916 não diferenciou coisas e bens. O CC unifica a linguagem, referindo-se a bens, de modo a abranger os objetos materiais e os imateriais”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA; Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 171.

<sup>27</sup> Na primeira classificação está no Livro II, Título único, Capítulo I do Código Civil de 2002, denominado “Dos Bens considerados em si mesmos”, com as distinções entre bens imóveis e móveis (arts. 79 a 84); fungíveis e não fungíveis (art. 85); consumíveis e não consumíveis (art. 86); divisíveis e indivisíveis (arts. 87 e 88); singulares e coletivos (arts 89 a 91). A segunda classificação está no Livro II, Capítulo II, intitulado “Dos Bens reciprocamente considerados” que regula os principais e acessórios (art. 92), as pertenças (arts. 93 e 94), os frutos e produtos (art. 95), e as benfeitorias (arts. 96 e 97). A terceira classificação está, também, no mesmo Livro II, Capítulo III, nomeado aos “Bens Públicos”, que disciplina os bens que integram a titularidade do Poder Público (arts. 98 a 102).

renovada dimensão e importância no Direito contemporâneo. Para tanto, há que se deslocar a análise para a perspectiva funcional<sup>28</sup> – ou seja, deve-se destacar o papel que o bem jurídico representa no exercício das liberdades fundamentais, da autonomia privada e do controle de riquezas.<sup>29</sup>

Segundo Gustavo Tepedino “o bem jurídico pode representar coisas imateriais, incorpóreas ou intangíveis, a exemplo dos direitos autorais, da clientela, da marca, da informação, dentre outras”.<sup>30</sup> Dessa forma, é preciso redimensionar a noção de bens, de relativa e mutável, para conformá-la ao contexto socioeconômico,<sup>31</sup> pois eles “compõem o patrimônio dos sujeitos e consistem em objeto de aproveitamento econômico, a demandarem tutela por parte do ordenamento jurídico”.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Ainda o autor: “de tal modo que a qualificação do bem jurídico se encontra sempre associada à sua função, investigando-se, na dinâmica da relação jurídica em que se insere, a destinação do bem de acordo com os interesses tutelados” TEPEDINO, Gustavo. Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: Venosa, Sílvio de Salvo; Gagliardi, Rafael Villar; Nasser, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

<sup>29</sup> TEPEDINO, Gustavo. Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: Venosa, Sílvio de Salvo; Gagliardi, Rafael Villar; Nasser, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

<sup>30</sup> TEPEDINO, Gustavo. Livro (eletrônico) e o perfil funcional na experiência brasileira. In: VICENTE, Dário Moreira; VIEIRA, José Alberto Coelho; CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos; SILVA, Ana Maria Pereira da (Org.). *Estudos de direito intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 270.

<sup>31</sup> “O conceito de bem é histórico e relativo. Histórico, porque a ideia de utilidade tem variado de acordo com as diversas épocas da cultura humana, e relativo porque tal variação se verifica em face das necessidades diversas por que o homem tem passado. Nos primórdios, as necessidades eram puramente vitais, respeitantes à defesa e à sobrevivência do indivíduo e do grupo. As coisas úteis e apropriáveis diziam respeito à vida orgânica e material dos indivíduos. Com a evolução da espécie humana e o desenvolvimento da vida espiritual, expresso na arte, na ciência, na religião, na cultura, enfim, surgiram novas exigências e novas utilidades, passando a noção de bem a ter sentido diverso do que tinha primitivamente”. Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. ver. atual. e aum.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 309.

<sup>32</sup> “De fato, a partir do exercício da titularidade sobre os bens, corpóreos ou incorpóreos, os sujeitos extraem as utilidades econômicas pretendidas, de sorte que as normas que irão reger o aproveitamento econômico dos bens serão determinadas de acordo com a finalidade e função que tais bens desempenham”. Cf. TEPEDINO, Gustavo. Livro (eletrônico) e o perfil funcional na experiência brasileira. In: VICENTE, Dário Moreira; VIEIRA, José Alberto Coelho; CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos; SILVA, Ana Maria Pereira da (Org.). *Estudos de direito intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 272.

Percebe-se, assim, que os bens de valor hoje existem de várias formas, detentores de maior fluidez no tráfego negocial.<sup>33</sup> Além disso, também se faz necessário lembrar que houve valorização econômica e financeira desses bens, fato que tem direta e indeclinável repercussão na transmissão por força de sucessão, especialmente *mortis causa*.

Conclui-se, dessa forma, que as riquezas não mais se encontram apenas nas propriedades, ou nos bens imóveis. Pelo contrário, com as transformações e fatores acima destacados verifica-se que é possível ter um patrimônio representativo em bens móveis, que possuem uma circulação mais ágil e menos formal. Da mesma forma, assim como a propriedade, a família também é outra, como se viu nos parágrafos anteriores. Não existe mais um único modelo de família legal, e sim várias formas de entidades familiares.

### **3. A NECESSIDADE DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO FRENTE À RIGIDEZ DO DIREITO DAS SUCESSÕES NO BRASIL**

Podemos destacar a importância que o direito sucessório adquiriu nas últimas décadas em função de questões socioeconômicas, principalmente como consequência das transformações nos institutos da família e da propriedade, que constituem os pilares do direito das sucessões. Em virtude desses mesmos fatores, vários ordenamentos europeus sofreram alterações no direito sucessório. Faz-se igualmente necessário rever os institutos de uma forma funcional dessa área do direito civil brasileiro.

O direito sucessório brasileiro está extremamente engessado, muito distante das necessidades das famílias contemporâneas e das funções patrimoniais, que devem ser atendidas à luz dos princípios constitucionais, mas que dispõem de poucas alternativas para exercer a própria autonomia<sup>34</sup>. Por isso o planejamento sucessório é tão necessário na atualidade. Com base na liberdade de testar, é possível buscar

---

<sup>33</sup> “No cenário contemporâneo, em que se avolumam transações cada vez mais aceleradas, intensifica-se a necessidade de fortalecer o mercado de crédito, desiderato apenas alcançável por meio do desenvolvimento de mecanismos capazes de garantir aos credores a rápida e eficaz recuperação do crédito”. Cf. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-fiduciaria-em-garantia-de-bens-imoveis/>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

<sup>34</sup> TEIXEIRA, Daniele. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 56.

instrumentos para a efetivação desejada e corrigir algumas distorções que o sistema jurídico provoca.

No entanto, o planejamento sucessório enfrenta algumas dificuldades para sua efetivação, cujas principais são: a) a demanda por uma maior autonomia do autor da herança perante os limites de nosso sistema sucessório; e b) a questão legislativa e a problematização de leis no tempo<sup>35</sup>.

O primeiro problema decorre exatamente da procura da sociedade por maior autonomia ao dispor de seu patrimônio, em contraposição à rigidez do sistema sucessório brasileiro, expresso nas disposições de limite da legítima, na proibição dos pactos sucessórios, nas limitações às doações, nos regimes de bens e seus respectivos efeitos no ordenamento jurídico. Com o Código Civil de 2002, agravou-se a situação de pouca liberdade com a inserção do cônjuge como herdeiro necessário.

Entretanto, a análise da questão por maior ou menor liberdade deve ser sempre realizada com base nos direitos e garantias fundamentais expressos na CRFB/1988. Na Constituição, não só estão presentes direitos à propriedade privada, à livre iniciativa e à herança, como também, princípios da solidariedade, da proteção familiar e, principalmente, da funcionalização dos institutos do direito civil.

Outra dificuldade decorre do fato de o planejamento sucessório ser realizado em um momento atual para vir a ser cumprido, na completude de seus efeitos, somente após a morte do indivíduo. O planejamento está, portanto, sujeito a possíveis alterações supervenientes na legislação brasileira. Ou seja, “eventuais alterações legislativas impõem uma reavaliação do planejamento sucessório e a readequação às condições pessoais do titular e aos objetivos traçados”.<sup>36</sup> Como exemplo dos efeitos supervenientes da alteração legislativa para o planejamento sucessório, há a significativa alteração do instituto da colação com o ingresso no ordenamento do Código de Processo Civil Brasileiro, fator de significativa importância para um planejamento sucessório.

Conforme já assinalado, a relevância do planejamento sucessório e sua respectiva demanda são crescentes nos dias de hoje, em razão de diversos motivos. Entre eles, estão: as transformações das famílias e seus desdobramentos jurídicos;

---

<sup>35</sup> TEIXEIRA, Daniele. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 59.

<sup>36</sup> CRUZ, Elisa; AZEVEDO, Lilibeth. Planejamento sucessório. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 540.

a valorização e a fluidez dos bens;<sup>37</sup> a economia no pagamento de impostos; a possibilidade de maior autonomia do autor da herança; a celeridade da sucessão; a prevenção de litígios futuros; e o evitamento da dilapidação do patrimônio.

Entre as vantagens de se fazer o planejamento sucessório, um fator se destaca entre os principais: o de se pagar menos impostos. Com a organização fiscal e tributária, pode-se economizar dentro dos limites legais impostos pelo ordenamento.

#### 4. IMPORTÂNCIA DA DECISÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 CC PELO STF NOS PRESSUPOSTOS DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Em 10 de maio de 2017 o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Dois processos foram julgados em definitivo: RE's 646.721 e 678.694. O primeiro deles foi o recurso extraordinário 878.694/MG que teve como relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Tal julgamento teve início em agosto de 2016, já havendo desde então sete votos pela inconstitucionalidade da norma, na linha do proposto pela relatoria.<sup>38</sup> Dessa forma, em maio de 2017 foram retomados os julgamentos das duas demandas. Para começar, o Ministro Marco Aurélio afirmou não haver razão para a distinção entre a união estável homoafetiva e a união estável heteroafetiva, na linha do que fora decidido pela Corte quando do julgamento da ADPF 132/RJ, em 2011. O placar do julgamento da RE 646.721 foi de 8 votos a 2, ausente o Ministro Dias Toffoli<sup>39</sup> Quanto ao processo original, que deu início ao julgamento da questão

<sup>37</sup> “A multiplicidade e diversidade de bens tornam mais possível o conflito entre os herdeiros e, pior, tornam mais difícil a solução”. (MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Planejamento sucessório: introdução à arquitetura estratégica – patrimonial e empresarial – com vistas à sucessão causa mortis*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3).

<sup>38</sup> Votaram nesse sentido os ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, além do próprio ministro Barroso. Após pedido de vistas do ministro Dias Toffoli, o processo retomou seu destino neste ano de 2017, tendo esse último julgador concluído pela constitucionalidade da norma, pois haveria justificativa constitucional para o tratamento diferenciado entre o casamento e a união estável (voto prolatado no último dia 30 de março). O ministro Marco Aurélio pediu novas vistas, unindo também o julgamento do recurso extraordinário 646.721/RS, que tratava da sucessão de companheiro homoafetivo, do qual era relator, justamente o segundo processo.

<sup>39</sup> *Informativo* n. 864 da Corte, “o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a Constituição prevê diferentes modalidades de família, além da que resulta do casamento. Entre essas modalidades, está a que deriva das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva. Frisou que, após a vigência da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996).

(RE 878.694/MG), o placar foi de 8 a 3<sup>40</sup> pela inconstitucionalidade completa do art. 1.790 do Código Civil.

Cabe destacar que a tese final foi a de que “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil”. O acórdão teve por base a finalidade de preservar a segurança jurídica, e deve ser aplicado apenas nos inventários judiciais em que a sentença de partilha não tenha transitado em julgado e nas partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

Com o fim do julgamento do STF a principal vantagem é a de resolver a grande instabilidade jurídica sucessória verificada no Brasil desde a vigência do Código Civil de 2002, colocando fim a debates sobre a inconstitucionalidade ou não do art. 1.790 do Código Civil. Entretanto, ainda há vários questionamentos, tais como: como ficam os processos de inventário em curso? E os novos processos? Como devem ser elaboradas as escrituras públicas de inventários pendentes em Tabelionatos de Notas de todo o país? O companheiro passa a ser herdeiro necessário? A equiparação entre a união estável e o casamento é para todos os fins sucessórios?<sup>41</sup>

---

O Código Civil, no entanto, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Dessa forma, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração. O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso”. Disponível <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018

<sup>40</sup> *Informativo* 864 do STF, “o Supremo Tribunal Federal afirmou que a Constituição contempla diferentes formas de família, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. Portanto, não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada por casamento e a constituída por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares mostra-se incompatível com a Constituição. O art. 1.790 do Código Civil de 2002, ao revogar as leis 8.971/1994 e 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018

<sup>41</sup> TARTUCE, Flavio. STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora? Disponível em <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>. Acesso em: 15 mar. 2018

No recorte do tema do artigo, o planejamento sucessório, vale ressaltar que em seus pressupostos está a qualificação do autor da herança. Nesse caso deve-se definir se o companheiro é herdeiro necessário. Todavia, lendo os votos que prevaleceram, em especial o do Relator Luiz Roberto Barroso, o entendimento é que sim, o companheiro é herdeiro necessário. Cabe destacar que somente três ministros trataram do assunto diretamente. Foram eles:

#### Voto do Ministro Luiz Roberto Barroso:

Se é verdade que o CC/2002 criou uma involução inconstitucional em seu art. 1.790 em relação ao companheiro, é igualmente certo que representou razoável progresso no que concerne ao regramento sucessório estabelecido no art. 1.829 para o cônjuge. No citado artigo 1.829, reforça-se a proteção estatal aos parceiros remanescentes do falecido, tanto pela sua elevação à condição de herdeiro necessário, como pelos critérios de repartição da herança mais protetivos em comparação com a legislação até então existente.<sup>42</sup>

#### Voto do Ministro Edson Fachin:

(viii) se a informalidade da constituição da relação que exige comunhão de vida para ser família, pudesse justificar direitos diferentes ou em menor extensão, também restaria afastada a incidência de regime de comunhão de bens, quanto aos efeitos *inter vivos*. Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, *a priori*, menos direitos ou diretos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios.<sup>43</sup>

#### Voto do Ministro Dias Toffoli:

Vê-se, pela leitura dos textos, que, com o Código Civil de 2002, o cônjuge passou a concorrer com descendentes e, na falta desses, com ascendentes do autor da herança, se houver, e, quando é chamado à sucessão em concurso com descendentes, o cônjuge herda um quinhão da parte que não lhe cabe por força do regime de bens, mas sempre como herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes (cf. arts. 1.829, incisos I e II e 1.845, do CC).<sup>44</sup>

Como se pode observar, a decisão sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, ainda, não respondeu a tantos questionamentos. Pacificou um entendimento, entretanto, vários pontos precisam ser respondidos. Corrente encabeçada

<sup>42</sup> Disponível <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 15 mar. 2018 file:///C:/Users/User/Downloads/texto\_313622639.pdf

<sup>43</sup> Disponível <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 15 mar. 2018 file:///C:/Users/User/Downloads/texto\_313622639.pdf

<sup>44</sup> Disponível <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 15 mar. 2018 file:///C:/Users/User/Downloads/texto\_313622639.pdf

por Anderson Schreiber e outros, defende a necessidade de haver equiparação somente para os fins de *normas de solidariedade*, caso das regras sucessórias, de alimentos e de regime de bens. Em relação às *normas de formalidade*, como as relativas à existência formal da união estável e do casamento, aos requisitos para a ação de alteração do regime de bens do casamento (art. 1.639, § 2º do CC e art. 734 do CPC) e às exigências de outorga conjugal, a equiparação não deve ser total.<sup>45</sup>

Segundo Gustavo Tepedino, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil apresenta, preliminarmente, duas reflexões: a primeira de ordem técnica, pela ausência de discussão sobre a legitimidade do art. 1.845 do CC se aplicaria também ao companheiro e, a segunda, de ordem mais complexa, trataria da solidariedade familiar e como lidar frente às diversas formas de entidades familiares que compõem a sociedade contemporânea.<sup>46</sup> Afirma, ainda, o autor

Diante de tamanha diversidade, para que o sistema se compatibilize com a legalidade constitucional, sem banalizar a elevada proteção conferida às famílias, o princípio da solidariedade, com a responsabilidade que lhe é ínsita, deve ser acompanhado da autonomia que alicerça a dignidade humana. Vale dizer, há que se fomentar a responsabilidade pelas escolhas de vida e a autonomia dos conviventes, inclusive no que tange à liberdade testamentária.<sup>47</sup>

Pode-se entender que é profunda a discussão do tema solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros. Na verdade, a temática “solidariedade e autonomia” permeia todo o direito sucessório brasileiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, demonstrou-se, a importância e as vantagens do planejamento sucessório na atualidade brasileira, tendo em vista a necessidade de se rever

---

<sup>45</sup> TARTUCE, Flavio. STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora? Disponível em <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>46</sup> TEPEDINO, Gustavo. Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros”. *Revista Brasileira de Direito Civil. – RBDCivil*. Editorial. Belo Horizonte. Vol. 14. P. 11-13. out/dez. 2017. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/163/158>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>47</sup> TEPEDINO, Gustavo. Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros”. *Revista Brasileira de Direito Civil. – RBDCivil*. Editorial. Belo Horizonte. Vol. 14. P. 11-13. out/dez. 2017. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/163/158>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

todo o direito das sucessões, devido a seu descompasso com a sociedade. Contudo, antes que ocorra a desejada alteração legislativa, deve-se explorar o sistema disponível do ordenamento jurídico na legalidade constitucional. Por isso é necessário se fazer o planejamento sucessório para que ocorra a funcionalização do direito das sucessões conforme princípios da autonomia e da solidariedade familiar.

Em relação à inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, como se pode perceber, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal resolveram aspecto importante até o momento. Entretanto, o acórdão foi publicado em 06/02/2018 e foram opostos embargos de declaração em 26/02/2018. Assim, o tema ainda carece de respostas. Apesar de ser possível sinalizar alguns entendimentos doutrinários, estes não resolvem todos os problemas da temática sucessória.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. ver. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*, vol. 1. 3. ed., 2. Reimpressão. Coimbra. Coimbra editora, 1997.

CRUZ, Elisa; AZEVEDO, Lilibeth. Planejamento sucessório. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 537-562.

GALVAO TELLES, Inocência. *Apontamentos para a história do direito das sucessões portuguêsas*. Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, v. XV, 1963.

GAYA, Karyna Saraiva Leão. Planejamento sucessório: uma saudável preocupação com o futuro. *Revista Síntese: Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, ano XIII, n. 70, fev./mar. 2012, p. 124-125.

GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich (Org.). *Modernização reflexiva: política, tradição, estética na ordem social moderna*. 2. ed. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 2012, p. 89-166.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-fiduciaria-em-garantia-de-bens-imoveis/>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Planejar é preciso: planejamento sucessório para as novas famílias. Entrevista. *Revista IBDFAM*. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 10 ed., abr. 2014, p. 5-7.

MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 1, jan./fev. 2014, p. 11-33.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Planejamento sucessório: introdução à arquitetura estratégica – patrimonial e empresarial – com vistas à sucessão causa mortis*. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana – estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Abr-Maio. vol. 9. Porto Alegre: Magister, 2009.

OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Euclides de. Planejamento sucessório: regime de bens e seu reflexo na transmissão da herança. *Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP*. Disponível em: <[http://www.fiesp.com.br/irs/conjur/pdf/transparencias\\_reuniao\\_conjur\\_25\\_10\\_10\\_-\\_euclides\\_benedito\\_de\\_oliveira\\_planej\\_sucess\\_palest\\_conjur.pdf](http://www.fiesp.com.br/irs/conjur/pdf/transparencias_reuniao_conjur_25_10_10_-_euclides_benedito_de_oliveira_planej_sucess_palest_conjur.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2011.

PINTENS, Walter. Need and opportunity of convergence in European succession laws. In: ANDERSON, Mirian; ARROYO I AMAYUELAS, Esther (Ed.). *The law of succession: testamentary freedom. European perspectives*. Amsterdam: European Studies in Private Law, 2011, p. 3-24.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación. In: REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (Coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 23-42.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 15 mar. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

TARTUCE, Flavio. STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora? Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Familiae-Sucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>. Acesso em: 15 mar. 2018.

TEIXEIRA, Daniele. *Planejamento Sucessório: pressupostos e limites*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395-416.

TEPEDINO, Gustavo. Livro (eletrônico) e o perfil funcional na experiência brasileira. In: VICENTE, Dário Moreira; VIEIRA, José Alberto Coelho; CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos; SILVA, Ana Maria Pereira da (Org.). *Estudos de direito intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 269-287.

TEPEDINO, Gustavo. Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: Venosa, Sílvio de Salvo; Gagliardi, Rafael Villar; Nasser, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47-78.

TEPEDINO, Gustavo. Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros”. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Editorial. Belo Horizonte. Vol. 14. P. 11-13. out/dez. 2017. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/163/158>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA; Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.



---

# DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## PRIMEIRA ANÁLISE SOBRE OS EFEITOS DA EQUIPARAÇÃO

*Marília Pedroso Xavier\**  
*Maici Barboza dos Santos Colombo\*\**

**Sumário:** Introdução – 1. Tutela patrimonial da união estável e do casamento – 1.1. Regime de bens – 1.2. Direitos sucessórios – 2. Efeitos do julgamento do Supremo Tribunal Federal: 2.1. Escolha do modelo jurídico de família; 2.2. Liberdade no âmbito sucessório – Conclusão – Referências.

---

\* Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFPR. Professora Adjunta do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ). Coordenadora da Clínica Advocacia Disruptiva e do Observatório jurisprudencial em Direito de Família e Sucessões. Diretora do Departamento de Direito Civil do Instituto dos Advogados do Paraná. Conselheira Suplente da OAB/PR. Vice-Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Visiting Researcher no Max-Planck – Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Advogada, sócia do Leite, Xavier & Pugliese Advogados Associados. Mediadora da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (Arbitac) e da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (Camfiop).

\*\* Mestranda em Direito Civil e especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma visão plural da família, reconhecendo expressamente a união estável como “entidade familiar” para efeito de proteção do Estado, sendo que deve a lei facilitar a sua conversão em casamento<sup>1</sup>. Esta inclusão foi salutar, pois as uniões afetivas não formalizadas pelo casamento foram por muito tempo marginalizadas no ordenamento jurídico brasileiro. A injustiça latente que decorria do desamparo patrimonial – sobretudo de companheiras, no caso de separação ou falecimento do companheiro – propulsionou o reconhecimento judicial de direitos à pessoa que mantinha um relacionamento informal, o que se deu de forma paulatina pela via jurisprudencial e com argumentos ligados à desigualdade de gêneros na relação conjugal. Neste sentido, ressalta-se que muitas decisões conferiram à companheira indenização pelos serviços domésticos prestados<sup>2</sup>.

Após a promulgação da Constituição Federal, foram editadas as Leis ns. 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996, ambas com a pretensão de regulamentar a proteção já conferida constitucionalmente à união estável. Por meio do art. 2º da Lei n. 8.971/1994, deferiu-se ao companheiro o direito ao usufruto de um quarto ou metade dos bens do falecido, conforme existissem descendentes ou ascendentes, respectivamente, e garantiu-se a sua participação na sucessão do falecido, caso não houvesse descendentes e ascendentes. Enquanto vigente essa lei, o tratamento sucessório do cônjuge e do companheiro era semelhante, exceto apenas pelo direito real de habitação, conferido ao cônjuge e não ao companheiro, situação que foi alterada pela Lei n. 9.278/1996.

Durante esse período, portanto, cônjuge e companheiro eram tratados de forma isonômica quanto aos direitos hereditários e, se se considerar que o direito real de habitação previsto em prol do companheiro na lei de 1996 não se restringia pelo regime de bens<sup>3</sup>, poder-se-ia concluir até que o tratamento jurídico da união

---

<sup>1</sup> Constituição Federal de 1988, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 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.

<sup>2</sup> “A recorrente – casada religiosamente com José Moreira dos Santos, viúvo – residiu em companhia deste durante mais de 10 anos, prestando-lhe, até a morte, serviços domésticos; mas sem a condição de esposa, perante a lei civil, tenho por equitativa e justa a estipulação de uma remuneração em troca dos serviços utilizados pelo de cujus.” Supremo Tribunal Federal, RE 15858, DJ 04/11/1950. Min. Rel. Barros Barreto.

<sup>3</sup> Lei n. 9.278/1996, art. 7º, 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.

estável, nesse aspecto, era mais benéfico que o do cônjuge<sup>4</sup>, cujo direito real de habitação era condicionado pelo regime de bens<sup>5</sup>.

Contudo, o Código Civil de 2002 mudou o panorama ao ampliar significativamente o rol de direitos sucessórios do cônjuge, colocando-o, segundo o art. 1.829, como herdeiro concorrente com descendentes e ascendentes, nas primeira e segunda classes, respectivamente, e ocupando sozinho a terceira classe<sup>6</sup> – com isso, afastando os parentes colaterais do cônjuge falecido –, além de alçá-lo à condição de herdeiro necessário<sup>7</sup>.

Em contrapartida, paradoxalmente, a situação sucessória do companheiro piorou, tendo este seus direitos regulamentados no polêmico art. 1.790<sup>8</sup>, dispositivo

---

<sup>4</sup> “As leis ns. 8.971/94 e 9.278/96 regularam os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente nos mesmos moldes da sucessão do cônjuge no Código Civil de 1916, salvo quanto à questão de os seus direitos hereditários independerem de suas relações patrimoniais, o que não acontecia com o cônjuge, razão pela qual a tendência era ampliar os direitos sucessórios do cônjuge independente do regime de bens, para uma equiparação ao disposto nas leis citadas.” (NEVARES, Ana Luíza Maia. Como preservar a isonomia das entidades familiares na sucessão legal? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 240).

<sup>5</sup> Código Civil de 1916 (revogado), art. 1.611, § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

<sup>6</sup> Código Civil, art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

<sup>7</sup> Código Civil, art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

<sup>8</sup> Código Civil, art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

que previu a participação sucessória do sobrevivente somente quanto aos bens adquiridos onerosamente pelo casal na vigência da união estável, em concorrência com os descendentes ou outros parentes sucessíveis do falecido. E mais: se antes o companheiro herdava a totalidade dos bens na ausência de ascendentes e descendentes, pelo regramento do art. 1.790 do atual Código Civil a pessoa que mantinha união estável passou a herdar de forma concorrente com parentes colaterais do falecido, na proporção de apenas um terço da herança.

Dessa forma, o Código Civil de 2002 impôs um regime sucessório distinto daquele reservado aos casados, mudando o regramento até então vigente, em flagrante desfavor dos companheiros.

Diante das discussões acerca da constitucionalidade dessa distinção de tratamento legal das modalidades de família constituídas pelo casamento e pela união estável, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou os Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, em sede de Repercussão Geral, fixando a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

Nos casos julgados, o STF reconheceu a relevância social e jurídica da questão, razão pela qual foi admitido o julgamento em repercussão geral. Não poderia ser de outra forma, pois as uniões não formalizadas pelo casamento cresceram significativamente no Brasil entre os anos de 2000 e 2010<sup>9</sup>, segundo resultados do Censo 2010, que detectou também serem mais frequentes em grupos de rendimentos menores. Portanto, as decisões sobre o tratamento jurídico sucessório da união estável atingem aproximadamente um terço dos brasileiros que mantêm algum relacionamento conjugal, o que ressalta os impactos sociais da decisão.

## **1. TUTELA PATRIMONIAL DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO**

### **1.1. Regime de bens**

Como decorrência da proteção constitucional na condição de modalidade de família, o Código Civil de 2002 previu a aplicação à união estável da tutela patrimonial em vida conferida ao casamento, impondo aos companheiros, à semelhan-

---

<sup>9</sup> Censo 2010: Uniões consensuais já representam mais de 1/3 dos casamentos e são mais frequentes nas classes de menor rendimento. Agência de Notícias IBGE. 17 out. 2012. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/14298-asi-censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-de-1-3-dos-casamentos-e-sao-mais-frequentes-nas-classes-de-menor-rendimento.html>> Acesso em: 24 abr. 2018.

ça dos casados, o regime de bens da comunhão parcial, na ausência de acordo em sentido diverso<sup>10</sup>.

Observa-se, portanto, que a regulamentação patrimonial da união estável e do casamento, em vida, segundo o Código Civil de 2002, é similar, tratando-se, ambas, de núcleos familiares cujo patrimônio é regido pelas regras da comunhão parcial ou dos outros regimes de bens previstos no Código Civil, ou, ainda, de acordo com a vontade das partes.

A regulamentação anterior dada pela Lei n. 9.278/1996, embora tenha sido importante passo para a proteção do companheiro, não explicitou a aplicabilidade dos regimes de bens previstos para o casamento, mas sim, em dispositivo próprio, buscou garantir a atribuição patrimonial a cada um dos companheiros quanto aos bens onerosamente adquiridos na constância da união, presumindo-se o esforço comum e sendo possível a estipulação voluntária em contrário<sup>11</sup>. Antes disso, a Lei n. 8.971 de 1994 limitou-se a prever o direito aos alimentos e à sucessão *causa mortis*.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, colaborou na equiparação do tratamento jurídico do cônjuge e do companheiro, ao exigir expressamente a outorga conjugal para a propositura de ações que versem sobre direito real imobiliário também para aqueles que mantêm união estável comprovada nos autos<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Código Civil, 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.

<sup>11</sup> Lei n. 9.278/1996: art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

<sup>12</sup> Código de Processo Civil (Lei n. 11.105/2015), art. 73. O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.

§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para a ação:

I – que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens;

II – resultante de fato que diga respeito a ambos os cônjuges ou de ato praticado por eles;

III – fundada em dívida contraída por um dos cônjuges a bem da família;

IV – que tenha por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóvel de um ou de ambos os cônjuges.

§ 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nas hipóteses de comosse ou de ato por ambos praticado.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à união estável comprovada nos autos.

Por outro lado, o ponto de desvantagem da união estável situa-se na necessidade de outorga conjugal para a prática de atos materiais que possam comprometer o patrimônio<sup>13</sup> comum ou individual, exceto no regime de separação total de bens. Esta regra, cuja finalidade é a proteção do patrimônio familiar, não comporta transposição automática para as situações convivenciais, pois a informalidade da união estável pode constituir óbice ao conhecimento público da necessidade de consentimento de companheiro para a prática de determinado ato jurídico. Neste sentido, em julgamento recente, o Superior Tribunal de Justiça, apesar de propugnar a exigência de vênia conjugal nos moldes exigidos pelo Código Civil no art. 1.647 para os companheiros, considerou que, em determinado caso concreto, em que não havia nenhuma informação na matrícula do imóvel quanto à existência de união estável, imperavam os interesses de terceiros de boa-fé que celebraram negócio jurídico com o companheiro, ainda que à revelia da companheira<sup>14</sup>. Esta

---

<sup>13</sup> Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III – prestar fiança ou aval;

IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

<sup>14</sup> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA C.C. CANCELAMENTO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. 1. ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS ADQUIRIDOS DURANTE A CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. ANUÊNCIA DO OUTRO CONVIVENTE. OBSERVÂNCIA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.647, I, E 1.725 DO CÓDIGO CIVIL. 2. NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO SEM A AUTORIZAÇÃO DE UM DOS COMPANHEIROS. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DO TERCEIRO DE BOA-FÉ EM RAZÃO DA INFORMALIDADE INERENTE AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL. 3. CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONTRATO DE CONVIVÊNCIA REGISTRADO EM CARTÓRIO, BEM COMO DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ DOS ADQUIRENTES. MANUTENÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS QUE SE IMPÕE, ASSEGURANDO-SE, CONTUDO, À AUTORA O DIREITO DE PLEITEAR PERDAS E DANOS EM AÇÃO PRÓPRIA. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Revela-se indispensável a autorização de ambos os conviventes para alienação de bens imóveis adquiridos durante a constância da união estável, considerando o que preceitua o art. 5º da Lei n. 9.278/1996, que estabelece que os referidos bens pertencem a ambos, em condomínio e em partes iguais, bem como em razão da aplicação das regras do regime de comunhão parcial de bens, dentre as quais se insere a da outorga conjugal, a teor do que dispõem os arts. 1.647, I, e 1.725, ambos do Código Civil, garantindo-se, assim, a proteção do patrimônio da

situação evidencia que, apesar da tentativa de equiparação de direitos patrimoniais entre cônjuges e companheiros, a ausência de um ato formal e solene para a prova da união estável pode representar a inviabilidade do exercício de determinado direito no caso concreto, sem que isso decorra de uma redução da tutela em abstrato.

Contudo, em tese, os direitos patrimoniais assegurados ao companheiro em vida assemelham-se aos direitos patrimoniais do cônjuge, facultando-se aos companheiros a escolha do regime de bens que disciplinará as situações patrimoniais decorrentes da união estável, aplicando-se o regime de comunhão parcial supletivamente, caso não seja outra a vontade manifestada em acordo entre as partes, bem como, em regra, exigindo-se igualmente a vênua conjugal para atos que comprometam o patrimônio da família.

## 1.2. Direitos sucessórios

Se, por um lado, as tutelas patrimoniais do cônjuge e do companheiro, em vida, se assemelham, assegurada a escolha do regime de bens, o mesmo não ocorre com relação à tutela patrimonial sucessória.

Consigne-se, de início, que os artigos 1.790, reservado à sucessão do companheiro, e 1.829, reservado à sucessão do cônjuge, padecem ambos de espinhosa e lacunosa técnica redacional, suscitando inúmeras dúvidas interpretativas<sup>15</sup>.

A situação do cônjuge, segundo o ordenamento jurídico vigente, é privilegiada: herda concorrentemente com descendentes e ascendentes e, na ausência destes, herda a totalidade da herança. Ademais, como herdeiro necessário, não pode ser

---

respectiva entidade familiar. 2. Não obstante a necessidade de outorga convivencial, diante das peculiaridades próprias do instituto da união estável, deve-se observar a necessidade de proteção do terceiro de boa-fé, porquanto, ao contrário do que ocorre no regime jurídico do casamento, em que se tem um ato formal (cartório) e solene, o qual confere ampla publicidade acerca do estado civil dos contratantes, na união estável há preponderantemente uma informalidade no vínculo entre os conviventes, que não exige qualquer documento, caracterizando-se apenas pela convivência pública, contínua e duradoura. 3. Na hipótese dos autos, não havia registro imobiliário em que inscritos os imóveis objetos de alienação em relação à copropriedade ou à existência de união estável, tampouco qualquer prova de má-fé dos adquirentes dos bens, circunstância que impõe o reconhecimento da validade dos negócios jurídicos celebrados, a fim de proteger o terceiro de boa-fé, assegurando-se à autora/recorrente o direito de buscar as perdas e danos na ação de dissolução de união estável c.c partilha, a qual já foi, inclusive, ajuizada. 4. Recurso especial desprovido. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.592.072/PR, 3ª Turma, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 21 nov. 2017).

<sup>15</sup> Mencione-se, a título exemplificativo, a falta de previsão sobre a filiação híbrida no art. 1.790 e a ausência de clareza no inciso I do art. 1.829.

afastado por ato de vontade do falecido, exceto por razões graves que justifiquem a drástica medida<sup>16</sup>.

Pela literalidade do art. 1.790, por outro lado, na sucessão legítima o companheiro herda concorrentemente com descendentes e ascendentes do falecido em proporção bem inferior que o cônjuge e, além disso, passa a concorrer com os parentes colaterais do *de cuius*. Ou seja, em concorrência com irmãos, sobrinhos ou tios do falecido, o companheiro recebe apenas um terço da herança. Talvez seja essa uma das maiores e mais incoerentes distorções entre o regime sucessório do cônjuge e do companheiro: pressupor que o afeto do falecido com seus colaterais seja maior do que o afeto entre ele e sua companheira, enquanto, em situação semelhante no casamento, o cônjuge recebe a totalidade da herança e afasta os colaterais quando inexistentes ascendentes e descendentes. Sendo tanto o casamento quanto a união estável núcleos familiares de afeto, não parece consentâneo o privilégio dado ao parentesco colateral na sucessão da pessoa que mantinha união estável. Colaciona-se, a esse respeito, a indignação de Zeno Veloso:

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avôs, sobrinhos-netos). Em muitos casos, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai começar a vigorar no 3º milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cuius*. Temos de convir: isto é demais!<sup>17</sup>

Por que a regra de afastamento dos colaterais, definida para os cônjuges, não foi reproduzida pelo legislador no tratamento jurídico-sucessório da união estável? Por que a união estável ensinaria menos afeto do que o casamento, a ponto de lhe ser relegada menor parcela do patrimônio do que aos parentes colaterais?

---

<sup>16</sup> Código Civil, art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou de serdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I – que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

<sup>17</sup> VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Companheiros. *III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Out. 2001. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/188.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/188.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2018.

Foi esse um dos casos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal e que ensejou o julgamento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: existentes três irmãos do falecido e inexistentes ascendentes e descendentes, a companheira receberia apenas um terço do patrimônio do *de cuius*, sendo que os outros dois terços, ou seja, a maior parte, seriam divididos entre os três irmãos do falecido. Por outro lado, se tivesse formalizado a união por meio do casamento, indubitavelmente todo o patrimônio do falecido seria transmitido à cônjuge.

Outra grande distorção entre os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro é a incidência apenas sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Para o casamento, por outro lado, a lei leva em consideração o regime de bens, conduzindo à regra oposta: tanto maior será a proteção sucessória quanto menor for a proteção conferida pelo regime de bens eleito pelas partes<sup>18</sup>. Por essa razão, o art. 1.829, I, do Código Civil estipula que o cônjuge herdará somente os bens particulares no caso do regime de comunhão parcial de bens, pois sobre os bens comuns incide a meação; herdará os bens particulares no caso do regime de separação de bens<sup>19</sup> e não herdará se casado no regime de comunhão universal, pois também recebe, nesse regime, a meação.

Apesar da questionável redação, extrai-se do inciso I do art. 1.829 que o regime de bens somente é relevante quando o cônjuge concorrer com os descendentes do falecido, situação em que herdará, em regra<sup>20</sup>, os bens particulares. Os bens comuns, por serem objeto de meação, não integram a herança do cônjuge.

<sup>18</sup> “A tutela patrimonial do cônjuge no Direito brasileiro se traduz em dois aspectos distintos: o regime de bens do casamento e a sucessão *causa mortis*. Cuida-se de sistema integrado no âmbito do qual, em regra, na evolução legislativa brasileira, a maior proteção conferida no regime de bens se associa à diminuição na tutela no plano sucessório. Daí a necessidade de se interpretar ambas as disciplinas jurídicas, de modo sistemático, para se alcançar plenamente a função promocional e protetiva do cônjuge pretendida pelo ordenamento” (TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 138-160, jan./jun. 2012).

<sup>19</sup> No regime de separação obrigatória, por força da literalidade do art. 1.829, I, o cônjuge não herdará os bens particulares. Contudo, a incomunicabilidade dos bens no regime legal de separação tem sido relativizada pelo Superior Tribunal de Justiça, com fundamento na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa em julgado dessa Corte.

“Ementa: Separação judicial. Partilha. Bem imóvel adquirido na constância do casamento. Observância da súmula 377 do STF. Meação. Aplicação correta. SENTENÇA MANTIDA. O cônjuge virago faz jus à meação do patrimônio adquirido na constância do casamento, independente da prova de esforço comum, bastando a contribuição indireta, própria da vida de casado, inteligência da súmula 377 do STF” (e-STJ, fl. 99). (STJ, REsp 1.095.588, Relator: Raul Araújo, J. 07/10/2015).

<sup>20</sup> Consigne-se a pertinente crítica de Ana Luiza Maia Nevares: “[...] claramente, o legislador graduar a tutela sucessória do cônjuge, ao menos em concorrência com os descendentes, conforme

A sucessão do companheiro, por outro lado, desafia o princípio de que maior será a tutela sucessória quanto menor for a tutela do regime de bens, pois defere-lhe participação sobre os bens adquiridos onerosamente no curso da união estável, ou seja, sobre aqueles em que, em princípio, incide a meação. Por outro lado, quando o companheiro falecido somente houver deixado bens particulares, nada caberia ao companheiro sobrevivente.

Não bastasse, segundo o Código Civil vigente, não é reservado ao companheiro o direito real de habitação, tampouco ele é considerado herdeiro necessário.

## 2. EFEITOS DO JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por muito tempo o casamento representou a única forma de constituição da família considerada, então, legítima. Outras formas de relacionamento afetivo não baseadas no ato solene do casamento eram consideradas famílias ilegítimas, não merecedoras de tutela estatal.

Com a pluralidade familiar contemplada pela Constituição Federal de 1988, passou-se a admitir outras formas igualmente tuteláveis de família que não estavam nucleadas no casamento:

entre as entidades familiares não há hierarquia, já que todas desempenham a mesma função, qual seja, promover o desenvolvimento da pessoa de seus membros, devendo haver igualdade diante da proteção estatal, uma vez que a tutela da dignidade da pessoa humana é igual para todos e não se poderia tutelar mais ou menos uma pessoa pelo simples fato de integrar famílias diversas.<sup>21</sup>

---

o regime de bens [...]. No entanto, o Código Civil não alcançou bem o seu objetivo, porque, ao se valer dos regimes de bens abstratamente, descuidou do que ocorre em cada casamento, como resultado de suas respectivas relações patrimoniais. Isso porque pode haver um regime de comunhão universal de bens sem meação – quando todos os bens do consorte são gravados com cláusula de inalienabilidade – e regime de separação de bens com patrimônio comum, adquirido em condomínio entre os consortes. Por essa razão, o legislador deveria ter se valido de critérios concretos, como exemplo, a existência ou não de bens comuns, como fazia o projeto primitivo do Código Civil de 1916, que admitia a concorrência do cônjuge com os descendentes, sempre que o regime matrimonial não lhe desse direito à meação de todos os bens do casal ou dos adquiridos na constância do casamento” (NEVARES, Ana Luiza Maia. Como preservar a isonomia das entidades familiares na sucessão legal? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 243-244).

<sup>21</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Casamento ou União Estável? *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCIVIL*, v. 8, abr./jun. 2016, p. 166-169.

Considerando a função da família, o STF posicionou-se no sentido de que o sistema civil era mais eficiente na tutela do cônjuge sobrevivente e não haveria razão para que proteção semelhante não fosse dispensada à união estável, uma vez que se trata de entidades familiares sem distinção hierárquica entre elas. Em seu voto, no julgamento do RE 878.694, o Ministro Luís Roberto Barroso asseverou que “se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia, de forma alguma, estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro”.

Constou também no voto do Ministro Barroso no RE 878.694 do STF que a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil implicaria lacuna no ordenamento jurídico pátrio que deveria ser suprida pela aplicação às uniões estáveis do regramento sucessório previsto no art. 1.829 do Código Civil, o que foi seguido pela maioria dos Ministros:

Considerando-se, então, que não há espaço legítimo para que o legislador infraconstitucional estabeleça regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, chega-se à conclusão de que a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002, e não daquele estabelecido nas leis revogadas. Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002.

Convém esclarecer que o emblemático julgamento do STF não equiparou os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro por unanimidade, havendo votos divergentes dos Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Em seu voto-vista, o Ministro Dias Toffoli ressaltou que união estável e casamento são modos distintos de constituição de família e que se deveria respeitar a autonomia do indivíduo de optar por aquela que melhor atende a seus anseios pessoais:

As entidades familiares são distintas, como especificado na Constituição Federal. O casamento, portanto, não é união estável, o que autoriza que seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos. Portanto, há de ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que dec*Idem* por se submeter a um ou a outro regime. Há que se garantir, portanto, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da livre convivência, bem como o respeito à autonomia de vontade para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos.

Além disso, o Ministro Dias Toffoli mencionou em seu voto que a gratuidade do casamento assegurada pela Constituição Federal e pelo Código Civil reforça a liberdade pessoal em optar por uma ou outra modalidade de família.

A divergência, portanto, pautou-se, de um lado, na necessidade de se assegurar a tutela do companheiro sobrevivente nos mesmos moldes e no mesmo patamar protetivo assegurado pela lei ao cônjuge sobrevivente, e, de outro, na manutenção de um sistema regulamentador deliberadamente distinto das diferentes modalidades de família, que permitisse à pessoa que deseja viver em situação de conjugalidade a escolha consciente do regime que mais lhe aprouvesse.

Diante da prevalência da tese de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil no Supremo Tribunal Federal, indaga-se qual a extensão da autonomia privada para a regulamentação de interesses emanados das relações familiares, conforme os parâmetros da legalidade constitucional.

## 2.1. ESCOLHA DO MODELO JURÍDICO DE FAMÍLIA

A relevância da liberdade na constituição da família foi apontada por Rodrigo da Cunha Pereira na identificação do paradoxo da equiparação entre união estável e casamento:

As tentativas de equiparação da união estável esbarram em contradições. É que sua essência, seu cerne, é exatamente não querer intervenção excessiva do Estado. Isto é o que acontece na maioria dos países europeus, ou seja, o instituto da união estável escapa e escapará sempre às imposições e às tentativas de regramentos/equiparações. É o espaço do não institucionalizado e, pela sua natureza, é algo que quer exatamente fugir das regras e escapar dos limites e formalidades do casamento civil. Escolher viver em união estável está diretamente ligado à opção e desejo de um outro tipo de conjugalidade, fora daquele preestabelecido pelo Estado, ou uma forma alternativa ao casamento<sup>22</sup>.

Ou seja, equiparar a união estável ao casamento a ponto de torná-los sinônimos invariavelmente tem por efeito extinguir as especificidades de cada um, fundindo-os em um conceito único. Sob a ótica de Rodrigo da Cunha Pereira, a união estável passa a ser absorvida pelo casamento, enquanto, para Renata Multedo e Maria Celina Bodin de Moraes, é o casamento que vem sofrendo constante desregulamentação estatal, como a desburocratização do divórcio por

---

<sup>22</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *União Estável e Casamento: o paradoxo da equiparação*. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

meio da via extrajudicial<sup>23</sup>, aproximando-se da informalidade própria da união estável.

Sob um ou outro ângulo, parece ressaltar-se uma nova dinâmica de relacionamentos conjugais no seio da família, em que o papel interventor do Estado é colocado à prova. A família quer se submeter às normas cogentes ou o desejo é pela liberdade de se autorregulamentar?

Cabe salientar, nesse aspecto, o direcionamento convergente das interações intersubjetivas no seio familiar para a concretização dos princípios da dignidade humana e da solidariedade social. A família, seja instituída pelo casamento, seja pela união estável, carrega consigo a função de promover o livre desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros, por meio da formação de uma rede de solidariedade:

A Constituição e o direito de família brasileiros são integrados pela onipresença dos dois princípios fundamentais estruturantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. A solidariedade e a dignidade são os dois hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irreduzível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiros. De um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades<sup>24</sup>.

Por essa razão, afirma-se que apesar de estruturalmente casamento e união estável se distinguirem em sua formação, funcionalmente ambos são idênticos, pois exercem o papel de constituição de famílias<sup>25</sup>, portanto, servem à instituição da solidariedade familiar entre seus membros.

<sup>23</sup> “E aqui é o caso de indagar-se: estaria mesmo a jurisprudência ‘sepultando’ a união estável, como normalmente se pensa? Não seria o caso de pesquisar se o que vem sendo atingido é o casamento? Parece que a segunda formulação possa corresponder melhor à visão prospectiva dos fenômenos, considerando, especialmente, o enorme número de regras a serem cumpridas para o casar e o descasar e a ausência completa delas para viver em união estável, obtendo-se em ambos os casos, como vimos, praticamente os mesmos efeitos” (MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Acesso em: 28 abr. 2018).

<sup>24</sup> LÔBO, Paulo. *Princípio da solidariedade familiar*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anaais/78.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anaais/78.pdf)> Acesso em: 28 abr. 2018.

<sup>25</sup> “A diferença entre casamento e união estável está no modo pelo qual se constituem. Estruturalmente são institutos diversos, já que o casamento é um ato formal, solene e público, enquanto a união estável é informal. Funcionalmente, no entanto, ambos são idênticos, já que se destinam a constituir família, que é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado,

Permanece ainda a indagação: é desejável tornar sinônimos o casamento e a união estável quanto aos efeitos jurídicos projetados por cada fenômeno?

Em termos sucessórios, a decisão do STF corrigiu graves distorções quanto ao tratamento jurídico do companheiro sobrevivente ao considerar inconstitucional a disciplina do art. 1.790 do Código Civil, pois o legislador havia considerado a união estável como merecedora de menos direitos, a ponto de privilegiar colaterais do falecido, o que, como já exposto, não se coaduna com a realidade social atual.

Como bem observa Rodrigo da Cunha Pereira, contudo, compreender os institutos jurídicos do casamento e da união estável como formas distintas de constituição de família não significa hierarquizá-los, ou reservar a tutela jurídica a apenas um deles, historicamente, no caso, ao casamento, relegando a união estável à marginalidade, mas talvez apenas reconhecer maior extensão de liberdade nas uniões não formais do que naquelas que dependem de um ato solene – aliás, dos mais solenes do direito civil:

Não podemos confundir, entretanto, a não equiparação das uniões estáveis com o casamento com a não proteção do Estado a este tipo de união, seu reconhecimento enquanto forma de família e como instituto que tem consequências jurídicas. União estável, ou união livre, como o próprio nome indica, é aquela livre de regulamentação, registros e controles oficiais. Equipará-las ao casamento significa interferir na liberdade de escolher a forma de se constituir família. Essa tendência é, na verdade, uma posição moralista e equivocada, pois seria o mesmo que não aceitá-la como uma forma de família diferente do casamento. É como se fosse para resgatá-la de algo que não é correto, como moralistamente estabeleceu-se no artigo da Constituição da República (226, § 3º) que o Estado facilitará sua conversão em casamento.

Em síntese, é bem-vinda a tutela patrimonial do companheiro por meio da intervenção estatal que garanta, na ausência de convenção entre as partes, os direitos que são assegurados aos cônjuges; no entanto, essa tutela não pode acarretar excesso de paternalismo<sup>26</sup>, despojando as partes de autonomia privada para a autorregulamentação de seus interesses de modo diverso, caso assim desejem.

Portanto, o recrudescimento da regulamentação estatal sobre a união estável somente se justifica se representar apenas uma fixação de “regras-padrão”, ou seja, de normas dispositivas a partir do que se considera justo para o casamento e que

---

direcionada à pessoa de cada um de seus membros, promovendo a dignidade de seus componentes” (NEVARES, Ana Luiza Maia. Casamento ou União Estável? *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCIVIL*, vol. 8, abr./jun. 2016, p. 250).

<sup>26</sup> Cf. MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

possam ser aderidas ou modificadas pelas partes que assim desejarem, conferindo-se um espaço mínimo de liberdade para que se decida a dinâmica da solidariedade familiar de acordo com suas necessidades peculiares<sup>27</sup>. Ou, ainda, caso a intervenção estatal na família volte-se para a tutela dos interesses das pessoas em situação de vulnerabilidade<sup>28</sup>.

## 2.2. LIBERDADE NO ÂMBITO SUCESSÓRIO

Antes mesmo do julgamento em Repercussão Geral que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, abalizada doutrina propugnava a pertinência de se considerar companheiros como herdeiros necessários<sup>29-30</sup>, como forma de garantir a intangibilidade da legítima também às uniões estáveis<sup>31-32</sup>.

<sup>27</sup> A exemplo, Ana Luiza Maia Nevares afirma: “Não raro são os casos em que casais, em especial quando em segundas núpcias pretendem deixar todo o seu patrimônio para os seus filhos exclusivos, porque o consorte é independente financeiramente, sendo esta a vontade compartilhada por ambos os partícipes da relação, sendo, ainda, muito comum a frustração diante do fato de que a sucessão do cônjuge acarretará a transferência de patrimônios de famílias para pessoas diversas, porque herdeiros só do supérstite” (NEVARES, Ana Luiza Maia. Como preservar a isonomia das entidades familiares na sucessão legal? In: Tepedino, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 243.)

<sup>28</sup> “Vale sublinhar que a desejada redução da intervenção estatal não significa recusar hipóteses em que o Estado deva desempenhar um papel ativo de ingerência na seara da família. Tais casos, como se viu, são os que envolvem sujeitos vulneráveis, como idosos e crianças, violência doméstica no âmbito familiar, dentre outros. Nessas hipóteses, justifica-se plenamente que a liberdade consubstanciada na autonomia privada ceda espaço à incidência de imposições próprias da solidariedade familiar” (Multedo, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.)

<sup>29</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 138-160, jan./jun. 2012.

<sup>30</sup> “Apesar dessas benéficas modificações a favor do cônjuge – que detém, agora, também a qualidade de herdeiro necessário –, é certo que o legislador perdeu excelente oportunidade de descrever proteção, expressamente, também a favor do convivente supérstite. Aliás, se o legislador já lhe havia garantido, por força do art. 1.790 do CC, a concorrência com os filhos do falecido (e, na falta destes, com os seus ascendentes; e, por fim, na falta de ambos, o recolhimento do total da herança), não teria sido demasiado esperar que lhe conferisse, também, a condição de herdeiro necessário. Essa ‘ordem de vocação’, especial para as hipóteses de abertura da sucessão no decorrer de união estável, em alguns aspectos assemelha-se à ordem de vocação do cônjuge supérstite, não se vislumbrando motivo para que as condições do cônjuge e do

Após o julgamento do STF, é inarredável a aplicação do art. 1.829 do Código Civil, que trata da ordem de vocação hereditária na sucessão legítima, cuja leitura deve agora contemplar, ao lado dos cônjuges e no mesmo patamar, o companheiro. Na tese fixada, entretanto, não ficou expressamente consignada a aplicação à união estável do art. 1.845, que define o cônjuge entre os herdeiros necessários, embora o Ministro Edson Fachin tenha feito constado em seu voto que “deve-se aplicar a ambos os modelos de conjugalidade as mesmas regras, ou seja, aquelas do art. 1.829 e seguintes do Código Civil.”

Indaga-se, portanto, se a equiparação sucessória entre cônjuges e companheiros deve estender-se à elevação do companheiro como herdeiro necessário, tal como o cônjuge, ou se limita ao posicionamento do companheiro na ordem de vocação hereditária.

Conforme já exposto, a realocação do companheiro na mesma posição que o cônjuge na ordem de vocação hereditária visou a retificar a injustiça no menoscabido dispensado historicamente à união estável, perceptível na forma como o Código Civil tratou o companheiro no art. 1.790.

Por outro lado, consignou-se também a importância de se preservar um mínimo de liberdade para a autorregulamentação de interesses decorrentes das situações familiares em que as partes ocupem posição de igualdade, a fim de se evitar

---

convivente não se equiparassem também à proteção da legítima, como, aliás, seria de bom alvitre, diante das disposições constitucionais a respeito da equivalência entre o casamento e a união estável.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 354)

<sup>31</sup> “Existe discussão na doutrina sobre o companheiro, se ele seria ou não herdeiro necessário, pois o artigo [art. 1.845, CC] foi categórico quanto aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge. Entretanto, o art. 1.850 do CC só permite que o testador afaste os colaterais da sucessão, não mencionando a possibilidade de exclusão do companheiro sobrevivente. A melhor interpretação é a que privilegie o companheiro, por entender que a união estável é entidade familiar protegida constitucionalmente, conforme art. 226 § 3º.” (TEIXEIRA, Daniele Chaves. A necessidade de revisitar o instituto da legítima. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. Coleção Direito UERJ 80 anos, p. 395)

<sup>32</sup> Em sentido contrário: “Os demais herdeiros, ou seja, os parentes colaterais do falecido e os companheiros são chamados de *herdeiros facultativos*, já que não têm direito à legítima. (...) Nesse sentido, determina o art. 1.850 do CC em vigor que ‘para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar’. A regra é inútil e incompleta. Inútil porque se os colaterais não são herdeiros necessários, por óbvio basta que o testador elabore testamento sem os contemplar para que eles automaticamente nada herdem. E incompleta porque se o companheiro também é herdeiro facultativo, deveria o dispositivo mencioná-lo em sua redação.” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. 4 ed. São Paulo: Método, 2011. v. 6, p. 291-292)

o excesso de paternalismo, bem como de submeter as partes que deliberadamente pretendiam obedecer regramento mais flexível a se regerem pelas normas mais rígidas decorrentes da solenidade do casamento.

Nesse aspecto, portanto, não haveria incompatibilidade alguma em se entender pela literalidade do art. 1.845, excluída a união estável, pois seria uma forma não de desproteger o companheiro – visto que sua participação sucessória estaria assegurada nas mesmas classes previstas para o cônjuge na ordem de vocação hereditária –, mas de conferir liberdade, nesse tipo de união, para que haja disposição de vontade em sentido contrário, que possa adequar-se à necessidade de cada família. Estaria, assim, assegurado o cumprimento ao princípio da igualdade das modalidades de família, ao mesmo tempo que não se tolheria a liberdade dos membros da relação conjugal de dispor de seu patrimônio depois da morte conforme sua conveniência, não estando limitado pela legítima do companheiro.

Recentemente, na VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado enunciado com o seguinte teor:

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.

Nota-se que a doutrina concordante com essa posição pretendeu garantir a tutela do companheiro nas relações baseadas na solidariedade familiar, apesar de afastar a identidade entre o casamento e a união estável, com fundamento na solenidade do ato jurídico. Interpretação possível defendida neste trabalho é que essa solenidade se exprime também na extensão da liberdade de autorregramento das relações patrimoniais entre vivos e em decorrência da morte, assegurando-se a vocação hereditária nos mesmos termos que aquela dispensada ao cônjuge, no entanto, sem equipará-lo aos herdeiros necessários e, portanto, sem reserva da legítima<sup>33</sup>.

## CONCLUSÃO

O julgamento do STF encerrou, parcialmente, a polêmica sobre os diferentes regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro quando declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 e determinou, para o suprimento da lacuna, a aplicação do art. 1.829 do Código Civil.

<sup>33</sup> Código Civil, art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Não resta dúvida que é bem-vinda a substituição do regime sucessório do companheiro pelas regras aplicáveis aos cônjuges. De fato, tal discriminação era inconstitucional. Assim, quanto ao cerne da decisão do STF não há polêmica. O problema reside nos seus efeitos periféricos, a saber: a equiparação deve ser extensiva para todos os fins de direito? A decisão teria o condão de transmutar a posição do companheiro para herdeiro necessário?

Entende-se que a resposta a essas perguntas é não. O argumento para tanto é que o STF não se desonerou do ônus constitucional de fundamentação a ponto de dar um salto para alcançar tais consequências jurídicas. Ao analisar os votos, é nítido que esses pontos não foram fruto de debate intenso e por vezes nem sequer foram mencionados. Por isso, num futuro próximo, a resposta até poderá ser afirmativa, após o julgamento dos embargos de declaração. Mas a questão é que deverá necessariamente ocorrer o cumprimento do dever constitucional de fundamentação.

Tendo isso presente, o próximo passo seguindo essa linha de raciocínio é indagar se uma equiparação total, geral e irrestrita entre casamento e união estável é efetivamente desejável.

Dos argumentos que se extraem dos defensores da inconstitucionalidade, como o Relator Ministro Barroso, e dos defensores da constitucionalidade, como o Ministro Dias Toffoli, percebe-se que as divergências emergem da compreensão sobre as razões que levam um casal a manter uma união estável ou a se casar.

O Ministro Dias Toffoli mencionou em seu voto que a ausência de recursos financeiros não poderia ser uma justificativa para a opção pela união estável, pois a Constituição Federal e o Código Civil asseguram a gratuidade do casamento. Por outro lado, os dados do IBGE que apontam o aumento de uniões não formalizadas entre os anos de 2000 e 2010 também indicam que a maior parte dessas uniões ocorre em camadas socialmente desfavorecidas.

Quando se analisa o percurso histórico do reconhecimento da união estável, desde o deferimento de indenização por serviços domésticos à companheira até as discussões atuais sobre a tutela patrimonial sucessória, nota-se algo em comum: a desigualdade de gênero entre o homem e a mulher e a necessidade de se proteger as pessoas, sobretudo as mulheres, que viviam em situação de companheirismo e que, após a separação ou a morte do companheiro, viam-se desamparadas pelo direito. Esse foi o ponto de partida do Ministro Barroso.

Contudo, o período hodierno também é permeado por outras realidades. E, nesse sentido, a aproximação dos modelos jurídicos do casamento e da união estável parece ameaçar a possibilidade de apresentar soluções plurais para realidades plurais.

Nessa mesma linha de raciocínio, cabe questionar qual seria a real valia de termos dois institutos que ao ser paulatinamente equiparados se tornem verdadeiramente idênticos e sinônimos.

No fundo, é certo que a maior dificuldade em responder a indagação sobre se é desejável a equiparação integral do regime sucessório da união estável ao casamento reside no fato de serem inúmeras as razões pelas quais as pessoas optam por cada um dos institutos. Se por um lado alguns pares estão em união estável porque estão dentro de um cenário de vulnerabilidade e necessitam de proteção, por outro temos casais que estão vivendo relações paritárias e precisam de instrumentos jurídicos que confirmem mais flexibilidade e liberdade para que possam decidir o destino de seus patrimônios.

Em outras palavras, percebe-se uma tensão entre a concomitância de casais que esperam do Estado um papel paternalista e protetor e de outros que desejam espaço livre para que eles próprios possam desenhar a realidade que desejam (respeitadas molduras gerais da lei). Com isso dito, fica clara uma conclusão: a de que o Estado brasileiro se equivoca no momento atual, quando trata realidades distintas da mesma e exata forma.

## REFERÊNCIAS

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

LÔBO, Paulo. *Princípio da solidariedade familiar*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/78.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf)> Acesso em: 28 abr. 2018.

MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Casamento ou união estável? *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCIVIL*, vol. 8, abr./jun. 2016, p. 166-169.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Como preservar a isonomia das entidades familiares na sucessão legal? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 239-252.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *União estável e casamento*: o paradoxo da equiparação. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 6.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. A necessidade de revisitar o instituto da legítima. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. Coleção Direito UERJ 80 anos.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 138-160, jan./jun. 2012.

VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. *III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/188.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/188.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2018.