


Auricelia do Nascimento Melo

[ORG.]

ANAIS^{DO} IV SEMINÁRIO

do Grupo de Pesquisa
de Direito Civil Constitucional
da UESPI





O grupo de pesquisa de Direito Civil Constitucional integrado por professores do Curso de Direito do Campus Torquato Neto - UESPI, realizou em janeiro de 2023, mais um evento para divulgar as suas pesquisas. Cria-se, deste modo, um momento exclusivo e privilegiado para discussão e divulgação de produção científica e, desta forma, um ambiente propício para apoiar o desenvolvimento intelectual e contínuo dos discentes e professores. Como resultado, para concretizar tudo o que foi discutido ao longo desse período, apresentamos os anais do evento que foi denominado de “IV Seminário do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Constitucional”, realizado nos dias 19 e 20 de janeiro de 2023. O evento realizado no auditório Geratec da UESPI, com a colaboração da Empresa Júnior-ConectJus, contou com a participação de 150 inscritos, teve como objetivo, divulgar os resultados das pesquisas científicas realizadas por estudantes e professores do Curso de Graduação de Direito do Campus Torquato Neto - UESPI, além de contribuir para a formação dos participantes; apoiar, incentivar e divulgar o conhecimento científico na comunidade acadêmica; qualificar o corpo docente e discente da graduação, seguindo o processo de formação contínua; e estimular o interesse pela pesquisa em área tão relevante, como é o Direito Civil Constitucional. A temática predominante no evento foi a questão da Responsabilidade Civil, além de dar enfoque a outros assuntos atuais da sistemática do Direito Civil Constitucional, foram dois dias de intensos debates e que estão registrados para uma reflexão e incentivo para a próxima edição.



editora *fi*.org



**ANAIS DO IV SEMINÁRIO DO GRUPO DE PESQUISA
DE DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL DA UESPI**

ANAIS DO IV SEMINÁRIO DO GRUPO DE PESQUISA DE DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL DA UESPI

Organizadora
Auricelia do Nascimento Melo



Diagramação: Marcelo Alves

Capa: Carole Kümmecke (www.carolekummecke.com.br)



A Editora Fi segue orientação da política de distribuição e compartilhamento da Creative Commons Atribuição-Compartilhamento 4.0 Internacional https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A532 Anais do IV Seminário do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Constitucional UESPI / organizado por Auricelia do Nascimento Melo. – Porto Alegre : Fi, 2023.

155p.

ISBN 978-65-5917-707-3

DOI 10.22350/9786559177073

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito Civil – Seminário – Anais – UESPI. I. Melo, Auricelia do Nascimento.

CDU 347.1/9

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
1	11
A CARACTERIZAÇÃO E REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO <i>Auricelia do Nascimento Melo</i> <i>Aurizelia do Nascimento Melo</i>	
2	34
DIREITO E TECNOLOGIA: NOVAS HABILIDADES PARA O ADVOGADO DO FUTURO <i>José Octávio de Castro Melo</i>	
3	58
RESPONSABILIDADE CIVIL EM PUBLICIDADE MÉDICA <i>Karenina Carvalho Tito</i> <i>Carolina Silva Mildemberger</i>	
4	80
OS CONFLITOS DE NATUREZA FAMILIAR E O PENSAMENTO SISTÊMICO <i>Keylla Ranyere Lopes Teixeira Procopio</i>	
5	103
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HIPERVULNERÁVEIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO <i>Patrícia Caldas Meneses P. Ferreira</i>	
6	119
A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO FAMILIAR PARA A CONSTRUÇÃO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL <i>Sheila de Andrade Ferreira</i>	
7	137
REFLEXOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL <i>Virna de Barros Nunes Figueiredo</i>	

APRESENTAÇÃO

O grupo de pesquisa de Direito Civil Constitucional integrado por professores do Curso de Direito do Campus Torquato Neto - UESPI, realizou em janeiro de 2023, mais um evento para divulgar as suas pesquisas. Cria-se, deste modo, um momento exclusivo e privilegiado para discussão e divulgação de produção científica e, desta forma, um ambiente propício para apoiar o desenvolvimento intelectual e contínuo dos discentes e professores.

Como resultado, para concretizar tudo o que foi discutido ao longo desse período, apresentamos os anais do evento que foi denominado de “IV Seminário do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Constitucional”, realizado nos dias 19 e 20 de janeiro de 2023.

O evento realizado no auditório Geratec da UESPI, com a colaboração da Empresa Júnior- ConectJus, contou com a participação de 150 inscritos, teve como objetivo, divulgar os resultados das pesquisas científicas realizadas por estudantes e professores do Curso de Graduação de Direito do Campus Torquato Neto - UESPI, além de contribuir para a formação dos participantes; apoiar, incentivar e divulgar o conhecimento científico na comunidade acadêmica; qualificar o corpo docente e discente da graduação, seguindo o processo de formação contínua; e estimular o interesse pela pesquisa em área tão relevante, como é o Direito Civil Constitucional.

A temática predominante no evento foi a questão da Responsabilidade Civil, além de dar enfoque a outros assuntos atuais da sistemática do Direito Civil Constitucional, foram dois dias de intensos debates e que estão registrados para uma reflexão e incentivo para a próxima edição.

Os temas discutidos no encontro tratam sobre a questão da Caracterização e Reparação do Dano Moral Coletivo no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Logo a seguir, o professor José Octávio tratou do Direito e tecnologia e as novas habilidades para o advogado do futuro.

A Responsabilidade Civil em publicidade médica foi tratada de maneira detalhada pela professora Karenina Carvalho Tito e a jornalista Carolina Silva Mildemberger.

Os conflitos de natureza familiar e o pensamento sistêmico foi o tema da Dra. Keylla Ranyere, já a professora Patrícia Caldas desenvolveu o tópico da Responsabilidade Civil dos Hipervulneráveis nas relações de consumo.

A defensora pública Sheila Andrade pesquisou e trouxe para o seminário a palestra sobre A importância da conciliação familiar para a construção da parentalidade responsável, tema atual e de ampla discussão. Já a professora Virna Nunes tratou dos reflexos da Responsabilidade Civil dos pais nos procedimentos de reprodução humana assistida no Brasil, com atenção peculiar, o estudo aponta os pontos de destaque na doutrina nacional.

Boa Leitura!

1

A CARACTERIZAÇÃO E REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Auricelia do Nascimento Melo¹

Aurizelia do Nascimento Melo²

INTRODUÇÃO

É determinante que o dano material atinge bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se, como tal, o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro e, portanto, suscetível de avaliação pecuniária. Desse modo, pode ser reparado, senão imediatamente mediante restauração natural ou específica, pelo menos por meio de indenização pecuniária.

No direito brasileiro, a compreensão e o tratamento conferido ao dano moral possuem como marco divisor a Constituição da República de 1988. Mas, mesmo na fase precedente à codificação das normas civis, aponta-se que o Estatuto Criminal de 1830 já expressava a indenização oriunda do dano delitual (SILVA, 1999, p.42).

A Consolidação das Leis Civis, da autoria de Teixeira de Freitas, incorporava o fundamento da ampla reparação do dano e se referia,

¹ Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí-UESPI, líder do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Constitucional, Advogada inscrita na OAB/PI.

² Advogada inscrita na OAB/PI, Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí, Especialista em Recursos Humanos, servidora da UFDPAR.

inclusive, ao direito da vítima à indenização da parcela correspondente ao valor da afeição do bem lesado. Essa legislação, entretanto, não foi adotada pelo Brasil, mas serviu de inspiração para o Código Civil Argentino (MEDEIROS NETO, 2014, p. 124).

No Código Penal de 1890, o dispositivo do artigo 276 versava sobre a indenização do dano infligido à honra da mulher, estabelecendo que nos “defloramentos, bem como nos estupros de mulher honesta”, a sentença que condenasse o criminoso também o obrigaria a pagar um dote a ofendida. Nessa situação, o dote era a reparação devida a um bem extrapatrimonial (SILVA, 1999, p.129).

O Decreto 2.682 de dezembro de 2012, que regulava a responsabilidade civil das estradas de ferro, previa no artigo 20, a possibilidade de indenização para os casos de danos físicos associados àquela atividade, sendo fixada de acordo com as despesas do tratamento e em atenção aos lucros cessantes durante o período de convalescença. Na hipótese de uma lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, o juiz deveria arbitrar uma indenização conveniente. Portanto, já se anunciava a possibilidade de uma indenização por dano não patrimonial ou moral.

O Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), por sua vez, não incluiu, na regra geral da responsabilidade civil, qualquer menção expressa à reparação do dano moral. Em seu art. 159, situado na parte dos atos ilícitos, tem-se: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar

prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Verifica-se, pelo exposto, que cita prejuízo e dano, mas não reporta nenhuma especificação detalhada. A discussão doutrinária sobre o dano moral foi crescendo paulatinamente, até a sua admissão pela doutrina e posteriormente chegasse à jurisprudência.³

Posteriormente ao Código Civil de 1916, como demonstração da importância do dano moral, algumas leis específicas passaram a prever hipóteses de reparação em casos específicos, como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), admitindo a reparação de danos extrapatrimoniais em seus artigos 81 a 88.

Outro diploma legal que trouxe a previsão de danos morais foi o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), vislumbrando, em seu artigo 244, que o ofendido por calúnia ou injúria, sem prejuízo e independente de ação penal correspondente, poderá demandar no juízo cível a reparação do dano moral, respondendo por esta o ofensor e, solidariamente, o partido deste, quando responsável por ação ou omissão.

A Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) também previu o dano moral (art. 49, I), dispondo: “aquele que, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar, os danos

³ “A postura restritiva que prevalecia no Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 12.029/56, não admitindo ser o dano moral reparável por si mesmo, e a revelar, ainda, o receio quanto a acolher-se a sua plena autonomia em relação ao dano material: Nem sempre o dano moral é ressarcível, não somente por se não poder dar-lhe valor econômico, por se poder apreciá-lo em dinheiro, como ainda porque essa influência dos nossos recursos abra a porta a especulações desonestas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos. No caso de morte de filho menor não se indeniza o dano moral se ele não contribuía em nada para o sustento da casa. O dano moral não pode ser cumulado com o material para fins de indenização. STF. Dano moral. Valor afetivo exclusivo. Indenização. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 1537 do Código Civil. Recurso Extraordinário n. 12.029, Alagoas. Relator: Min. Lafayette de Andrada. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 244, p. 629, fev. 1956”.

morais e materiais”. Nos artigos 25 a 28, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 5.988/73) estabeleceu os danos morais do autor. A Lei dos Danos Nucleares (Lei nº 6.453/77) dispôs sobre a responsabilidade civil de natureza moral e material, decorrente de atividades nucleares.

2 A CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

Com a Constituição brasileira de 1988 ampliaram-se os horizontes da responsabilidade civil pelo dano moral. Moraes (2003, p.73) explica que a transposição das normas diretivas do sistema de Direito Civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarretou relevantíssimas consequências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana.⁴

A ordem constitucional voltou-se para a proteção dos indivíduos (inclusive em sua consideração coletiva) em face de qualquer ameaça aos direitos fundamentais que lhes foram assegurados. Isso se depreende dos dispositivos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, no seu inciso V, segundo o qual “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. E, ainda, no inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida

⁴ A professora Maria Celina Moraes (2003, p.74) explica que: “O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana foi elevado à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. Esse princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade humana, não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante. Na verdade, não se conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm valores éticos-jurídicos fornecidos pela democracia, isso vem a significar a completa transformação do Direito Civil: passa-se de um Direito que não mais encontra nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico”.

privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

No artigo 5º, no inciso XXVII, nas alíneas "a" e "b", ao garantir a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humana, inclusive em atividades desportivas, assegura-se o direito de fiscalização do aproveitamento econômico àqueles que criarem ou participarem das respectivas criações. Na mesma perspectiva, o inciso XLV do artigo. 5º fixa o limite de reparação do dano aos sucessores do condenado ao patrimônio transferido, a partir do que já fora posto no art. 1.587 do CC brasileiro.

Também a Constituição prevê a obrigação de o Estado indenizar na hipótese de erro judiciário (artigo 5º, inciso LXXV) ou mesmo no caso de cumprimento de pena além do tempo fixado na sentença. A responsabilidade do Estado, inclusive, já havia evoluído para a categoria de responsabilidade objetiva, o que foi mantido também no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988.

Inovação no texto constitucional foi o inciso XXVII do art. 7º, que, ao tratar da indenização civil nas hipóteses que caibam a acidentária do trabalho, alargou o entendimento da Súmula 22 do STF, que a admitia apenas nas hipóteses de dolo ou culpa grave. O texto constitucional menciona apenas "dolo ou culpa", sem qualquer referência ou exigência no sentido de que a culpa seja grave.

Ponto de relevância é o referido no artigo 21 da Constituição de 1988, no seu inciso XXIII, "d", ao afirmar que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa. No artigo 184, existe referência à indenização por desapropriação para reforma agrária

Merece ainda uma indicação especial o artigo 245 da Constituição, que, garantindo a assistência do Estado aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, não exclui a obrigatoriedade da reparação civil do autor do ato ilícito.

São, ainda, inúmeros os dispositivos constitucionais que, de uma forma ou de outra, referem-se à questão da responsabilidade, sob os mais variados aspectos, ligados à pessoa ou não, como, por exemplo, no artigo 5º, XXIV, e artigo 182, § 3º, referentes à indenização por desapropriação; no inciso XXV do art. 5º, segundo o qual, em hipótese de iminente perigo público, a propriedade particular for utilizada por autoridade nacional. Esses dispositivos espelharam a preocupação de ampla parcela da comunidade nacional com a falta de resposta às crescentes hipóteses de dano à pessoa.

É importante destacar a efetiva recepção e alargamento da proteção aos interesses coletivos e difusos. São manifestações dessa afirmação, os artigos 5º, LXX e LXXIII, o art. 129, III, que previram a utilização de instrumentos próprios de tutela de direitos transindividuais, como o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Popular e a Ação Civil Pública. Dessa forma, evidencia-se o destaque ao sistema de tutela coletiva, permitindo a proteção e a defesa aos interesses transindividuais, inclusive em sua expressão moral.

Após o advento da Constituição de 1988, outras leis que se referem ao dano moral foram confeccionadas em consonância com o texto maior, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Neste, tem-se, pelo artigo 6º, inciso VI, que constitui direito básico de consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e

morais, individuais, coletivos e difusos. E, ainda no bojo do CDC, artigo 10, tem-se a previsão de que o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança.

Ainda dentro do painel legislativo de previsão à reparação de danos, tem-se a descrição do direito à indenização por dano moral às famílias dos desaparecidos políticos durante o regime militar. O detalhamento dessa situação vem disposto na Lei nº 9.140/95, que trouxe essa possibilidade para as famílias dos desaparecidos ao longo dos anos correspondentes às décadas de 1960 e 1970.

Note-se, ademais, que a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) afirmou a proteção aos direitos do autor; o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) assegura a reparação aos danos morais, e, ainda, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) recobriu os danos morais decorrentes da violação aos direitos dessa parcela da sociedade.

3 A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO E SUA REPARAÇÃO

O cabimento da responsabilidade civil pelos danos morais (danos não patrimoniais), de fato, hodiernamente, apresenta-se pacificado na doutrina e jurisprudência nos principais ordenamentos que compõem o sistema romano-germânico. No entanto, ainda se discute a possibilidade da extensão da reparação moral a outros que não as pessoas físicas, tais como pessoas jurídicas, por exemplo empresas, e ainda entes despersonalizados.

Para que se possa aceitar a reparabilidade do dano moral coletivo (ou difuso), faz-se necessário admitir a existência de um patrimônio moral transindividual. Trata-se do reconhecimento de que a “coletividade” é ente que, embora despersonalizado, possui valores morais e um patrimônio ideal que merece proteção.

Nessa perspectiva, busca-se a ampliação do conceito de dano moral, deixando este de se restringir à alteração de um estado anímico, ou seja, a equivaler à “dor psíquica” (dor física, tristeza, angústias, vergonha, humilhação), – inerente às pessoas físicas – para, também, refletir o dever de reparar quaisquer danos extrapatrimoniais (ou, não patrimoniais) de natureza coletiva, com o fim de corresponder “ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade atual”.⁵

O Código Consumerista dispõe de mecanismos que se preocupam com a proteção individual e coletiva dos consumidores. Para Nunes (2005, p.163), a natureza do regramento é claramente coletiva, pois o CDC acabou por ser o responsável, no sistema jurídico nacional, por definir o sentido de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. E, para que haja possibilidade de ingressar com demanda

⁵Informativo 418. Dano moral coletivo. Passe livre. Idoso. A concessionária do serviço de transporte público (recorrida) pretendia condicionar a utilização do benefício do acesso gratuito ao transporte coletivo (passe livre) ao prévio cadastramento dos idosos junto a ela, apesar de o art. 38 do Estatuto do Idoso ser expresso ao exigir apenas a apresentação de documento de identidade. Vem daí a ação civil pública que, entre outros pedidos, pleiteava a indenização do dano moral coletivo decorrente desse fato. Quanto ao tema, é certo que este Superior Tribunal tem precedentes no sentido de afastar a possibilidade de configurar-se tal dano à coletividade, ao restringi-lo às pessoas físicas individualmente consideradas, que seriam as únicas capazes de sofrer a dor e o abalo moral necessários à caracterização daquele dano. Porém, essa posição não pode mais ser aceita, pois o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da prova da dor, sentimento ou abalo psicológico sofridos pelos indivíduos. Como transindividual, manifesta-se no prejuízo à imagem e moral coletivas e sua averiguação deve pautar-se nas características próprias aos interesses difusos e coletivos. Destarte, o dano moral coletivo pode ser examinado e mensurado. Diante disso, a Turma deu parcial provimento ao recurso do MP estadual. Recurso Especial 1.057.274-RS. Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 1º/12/2009”.

coletiva, faz-se necessário o envolvimento de direitos ou interesses coletivos em sentido lato. Por direitos transindividuais, entende-se o direito que também é individual, mas não se limita somente ao indivíduo. Atinge-se, portanto, uma coletividade determinada ou indeterminada de pessoas.

De um modo geral, considera-se que os danos são materiais ou morais, porém os interesses coletivos põem à prova a “ineficiência da dicotomia dano moral-dano patrimonial”, sobretudo após o advento dos interesses ditos supraindividuais (CARRÁ, 2015, p. 257). Dentro deste quadro, o CDC (Lei nº 8.078/90) tornou, do ponto de vista do ordenamento jurídico positivo, viável o reconhecimento desse *tertium genus* de dano, o dano coletivo em sentido amplo, ao predicar a existência de direitos e interesses difusos ou coletivos no seu art. 81⁶. A previsão do dano moral coletivo no ordenamento infraconstitucional brasileiro encontra fundamento na redação dada ao art. 1.º da Lei nº 7.347/1985 pela Lei nº 8.884/1994:

Art. 1.º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I – ao meio ambiente;
- II – ao consumidor;
- III – à ordem urbanística;

⁶ “Art. 81. CDC: A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

- IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- V – por infração da ordem econômica e da economia popular;
- VI – à ordem urbanística.

Os direitos transindividuais atingem grupos de pessoas que tem algo em comum, ou a mesma situação de fato ou a circunstância de partilharem a mesma relação jurídica (NUNES, 2005, p.187). O Código de Defesa do Consumidor especifica os direitos difusos (art. 81, I) como aqueles que são transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato. Já os direitos coletivos (art. 81, II) são aqueles transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Dentre os direitos básicos do consumidor, o artigo 6.º VI, da Lei nº 8.078/1990, por sua vez, cita a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, tendo como instrumento o acesso aos órgãos judiciais e administrativos. A definição de consumidor, em especial a dos consumidores por equiparação, prevista nos artigos 2.º, parágrafo único, 17 e 29 do CDC, amolda-se perfeitamente à dimensão coletiva da relação de consumo. A reparação e prevenção do dano moral coletivo, portanto, decorre do reconhecimento da coletividade como titular de bens imateriais valiosos.

Já o artigo 81, caput, do CDC contempla ainda a tutela individual e coletiva, ao dispor que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo

individualmente, ou a título coletivo”. Os direitos coletivos, portanto, pressupõem um vínculo jurídico básico, ao passo que os interesses difusos se baseiam numa identidade de situações de fato.

Indivisível é o interesse que resulta para os interessados numa situação absolutamente idêntica e indissociável. A defesa de um deles implicaria simultaneamente a de todos, assim como transgressão da parcela de um dos interessados, implicaria a transgressão de todos. O traço da titularidade é o que vai diferenciar os direitos difusos e coletivos. Isso porque, no direito difuso, a titularidade é indeterminada, nos direitos coletivos, por seu turno, é ao menos determinável (VIGLIAR, 2001, p. 69).

A postura adotada pelo Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02), em sintonia com a Constituição de 1988, destaca e valoriza a proteção dos direitos da personalidade, inserindo, inclusive, as pessoas jurídicas, no que lhes é pertinente aplicar. O Código destaca, de maneira clara, a obrigação de reparar o dano moral, sem limitações quanto às suas diversas manifestações e áreas de incidência⁷.

⁷ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em Lei os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em Lei nº. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste art. o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste art. será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em Lei nº especial. Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem

O Código Civil de 2002 garante a reparação do dano moral, de maneira ampla, incumbindo ao julgador, mediante arbitramento, à luz da equidade e do postulado da razoabilidade, de fixar o valor da condenação em cada caso concreto. Para Medeiros Neto (2014, p. 69), esse código, rompendo com os alicerces do individualismo que caracterizou a codificação de 1916, pautou-se pelo signo do social e do coletivo, relativizando a proteção conferida antes aos direitos patrimoniais, e voltando-se, nesse passo, em nova perspectiva, para a tutela da pessoa, no extenso leque de consideração da sua personalidade, à luz do valor fonte que é a dignidade humana⁸. Entenda-se, nesse ponto, que a dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção.

A titularidade dos direitos existenciais, porque decorre da própria condição humana, independe até da capacidade da pessoa de se relacionar, expressar, comunicar, criar, sentir. Como observa Sarlet

pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em Lei nº, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁸ Segundo a professora Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.82), “o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes. Em particular, após o término da Segunda Grande Guerra, em reação às atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava em seu art. 1º: ‘Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos’”.

(2006, p.86): “mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada”. Sob esse prisma, há que reconhecer que o conjunto de direitos existenciais que compõem a dignidade pertence aos homens em igual proporção. Daí não ser possível falar em maior ou menor dignidade, pelo menos no sentido aqui atribuído à expressão, de conjunto aberto de direitos existenciais.

A positivação da coletividade como titular de interesses jurídicos reflete, em última instância, a expressão síntese de uma das maneiras de ser das pessoas no plano social, pois são participantes de um vasto elenco de interesses comuns, dotados de contornos peculiares. Em outras palavras, a forma de organização da sociedade e seu desenvolvimento resultaram no reconhecimento de valores e interesses compartilhados pela coletividade, em toda a sua extensão, ou representada por frações menores - grupos, categorias ou classes de pessoas, cuja tutela, pela relevância social e imprescindibilidade, passou a ser legítima e juridicamente aceita e possível de reivindicação perante a justiça.

Esses relevantes interesses, que têm caracteristicamente natureza extrapatrimonial, representam síntese de valores compartilhados socialmente, os quais, assim combinados, adquirem expressão e dimensão coletiva, a ensejar a tutela jurídica adequada diante da sua importância essencial para a sociedade. É correto dizer que certas condutas antijurídicas, como a publicidade enganosa, por exemplo, atinge interesses de relevância social da coletividade, e, por isso, exigem a reação do sistema jurídico, no plano de responsabilização do ofensor.

Os danos morais coletivos que têm por vítima a sociedade devem receber uma solução e uma destinação em favor da coletividade. As ações ensejadas por esse tipo de dano têm aumentado e, nos últimos anos, o número de condenações é considerável. O meio de reparação mais comum é o pagamento de uma parcela pecuniária a um determinado fundo ou à própria vítima. Nas ações em que a condenação seja em favor de interesses coletivos e difusos, a norma aplicável será a do art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), de forma que, havendo condenação em dinheiro, a indenização será revertida para um fundo administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, com a participação do Ministério Público e de representantes da comunidade.

É importante destacar que, após a regulamentação desta Lei, criou-se o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), cujos recursos têm por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos. No que diz respeito à destinação do dinheiro decorrente de condenação por dano moral coletivo, Medeiros Neto (2014, p. 183) explica que: “Na hipótese da reparação do dano moral coletivo ou difuso, o direcionamento da parcela pecuniária ao Fundo é de importância indiscutível, por apresentar-se a lesão, em essência, ainda mais fluida e dispersa no âmbito da coletividade”.

O autor também acentua que a reparação em dinheiro não visa a reconstituir um bem material passível de quantificação, e sim a oferecer compensação diante da lesão a bens de natureza imaterial sem

equivalência econômica. Ademais, representa sancionamento exemplar ao ofensor, rendendo-se ensejo para se conferir destinação de proveito coletivo ao dinheiro recolhido.

Na situação que envolve condenação de danos morais coletivos relacionados a direitos individuais homogêneos, o valor apurado será destinado às vítimas, por meio de prévia liquidação. De acordo com os artigos 97 a 100 do CDC, a forma de composição do quantum deve ser fundamentada por elementos racionais e precedentes judiciais semelhantes, levando-se em conta não apenas a situação econômica do ofensor e o seu grau de culpa, quando for o caso, mas ainda a análise total de sua conduta frente ao ordenamento jurídico e a natureza, gravidade e extensão do dano infligido à coletividade.

Os defensores do dano moral coletivo, segundo Câmara Carrá (2014, p. 258), apresentam a seguinte linha de raciocínio para justificá-lo: “Em primeiro lugar, como apontado antes, o dano moral já não seria mais visto como uma lesão de cunho psicológico-subjetivo”. O professor explica que o dano moral é reconfigurado como dano extrapatrimonial, deixando de lado as tradicionais referências à dor interna, abalo emocional ou integridade psíquica para abranger violações a direitos fundamentais não suscetíveis de avaliação pecuniária.

Quanto à titularidade de interesses materiais e morais pela coletividade, Stiglitz (1996, p. 68) explica que a caracterização do sujeito afetado já não é mais a de pessoa física individual ou concorrente, nem a de existência ideal, mas de um grupo ou categoria que, coletivamente e por uma mesma causa global, se vê afetada em direitos ou interesses

de significação vital, que, sem dúvida, são tutelados de maneira especial pela Constituição e pela Lei⁹.

Para exemplificar essa afirmação, cita-se a questão da preservação do meio ambiente sadio, a conservação do patrimônio histórico e cultural, a garantia da moralidade pública, a boa-fé e equidade nas relações de consumo, a transparência nas manifestações publicitárias. Vê-se que esses direitos protegidos pelo ordenamento jurídico inserem-se na órbita dos interesses e valores extrapatrimoniais reconhecidos a uma coletividade.

Qualquer lesão injusta a esses direitos acima mencionados enseja o desencadeamento de reação do ordenamento jurídico, para determinar a responsabilização do causador da lesão. Afirma-se, então, que o reconhecimento jurídico do dano moral coletivo e da imperiosidade da sua adequada reparação traduz a mais importante vertente evolutiva, no atual sistema de responsabilidade civil. Isso porque, saindo dos contornos tradicionais do dano moral individual, o dano moral coletivo constitui a agressão a bens e valores jurídicos que afetam a coletividade, desvinculando-se assim da dor física ou psíquica ensejadas no dano individual.

A lesão é injusta porque o interesse tocado é merecedor de tutela, conforme Souza (2014, p.95), pois se revela o merecimento de tutela uma instância positiva de controle dos atos particulares, que visa a conferir uma proteção privilegiada a determinado ato pelos valores que

⁹ No original: "la caracterización del sujeto afectado no es y a la persona individual o concurrente, ni la de existência ideal, sino um grupo o categoria que, colectivamente y por uma misma causa global, se ve afectada em derechos o intereses de subida significación vital, que, sin duda, son tutelados de modo preferente po la Constitución y la ley".

promove, ainda que a consequência indireta dessa proteção possa resultar na repressão a outro exercício particular conflitante com ele.

A construção teórica do dano moral coletivo se caracteriza pela ofensa a padrões éticos dos indivíduos, considerados em sua dimensão coletiva, após a desvinculação dos critérios do dano individual, pois a adequada compreensão do dano moral coletivo não se conjuga diretamente com a exigência de prova da presença dos elementos, como perturbação, aflição, constrangimento ou transtorno coletivo. Assim, a concepção do dano moral coletivo se estabelece de forma objetiva, concernindo ao fato que reflete uma violação grave de direitos coletivos e difusos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial.

Sob o viés das consequências negativas, adotando uma linha de visão subjetivista, justifica Stiglitz (1996, p. 75), que os danos morais coletivos devem ser indenizados na medida em que produzam verdadeiros sofrimentos, incômodos ou alterações ponderáveis na ordem extrapatrimonial e, portanto, as inevitáveis sequelas psíquicas e espirituais que sobrevenham dessas agressões. O jurista argentino ainda explica que:

A disciplina da responsabilidade civil deve direcionar-se prioritariamente para a prevenção e cessação dos prejuízos coletivos, em uma atitude dinâmica, de acordo com o imperativo da eficácia do direito e guiada pelo propósito último, sustentado em princípios de justiça e solidariedade social, a de manter a coletividade a salvo de padecimentos, intranquilidades e angústias generalizadas, resultantes de uma atividade ou conduta desestabilizadora da pacífica conveniência comunitária. (STIGLITZ, 1996, p. 75).

Nos dias atuais, é muito comum a situação caracterizadora de dano coletivo a traduzir prejuízo à própria coletividade, em que o infrator, agindo ilegalmente, busca auferir situação de vantagem indevida, principalmente no plano econômico. Viola-se intencionalmente a lei e produzem danos, não importando a atuação fiscalizadora do poder público ou a possibilidade de ações individualmente ajuizadas. Considera-se a certeza de que tais consequências danosas não neutralizam os ganhos obtidos com a conduta ilegal.

Partindo dessa análise, depreende-se que é inegável a importância da previsão legal quanto à possibilidade da condenação efetiva do responsável pela violação de interesses transindividuais. No que tange a valores e bens de uma coletividade, à luz da determinação constitucional de proteção e tutela a tais direitos, enseja-se um tratamento próprio e específico no plano da responsabilização do agente causador, seja quanto à forma, seja em relação à função que a orienta¹⁰.

¹⁰ “Ambiental, administrativo e processual civil. Ação Civil Pública. Proteção e preservação do meio ambiente. Complexo Parque do Sabiá. Ofensa ao Art. 535, II, Do CPC Não configurada. Cumulação de obrigações de fazer com indenização pecuniária. Art. 3º da Lei Nº 7.347/1985. Possibilidade. Danos morais coletivos. Cabimento. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei nº 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microsistema de tutela coletiva. 3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. 5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual quantum debeatur”.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) faz referência, em seu artigo 1º, às ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse ou direito difuso ou coletivo, prevendo ainda, em seu artigo 13, a possibilidade de ser fixada condenação em dinheiro. Tratando-se da reparação adequada para o dano moral coletivo, concretiza-se por meio de imposição judicial de uma parcela em dinheiro ao ofensor. Esse valor que deve ser arbitrado pelo juiz, em sua expressão de suficiência para representar sanção eficaz para o agente causador do dano, e, por efeito, força para dissuadir outras condutas danosas semelhantes.

Conforme Ramos (1998, p. 83), um valor considerado excessivamente elevado para o caso concreto deve ser visto como razoável, para alertar - não só o causador do dano, mas a todos os demais causadores potenciais do mesmo dano - que tais comportamentos são inadmissíveis perante o Direito. É importante destacar que a decisão judicial deve ser motivada, levando-se em conta os critérios para a composição do valor relativo à condenação, quais sejam: a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão. Avalia-se o dano ocorrido, a relevância do interesse lesado e o valor que representa para a sociedade. Também é preciso levar em conta a questão da reversibilidade do dano, a extensão de seus efeitos quanto ao espaço e tempo.

Outro critério que não pode ser esquecido é a situação econômica do ofensor, a qual que deve ser vista de maneira objetiva para se aferir o efeito sancionatório e pedagógico. Isso importa porque condenações sem relevante expressão pecuniária, não significará sanção eficaz nem

dissuasão suficiente para impedir novas violações do ordenamento jurídico e a reiteração dos danos. Como exemplo, tem-se o caso de corporações de grande porte, como a Rede Globo de Televisão (Recurso Especial 636.021/RJ), que foi condenada por danos morais coletivos por exibir cenas de sexo e violência em novela no horário vespertino, pois não fizeram a adequação do conteúdo ao horário.¹¹

O grau de reprovabilidade social da conduta desencadeada pelo responsável causador do dano deverá ser cuidadosamente constatado por parte do julgador, pois além de ser um aspecto principal a ser considerado na definição do valor, ainda pode ensejar a aplicação de multas no plano administrativo, a exemplo da imposição de multa por órgãos públicos, como se verifica, mais comumente, nas áreas ambiental, trabalhista e de proteção ao consumidor.

Vale lembrar, ainda, que a eventual constatação da exigência de ações individuais de reparação originadas da mesma conduta ilícita do agente ofensor, por força da extensão eventual dos seus efeitos danosos à esfera de interesses pessoais, não tem influência na quantificação do

¹¹ “No julgamento do Recurso Especial nº 636.021, a Ministra Nancy Andrighi proferiu o entendimento de que o CDC, ao dispor a respeito do dano moral coletivo, rompe, com a tradição jurídica clássica, onde só indivíduos haveriam de ser titulares de um interesse juridicamente tutelado ou de uma vontade protegida pelo ordenamento. Criam-se direitos cujo sujeito é uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de personalidade jurídica e cuja pretensão só pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados. STJ – Recurso Especial nº 636021/RJ. Ação civil pública - Ajuizamento pelo ministério público - Reprise de novela em horário vespertino - Alegação de não supressão suficiente de cenas de sexo e violência - Rejeição de requerimento de realização de prova sob o fundamento de que matéria prejudicada - indeferimento de prova pericial - alegação de necessidade não apreciada pelo tribunal de origem - Recurso especial provido - Anulação do julgamento dos embargos de declaração. Vencida a Ministra. Nancy Andrighi, que não conhecia do Recurso Especial. Recurso especial provido”. (REsp 636021/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 02/10/2008, DJe 06/03/2009).

valor pertinente à lesão causada à coletividade, pois são situações diversas, com fundamentação e objetivos peculiares inconfundíveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundamental por parte do julgador é verificar a percepção dos eventuais benefícios ou vantagens, inclusive econômicos, que foram recebidos pelo agente danoso com a prática ilícita. Esse aspecto deve ser levado em conta, pois sinaliza a existência de motivação para o dano, aumentando a visão da gravidade da conduta, por sua vez reforçando a necessidade do arbitramento de um valor que signifique sanção e desestímulo à repetição de sua conduta.

A conduta, sendo dolosa ou ensejadora de culpa grave, reflete uma necessária reação de maior força do sistema jurídico para justificar uma expressão maior no valor da reparação. A reincidência ou continuidade no tempo da prática ilícita, por sua vez, só demonstra que o causador do dano não teme as normas jurídicas.

Abordar a questão da reparação do dano moral coletivo requer que se empregue como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana, combinado com os preceitos dos art. 6º e 81 do CDC sendo, portanto, um bem jurídico tutelado pelo Código Consumerista.

De acordo com o que foi estudado, verificou-se que a ocorrência do dano moral coletivo tem abrangência cada vez maior,

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **Nuevo tratado de La responsabilidad civil**. Lima: Juristas editores, 2006.

ALVIM, Arruda. **Código do Consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**: os punitive damages na experiência da common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1988.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**. São Paulo: Atlas, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBOSA, Fernanda Nunes e MULTEDO, Renata Vilela. Danos Extrapatrimoniais Coletivos. In RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsky; SOUSA, Eduardo; MENEZES, Joyceane; JUNIOR, Ehrhardt (Coord). **A resignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p.233-246.

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

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica, limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

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

NUNES, Luiz Rizzato. **O CDC e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Ação civil pública e o dano moral coletivo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 25, p. 80-98, jan./mar. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STIGLITZ, Gabriel A. Daño moral individual y colectivo: medioambiente, consumidor y dañosidad colectiva. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p.68-76 1996.

2

DIREITO E TECNOLOGIA: NOVAS HABILIDADES PARA O ADVOGADO DO FUTURO

José Octávio de Castro Melo¹

INTRODUÇÃO

Nos últimos trinta anos as tecnologias da informação e da comunicação com o uso da inteligência artificial e de algoritmos crescem em escala exponencial. Os avanços podem ser percebidos em todas as áreas do conhecimento, em especial no mundo jurídico e acadêmico, formando profissionais do direito que passarão a atuar em universo tecnológico com processos e audiências virtuais.

A tecnologia da informação avança a passos largos e revoluciona todas as áreas da vida humana. Inúmeros são os avanços na área da comunicação, em especial a conexão global através da internet e o constante fluxo de dados e informações instantâneas, a inteligência artificial, a robotização da indústria e dos meios de produção. A tecnologia viabiliza o desenvolvimento das profissões e demanda distintas habilidades aos profissionais do direito.

As habilidades e competência dos bacharéis em direito, são desenvolvidas com a leitura de seleta bibliografia técnica ou não,

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Professor Assistente da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). E-mail: joseoctavio@edu.unifor.br

essenciais a formação do vocabulário jurídico, do desenvolvimento de argumentos e de teses que serão apresentadas de forma escrita, nos arrazoados do dia a dia forense ou nas exposições orais junto aos tribunais.

Porém, essas habilidades já não são mais suficientes para a boa formação dos bacharéis em direito. As novas tecnologias da informação influenciam diretamente a profissão jurídica e demandam o desenvolvimento de novas capacidades e competências digitais. Além de dominar os códigos, a doutrina e a jurisprudência, o profissional do direito precisa dominar também a nova tecnologia disruptiva que ameaça o mercado de trabalho dos advogados.

Diante do contexto exposto indaga-se: em que medida em que medida as novas tecnologias digitais de informação e comunicação (TDIC) aplicadas no ensino jurídico contribuem para o desenvolvimento de novas capacidades, habilidades e competências digitais nos cursos jurídicos? O presente artigo científico tem como objetivo é analisar o desenvolvimento da tecnologia da informação e o uso da inteligência artificial e de algoritmos aplicados ao direito. A investigação parte da urgente necessidade de atualização dos cursos jurídicos para inclusão de novas habilidades tecnológicas essenciais ao profissional do direito no futuro.

O uso da tecnologia propicia a automação de tarefas realizadas de forma repetitiva por serventuários do Poder Judiciário, juízes promotores e advogados, sobretudo no contencioso de massa onde um grande número de processos é submetido à apreciação do poder

judiciário com teses repetitivas, facilmente identificadas pelos algoritmos utilizados nos aplicativos de inteligência artificial.

Os objetivos específicos do presente artigo são: a) mapear os diversos aplicativos jurídicos utilizados para facilitar atuação do profissional do direito; b) compreender e analisar as habilidades necessárias ao profissional do direito diante da tecnologia de informação e comunicação; c) levantar as proposições para a formação do profissional no mundo jurídico digital.

A relevância da pesquisa consiste no exponencial crescimento das tecnologias de informação e comunicação e sua aplicação no universo jurídico pelo futuro profissional do direito. Tal desafio também é partilhado pelas Instituições de Ensino Superior que devem adequar a sua grade curricular a fim de abarcar o desenvolvimento das capacidades digitais.

Adota-se a pesquisa bibliográfica e documental. O referencial teórico foi construído com base em pesquisas junto ao portal de periódicos científicos da Capes, por intermédio do acesso CAFE acessando a base de dados da web of Science além de consulta aos periódicos especializados do portal Revista dos Tribunais e plataforma Redalyc. As fontes documentais foram pesquisadas no site planalto.com, na plataforma V-Lex e nos bancos de dados do Ministério da Educação e Cultura (MEC) e a busca foi realizada com a utilização das seguintes categorias: Direito. Tecnologias Digitais de Informação e Comunicação (TDIC). Competências digitais. Inteligência artificial. Algoritmos.

1. O AVANÇO TECNOLÓGICO E A PRÁTICA JURÍDICA

Os estudos acerca do uso da inteligência artificial datam de 1950 como cientista inglês Alan Turing e nos últimos 30 anos, com a quarta revolução industrial, a capacidade de criação e categorização de informações chegou a níveis incompatíveis com a inteligência do ser humano mediano. A *Deep Blue*, inteligência artificial criada pela Internacional Business Machines (IBM), foi capaz de vencer o campeão mundial de xadrez, Garry Kasparov² E em 2020, a Airbus, uma das mais importantes empresas do ramo aeronáutico informou que já havia concluído testes em aeronaves autônomas por meio da inteligência artificial e sem qualquer contato humano direto.³

Muito embora não haja um conceito universalmente aceito sobre a inteligência artificial, Tão pouco se possa mensurar a dimensão de sua aplicação, e capacidade de aprendizado, têm-se como elemento comum nos mais variados conceitos que é inteligência artificial é uma tecnologia que utiliza primordialmente *softwares* alimentados por algoritmos, para adaptar-se e emular a cognição humana, seja questionando, aprendendo ou agindo.⁴

Os algoritmos, por sua vez, são comandos direcionados a uma máquina, no intuito de resolver questões pré-estabelecidas. São

² BBC NEWS. **Deep Blue vs Kasparov**: How a computer beat best chess player in the world - BBC News. 2017. Disponível em: <https://youtu.be/KF6sLCeBj0s>. Acesso em 6 jun. 2022.

³ BENQUET, Lois; DUVELLEROY, Matthieu. Airbus concludes ATTOL with fully autonomous flight tests. AIRBUS. 2020. Disponível em: <https://www.airbus.com/newsroom/press-releases/en/2020/06/airbus-concludes-attol-with-fully-autonomous-flight-tests.html>. Acesso em: 6 jun. 2022

⁴ MANHEIM, Karl; KAPLAN, Lyric. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy. **The Yale Journal of Law & Technology**. New Haven, Connecticut. v.21. 2019. p.106-188. Disponível em: https://yjolt.org/sites/default/files/21_yale_jl_tech_106_0.pdf. Acesso em: 6 jun. 2022.

comandos matemáticos presentes em grande parte do mundo digital, com objetivos e processos computacionais que transmutam determinados dados de entradas (*inputs*) em um objetivo final (*outputs*), geralmente se distanciando de qualquer parcialidade, apesar de não se manterem imune a interferências externas.⁵ Quanto maior for o número de dados processados na base de dados do sistema de inteligência artificial, maior será a precisão e efetividade dos algoritmos.⁶

A inteligência artificial e as novas tecnologias de informação e comunicação acelerarão o desenvolvimento de várias profissões inclusive o direito. Em 2014 a Advocacia Geral da União (AGU) implantou o sistema SAPIENS que simplifica rotinas e expedientes, sugere modelos e teses com vistas a padronização da identidade visual das peças processuais. Faz também a triagem de processos e de teses cabíveis ao caso concreto auxiliando o profissional na tomada de decisão e na elaboração da peça processual.⁷

A *startup legal labs* responsável pela criação da “Doutora Luísa”, a primeiro robô advogada do Brasil, capaz de analisar o andamento de processos e indicar as manifestações junto à advocacia pública. O aplicativo de inteligência artificial utilizado pela Procuradoria-Geral do

⁵ SOUZA, Joyce (org.). **A sociedade de controle**. São Paulo: Hedra, 2018.

⁶ MANHEIM, Karl; KAPLAN, Lyric. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy. **The Yale Journal of Law & Technology**. New Haven, Connecticut. v.21. 2019. p.106-188. Disponível em: https://yjolt.org/sites/default/files/21_yale_j.l._tech._106_0.pdf. Acesso em: 6 jun. 2022.

⁷ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). Disponível em <https://www.gov.br/agu/pt-br>. Acesso em 10 de outubro de 2022

Distrito Federal e é utilizada com grande frequência em processos de execução fiscal.

Utilizado desde 2018 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de parceria a firmada junto a Universidade de Brasília (UNB), o aplicativo de inteligência artificial “Vitor”⁸ acelerou a velocidade de avaliação judicial dos processos que chegam a Suprema Corte além de propiciar maior eficiência em razão da digitalização, classificação e organização dos processos, entretanto sem qualquer participação do processo decisório⁹.

Ainda no Supremo Tribunal Federal (STF), merece destaque o desenvolvimento da ferramenta RAFA 2030 (redes artificiais focadas na agenda 2030) que tem como finalidade classificar os processos na Suprema Corte em consonância com os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) da agenda 2030 da organização das Nações Unidas (ONU).¹⁰

A inteligência artificial aplicada ao Poder Judiciário tem como principais metas, identificar e entender sistematizar desenvolver e aprimorar soluções direcionadas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional em busca de maior celeridade eficiência e produtividade na prestação jurisdicional. Por meio dessa tecnologia o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mapeia e identifica os principais gargalos na

⁸ O nome do projeto foi uma homenagem ao ex-ministro Victor Nunes Leal, pelo seu trabalho na sistematização da jurisprudência do STF

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAOL (STF). Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>. Acesso em 20 de outubro de 2022

¹⁰ ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/103544-chefe-de-direitos-humanos-da-ONU-pede-moratória-para-inteligência-artificial>. Acesso em 10 de abril de 2022

prestação jurisdicional assim como baliza atuação dos tribunais em busca de maior agilidade na prática de atividades rotineiras e burocráticas.¹¹

O Poder Judiciário busca na inovação tecnológica, um aliado para aumentar a produtividade, diminuir os custos e dar maior celeridade aos processos, projetando um sistema de classificação de processos judiciais com o uso da inteligência artificial em parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).¹² Esse trabalho conjunto visa desenvolver algoritmos que classifiquem automaticamente os processos judiciais nos sistemas eletrônicos.

Dentre os diversos modelos já em aplicação no Brasil, destaca-se na justiça pernambucana o robô ELIS nos processos que envolvem a execução fiscal mediante a triagem de processos conferência de dados inclusive de prazo prescricional com capacidade de análise Superior. No Rio Grande do Norte o tribunal de justiça se vale do robô POTI criado em parceria com após a graduação em tecnologia da informação da universidade federal do Rio Grande do Norte e atuação junto a processos de execução fiscal.¹³

O Tribunal de Contas da União (TCU) utiliza a inteligência artificial para análise de edital de licitações por meio da robô ALICE para a análise de licitações e editais a robô MONICA, para o monitoramento integrado

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2019. Brasília: Anual, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: 16 de abril de 2022

¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2019. Brasília: Anual, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: 16 de abril de 2022

¹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. Disponível em <https://www.tjrj.jus.br/>. Acesso em 4 de outubro de 2022

no controle de aquisições e da SOFIA no sistema de orientação sobre fatos indícios para o auditor.¹⁴

Nesse contexto, dada a velocidade de desenvolvimento de novos sistemas de inteligência artificial com capacidade de simplificar e agilizar atos repetitivos e burocráticos no decorrer do processo nos cursos de graduação em direito, a nova geração de juristas e professores de direito está preparada para a informatização do judiciário e para o desenvolvimento de habilidade digitais?

2. AS COMPETÊNCIAS DIGITAIS

Nas duas últimas décadas, o mundo jurídico foi invadido por uma avalanche tecnológica, com o uso cada vez maior de softwares de gestão e utilização de dados que ampliaram a capacidade de automação de tarefas e com a substituição das enfadonhas pesquisa na biblioteca e no repertório físico da doutrinária e da jurisprudencial, pelo acesso ao banco de dados de aplicativos especializados. O uso da tecnologia passou a fazer parte do dia a dia de escritórios de advocacia, das procuradorias, defensorias e dos tribunais em todas as instâncias.

A inteligência artificial transformou a prática forense e revolucionou o ensino jurídico. O processo e seus atos processuais, antes físico hoje são digitais, assim como as audiências virtuais, graças ao uso da tecnologia da informação e da comunicação. Neste contexto a estrutura das Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação

¹⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em 30 de abril de 2022.

em Direito demanda atualização que inclua, além das competências normalmente exigidas dos graduandos em direito, o domínio de tecnologias e métodos para uma permanente compreensão do fenômeno jurídico e da aplicação do direito aos casos concretos.

As novas diretrizes do Ministério da Educação e Cultura (MEC), determinam que os alunos dos cursos jurídicos devem ser capazes de utilizar e criar tecnologias digitais de informação e comunicação de forma crítica, significativa, reflexiva e ética nas diversas práticas sociais para se comunicar, acessar e disseminar informações, produzir conhecimentos, resolver problemas e exercer protagonismo e autoria na vida pessoal e coletiva¹⁵.

O “letramento digital” é uma realidade que se impõe aos cursos jurídicos e exigem adaptações metodológicas no processo ensino aprendizagem. A necessidade de capacitação do estudante de Direito em competências relacionadas ao universo digital e acendem também a preocupação com a qualificação digital dos docentes para ensinar a aplicação das novas tecnologias.

Por esta razão, as Diretrizes Nacionais dos Cursos de Direitos passam a demandar dos graduandos o conhecimento tecnológico necessário a integrar as grades curriculares na formação de profissionais alinhados às necessidades do mercado. O direito aliado às novas tecnologias da informação demanda a modificação dos objetivos de aprendizagem previstos nos currículos dos cursos de direito.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito por meio da resolução nº 2 de 19 de abril de 2021. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>. Acesso em maio de 2022

Para Engen¹⁶ “a competência é o conhecimento em ação”. No mundo da tecnologia aplicada ao judiciário, se faz necessário incluir novas competências e habilidades para tornar o discente capaz de utilizar os conhecimentos para o enfrentamento de problemas¹⁷. Agrega-se assim às capacidades discentes e competências digitais, face ao incremento e utilização, cada vez maior, das novas tecnologias da informação e da comunicação no universo jurídico.

As competências digitais não se limitam a saber utilizar da tecnologia, exigindo se também a sua compreensão e o impacto de sua utilização na sociedade, desafio para discentes e docentes. Trata-se efetivamente de conhecimentos habilidades e capacidades voltadas ao alcance de objetivos de aprendizagem mediante utilização de ferramentas digitais que propiciem maior inserção no mercado de trabalho¹⁸.

Espera-se, portanto, que os profissionais do direito dominem, além do conhecimento dogmático tradicional, outras habilidades que importem em colaborar para a solução de problemas complexos da sociedade, desenvolvendo habilidades no espaço digital. Com isso as faculdades de direito deverão repensar os seus objetivos pedagógicos e seus métodos de ensino incluindo disciplinas como gestão, desenvolvimento de projetos que propiciem o aprendizado com

¹⁶ ENGEN, B. K. Understanding social and cultural aspects of teachers' digital competencies. *Comunicar*, v. 27, n. 61, p. 9–19, 1 out. 2019.

¹⁷ PÉREZ, M. A.; DELGADO, Á. From Digital and Audiovisual Competence to Media Competence: Dimensions and indicators. *Comunicar*, v. 20, n. 39, p. 25–34,

¹⁸ GRANADOS, A. C.; DÍAZ, K. Y. A. Competencias digitales docentes: un acercamiento inicial. *Revista Electrónica Calidad en la Educación Superior*, v. 11, n. 1, p. 47–80, 2020

experiências práticas, com projetos multidisciplinares e com o uso está mais avançada tecnologia.

É necessário, portanto, repensar os currículos jurídicos no cenário das crescentes mudanças tecnológicas e da automação de trabalhos jurídicos com a utilização de aplicativos de inteligência artificial¹⁹. O advogado já deve dominar o conhecimento sobre a tecnologia da informação dominando, minimamente, os softwares de gestão processual, financeira e de dados.

Na construção deste novo modelo pedagógico, a autonomia dos alunos deve ser o compromisso maior das instituições de ensino. Os professores devem ensinar os alunos a pensar e encontrar suas próprias respostas, como facilitador da compreensão e do aprendizado, estimulando a investigação e as novas descobertas.

O uso da tecnologia da informação e da comunicação assim como e a escolha de metodologias ativas que possam desenvolver as habilidades fundamentais de atuação no cenário profissional são essenciais para a formação profissional do graduando em direito. As metodologias ativas, colocam o aluno em situação de protagonismo, e o possibilita reconhecer suas emoções e atitudes durante a experiência. Esse foco na consciência de si próprio é fundamental para que o aluno possa desenvolver habilidades interpessoais e autonomia.²⁰

¹⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. Debate atual sobre reforma do ensino jurídico não é estimulante. *Consultor Jurídico*, 3 jun. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-03/debate-atual-reformaensino-juridico-nao-estimulante>. Acesso em: 20 dezembro 2022

²⁰ RODAK, Lidia. Bringing emotions into legal education through the experimental learning model: a proposal. *Oñati Socio-legal Series [online]*, v. 7, n. 8, p. 1661- 1678, 2017

A base teórica do ensino ativo remonta ao século XVIII, com a crítica a educação elitista e a mera repetição de conceitos e fórmulas apresentadas por Jean Jacques Rousseau em seu livro *Emilio*, no qual defendia a experiência direta dos estudantes a quem caberia conduzir o aprendizado de acordo com seus interesses. No mesmo sentido, Herbart, um dos fundadores da pedagogia como disciplina científica, propunha usar experiência anterior do aluno em associação ao que já é conhecido. Por sua vez, Dewey defende a aprendizagem pela experiência cotidiana, como melhor forma de assimilar conteúdo²¹.

Com o avanço da tecnologia da informação e da comunicação e da conexão via internet a utilização desses recursos passou a ser mais frequentes em salas de aula, aproximando o aluno da realidade profissional ao tempo em que cria um ambiente mais agradável ao aprendizado com a utilização de vídeos, imagens e gráficos. Contudo, a sua utilização pode gerar uma dependência excessiva da tecnologia por parte do professor e uma oportunidade de fuga dos alunos com inúmeras distrações da internet.

As novas gerações não recebem informação de forma inerte passiva, ao contrário trazem suas próprias experiências culturais²². Dessa forma, faz-se necessário todo um processo que envolva reflexões e transformações práticas no ensino e na aprendizagem voltadas ao futuro próximo e às habilidades que se apresentam necessárias ao

²¹ GIL, Antonio C. Metodologia do Ensino Superior. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597023954. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023954/>. Acesso em: 13 set. 2022

²² SALDANHA, Nelson. Sociologia da educação. Rio de Janeiro: Aurora, 1980]

exercício profissional em um cenário de ampla automação de procedimentos e tarefas. Isso deve se desenvolver por vários ângulos, desde o próprio educador até a conscientização dos alunos, passando por outros personagens sociais que precisam compreender as alterações necessárias.

As tecnologias digitais da informação e comunicação tem papel relevante nas práticas pedagógicas curriculares na formação do novo profissional do direito, utilizando e aplicando sistemas que garantem maior celeridade e diminuição dos custos processuais. Entretanto, algumas questões ainda dificultam a sua plena utilização.

Para o efetivo letramento digital, pressupõe-se que todos os graduandos estejam munidos de aparelhos tecnologicamente compatíveis com o uso dos aplicativos e, ao mesmo tempo, que tenham acesso a sinal de internet gratuito e de qualidade. Será essa a realidade do estudante brasileiro dos cursos de direito das instituições públicas? Fica a reflexão.

3. DESAFIOS DO MUNDO JURIDICO DIGITAL

Em que pese a inteligência artificial possa propiciar maior celeridade e eficiência em atividades repetitivas e burocráticas, classificando ações ajuizadas indicando procedentes em julgados similares, A possibilidade de decisão judicial com robô ainda traz algumas dúvidas não só do ponto de vista hermenêutico como também do ponto de vista processual.

Um dos principais motivos é a opacidade decisória e a ausência de controle acerca de possíveis vieses discriminatórios. O Tribunal Distrital de Haia na Holanda proferiu uma sentença, em 5 de fevereiro de 2020, em que estabeleceu que um sistema algorítmico usado pelo Governo para avaliar o risco de fraude na segurança social ou financeira, não atende aos requisitos de proporcionalidade e transparência necessários e viola as disposições sobre respeito à privacidade que reconhecem o artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²³

Dessa forma se faz necessário a adoção de critérios éticos no desenvolvimento de algoritmos de Inteligência Artificial, mesmo que alguns tenham percebido que a ausência de transparência e de ética na feitura de software e hardware é algo um tanto proposital, seja com foco na vigilância estatal ou para processamento de dados por parte das empresas.²⁴

De todo modo, os juristas já demonstram a preocupação quanto ao reconhecimento de princípios orientativos no desenvolvimento e utilização de Inteligência Artificial, tais como: princípio de respeito aos direitos fundamentais, princípio da não discriminação, princípio da qualidade e segurança, princípio da transparência, imparcialidade e justiça.²⁵

²³ FERNANDES, Carlos B. Primeira decisão europeia que declara ilegal um algoritmo para a avaliação das características pessoais dos titulares de dados. Disponível em: Acesso em 29 de maio de 2022

²⁴ ASSANGE, Julian... [et al]. Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet. São Paulo: Boitempo, 2013.

²⁵ LAGE, Fernanda de Carvalho; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. A Inteligência Artificial nos Tribunais brasileiros: princípios éticos para o uso de IA nos sistemas judiciais. In: Henrique Alves Pinto, Jefferson Carús Guedes, Joaquim Portes de Cerqueira César (Coord.). Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

Esses temores se aprofundam quando se observa a necessidade de implementação do princípio constitucional da motivação das decisões que implica na opção de um método interpretativo em detrimento dos demais mediante o emprego de técnicas de argumentação jurídica.

Seguindo essa trilha, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 332, que “Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências” de forma que aquelas diretrizes foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro e devem ser observadas no Judiciário.²⁶

No Brasil, o Projeto de Lei nº 21/20 que dispõe sobre o marco legal do desenvolvimento e o uso da inteligência artificial foi recentemente aprovado pela Câmara dos Deputados e segue tramitando junto ao Senado Federal, com grande expectativa de aprovação. O marco legal da inteligência artificial estabelece princípios, direitos e instrumentos de governança para a inteligência artificial e tem como principal fundamento o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos de igualdade, pluralidade, privacidade de dados e não discriminação. Os avanços oriundos da inteligência artificial deverão obedecer ao princípio da transparência relacionada ao seu uso e funcionamento.²⁷

O marco legal regulatório se faz necessário para impor limitações sobre acesso aos dados pessoais os usuários das plataformas digitais e o

²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2019. Brasília: Anual, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: 9 de maio de 2022

²⁷ BRASIL. Lei nº 21/2020. Projeto de Lei cria o Marco Civil da Inteligência Artificial e estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e aplicação da inteligência artificial no Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 de maio de 2022

seu consequente uso, compartilhamento e negociação, combatendo a crescente e complexa opacidade do ambiente global do fluxo de dados públicos e privados trocados diariamente nas plataformas digitais, fortalecendo o direito à privacidade dados dos usuários.

Da mesma forma se faz necessário, a consolidação de órgão reguladores com poder de exigir a devida adequação por parte daqueles que controlam o fluxo de dados através de mecanismos de fiscalização e controle rigorosos, a fim de conter o risco potencial de dano ao direito humano fundamental a privacidade de dados dos usuários tendo em vista o constante e crescente desenvolvimento da inteligência artificial como instrumento eficaz de mapeamento do comportamento dos usuários no Cyber espaço.

Quanto mais avanço da tecnologia, maior risco de lesão ao direito privacidade dos usuários, e maior também a responsabilidade dos Estado em estabelecer medidas regulatórias e protetivas contra qual ação preditiva dos algoritmos utilizados pela tecnologia da inteligência artificial que possam ser utilizadas como produto de categorização e discriminação da pessoa humana.

A Inteligência artificial poderá provocar graves problemas de perdas de emprego e a crescente desigualdade tanto doméstica como entre países. Milhões de empregos na pirâmide econômica poderão desaparecerem, como computadores trabalhadores como advogados, analistas de assistentes jurídicos e até magistrados.²⁸

²⁸ LEE, Kai Fu. Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comportamos e vivemos. Tradução Marcelo Barbão. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Globo Livros, 2019

A Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do Alto Comissariado dos Direitos Humanos recomendou extremo cuidado no uso aplicativos de inteligência artificial que não estejam de acordo com a legislação Internacional de direitos humanos. Muito embora as novas tecnologias da informação possam trazer incalculáveis avanços na área científica um grande desafio e garantir os padrões mínimos de privacidade estabelecidos pelos Marcos regulatórios nacionais e internacionais com especial atenção aos direitos humanos.²⁹

O desenvolvimento exponencial da inteligência artificial com o uso de algoritmos no poder judiciário em tarefas administrativas e burocráticas poderá também ser utilizada para julgar processos complexos substituindo-se o magistrado pela máquina? O juiz robô é o novo juiz Hercules?

A aplicação do direito ao caso concreto não é uma formula matemática precisa. Cada caso tem sua peculiaridade e na grande maioria das vezes a solução é bem mais complexa do que a aplicação direta da lei conforme a teoria positivista. Portanto, foi da discordância de Dworkin da teoria positivista nasce a ideia do juiz Hércules.³⁰

É justamente em relação aos casos difíceis, não solucionados com a simples subsunção de regra que a discussão toma corpo. Para o positivismo tradicional, a inexistência de regra aplicável ao caso concreto habilita o magistrado a criar um direito uma vez que Hart, não estabeleceu parâmetros que pudessem nortear o julgador na decisão dos

²⁹ ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/103544-chefe-de-direitos-humanos-da-ONU-pede-moratória-para-inteligência-artificial>. Acesso em 8 de junho de 202

³⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010

casos difíceis, permitindo assim que cada juiz ou tribunal a partir da discricionariedade emitisse suas decisões.³¹

Dworkin refuta esse argumento sob a justificativa de que esse poder confere ao juiz ampla margem para criação de novos direitos e um alto e perigoso grau de subjetividade. Ademias criar um direito excede as atribuições do magistrado que não é eleito democraticamente e não tem poder para realizar uma função típica do poder legislativo.

Dessa forma a teoria da discricionariedade judicial de Hart não pode ser justificada num Estado democrático, uma vez que o exercício de poderes típicos do legislativo pelos juízes, os quais não são eleitos pelo voto, desvirtua o princípio democrático da soberania popular.³²

O Supremo Tribunal Federal aplica a teoria do Juiz Hercules de Dworkin aos hard cases. Como exemplo destaca-se a concessão de benefícios previdenciários a casais homoafetivos diante da omissão normativa. em julgamento de descumprimento de preceito constitucional (ADPF) de número 132 do Rio de Janeiro, a corte constitucional fundamentou se eu posicionamento utilizando como base os princípios da equidade, da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade.³³

Segundo Alexy Atividade de julgar é muito mais complexa do que a mera escolha da norma que será aplicada ao caso concreto. Para tanto será preciso aplicar a regra ou princípio ao caso concreto de forma

³¹ HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996

³² DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADPF 132. Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em 04 de maio de 2022.

fundamentada. O fundamento do direito não é nem formal nem material, mas sim procedimental. Portanto, diante de um mesmo caso as regras do discurso jurídico permitem que se chegue a conclusões racionais fundamentadas e eventualmente incompatíveis entre si.³⁴

Para Gadamer em *Verdade e método* a interpretação, a compreensão da linguagem a experiência e as tradições são critérios relevantes para a hermenêutica influenciam diretamente a forma de compreensão do intérprete. a compreensão e interpretação dependem da existência do homem no mundo por isso a estrutura temporal histórica de quem irá interpretar é fundamental pois está carregado de significação. somente os seres humanos são determinados pela sua vinculação direta com a experiência vivida.³⁵

Sendo assim, as novas tecnologias da informação aplicadas com o uso de algoritmos podem garantir maior celeridade a atos meramente burocráticos garantindo também considerável redução de custo processuais. Resta saber se as máquinas serão capazes de um dia interagir com o meio social e se os cursos de direito formarão profissionais qualificados para atuar no universo tecnológico.

CONCLUSÃO

Os cursos jurídicos chegam a era digital com a inclusão de novas tecnologias da informação e da comunicação e da exigência de novas habilidades aos profissionais da área jurídica. O que poderia ser

³⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Andy, 2001.

³⁵ GADAMER, Hans-George. Verdade e método. Tradução de Fabio Paulo Meurer: 6ª edição. Rio de Janeiro: Vozes, 2005

denominado de crise do ensino jurídico é na verdade o seu renascimento, com distanciamento cada vez maior do método tradicional, opressor e hierarquizado, onde o professor era o centro do processo ensino aprendizagem. O conhecimento bancário (deposito de informações) já não é eficiente diante da diversidade metodológica e do avanço tecnológico de plataformas e aplicativos.

A tecnologia da informação e a inteligência artificial exercem forte impacto no mundo moderno, aproximando a ficção da realidade e contribuindo de forma exponencial com os avanços científicos os mais diversos setores do conhecimento humano. A tecnologia aplicada ao poder judiciário garante maior rapidez e eficácia na prestação jurisdicional.

A pesquisa apontou para vários aplicativos utilizados por escritórios de advocacia, membros do Poder Judiciário, Ministério Público e por empresas que analisam dados com a utilização de algoritmos capazes de análise preditiva de decisões e desenvolver soluções em jurimetria. Contudo, a investigação também identificou, que os cursos jurídicos ainda não estão formando profissionais aptos a utilizar as inovações tecnológicas. As atividades comuns ao universo jurídico tais como cumprimento de processos gestão de prazos elaboração de minutas de documentos e audiências virtuais ainda não fazem parte de grande parte das grades curriculares os cursos de direito no Brasil.

A tecnologia da informação avança de forma exponencial e demanda estudo de impacto dos benefícios da inteligência artificial junto ao Poder Judiciário. Por um lado há um ganho na produtividade

de tarefas repetitivas da classificação de processos e em despachos de mero expediente, por outro é prudente que tal utilização seja sólida e confiável, sem qualquer risco aos direitos humanos e fundamentais.

Toda essa precaução se deve ao fato de que o sistema de inteligência artificial utilizado pelo judiciário para produzir decisões judiciais não são suficientemente transparentes quanto à possibilidade que discriminação algorítmica e a produção que decisões equivocadas e injustas nocivas a sociedade vulnerável aos padrões impostos pela máquina.

O Poder Judiciário enfrenta forte demanda de ações e carece de maior estrutura para fornecer efetiva prestação jurisdicional. A sociedade reclama por soluções mais ágeis e padrões decisórios, mas claros na interpretação e aplicação do direito, assim como instrumentos de controle sobre as inovações tecnológicas disponibilizadas pela inteligência artificial que possam colocar a salvo os direitos e garantias fundamentais.

Por fim, a utilização de sistemas de inteligência artificial no processo de tomada de decisão judicial deve se afastar de um padrão previamente definido equivalente ao positivismo clássico e soluções meramente mecânicas dissociado do caso concreto, com a garantia de motivação e fundamentação com base na interpretação e aplicação da lei ao caso concreto

REFERENCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). Disponível em <https://www.gov.br/agu/pt-br>. Acesso em 10 de outubro de 2022

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Andy, 2001.
- ASSANGE, Julian... [et al]. **Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet**. São Paulo: Boitempo, 2013.
- BBC NEWS. **Deep Blue vs Kasparov**: How a computer beat best chess player in the world - BBC News. 2017. Disponível em: <https://youtu.be/KF6sLCeBj0s>. Acesso em 6 jun. 2022.
- BENQUET, Loïs; DUVELLEROY, Matthieu. **Airbus concludes ATTOL with fully autonomous flight tests**. AIRBUS. 2020. Disponível em: <https://www.airbus.com/newsroom/press-releases/en/2020/06/airbus-concludes-attol-with-fully-autonomous-flight-tests.html>. Acesso em: 6 jun. 2022
- BRASIL. Lei nº 21/2020. **Projeto de Lei cria o Marco Civil da Inteligência Artificial e estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e aplicação da inteligência artificial no Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 de maio de 2022
- BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. **Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito por meio da resolução nº 2 de 19 de abril de 2021**. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>. Acesso em Maio de 2022
- CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. **Debate atual sobre reforma do ensino jurídico não é estimulante**. Consultor Jurídico, 3 jun. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-03/debate-actual-reformaensino-juridico-nao-estimulante>. Acesso em: 20 dezembro 2022
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2019**. Brasília: Anual, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: 16 de abril de 2022
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010
- ENGEN, B. K. **Understanding social and cultural aspects of teachers' digital competencies**. Comunicar, v. 27, n. 61, p. 9–19, 1 out. 2019.
- FERNANDES, Carlos B. **Primeira decisão europeia que declara ilegal um algoritmo para a avaliação das características pessoais dos titulares de dados**. Disponível em: Acesso em 29 de maio de 2022

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método**. Tradução de Fabio Paulo Meurer: 6ª edição. Rio de Janeiro: Vozes, 2005

GIL, Antonio C. **Metodologia do Ensino Superior**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597023954. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023954/>. Acesso em: 13 set. 2022

GRANADOS, A. C.; DÍAZ, K. Y. A. **Competencias digitales docentes**: un acercamiento inicial. Revista Electrónica Calidad en la Educación Superior, v. 11, n. 1, p. 47–80, 2020.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996

LAGE, Fernanda de Carvalho; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **A Inteligência Artificial nos Tribunais brasileiros**: princípios éticos para o uso de IA nos sistemas judiciais. In: Henrique Alves Pinto, Jefferson Carús Guedes, Joaquim Portes de Cerqueira César (Coord.). Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

LEE, Kai Fu. **Inteligência artificial**: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comportamos e vivemos. Tradução Marcelo Barbão. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Globo Livros, 2019

MANHEIM, Karl; KAPLAN, Lyric. **Artificial Intelligence**: Risks to Privacy and Democracy. The Yale Journal of Law & Technology. New Haven, Connecticut. v.21. 2019. p.106-188. Disponível em: https://yjolt.org/sites/default/files/21_yale_j.l._tech._106_0.pdf. Acesso em: 6 jun. 2022.

MANHEIM, Karl; KAPLAN, Lyric. **Artificial Intelligence**: Risks to Privacy and Democracy. The Yale Journal of Law & Technology. New Haven, Connecticut. v.21. 2019. p.106-188. Disponível em: https://yjolt.org/sites/default/files/21_yale_j.l._tech._106_0.pdf. Acesso em: 6 jun. 2022.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/103544-chefe-de-direitos-humanos-da-onu-pede-moratoria-para-inteligencia-artificial>. Acesso em 10 de abril de 2022

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/103544-chefe-de-direitos-humanos-da-onu-pede-moratoria-para-inteligencia-artificial>. Acesso em 8 de junho de 2022

PÉREZ, M. A.; DELGADO, Á. **From Digital and Audiovisual Competence to Media Competence**: Dimensions and indicators. *Comunicar*, v. 20, n. 39, p. 25–34,

RODAK, Lidia. **Bringing emotions into legal education through the experimental learning model**: a proposal. *Oñati Socio-legal Series* [online], v. 7, n. 8, p. 1661- 1678, 2017

SALDANHA, Nelson. **Sociologia da educação**. Rio de Janeiro: Aurora, 1980]

SOUZA, Joyce (org.). **A sociedade de controle**. São Paulo: Hedra, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADPF 132. Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em 04 de maio de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAOL (STF). Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>. Acesso em 20 de outubro de 2022

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em 30 de abril de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTICA DO RIO GRANDE DO NORTE. Disponível em <https://www.tjrn.jus.br/>. Acesso em 4 de outubro de 2022

3

RESPONSABILIDADE CIVIL EM PUBLICIDADE MÉDICA

*Karenina Carvalho Tito*¹
*Carolina Silva Mildemberger*²

INTRODUÇÃO

As mídias sociais trouxeram dinamismo e agilidade na propagação da informação, potencializando-se as capacidades comunicativas dos indivíduos. Os *smartphones* e outros equipamentos tecnológicos de fácil transporte e o aperfeiçoamento da internet no Brasil – desde dos pontos de *wi-fi* gratuito em locais públicos ao implemento das redes 4G e, atualmente, a 5G – fizeram com que as redes sociais passassem a ter um papel fundamental no cotidiano dos brasileiros³.

Considerando o mercado de consumo, para atrair a atenção dos usuários, as empresas e os prestadores de serviços precisam “abrir caminho na mata densa, escura, espalhada e ‘desregulamentada’ da competitividade global e chegar à ribalta da atenção pública, os bens,

¹ Advogada. Professora. Mestre e Doutoranda pela Universidade de Coimbra. Investigadora colaboradora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Associada do IBERC (Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil). Membro do Grupo de pesquisa “Direito da Saúde e Empresas Médicas” (Unicuritiba). Presidente da Comissão de Responsabilidade Civil da OAB/PI.

² Jornalista. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Curitiba (Unicuritiba). Membro do Grupo de pesquisa “Direito da Saúde e Empresas Médicas” (Unicuritiba). Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Estagiária de pós-graduação.

³ SANTAELLA, Lucia. O paradigma do sensível na comunicação. *Revista Comunicação Midiática*, v. 11, n. 1, 2016, p. 17-28.

serviços e sinais devem despertar desejo e, para isso, devem seduzir os possíveis consumidores e afastar seus competidores”.⁴

A população brasileira é de aproximadamente 214.7 milhões, e 171.5 milhões de brasileiros utilizam algum tipo de rede social de forma ativa, segundo a pesquisa “Digital in 2022”.⁵ Isso demonstra que a publicidade *on-line* possui um potencial de alcance superior aos métodos tradicionais de publicidade, como televisão e banners.

Diferentemente das formas clássicas de publicidade anteriormente descritas, o meio digital torna o processo de informação mais participativo, principalmente com a produção de conteúdo que, não somente entrega de modo instantâneo as informações, como também coleta do usuário a “paixão” do momento, o sentimento resultante do fato⁶. Com isso, a publicidade *on-line* se torna interessante no viés no qual o indivíduo, inflamado por suas “paixões”, também se torna um potencial consumidor, com a oportunidade de interagir diretamente com o anunciante do serviço, aprofundando o relacionamento consumidor/fornecedor⁷. Inclusive essa intensa interação fez com que o próprio consumidor se tornasse um instrumento da publicidade online, por exemplo, ao comentar sobre o produto adquirido ou “repostar” o anúncio⁸.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

⁵ DataReportal (2022). **Digital 2022: Brazil**. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-brazil>. Acesso em: 15 abr. 2022.

⁶ SANTAELLA, op. cit..

⁷ ALVES, Marcia Nogueira, ANTONIUTTI, Cleide Luciane e FONTOURA, Mara. **Mídia e produção audiovisual: uma introdução**. 20 ed. Curitiba: Ibpex, 2008.

⁸ DOS SANTOS GONZALES, Lucilene; SERIDÓRIO, Daniele Ferreira. Publicidade *on-line*: comunicação interativa. **Revista Extraprensa**, v. 9, n. 1, p. 139-148, 2015.

Os profissionais de saúde, enquanto prestadores de serviços médicos e da saúde, aderiram ao *marketing* e à publicidade no meio digital, em especial, nas redes sociais, graças à maior oportunidade de se conectarem com seus (potenciais) pacientes, mantendo-os informados sobre os seus serviços⁹.

No entanto, esses profissionais devem atentar-se quanto aos limites éticos e jurídicos da publicidade, de modo a evitar a responsabilização civil proveniente de quebra de expectativa ou vício no consentimento informado do paciente, tema que será abordado neste trabalho.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PUBLICIDADE MÉDICA

A priori, a publicidade é a prática de difundir um texto que tem como objetivo influenciar alguém a comprar determinado produto, segundo o próprio dicionário Aurélio da Língua Portuguesa¹⁰. Pode-se definir como conceito de publicidade o seguinte entendimento:

“[...] é conceituada como a arte de tornar público, divulgar um fato ou uma idéia, já com objetivos comerciais, uma vez que pode despertar o desejo de compra, levando-o à ação. É um conjunto de técnicas de ação coletiva com o propósito de tornar conhecido um produto, um serviço, uma marca, promovendo assim uma atividade comercial.”¹¹

⁹ MILDEMBERGER, Carolina Silva; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Publicidade médica nas mídias sociais: proposta de um modelo contemporâneo no Brasil. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela (coord.). **Debates contemporâneos em direito médico e da saúde**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 401

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5 ed. Curitiba: Positivo, 2014.

¹¹ GONÇALEZ, Márcio Carbaca. **Publicidade e propaganda**. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2009. p. 7

Verifica-se um caráter mais comercial de divulgação, diferentemente da propaganda que possui um viés ideológico, sendo definida enquanto “ações de atividades ideológicas que tendem a influenciar o homem, com objetivo político, cívico ou religioso”. Portanto, não há o mesmo fator econômico no conceito, sendo somente o ato de propagar ideias, princípios e teorias¹². Apesar de existir uma diferença entre publicidade e propaganda, neste artigo, adotaremos tais termos como sinônimos, conforme entendimento do Conselho Executivo de Normas-Padrão, um dos órgãos regulamentadores da comunicação no Brasil.

Primeiramente, ressalta-se que os anúncios publicitários brasileiros, no geral, devem observar o Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária e ocorrer de forma transparente, verdadeira e com o respeito à dignidade da pessoa humana¹³:

“Aos anunciantes, às agências de publicidade e ao veículo de divulgação, recai a responsabilidade junto ao consumidor pelos anúncios, podendo ser penalizados por meio de advertência, recomendação de alteração ou correção de anúncio ou até mesmo retirada da divulgação pelo CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.”¹⁴

¹² GONÇALEZ, op. cit., p. 7

¹³ MILDEMBERGER; PEREIRA, op. cit, p., p. 412.

¹⁴ Artigo 50, CONAR. Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades: advertência; recomendação de alteração ou correção do Anúncio; recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas. § 1º – Compete privativamente ao Conselho de Ética do CONAR apreciar e julgar as infrações aos dispositivos deste Código e seus Anexos e, ao Conselho Superior do CONAR, cumprir e fazer cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética em processo regular. § 2º – Compete privativamente ao Conselho Superior do CONAR alterar as disposições deste Código, bem como alterar, suprimir e acrescentar-lhe anexos.

A publicidade médica, por sua vez, é definida pelo Código de Ética Médica como “qualquer meio de divulgação, de atividade profissional de iniciativa, participação ou anuência do médico.”¹⁵

Ela atinge uma relação extremamente delicada entre o médico e o paciente, geralmente em momentos de extrema fragilidade deste último. Esta relação é, em regra, contratual, mas predominantemente existencial, e há participação ativa de ambos os agentes, com surgimento de direitos e deveres não patrimoniais como o de sigilo, de confidencialidade, de informação, de cuidado,¹⁶ motivo pelo qual é imprescindível a efetiva troca de informações e comprometimento.¹⁷

Com a Lei de Liberdade Econômica, Lei nº 13.874/2019, questionou-se acerca da possibilidade dessas normas serem afetadas, de forma que seria assegurada a liberdade e haveria menos intervenção estatal nas atividades econômicas. A princípio, a própria lei ressalva os casos em que há norma específica regulamentando, como é o caso da publicidade médica, uma vez que possuem força normativa e “[...] são editadas com amparo na própria Constituição Federal que confere poder de polícia ao Conselho Profissional (art. 5º, XIII)”¹⁸. Ademais, o CFM se pronunciou acerca da Lei de Liberdade econômica, no sentido de sua não

¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. **Resolução CFM nº 1.974/11**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2011/1974>. Acesso em: 14 abr. 2022.

¹⁶ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Relação Médico-Paciente: o Respeito à Autonomia do Paciente e a Responsabilidade Civil do Médico pelo Dever de Informar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo e GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 303

¹⁸ MILDEMBERGER; PEREIRA, op. cit., p. 415.

incidência tendo em vista que não se trata de uma atividade econômica/financeira¹⁹.

De modo geral, o Código de Ética Médica dispõe nos artigos 111 a 117 acerca da publicidade, considerando os seus limites e estabelecendo o caráter exclusivo de esclarecimento e educação da sociedade. A Resolução nº 1.974/11 do CFM estabeleceu os critérios norteadores da propaganda em medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. No âmbito das mídias sociais, as Resoluções nº 2.126/15 e 2.133/2015 buscaram definir o comportamento adequado dos médicos nas redes sociais e proíbe a divulgação de técnicas não consideradas válidas pelo CFM²⁰.

No entanto, com a rapidez e fluidez da internet e das mídias sociais, as “recentes” Resoluções não conseguiram atender ao novo contexto digital, sendo necessária a abertura de processo de consulta pública pelo CFM para colher sugestões de médicos e entidades representativas do segmento tendo por objetivo o aperfeiçoamento das normas que regulamentam a propaganda e a publicidade médicas²¹.

¹⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **CFM informa: regras de publicidade e propaganda médicas permanecem válidas**. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28448:2019-09-25-19-28-50&catid=3, Acesso em: 25 mar. 2022.

²⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 2.126/15. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2126>. Acesso em: 15 abr. 2022.

²¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **CFM realiza consulta pública sobre publicidade médica até o início de março**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28582:2020-01-31-18-53-25&catid=3, Acesso em: 25 mar. 2022.

Entre as restrições que envolvem a publicidade médica, merecem destaque: a exposição da imagem²² do paciente pelos médicos, a reprodução pelo paciente dos serviços médicos em mídias sociais, divulgação de tratamentos e procedimentos sem o reconhecimento científico, publicação dos valores de consulta e a simulação de especialidades médicas.

Então, o grande desafio para os profissionais de saúde é fazer publicidade, com fins de se manterem no competitivo mercado num constante contato com (potenciais) pacientes e, ao mesmo tempo, agir de forma ética e cumprindo a legislação vigente. Os médicos precisam adequar suas técnicas de captação de pacientes no mundo digital aos preceitos éticos e legais, para que não cometam infrações éticas e/ou ilícitos civis.

O profissional deve se atentar no que produz de conteúdo para o seu consumidor/paciente, principalmente no ambiente virtual, local propenso a produzir efeitos diversos ao que se pretende.²³ O que poderia ser considerado inofensivo como a publicação do relato de um paciente satisfeito pode levar a consequências indesejadas como a repreensão do Conselho de Classe, por causa do não cumprimento da norma vigente pela referida resolução. Além disso, esta conduta pode até acarretar a eventual responsabilidade civil criada pela expectativa de resultado

²² A respeito do tema, cabe fazer referência à Resolução nº 148/2006 do CRM-PR, que define normas para elaboração de documentação científica de exposição de imagens televisivas de pacientes, destinadas ao público leigo, e que veda a divulgação de qualquer documentação, seja por fotografia ou por imagens dinâmicas de forma comercial pelo profissional médico envolvido no caso (art. 7º).

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: teoria geral da responsabilidade civil e responsabilidade civil em espécie**. Volume 3. Editora JusPodivm: Salvador, 2014.

similar ao que tinha sido apresentado nas redes sociais, o que será posteriormente abordado no trabalho.

Qualquer pessoa que acesse as redes sociais (Instagram, Facebook, Twitter, Tik Tok etc.) pode verificar claramente que as normas éticas são frequentemente descumpridas. Com isso, além da punição administrativa pelos Conselhos Regionais e Federal de Medicina, se indaga quanto à possibilidade da responsabilização civil do médico infrator.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Consideradas as questões éticas no exercício da medicina, necessária a análise da responsabilidade civil destes profissionais. De modo geral, a responsabilidade repousa no estatuto da culpa, cabendo à vítima o ônus probatório para se obter a devida reparação²⁴:

“A responsabilidade do profissional da medicina – tirante poucas exceções – não poderá jamais se divorciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de se qualificar a conduta do médico como lesiva e apta a gerar obrigação de indenizar”²⁵

A responsabilidade médica possui natureza contratual, ainda que o Código Civil a encaixe nos atos ilícitos, existe a possibilidade da origem não ser de um contrato como, por exemplo, o médico que atende alguém desmaiado na rua²⁶. Subjetiva, é calcada na culpa (*stricto sensu*),

²⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2019. p. 79.

²⁵ NETO, op. cit., p. 51

²⁶ Ibid., p. 91-92

conforme os artigos 186, 927, caput e 951 do Código Civil, e do art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor²⁷. Ressalta-se que, ainda que o Código Civil de 2002 seja mais recente que o artigo previsto no Código de Defesa do Consumidor, o último não perderá vigência tendo em vista o princípio da especialidade²⁸.

Naturalmente, o médico não busca o prejuízo da vítima, mas ao causar o dano devido o desvio do modelo ideal de conduta, estará agindo de forma negligente, imprudente ou imperita²⁹. Nesse aspecto, a jurisprudência esclarece:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL DE CIRURGIÃ-DENTISTA E DE MÉDICO ANESTESISTA - CULPA INEXISTENTE - Não pode haver presunção de culpa, unicamente porque sobreveio a morte do menor após a cirurgia destinada à correção da arcada dentária, hora e meia após ingressar na sala de recuperação. A culpabilidade somente pode ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, de negligência ou de imperícia, devidamente demonstrados. Se os profissionais se utilizaram de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados com os

²⁷ Art. 186, do CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927, do CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 951, do CC. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Art. 14, do CDC. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

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

²⁸ GAGLIANO; PAMPLONA, op. cit., p.298

²⁹ BONNA, Alexandre; NOGAROLI, Rafaella; USCOCOVICH, Carolina Martins. Funções da responsabilidade civil médica e o dano moral por erro médico: análise doutrinária e jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entre os anos de 2013 e 2017. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella (coord.).

Debates contemporâneos em direito médico e da saúde. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 263

habituais cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irretorquível poderá levar à indenização pleiteada. Não tendo sido demonstrado o nexo causal entre a cirurgia e o evento morte, correta esteve a sentença, dando pela improcedência da ação. Apelação improvida.³⁰

A critério de distinção, é possível dividir a culpa *stricto sensu* na responsabilidade médica em três aspectos passíveis de serem ressarcidas. A negligência é um ato omissivo caracterizada pela indolência, inércia, passividade, tendo como exemplos o abandono de paciente, omissão de tratamento e até mesmo a receita indecifrável pela letra do médico³¹. Na imprudência se observa a culpa omissiva, ou seja, o profissional não utiliza da cautela e toma atitudes precipitadas, sem justificativa³². A imperícia demonstra a “[...] falta de observação das normas, a deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático.”³³

Destaca-se também a questão do consentimento do paciente. A intervenção médica pode ser correta, mas o médico falha na comunicação de riscos, tratamentos, diagnósticos, entre outros, surgindo aqui a culpa pela ausência de dados ou apresentação de informação enganosa. Logo, há quebra do direito à autonomia e consentimento informado do paciente, uma vez que “[...] a autodeterminação do paciente somente é verdadeiramente exercida quando as informações prestadas são específicas, para o caso concreto

³⁰ TJRS, Rel. Des. Flávio Pâncaro da Silva, RJTJRS 146/340.

³¹ KFOURI, op.cit., p. 114

³² Ibid., p. 119

³³ Ibid., p. 121

daquele paciente específico, e não genéricas.”³⁴. Esse tópico será melhor explorado quando tratar das obrigações na publicidade médica.

Quanto à quantificação da indenização, não há necessidade de se averiguar gravidade na culpa do médico, bastando que ela seja certa³⁵, conforme prevê o artigo 944, parágrafo único, do CC³⁶. Além disso, deve existir o prejuízo, o dano causado pela conduta médica para se obter o ressarcimento:

“Ataz López afirma não bastar para a existência da responsabilidade civil que uma ação ou omissão sejam qualificadas de culposas – é indispensável que a imprudência, imperícia ou negligência tenham causado dano a outrem. O dano revela-se, assim, elemento constitutivo da responsabilidade civil, que não pode existir sem ele – caso contrário nada haveria a reparar.”³⁷

Nesse sentido, é imprescindível comentar sobre os danos médicos indenizáveis, uma vez que “[...] despertam especial atenção porquanto atingem a vida e a saúde humanas, que estão dentre nossos bens mais valiosos. São danos, em boa medida, irreversíveis”³⁸, sendo eles divididos entre danos físicos, materiais, morais e estéticos.

Evidentemente, os danos físicos assumem maior relevância nesta seara, com elementos variáveis que deverão ser indenizados

³⁴ BONNA; NOGAROLI; USCOCOVICH, op. cit., p.267

³⁵ KFOURI, op. cit., p. 105

³⁶ Art. 944, do CC. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

³⁷ KFOURI, op. cit., p. 142

³⁸ ROSENVALD, Nelson, et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 1319

separadamente, como uma situação de invalidez permanente ou temporária³⁹.

Os danos materiais, de caráter patrimonial, são consequências dos danos físicos, uma vez que se busca a indenização de lucros cessantes, despesas médico-hospitalares, medicamentos⁴⁰, entre outros aspectos que não seriam necessários se não houvesse o dano:

“Além disso, é nuclear o conceito de dano patrimonial em sua configuração naturalista e puramente material do prejuízo sofrido pelo ofendido. Em vez de centrá-lo na lesão a um interesse, culmina por deslocar a discussão para o campo das consequências econômicas da ofensa, da alteração negativa de uma situação financeira, ou seja, o bem em si mesmo, antes e depois da lesão (sem se ater simplesmente à situação da pessoa em relação ao bem jurídico e à possibilidade dele de lhe servir para a satisfação de uma necessidade). Esse é o interesse do ofendido a ser tutelado pelo ordenamento, uma noção jurídica e não eminentemente naturalística.”⁴¹

O dano moral vai além da dor sofrida pelo paciente, o mal-estar advindo do procedimento imperfeito, até mesmo o afastamento da atividade profissional⁴², verifica-se na própria lesão à dignidade da pessoa humana, parte da própria essência do ser humano⁴³. Conceitualmente, trata-se “[...] como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.”⁴⁴

³⁹ KFOURI, op. cit., p. 142

⁴⁰ KFOURI, op. cit., p. 143

⁴¹ ROSENVALD, op. cit., p. 312

⁴² KFOURI, op. cit., 143

⁴³ ROSENVALD, op. cit., p. 364

⁴⁴ Ibid., p. 366

“Devemos alertar que ao definirmos o dano extrapatrimonial como a lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela, não pretendemos com essas palavras afirmar que só haverá dano moral quando a lesão for grave, ou seja, a partir do momento em que se constate a severidade da ofensa. Aliás, essa é a posição atual de nossos tribunais. Definitivamente repelimos essa ideia, por uma razão singela: todo dano a uma situação existencial é intrinsecamente grave. Qualquer ofensa a um bem jurídico da personalidade é séria e, se objetivamente constatada, caracterizará o dano moral.”⁴⁵

Por fim, o dano estético trata-se de uma ofensa à integridade física, com o elemento de permanência, ou seja, uma lesão com efeitos prolongados, não transitória ou sanável⁴⁶. Se o dano for sanável, a ofensa é subsumida pelo dano patrimonial ou moral (ou ambos), não havendo o dano estético autônomo. Ressalta-se que essa lesão vai além do “belo”, demonstrado por Rosenvald⁴⁷:

“Para além da visão clássica do dano estético como a desfiguração do ofendido por uma enorme cicatriz ou aleijão, deve ele ser identificado também naqueles casos em que há uma permanente mitigação da pessoa de se servir de seu corpo de forma eficiente. Exemplificando, uma ofensa que conduza a vítima à surdez – com perda ou considerável redução do sentido da audição – será um dano estético, sem que se possa vislumbrar o “enfeamento”, que pode advir da amputação de um membro. O mesmo se diga de um atropelamento cujo dano consistiu na perda do baço da vítima. Vale dizer, urge dissociar o dano estético da subjetividade do binômio belo/feio para compreendê-lo na instância objetiva de uma degradação da

⁴⁵ Ibid., p. 370

⁴⁶ ROSENVALD, op. cit., p. 483

⁴⁷ ROSENVALD, op. cit., p. 484

integridade física da vítima, amparada em laudo médico comprovador de uma ofensa que provoque mutação morfológica na vítima.”

Feita essa breve ponderação sobre a responsabilidade civil médica, passa-se à análise das obrigações do profissional perante o paciente, principalmente quando tange ao consentimento informado do paciente na publicidade.

3 OBRIGAÇÃO DO MÉDICO PERANTE A PUBLICIDADE MÉDICA

Essencialmente, o Direito regula as relações patrimoniais entre um credor e devedor, este incumbido pelo dever de cumprir, de forma espontânea ou não, uma prestação de dar, fazer ou não fazer⁴⁸, de modo que “[...] o exercício do ofício pressupõe, em condições normais, a interatividade da realização de um negócio jurídico, em que o profissional se obriga a realizar determinada atividade pactuada.”⁴⁹. Logo, verifica-se que na relação de prestação de serviços médicos, o credor será o paciente enquanto o devedor, aquele que tem que fazer o serviço, será o médico.

Considerando que a relação médico-paciente surge de um contrato e que dela deriva um dever, é preciso fazer a devida distinção entre as obrigações de meio e resultado, ambas cabíveis no exercício médico.

A obrigação de meio “[...] é aquela em que o devedor se obriga a empreender a sua atividade, sem garantir, todavia, o resultado

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: obrigações. V.2. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. p.45-46

⁴⁹ Id., 2019. p. 295

esperado”⁵⁰, devendo o profissional agir de modo prudente e diligente o suficiente para o exercício daquela função, sem a vinculação com o resultado⁵¹.

Habitualmente, seria esse o caso do médico, devendo este assegurar as melhores técnicas e meios possíveis para obtenção da cura do paciente, não sendo necessária (ou possível) a garantia e vinculação com o resultado⁵², ou seja, a própria cura:

“As obrigações do médico, em geral, assim como as do advogado, são, fundamentalmente, de meio, uma vez que esses profissionais, a despeito de deverem atuar segundo as mais adequadas regras técnicas e científicas disponíveis naquele momento, não podem garantir o resultado de sua atuação (a cura do paciente, o êxito no processo).”⁵³

Logo, o paciente deverá provar que o médico não atuou conforme o grau de diligência exigível⁵⁴. Nesse aspecto, encontram-se contempladas as especialidades médicas cujo objetivo seja a cura direta do paciente (cardiologia, cirurgia geral, entre outras), devendo o profissional sempre observar a *lex artis*, “[...] no estado de

⁵⁰ Ibid., p. 295

⁵¹ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - NULIDADE DO JULGADO - INOCORRÊNCIA DE CULPA. 1 - Rejeita-se a alegação de nulidade do julgado quando a matéria foi amplamente examinada, não estando o juiz obrigado a examinar todas as alegações das partes, desde que já tenha encontrado motivo suficiente para o deslinde da controvérsia. 2 - Mostrando-se adequado o tratamento médico para a espécie, tendo o médico prestado os esclarecimentos necessários, não se vislumbra culpa capaz de autorizar condenação por danos morais e materiais. 3 - A assistência médica não é uma obrigação de resultado, mas sim de meio, responsabilizando-se o médico tão-só pelo tratamento adequado. 4 - Recurso não provido. Maioria.

(TJ-DF - AC: 20000750026364 DF, Relator: ASDRUBAL NASCIMENTO LIMA, Data de Julgamento: 11/03/2002, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 26/06/2002 Pág.: 66)

⁵² KFOURI, op. cit., p. 92

⁵³ PAMPLONA; GAGLIANO, op. cit., p. 295

⁵⁴ KFOURI, op. cit., p. 230

desenvolvimento em que se encontra a ciência médica, naquele momento.”⁵⁵.

Distinta é a obrigação de resultado, devendo não apenas a empreender a atividade de forma zelosa, como também, e principalmente, produzir o resultado condizente ao acordado (e esperado) pelo paciente⁵⁶.

A obrigação de resultado é comumente aplicada em relação aos cirurgiões plásticos em cirurgias estéticas, por haver a promessa e expectativa de resultado. No caso de cirurgia reparadora, será imputada a obrigação de meio⁵⁷. Sobre o tema, Souza assegura:

“A cura não pode ser o objetivo maior devida à característica de imprevisibilidade do organismo humano – mormente em estado de doença, o que se reflete em limitações no exercício da medicina. Já não se pode dizer o mesmo quando estivermos frente a um atendimento médico por ocasião de uma cirurgia plástica estética (para os casos de cirurgia plástica reparadora cabe a afirmação de caracterizar-se como uma obrigação de meios). A doutrina e a jurisprudência brasileira são unânimes, pelo menos até o presente momento, em considerar os casos de cirurgia plástica estética como um contrato cujo objeto é uma obrigação de resultado. Assim, há presunção de culpa, se o médico cirurgião plástico não adimplir integralmente a sua obrigação (o adimplemento parcial é considerado uma não execução da obrigação pela qual se comprometeu com o paciente contratante).”⁵⁸

⁵⁵ KFOURI, op. cit., p. 230

⁵⁶ PAMPLONA; GAGLIANO, op. cit., p. 295

⁵⁷ Id., 2017, p.145

⁵⁸ SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade Civil do Médico**. Jornal Síntese. Porto Alegre: Síntese, mar./2002. p.22

Destarte, ainda que exista a responsabilidade civil subjetiva, caberá ao médico provar o emprego da diligência exigida, em razão da presunção de culpa característica dessa modalidade⁵⁹.

Quando se observa a circunstância da publicidade médica fora dos padrões éticos, já discutidos nesse artigo, ocorre a transmutação da obrigação de meio para a de resultado, mesmo se tratando de especialidade distinta da cirurgia plástica estética. Ora, ao se formular uma publicidade ou postagem no perfil da rede social para angariar mais pacientes, que induz e gera expectativas inatingíveis, mediante o uso de imagens irreais e de promessa de resultados (como o famigerado “antes e depois”), é de se esperar uma alguma forma de sanção⁶⁰.

A publicidade médica não ética, sensacionalista e enganosa, fere não apenas os princípios do Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil⁶¹, como o direito de consentimento informado do paciente, uma vez que “a autodeterminação do paciente somente é verdadeiramente exercida quando as informações prestadas são específicas.”⁶²

Uma vez exposto determinado conteúdo, demonstrando a garantia de cura ou resultado, ainda que de forma implícita, deve-se ter em mente que grande parte da sociedade não detém conhecimento suficiente acerca dos tratamentos, procedimentos, da medicina em geral:

⁵⁹ PAMPLONA; GAGLIANO, 2019, p. 296 e KFOURI, op. cit., p. 230-231.

⁶⁰ROMEIRO, Dandara Araruna; MASCARENHAS, Igor; GODINHO, Adriano Marteleto. Descumprimento da ética médica em publicidade: impactos na responsabilidade civil. *Revista Bioética*, Brasília, v. 30, n. 1, p. 27-35, jan./mar., 2022. p. 31

⁶¹ *Ibid.*, p.32

⁶² BONNA; NOGAROLI; USCOCOVICH, op. cit., p. 267

“A depender da forma como apresenta seu serviço nas mensagens publicitárias, o médico induz a garantia de determinado resultado, mesmo ciente de que cada ser humano é individualizado, que cada organismo tem suas particularidades e que desfecho único jamais poderia ser assegurado a diversos tipos de pessoas. Nessa perspectiva, a falsa informação ou expectativa representa justamente a violação do consentimento informado e do princípio da autonomia do paciente. O consentimento informado objetiva dar ao enfermo o conhecimento de todas as implicações possíveis do procedimento médico a que será submetido. Esse mecanismo também terá o condão de eximir o médico de eventual responsabilidade civil em caso de insucesso do tratamento.”⁶³

Portanto, uma vez corrompida pelo vício referente a publicidade enganosa ou abusiva, a relação contratual entre médico e paciente deverá inverter de forma a obrigar o profissional a realizar o resultado que prometeu e, na impossibilidade do desfecho esperado (e prometido), arcar com a consequência ética e jurídica, de forma a ressarcir o paciente pela quebra de expectativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da publicidade médica demonstra diversos tópicos interessantes e, com certeza, polêmicos, principalmente quando se discute a questão econômica e o seu caráter informacional intrínseco. Ainda que seja evidente a escolha certa, os médicos se veem no meio de um impasse entre fazer as postagens condizentes com Código de Ética e que não tenha (aparentemente) tanto apelo aos pacientes ou um

⁶³ ROMEIRO; MASCARENHAS; GODINHO, op. cit., p. 32

anúncio sensacionalista, “viral” e enganosa, mas que atinja mais o público e atraia mais visualizações.

Para além da problemática do não cumprimento à própria ética médica, a questão da responsabilidade civil se apresenta como um complexo quebra-cabeça incompreendido para os profissionais que, frequentemente, desconhecem (ou ignoram) as suas consequências no campo jurídico.

Ao se deparar com uma postagem não ética, o paciente terá o seu consentimento afetado, exatamente não saber o que é real ou meramente exemplificativo. Obviamente, vai gerar a legítima expectativa de um tratamento primoroso que irá curar suas mazelas, sejam elas físicas ou mentais, tendo em vista o que é apresentado a ele ser uma sequência de êxitos do profissional (dificilmente alguém irá tornar público os seus fracassos).

Desse modo, a possibilidade da inversão da obrigação de meio do médico para a de resultado se apresenta como uma forma de responsabilizar o profissional antiético, garantir o direito de consentimento informado do paciente e desestimular a elaboração de publicidades médicas dissimuladas, com caráter meramente econômico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marcia Nogueira, ANTONIUTTI, Cleide Luciane e FONTOURA, Mara. **Mídia e produção audiovisual**: uma introdução. 20 ed. Curitiba: Ibpex, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

- BONNA, Alexandre; NOGAROLI, Rafaella; USCOCOVICH, Carolina Martins. Funções da responsabilidade civil médica e o dano moral por erro médico: análise doutrinária e jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entre os anos de 2013 e 2017. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella (coord.). **Debates contemporâneos em direito médico e da saúde**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 263
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm
- CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos**, 1978.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **CFM informa: regras de publicidade e propagandas médicas permanecem válidas**. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28448:2019-09-25-19-28-50&catid=3. Acesso em: 25 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **CFM realiza consulta pública sobre publicidade médica até o início de março**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28582:2020-01-31-18-53-25&catid=3. Acesso em: 25 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. **Resolução CFM nº 1.974/11**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2011/1974>. Acesso em: 14 abr. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. **Resolução CFM nº 2.126/15**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2126>. Acesso em: 15 abr. 2022.
- DataReportal (2022). **Digital 2022: Brazil**. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-brazil>. Acesso em: 15 abr. 2022.
- DOS SANTOS GONZALES, Lucilene; SERIDÓRIO, Daniele Ferreira. Publicidade on-line: comunicação interativa. **Revista Extraprensa**, v. 9, n. 1, p. 139-148, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: teoria geral da responsabilidade civil e responsabilidade civil em espécie**. Volume 3. Editora JusPodivm: Salvador, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5 ed. Curitiba: Positivo, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. V.2. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

GONÇALEZ, Márcio Carbaca. **Publicidade e propaganda**. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2009.

MILDEMBERGER, Carolina Silva; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Publicidade médica nas mídias sociais: proposta de um modelo contemporâneo no Brasil. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella (coord.). **Debates contemporâneos em direito médico e da saúde**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2019.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Relação Médico-Paciente: o Respeito à Autonomia do Paciente e a Responsabilidade Civil do Médico pelo Dever de Informar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROMEIRO, Dandara Araruna; MASCARENHAS, Igor; GODINHO, Adriano Marteleto. Descumprimento da ética médica em publicidade: impactos na responsabilidade civil. **Revista Bioética**, Brasília, v. 30, n. 1, p. 27-35, jan./mar., 2022.

ROSENVALD, Nelson, et al. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

SANTAELLA, Lucia. O paradigma do sensível na comunicação. **Revista Comunicação Midiática**, v. 11, n. 1, 2016.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade Civil do Médico**. Jornal Síntese. Porto Alegre: Síntese, mar./2002

TJ-DF - AC: 20000750026364 DF, Relator: ASDRUBAL NASCIMENTO LIMA, Data de Julgamento: 11/03/2002, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 26/06/2002 Pág. : 66

TJRS, Rel. Des. Flávio Pâncaro da Silva, RJTJRS 146/340.

4

OS CONFLITOS DE NATUREZA FAMILIAR E O PENSAMENTO SISTÊMICO

Keylla Ranyere Lopes Teixeira Procopio¹

INTRODUÇÃO

Há uma crise de efetividade na prestação jurisdicional, observada quando se vê que, por vezes, o processo judicial como via inadequada para a resolução de alguns tipos de conflito.

O presente trabalho nasceu de uma inquietação da pesquisadora em relação aos conflitos de natureza familiar, nos quais os jurisdicionados(as), por vezes, não encontram no direito propriamente dito a solução de suas angústias.

Os processos que tratam de conflitos familiares carregam sentimentos e histórias mal resolvidas nas entrelinhas das petições, das manifestações em audiências que, caso não enfrentados na forma devida no curso do feito, podem ser alimentados no curso da demanda, nutrindo o conflito.

Partindo dessa premissa, este trabalho busca trazer uma ponderação sobre este perfil específico de conflito, suas especificidades e uma reflexão sobre como os profissionais do direito devem analisar este tipo de controvérsia no intuito de ajudar os litigantes a

¹ Mestranda em Direito pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados-ENFAM, Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, Especialista em Direito Processual, Direito Eleitoral e em Gestão Judiciária pela FGV.

encontrarem a solução para suas questões familiares de forma mais humanizada.

Conjeturar as relações de natureza familiar para além do direito, entender as pessoas e aquilo que as unem, analisar o conflito com um olhar sistêmico, é algo que precisa ser debatido, pois os feitos não podem ser vistos apenas como números.

Para a concretização deste estudo foi realizada pesquisa bibliográfica, e através desta, uma análise de diversas obras que permeiam o assunto, trazendo ao leitor a possibilidade de uma reflexão sobre a questão posta.

O artigo está estruturado em três seções e um item final dedicado à conclusão. A primeira seção dedica-se

1 A EXISTÊNCIA DO CONFLITO NA SOCIEDADE

As normas tem como objetivo regular as relações e atribuir medidas repressivas aos que as descumprirem, pois as relações intersubjetivas e até intergrupais, são caracterizadas por atritos que são de muitos tipos como afetivos, políticos, ideológicos, emocionais, sociais, familiares e profissionais. A construção de instrumentos para se evitar a barbárie², nasce dessas divergências.

Para analisar os conflitos, deve-se partir não da norma, mas das pessoas. É da inter-relação existente entre elas que nasce as

2 LEITE, Gisele. **As modernas teorias do conflito e promoção da cultura da paz em face da contemporaneidade**. 26 jun 2017. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/coluna/2628/as-modernas-teorias-do-conflito-e-promocao-da-cultura-da-paz-em-face-da-contemporaneidade>>. Acesso em: 18 set. 2022.

controvérsias. Os envolvidos nos impasses em geral não sabem expressar quais as suas necessidades, nem o que os levou, de fato, para o conflito. Assim os operadores do direito³ devem permitir que eles reflitam sobre seus reais interesses.

No dia a dia forense observa-se que não há, em geral, uma preocupação sobre o que está por trás do narrado nas petições. Os pleitos são analisados friamente conforme escritos, observando-se os normativos em vigor. Inexiste uma cultura de análise da lide sociológica (aquilo que efetivamente é o interesse dos jurisdicionados)⁴.

Não considerar na análise do feito aquilo que efetivamente alimenta o conflito, resolvendo apenas a lide processual, faz com que o processo seja finalizado mantendo-se viva a controvérsia que fomentará tanto o descumprimento das decisões, como recursos e novas demandas.

Em se tratando de conflitos de natureza familiar, quando há toda uma história de convivência e intimidade entre as partes antes do processo, assim como existirá depois, não há espaço para apenas um vitorioso. Se somente um ganhar a contenda, enfraquece-se a estrutura familiar, que fica desequilibrada.

3 SAWICKI, Bianca Prediger. **O direito de pertencer na perspectiva da justiça sistêmica e restaurativa: a experiência judicante da Comarca de Giruá-RS**. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI – Campus Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. Orientadora: Prof.ª Dra. Charlise Paula Colet Gimenez. SANTO ÂNGELO/RS. 2021, p. 23.

4 Há uma distinção entre lide processual e lide sociológica, a primeira é aquela que está descrita na petição inicial e na peça de defesa, a segunda é tudo que fomenta e que faz parte do conflito e que na prática não é descrito nos autos, pois às vezes os próprios litigantes não tem consciência do que é.

O fato é que o Poder Judiciário trabalha apenas para atacar a lide processual, deixando de tratar a lide sociológica, vez que tratar este tipo de lide há a necessidade de se buscar novos conhecimentos e estes, em geral, não estão no direito.

Como estes novos saberes estão distantes de muitos dos profissionais do direito, os conflitos seguem sendo analisados na forma cartesiana, não conseguindo dar cabo às desavenças.

As desavenças familiares são inevitáveis e a forma de lidar com elas é decisiva na identificação de caminhos efetivos para a solução das lides sociológicas.

Tratar este tipo de conflito fazendo o uso sempre das mesmas estratégias, tende a levar sempre ao mesmo destino.

Uma sentença de mérito, por exemplo, que é almejada pela maioria dos jurisdicionados em ações que tratam tais controvérsias, na qual uma parte sai como a vitoriosa e a outra como a derrotada, em geral não consegue pacificar as relações nas quais tantos vínculos afetivos estão envolvidos⁵.

Nestes casos a decisão resolve a disputa, mas não o conflito, que por vezes é alimentado pela decisão de mérito⁶.

Para se enfrentar de forma efetiva os conflitos de natureza familiar, prudente se que os pontos que alimentam as controvérsias

5 GOLDBERG, Flávio. **Mediação em Direito de Família**: Aspectos Jurídicos e Psicológicos. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018, p. 62.

6 FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade**: Seu Resgate no Sistema de Justiça – Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2019, p. 126.

sejam identificados e analisados integralmente, não apenas se atacando os sintomas.

Senge ensina que desde cedo se aprende que para se estudar uma questão, deve-se desmembrá-la, fragmentando o todo para análise das partes, como es esta estratégia facilitasse a resolução de situações complexas.

O autor traz que este tipo de julgamento ocasiona perder a ideia do todo⁷:

Quando queremos divisar “o quadro geral”, tentamos montar os fragmentos em nossa mente, listar e organizar todas as peças. Mas, como diz o físico David Bohm, a tarefa é inglória – é como tentar montar os fragmentos de um espelho quebrado para enxergar um reflexo verdadeiro. Depois de algum tempo, acabamos desistindo de ver o todo.

Uma análise sistêmica das controvérsias habilita quem investiga o conflito a identificar as conexões que os fatos registrados têm com outras situações, por vezes suprimidas e até ocultas, que podem permitir a resolução da lide sociológica.

A adoção de estratégias inovadoras por facilitar a resolução deste tipo de demanda, pois como diz a frase que é atribuída a Albert Einstein, “loucura é continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultados diferentes”.

7 SENGE, Peter M. **A quinta disciplina**: arte e prática da organização que aprende; tradução: Gabriel Zide Neto, OP Traduções – 38.ª ed. Rio de Janeiro: Bestseller, 2021, p. 33.

2 REFLEXÕES SOBRE OS OBJETIVOS DAS CÚPULAS DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Segundo o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil⁸, o Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar os valores de uma sociedade comprometida com a resolução pacífica de controvérsias, dentre outros.

O art. 3.º, I, do mesmo texto constitucional traz que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”.

Quando trata dos direitos e garantias fundamentais, o texto constitucional pátrio traz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garantindo o acesso à justiça, não apenas aos tribunais, mas aos meios de resolução de conflitos⁹.

Tais normativos, presentes na lei maior brasileira, somado a influências internacionais, fez com que o Conselho Nacional de Justiça editasse a Resolução 125/2010¹⁰, que inaugurou a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses.

A mencionada resolução veio para se edificar o desenho de sociedade descrito no art. 3.º, I, da Magna Carta, através do incentivo ao

8 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < Constituição (planalto.gov.br)>. Acesso em: 12 out. 2022.

9 GUAÑABENS, Moacyra Verônica Cavalcante Rocha. Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos de interesse e os desafios de sua implementação no poder judiciário de Alagoas: uma jornada a caminho de uma justiça mais fraterna. In: **Abordagem Sistêmica no direito: um novo jeito de pensar e atuar na solução de conflitos**. Yulli Roter Maia, Deise Brião Ferraz (organizadores) – Curitiba: CRV, 2021, p. 49.

10 CNJ, **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 12 out. 2022.

uso de ferramentas e conhecimentos que fomentam o entendimento entre aqueles que vivenciam conflitos¹¹.

O Código de processo Civil de 2015¹², acompanhando os ditames da política da Res. 125 do CNJ, incentiva o uso de meios que fomentam a solução consensual dos conflitos, quando determina a prática de audiência prévia conciliatória e implanta uma seção somente para tratar dos conciliadores e mediadores.

A Lei de Mediação também traz outras maneiras para o tratamento de conflitos que não apenas a adjudicada.

Aproveitando-se dos regramentos dispostos, os operadores do direito podem não apenas fazer uso dos instrumentos apresentados taxativamente, como inovar através do uso de métodos novos adequados a cada tipo de controvérsia.

Necessária neste ponto uma reflexão em relação à cobrança vista por parte dos órgãos diretivos do poder judiciário por metas e produtividade.

Não se vê com facilidade uma preocupação por parte das cúpulas do poder judiciário com a entrega daquilo que a sociedade necessita (resolução efetiva dos conflitos). Vislumbra-se, de forma mais evidente, busca de estratégias para aumento de produtividade, premiações, planejamento para diminuição de acervo.

11 DI GESU, Enzo Carlo. Prefácio. In: **Abordagem Sistêmica no direito**: um novo jeito de pensar e atuar na solução de conflitos. Yulli Roter Maia, Deise Brião Ferraz (organizadores) – Curitiba: CRV, 2021, p. 11.

12 BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 12 out. 2022.

O(a) Juiz(íza)melhor avaliada é aquele(a) mais rápido, que mais sentenças profere. Um(a) professor(a) apressado(a) pode não conseguir ensinar suficientemente uma criança para que alcance a aprovação no final do período letivo. Um(a) magistrado(a) apressado(a), pode não dispor do tempo necessário para analisar o conflito em sua integralidade.

As soluções definidas pelas leis, aplicadas desconsiderando-se a complexidade dos sentimentos e traumas que permeiam as relações familiares conflituosas, podem não entregar a paz social desejada. É por isso que os conflitos de natureza familiar precisam ser apreciados com um olhar próprio.

Uma reflexão em relação a esta temática vê-se necessária por todos os operadores do direito, para que em demandas como as de natureza familiar exista um trabalho focado na resolução efetiva das lides sociológicas.

3 A VISÃO SISTÊMICA DOS CONFLITOS FAMILIARES

O paradigma mecanicista surgiu nos séculos XVI e XVII com a ideia de quantificação de Galileu Galilei; a do domínio da natureza pelo homem de Francis Bacon; a ideia do mundo como máquina separada da mente de René Descartes; do conceito de “leis da natureza” de Isaac Newton, e da concepção racionalista e atômica de John Locke¹³.

13 CAPRA, Frijot; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade; tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p. 28.

O paradigma racionalista e mecanicista construído por juristas no século XVII, via a realidade como uma multidão de pessoas, cada uma possuidora de direitos protegidos pelo Estado, seguindo a tradição cartesiana de que o direito é uma estrutura distinta do sujeito¹⁴.

Ocorre que surgiu na vanguarda da ciência uma nova forma de analisar as questões, na qual o paradigma mecanicista foi substituído por uma nova forma de análise, que tem uma visão de mundo não como máquina, mas como rede.

Durante as três últimas décadas, um paradigma radicalmente novo surgiu na linha de frente da ciência. No coração dessa mudança de paradigmas, de uma visão de mundo mecanicista para uma concepção holística e ecológica, encontramos uma profunda mudança de metáfora: da visão do mundo como máquina, passa-se a entendê-lo como uma rede. As redes são, sem dúvida, padrões de relações; por conseguinte, compreender a vida em termo de redes requer a capacidade de pensar em termos de relações e padrões. Na ciência, essa nova maneira de pensar é conhecida como “pensamento sistêmico”¹⁵.

Neste novo paradigma, descobriu-se que o mundo é um sistema vivo formado de uma rede de interrelações, mudando-se a visão do mundo como máquina para o mundo como rede, de uma concepção mecanicista para uma visão sistêmica¹⁶. Entendendo-se sistema como “um conjunto de elementos inter-relacionados com um objetivo comum”¹⁷.

14 Idem.

15 Ibid., p. 28-29.

16 Ibid., p. 38.

17 SAWICKI, Bianca Prediger. **O direito de pertencer na perspectiva da justiça sistêmica e restaurativa**: a experiência judicante da Comarca de Giruá-RS. Dissertação de Mestrado em Direito,

Sawicki acentua que, quando se entende a família como um sistema vivo, cada membro precisa ser analisado com suas inter-relações e não como elemento isolado porque faz parte do todo, ela está submetida às mesmas leis que regem os sistemas de rede¹⁸.

Marino e Macedo enfatizam que, segundo a teoria sistêmica, a família não é um sistema em si; no entanto, pode ser tida como tal vez que se pode aplicar suas leis à sua estrutura e função:

Assim, do ponto de vista sistêmico, a família é um todo organizado cujos membros estão em constante interação. Ao olhar para uma família do ponto de vista sistêmico, não são focados os indivíduos, seus membros, mas sim as relações entre eles¹⁹.

Quando conflitos de natureza familiar, chegam ao Poder Judiciário, eles se apresentam comumente como um pedido para se solucionar uma questão específica e pontual. Ocorre que, em geral, o pleito é apenas a ponta do iceberg. Analisar o pedido de forma isolada, sem considerar o que está submerso, apenas tratará o sintoma sem cuidar da real origem do conflito.

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI – Campus Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. Orientadora: Prof.^a Dra. Charlise Paula Colet Gimenez. SANTO ÂNGELO/ RS. 2021, p. 56.

18 SAWICKI, Bianca Prediger. **O direito de pertencer na perspectiva da justiça sistêmica e restaurativa**: a experiência judicante da Comarca de Giruá-RS. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI – Campus Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. Orientadora: Prof.^a Dra. Charlise Paula Colet Gimenez. SANTO ÂNGELO/ RS. 2021, p. 58.

19 MARINO, Sueli; MACEDO, Rosa Maria S. A Constelação Familiar é sistêmica? **Nova perspect. sist.**, São Paulo, v. 27, n. 62, p. 24-33, dez. 2018, p. 31. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-78412018000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 16 out. 2022. <http://dx.doi.org/10.21452/2594-43632018v27n62a02>.

A escalada desse tipo de conflito está relacionada inicialmente a um desgaste manifesto entre as partes, que evolui para um rompimento. A partir deste ponto, cada um(a) dos(as) envolvidos(as) passa a entender que a solução do conflito necessariamente acontece pela exclusão/afastamento do(a) outro(a), que é visto(a) como óbice para a satisfação de seus interesses ou necessidades. E daí em diante o foco passa ser atingir a outra parte e a derrota do(a) adversário(a) passa a ser o grande objetivo²⁰.

Dada a forte carga de subjetividade que envolve os relacionamentos afetivos, os conflitos familiares tendem a ser mais complexos e de difícil solução. Por isso, diferentemente do que ocorre numa relação obrigacional ou comercial, nos conflitos familiares a identificação do certo e do errado, do justo e do injusto, é uma tarefa quase impossível.²¹

A análise linear deste tipo de questão pode abrir as portas do Poder Judiciário para mais conflitos e mais demandas. Assuntos difíceis precisam ser olhados como o são. Analisar pontos destacados do todo não resolve o conflito, no máximo trata o sintoma pontual.

Entender que questões complexas não podem ser divididas em pedaços a serem analisados individualmente, uma vez que as partes se

20 NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; RODRIGUES JR, Walsir Edson; OLIVEIRA, Moisés Mileib. Novo CPC, Lei de Mediação e os Meios Integrados de Solução dos Conflitos Familiares – Por um modelo multiportas. In: **Justiça Multiportas** – Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos (coordenadores Hermes Zaneti Jr e Trícia Navarro Xavier Cabral), Salvador: JusPodvm, 2016, p. 690.

21 NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; RODRIGUES JR, Walsir Edson; OLIVEIRA, Moisés Mileib. Novo CPC, **Lei de Mediação e os Meios Integrados de Solução dos Conflitos Familiares – Por um modelo multiportas** In **Justiça Multiportas** – Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos (coordenadores Hermes Zaneti Jr e Trícia Navarro Xavier Cabral), Salvador: JusPodvm, 2016, pág. 690.

correlacionam e influenciam umas às outras, é necessário para tratar o que precisa ser tratado.

Taís Schilling Ferraz²² traz o exemplo da árvore e do fruto de Meadows, para explicar as interconexões sistêmicas:

Com o exemplo da árvore e do fruto, Meadows explica a tendência humana a tomar as exterioridades dos acontecimentos, as coisas visíveis e tangíveis como elementos suficientes para serem estudados. Raízes, tronco, galhos e folhas e, olhando mais perto, células especializadas, vasos carregando fluidos para cima e para baixo, clorofila são os muitos elementos tangíveis e intangíveis, que podem ser subdivididos e estudados. Ao olhar separadamente para cada elemento, é muito rápido que se perde a perspectiva do todo, das interconexões entre esses elementos e da função do sistema, que não se confunde com a de suas muitas partes. As partes, que estão no todo, ao serem observadas individualmente, não reproduzem o comportamento do todo.

A árvore é um sistema. As interconexões nesse sistema, os fluxos, as reações químicas que governam o processo metabólico são os sinais que permitem que uma parte responda ao que está ocorrendo em outra parte.

Pellegrini²³ destaca que, quando se analisa sistematicamente os conflitos, deixa-se de apontar os culpados, para se despertar pontos de vista variados. Retira-se o enfoque dos erros e acertos para se reconhecer os ruídos, “identificar contextos e padrões nas relações, tentando se (re)equilibrar o que está em desarmonia”.

22 FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil**: a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina, PR: Thoth, 2022, p. 167.

23 PELLEGRINI, C. P. O pensamento sistêmico aplicado à advocacia: um caminho para a sua ressignificação. **RELAcult** - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade, [S. l.], v. 5, n. 4, 2019. DOI: 10.23899/relacult.v5i4.1139, p. 10 Disponível em: <https://periodicos.claec.org/index.php/relacult/article/view/1139>. Acesso em: 9 out. 2022.

Tratar controvérsias de maneira cartesiana, agindo somente no que está aparente, além de não produz efeitos positivos sustentáveis, ainda pode desencadear consequências inesperadas²⁴.

Ferraz²⁵ ensina que, para tratar este padrão de conflitos, é necessário analisar os pormenores do sistema, conhecer seus pressupostos, padrões e princípios para, assim, estar-se apto a fazer uso das melhores táticas de intervenção.

Conflitos de matriz familiar, caso não tratados com um olhar sistêmico podem se multiplicar em inúmeros feitos e incidentes.

Em demandas de direito sucessório, que trazem conflitos de natureza familiar, por exemplo, tem-se um grupo familiar em juízo com o fito inicial de partilhar os bens que formam o espólio. É um rito que prevê a apuração de bens, dívidas e herdeiros, o pagamento dos tributos advindos da sucessão e, tudo identificado, a partilha do apurado entre as pessoas devidamente habilitadas para tal.

Um rito simples que, não raro, perdura por longos anos, quando inexistente entendimento entre as partes.

No processo, essas controvérsias surgem, por exemplo, com omissão de herdeiros e bens, contestação de legitimidade de meeiros(as)/companheiros(as), tais conflitos revelam-se com pedidos de habilitação de herdeiros, pedidos paralelos de reconhecimento de união estável *post mortem*, pedidos de remoção de inventariante, dentre outros que acabam tumultuando o curso normal do feito.

24 FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil**: a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina, PR: Thoth, 2022.

25 Idem.

Este tipo de pedido analisado de forma isolada, sem se atentar para o todo, pode desencadear inúmeras decisões e recursos que apenas alimentam a beligerância existente entre os litigantes e fomentam ainda mais pleitos, incidentes e recursos.

Cada palavra e cada recurso são recebidos pela parte adversa como ofensa à memória de alguém, à falta de gratidão etc., e as causas subjacentes continuam ativas, retroalimentando o conflito.

Em geral é atribuída a culpa pela não resolução do conflito ao(à) inventariante que está na administração dos bens, ou em algum herdeiro que não concorda com a partilha ou com a avaliação dos bens, ou com o valor de venda de algum imóvel, ou ao(à) juiz(iza) que não finaliza o feito, ao(à) filho(a) fora do casamento que não é aceito, de fato, como igual perante os demais sucessores (“ele quer mais do que merece”).

Esta transferência de responsabilidade, como traz Ferraz²⁶, desvia a atenção do foco principal, para onde todos deveriam estar olhando, e reforça a luta para atacar os sintomas.

Não se afasta a necessidade de tratar o sintoma, o que aqui se defende é que não se pode transferir para o sintoma – e para as medidas adotadas no seu tratamento – a responsabilidade pela solução do problema subjacente, presente nas estruturas do sistema, e que precisa ser tratado de forma fundamental²⁷.

26 FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil**: a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina, PR: Thoth, 2022, p. 193.

27 Ibid., p. 195.

Este tratamento de sintomas, no entendimento de Senge²⁸, sempre surte efeitos em alguns aspectos e isto pode acarretar uma certa dependência no uso destes paliativos, que tendem a gerar crises periódicas.

Para enfrentar este padrão de comportamento de forma eficaz, o autor sugere o fortalecimento da resposta fundamental combinado com um enfraquecimento da resposta paliativa. E, para isso ser efetivado, é necessária orientação de longo prazo para que um senso de visão seja compartilhado por todos os envolvidos²⁹:

Às vezes, precisamos recorrer a soluções paliativas – por exemplo, no tratamento de uma pessoa que sofre de uma doença criada pelo cigarro ou pelo álcool. Mas, caso realmente se deseje interromper a dinâmica da transferência de responsabilidade, é preciso reconhecer sempre as soluções paliativas como tais, associando-as a estratégias de reabilitação da capacidade de encontrar soluções fundamentais. Se os paliativos forem empregados como se fossem soluções fundamentais, a busca da resposta definitiva cessa e a transferência de responsabilidade se instala.

Em feitos de natureza familiar, objeto do presente trabalho, é necessária uma atenção especial dos profissionais para que, analisando os pleitos que atravessam os autos (que necessitam se apreciados até por determinação legal), não esqueçam de observar todo o sistema envolvido e os estopins de todo o conflito. Até porque, por detrás dos processos, há pessoas que carregam prejuízos pela demora na tramitação do feito, tanto patrimoniais como emocionais.

28 SENGE, Peter M. **A quinta disciplina**: arte e prática da organização que aprende; tradução: Gabriel Zide Neto, OP Traduções – 38.^a ed. Rio de Janeiro: Bestseller, 2021, p. 181/183.

29 Ibid., p. 184-185.

Quando se tem consciência da complexidade destes feitos e da análise sistêmica que precisa ser feita quando do manuseio destes conflitos, fica mais claro que é necessário buscar novos caminhos para se alcançar a resolução deste tipo de contenda.

4 A INOVAÇÃO NO TRATAMENTO DE CONFLITOS DE NATUREZA FAMILIAR

Ferreira³⁰ define inovar como “renovar”, “introduzir novidade em”, de modo que inovação se traduz como algo relacionado à transformação, através de inclusão de algo novo.

Na forma trazida pela Lei 10.973/2004³¹, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnologia no ambiente produtivo, inovação é:

Introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho (Lei 10.973/04, 2.º, IV).

Nos termos da Resolução 395 do CNJ³², que criou a Política de Gestão da Inovação, no âmbito do Poder Judiciário, a expressão é definida como:

30 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa; coordenação de edição Marina Baird Ferreira, 8 ed., Curitiba: Positivo, 2010, p. 428.

31 BRASIL, **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004**. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm. Acesso em: 12 out. 2022.

32 CNJ, **Resolução nº 395, de 7 de junho de 2021**. Institui a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3973>. Acesso em: 12 out. 2022.

A implementação de ideias que criam uma forma de atuação e geram valor para o Poder Judiciário, seja por meio de novos produtos, serviços, processos de trabalho, ou uma maneira diferente e eficaz de solucionar problemas complexos encontrados no desenvolvimento das atividades que lhe são afetas (art. 2.º).

Segundo as percepções de Martins, Sátiro e Sousa³³, nos últimos anos, viram-se inúmeras inovações na área do direito, dentre as quais o processo judicial eletrônico, o desenvolvimento de ferramentas para coleta de dados estatísticos, uso de robôs dentre outras.

Para Clementino³⁴, a inovação precisa ter foco no jurisdicionado, numa mudança de paradigma na forma como a jurisdição sempre foi pensada, uma vez que se deve buscar que ela seja mais humana, democrática, transparente sustentável e solidária. O autor pondera que sempre se teve na palavra jurisdição a imagem de poder, mas esta visão precisa ser desconstruída para que o foco passe a ser o cidadão.

O autor também assevera que a inovação visa solucionar problemas complexos³⁵:

A inovação judicial busca solucionar problemas complexos e isso não é possível sem que se oportunize a apreciação de determinado problema ou desafio, jurídico ou judicial, sob as mais diversas óticas. A não afirmação

33 MARTINS, J, Sátiro, R, Sousa, Marcos. **O Visual Law como Mecanismo de Inovação no Poder Judiciário Brasileiro Métricas da Justiça, Gestão da Informação Legal e Legal Design aplicados à Administração da Justiça**. Disponível em: < <https://enajus.org.br/assets/sexoes/sessao-20/1-o-visual-law-como-mecanismo-de-inovacao-no-poder-judiciario-brasileiro.pdf> (enajus.org.br)> Acesso em: 19 dez. 2021.

34 CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Princípios da Inovação Judicial. *In*: LUNARDI, Fabrício Castagna & CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Inovação Judicial: **Fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 44-45.

35 *Ibid.*, p. 50.

desse princípio implica tentar enfrentar a complexidade a partir de raciocínios lineares e, portanto, sem potencial transformador da realidade.

Por certo que tudo que é novo gera espaço para críticas e estas merecem ser analisadas e sopesadas, inclusive para o aperfeiçoamento do instrumento.

Para aperfeiçoar a reflexão sobre a temática, tem-se a pesquisa que Marilu Pereira Castro e Tomas de Aquino Guimarães³⁶ desenvolveram. No estudo, eles revelam os fatores que influenciam o processo de inovação no Poder Judiciário, que são: a) a pressão institucional para inovar (os estudiosos asseveram que existem evidências que o CNJ influencia na implementação de inovação nos tribunais); b) os atores interessados em inovar pressionam as organizações com o intuito de reduzir as resistências; c) não encontrando apoios internos os interessados em inovar buscam parcerias externas para dar cabo a práticas inovadoras, e; d) mesmo que existam atores no sistema de justiça resistentes à inovação, há indícios que apontam que quando as iniciativas implantadas surtem efeitos positivos, há uma tendência que as resistências às inovações diminuam.

Considerando tais assertivas, tem-se que, no que tange aos feitos de natureza familiar e sucessória, também é necessário inovar para que resultados diferentes possam surgir.

A análise linear das questões, como já reiteradamente destacado, não pode permanecer como a única alternativa para a resolução das

36 CASTRO, Marilu Pereira; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Fatores que afetam o processo de inovação em organizações da justiça. **Anais do Encontro de Administração da Justiça**, Brasília, Distrito Federal, Brasil, 2019.

controvérsias. Por cento que instrumentos novos assustam e, não raro, sofrem resistências, mas como destacado na pesquisa de Castro e Guimarães³⁷, as iniciativas, quando apresentam resultados satisfatórios, acabam por ganhar espaço.

Manter-se resistente a conhecer o novo obsta a possibilidade de se experimentar novos caminhos. Ademais, a própria política de Gestão da Inovação introduzida pelo CNJ fomenta a criação de novas formas de atuação, em especial quando se trata de problemas complexos.

Mesmo que o sistema jurídico tenha sido concebido para a pacificação social e traga os instrumentos para que os(as) magistradas(as) decidam tomem decisões para pôr fim às lides, observa-se que tão somente aplicar as normas, como já visto, não resolve os conflitos.

No contexto deste trabalho, vê-se como inovação abordar os conflitos sucessórios beligerantes por meio de um novo olhar, analisando-os com suas complexidades que lhe são inerentes, pela perspectiva sistêmica. Até porque a inovação também está relacionada com a aprendizagem, a experimentação, erros e acertos.

Garvin, mencionado por Dos Santos Júnior et al³⁸, sinaliza que é necessário que todos os indivíduos busquem aprendizado para transformar as instituições das quais fazem parte.

37 CASTRO, Marilu Pereira; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Fatores que afetam o processo de inovação em organizações da justiça. **Anais do Encontro de Administração da Justiça**, Brasília, Distrito Federal, Brasil, 2019.

38 DOS SANTOS JUNIOR, Ailton Bispo; DA SILVA BISPO, Fabiana Carvalho; MOURA, Leandro Souza. **A Gestão da Aprendizagem nas Organizações**. Disponível em: https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos07/1075_A%20Gestao%20da%20Aprendizagem%20nas%20Organizacoes.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

Furtar-se de experimentar novos caminhos pode impedir que novas soluções sejam identificadas.

Inovar é também um ato de coragem e o Poder Judiciário e seus(uas) magistrados(as) precisam de incentivo para alimentar esta busca pelo novo.

Observa-se, neste aspecto, que a política nacional de tratamento adequado de conflitos inaugurado pela Resolução n.º 125 do CNJ, em certa medida, abriu a possibilidade de se inovar em busca de novos caminhos para o tratamento de conflitos.

Observando esta mudança de olhar, Ferraz³⁹ destaca iniciativas, pontuando que um fenômeno vem ganhando forma no meio jurídico, relacionado à busca do autoconhecimento e propósito. Destaca a existência de cursos de formação de mediadores, conciliadores, facilitadores em Justiça Restaurativa e Constelações Familiares, dentre outros cujo foco incida sobre o trabalho e estudo de mecanismos de tratamento adequado de conflitos.

A autora pontua que esse caminho por conhecimento e novas maneiras de tratar as controvérsias vêm sendo realizados de uma forma não arbitrária, quando “cada pessoa ao receber informações de outrem, por mais evidentes e relevantes que sejam, fará uma filtragem, absorverá apenas aqueles conteúdos que têm significado para si”⁴⁰.

Assim, para se garantir efetivamente o acesso à justiça, a sociedade deve munir-se de instrumentos que facilitem o tratamento adequado

39 FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil**: a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina, PR: Thoth, 2022, p. 280.

40 Ibid., p. 281.

das controvérsias e, para chegar-se a eles, é necessário entusiasmo, criatividade e liberdade para inovar.

CONCLUSÃO

Até aqui viu-se que para se trabalhar com certos tipos de conflito, como os de natureza familiar, são necessárias tanto lentes diferenciadas como busca de caminhos novos para se auxiliar os jurisdicionados a encontrar o entendimento.

As controvérsias de natureza familiar carregam complexidades e, para analisá-las, é essencial trazer-se novos paradigmas, saindo de um olhar mecanicista para um olhar sistêmico, que investigue o conflito de forma integral, considerando as interrelações existentes entre os integrantes do sistema.

As normas não trazem soluções prontas para toda espécie de demanda e os profissionais do direito precisam ter esta consciência e estar abertos a procurar novos saberes com o intuito de ajudar os seus clientes/jurisdicionados que, às vezes, sequer conseguem identificar suas reais necessidades.

Quando se consegue dar um olhar diferenciado para demandas desta natureza que carregam tantos sentimentos confusos de amor e ódio, não se enfrentando este tipo de feito apenas como um número, uma estatística, se humaniza a justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004**. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <Constituição (planalto.gov.br)>. Acesso em: 12 out. 2022.

CAPRA, Frijot; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade; tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p. 28.

CASTRO, Marilu Pereira; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Fatores que afetam o processo de inovação em organizações da justiça. **Anais do Encontro de Administração da Justiça**, Brasília, Distrito Federal, Brasil, 2019.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Princípios da Inovação Judicial. In: LUNARDI, Fabrício Castagna & CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **Inovação Judicial: Fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 44-45.

CNJ, **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 12 out. 2022.

CNJ, **Resolução nº 395, de 7 de junho de 2021**. Institui a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3973>. Acesso em: 12 out. 2022.

DOS SANTOS JUNIOR, Ailton Bispo; DA SILVA BISPO, Fabiana Carvalho; MOURA, Leandro Souza. **A Gestão da Aprendizagem nas Organizações**. Disponível em: https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos07/1075_A%20Gestao%20da%20Aprendizagem%20nas%20Organizacoes.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil**: a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina, PR: Thoth, 2022.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa; coordenação de edição Marina Baird Ferreira, 8 ed., Curitiba: Positivo, 2010.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça** – Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2019.

GOLDBERG, Flávio. **Mediação em Direito de Família: Aspectos Jurídicos e Psicológicos**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018, p. 62.

GUAÑABENS, Moacyra Verônica Cavalcante Rocha. Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos de interesse e os desafios de sua implementação no poder judiciário de Alagoas: uma jornada a caminho de uma justiça mais fraterna. In: **Abordagem Sistêmica no direito: um novo jeito de pensar e atuar na solução de conflitos**. Yulli Roter Maia, Deise Brião Ferraz (organizadores) – Curitiba: CRV, 2021, p. 49.

LEITE, Gisele. **As modernas teorias do conflito e promoção da cultura da paz em face da contemporaneidade**. 26 jun 2017. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/coluna/2628/as-modernas-teorias-do-conflito-e-promocao-da-cultura-da-paz-em-face-da-contemporaneidade>>. Acesso em: 18 set. 2022.

MARTINS, J, Sátorio, R, Sousa, Marcos. **O Visual Law como Mecanismo de Inovação no Poder Judiciário Brasileiro Métricas da Justiça, Gestão da Informação Legal e Legal Design aplicados à Administração da Justiça**. Disponível em: <<https://enajus.org.br/assets/sessoes/sessao-20/1-o-visual-law-como-mecanismo-de-inovacao-no-poder-judiciario-brasileiro.pdf> (enajus.org.br)> Acesso em: 19 dez. 2021.

PELLEGRINI, C. P. O pensamento sistêmico aplicado à advocacia: um caminho para a sua ressignificação. **RELACult** - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade, [S. l.], v. 5, n. 4, 2019. DOI: 10.23899/relacult.v5i4.1139, p. 10 Disponível em: <https://periodicos.claec.org/index.php/relacult/article/view/1139>. Acesso em: 9 out. 2022.

SAWICKI, Bianca Prediger. **O direito de pertencer na perspectiva da justiça sistêmica e restaurativa: a experiência judicante da Comarca de Giruá-RS**. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI – Campus Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. Orientadora: Prof.^a Dra. Charlise Paula Colet Gimenez. SANTO ÂNGELO/ RS. 2021, p. 56.

SENGE, Peter M. **A quinta disciplina: arte e prática da organização que aprende**; tradução: Gabriel Zide Neto, OP Traduções – 38.^a ed. Rio de Janeiro: Bestseller, 2021.

5

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HIPERVULNERÁVEIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Patrícia Caldas Meneses P. Ferreira¹

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um importante mecanismo de proteção dos direitos dos consumidores, visando reparar danos causados pelos fornecedores de bens e serviços tendo em vista que existem situações em que os consumidores se encontram em uma posição de desvantagem e, por isso, precisam de uma proteção especial

Os hipervulneráveis são aqueles consumidores que, devido à idade avançada, incapacidade física ou mental, baixa escolaridade, entre outros fatores, estão em uma situação de fragilidade em relação aos fornecedores. Desta forma, a responsabilidade civil por danos causados aos hipervulneráveis nas relações de consumo se torna ainda mais relevante, pois visa proteger os direitos destes consumidores e garantir a reparação de danos causados pelos fornecedores.

Com o advento da Constituição de 1988, houve a consagração da dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais como a vida, a saúde e a liberdade. Anos depois entrou em vigor no país o Código de Defesa do Consumidor, com a perspectiva de regular

¹ Professora Efetiva DE da Universidade Estadual do Piauí -UESPI e Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Brasília- UCB.

situações jurídicas contratuais entre fornecedores de um lado e consumidores de outro e consagrando a igualdade, o dever de informar e a vulnerabilidade como princípios basilares nas relações de consumo.

Este artigo tem como objetivo apresentar e discutir a responsabilidade civil por danos causados aos hipervulneráveis nas relações de consumo, destacando a importância deste tema e os principais aspectos que devem ser considerados. Serão abordados, entre outros aspectos, o conceito, as principais situações em que os consumidores se encontram em uma posição de vulnerabilidade, a importância da proteção dos direitos dos hipervulneráveis, e as principais normas que regulamentam a responsabilidade civil por danos causados aos hipervulneráveis nas relações de consumo

1. OS SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO: CONTEXTO HISTÓRICO DE SURGIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Para entender o significado de hipervulnerabilidade torna-se indispensável, dentro do contexto histórico social, compreender como o mundo percebeu a consolidação dos direitos do consumidor, em especial no Brasil. Por isso mesmo o presente tópico possui como objetivo trazer o contexto histórico de surgimento dos direitos do consumidor no Brasil e no mundo, para que em ponto subsequente seja possível analisar as características do conceito de consumidor e a evolução da vulnerabilidade.

1.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O SURGIMENTO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO MUNDO

As relações de consumo surgiram na Europa do século XVIII com o surgimento da economia industrial. Nesta época, a produção em massa e a disponibilidade de bens a preços acessíveis possibilitaram a ampliação do mercado consumidor. No entanto, as primeiras relações de consumo eram marcadas por desequilíbrios e explorações, com os consumidores sendo submetidos a condições desfavoráveis.

As relações de consumo surgiram com o aumento da produção em massa de bens de consumo e com a mudança nos padrões de consumo da sociedade. Com o passar do tempo, os movimentos sociais e as mudanças políticas na Europa e nos Estados Unidos levaram a uma maior preocupação com os direitos dos consumidores e o surgimento de leis para protegê-los. Em 1911, foi criada a primeira lei de proteção aos consumidores, na Alemanha, e a partir daí, diversos países passaram a implementar normas e regulamentações para proteger os direitos dos consumidores.

Vasconcelos (2009) observa que "O surgimento das relações de consumo foi uma resposta à necessidade de proteger os consumidores de práticas comerciais injustas e perigosas."

O discurso do Presidente John F. Kennedy, proferido em 1962, no Congresso dos Estados Unidos da América é amplamente reconhecido como o marco inicial da proteção aos direitos dos consumidores nos Estados Unidos. Neste discurso, Kennedy destacou a importância de proteger os consumidores contra práticas comerciais injustas e de

garantir a segurança e a qualidade dos produtos vendidos aos consumidores (MIRAGEM, 2016, p. 46).

No referido discurso, o então presidente estadunidense ressaltou que em algum momento todos ocuparão a posição de consumidor em alguma relação e que é dever do Estado garantir ao cidadão, no contexto de consumo, sua segurança, acesso à informação, seu direito à escolha e a ser ouvido (UC SANTA BARBARA, 2017)

De acordo com o autor Kotler (2014), "o discurso de Kennedy é considerado o ponto de partida para a proteção dos direitos dos consumidores". Ele foi um dos primeiros a destacar a importância de proteger os direitos dos consumidores e a fornecer uma base para as futuras leis de proteção aos consumidores.

A fala do Presidente John Kennedy fortaleceu, o movimento que surgiu com o vocábulo CONSUMERISM, que significa consumerismo, contra a produção, comercialização e a comunicação em massa, contra os abusos das técnicas de Marketing e propaganda, contra a periculosidade de produtos e serviços, visando a qualidade e confiabilidade dos mesmos. Estabelecia se assim, um marco, um novo de Direito do Consumidor, reconhecendo este como um ser digno de direitos específicos e direitos fundamentais.

As experiências tidas no âmbito do Direito do Consumidor supracitadas, levaram a Comissão de Direitos Humanos da ONU (Organização das Nações Unidas), em sua 29ª Sessão em 1973, em Genebra, reconhecer os direitos fundamentais do consumidor e a estabelecer em 1985, na sua 106ª Sessão Plenária, por meio da Resolução Nº39/248, o princípio da vulnerabilidade do Consumidor, reconhecendo

o mesmo como a parte mais fraca na relação de consumo, tornando o merecedor de tutela jurídica específica, que foi seguido pela legislação consumerista brasileira.

1.2 ESCORÇO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

No Brasil, apesar do consumo ter se intensificado em meados da década de 1930, as preocupações com as relações de consumo surgiram nas décadas de 40 e 60, quando foram criadas algumas leis regulando aspectos de consumo. Dentre essas leis, pode-se citar a Lei nº 1.221/51 (lei de economia popular), a Lei delegada nº 4/62, a Constituição de 1967 com a emenda Nº 1 de 1969 que consagrou a Defesa do Consumidor, a atual Constituição Federal que apresenta a Defesa do Consumidor como princípio da Ordem econômica.

Contudo, antes mesmo de ser incluída na Magna Carta de 1988, a Defesa do Consumidor, no Brasil, teve como marco significativo a edição da Lei nº 7.347/85, conhecida como Lei de Ação Civil Pública.

Fortemente influenciado pelo movimento internacional no sentido do reconhecimento e do aprofundamento dos mecanismos de proteção do consumidor, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 reconhece a defesa do consumidor como direito fundamental.

A Carta Magna apresenta a proteção do consumidor em três diferentes aspectos. O primeiro no artigo 5º, inciso XXXII, onde consagra a defesa do consumidor como direito fundamental; o segundo no artigo 170, inciso V, quando traz o princípio da ordem econômica e;

finalmente o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou a elaboração de código específico.

Nessa perspectiva, tendo em vista todo o contexto histórico, é notória a evolução e amadurecimento das relações entre consumidores e fornecedores. Nesse sentido, urge entender que a partir dessas transformações nas relações consumeristas o consumidor passou a ser visto como possuidor de direitos fundamentais relevantes na proteção da sua dignidade como pessoa humana.

A constituição determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. E o que se observa desse preceito é um mandamento constitucional que impões uma atuação Estatal positiva, ou seja, esse novo sujeito (consumidor) passa a ter o direito subjetivo de receber uma prestação positiva do Estado (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 151). Destaca Marques que não se trata somente de garantia de proteção do consumidor frente aos atos do Estado, mas de atuação do Estado em prol da defesa consumidor no mercado (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 35).

É possível identificar no mundo três fases na evolução dos direitos consumeristas. Primeiro o movimento foi marcado pela necessidade de garantir direitos trabalhistas fundamentais e pela luta para a afirmação do direito a produtos e serviços seguros, à proteção contra práticas abusivas e a receber indenização pelas más práticas comerciais.

Mais tarde, quando esses direitos trabalhistas mais básicos passam a ser amparado por lei, o movimento se concentra em questões relativas à qualidade e ao desempenho dos produtos e serviços oferecidos no mercado, trata-se de uma fase em que muitas organizações de

consumidores se dedicam a testar produtos e serviços e a reivindicar melhorias nos padrões de qualidade.

Quanto ao Brasil é imprescindível destacar a relevância do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Trata-se de um microsistema normativo eficiente, fundado em princípios importantes que se irradiam diretamente da Constituição Federal e dão ao consumidor um tratamento diferenciado em razão da natureza das relações jurídicas de consumo. Essas peculiaridades do CDC são, em regra, inaplicáveis a relações jurídicas subordinadas às normas gerais (Código Civil, Comercial, Código de Processo Civil etc.).

Assim, para se alcançar a cidadania e dignidade dos sujeitos nas relações consumeristas, um dos principais basilares é o da isonomia estabelecido entre o consumidor e o fornecedor. A principal virtude desse princípio está em reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (artigo 4, inciso I, CDC) como meio para se atingir a tão almejada igualdade pretendida pelo legislador. Implica, nessa situação, reconhecer o consumidor como parte mais fraca, ou seja, hipossuficiente.

A partir do reconhecimento da vulnerabilidade, o Código de defesa do Consumidor disponibiliza vários instrumentos que possibilitam a busca da igualdade, entre eles a possibilidade de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor quando verossímil a alegação ou diante de sua hipossuficiência, a interpretação de cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor em todo e qualquer contrato de consumo, manutenção de assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor carente, entre outros.

2. OS SUJEITOS DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E A VULNERABILIDADE.

2.1 OS SUJEITOS NA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

O Consumo é atualmente parte fundamental no cotidiano das pessoas, isso decorre da migração paulatina dos interesses humanos do modo simples de vida suprindo necessidades básicas de subsistência para a cultura do consumismo, fortemente presente nas sociedades capitalistas. Dessa maneira, é de extrema importância o reconhecimento de conceitos básicos do direito do consumidor e sua definição posto sua aplicação cotidiana nas relações jurídicas contratuais.

Segundo De Lucca (2008), relação de consumo é “[...] a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços do consumidor”.

Além disso, evidencia-se a lição de Filomeno (2012, p. 23) a respeito da relação de consumo:

[...] toda relação de consumo: 1. Envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (produtor/fornecedor); 2. Destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; 3. O consumidor, não dispendo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmo bens e serviços. E tudo isto porque o consumidor está na mesma situação de hipossuficiência que o detentor da força de trabalho experimenta em face do mesmo protagonista da atividade econômica, ou seja, os detentores dos meios de produção.

Uma das maiores dificuldades dos ordenamentos jurídicos está em identificar quem pode ser considerado consumidor, ou seja, identificar quem é consumidor e por isso o Código de Defesa do Consumidor, buscou conceituá-lo logo em seu artigo 2º. Para Alvim (1996, p.29), agiu bem o legislador ao caracterizar o consumidor pois não há no direito comparado conceito de consumidor nos mesmos moldes do art.2º do CDC, o que faz com que tenhamos um conceito próprio e insuscetível de exegese a ser realizada com base em doutrina estrangeira.

Desse modo, é fundamental também conhecer a definição de direito do consumidor, que conforme Santana (2019, p. 15), descreve o direito do consumidor como “um direito para desiguais, forte e protetor, e ele existe por haver relação de consumo, na qual, uma das partes aliena produtos e serviços, enquanto a outra parte os consome”.

Para Lages,(2020,p.12) consumidor deriva de consumir, dar satisfação às necessidades pessoais. “Vem a ser a pessoa que não tem poder de produção e, para atender às suas necessidades, recorre ao mercado de consumo para adquirir bens e serviços daquele que detém esse poder de produção: o empresário”.

A expressão “destinatário final” contida no final do art.2º do CDC, representa o principal elemento caracterizador do conceito de consumidor, comportando em nossa doutrina e jurisprudências teorias explicativas do conceito de consumidor.

Uma dessa teorias é a finalista para a qual consumidor é aquele que adquire no mercado de consumo o produto ou serviço gerando a interrupção da cadeia de produção e circulação de bens e serviços, para usufruto próprio, como destinatário final econômico. Essa teoria traz

uma interpretação restrita do conceito de consumidor, sendo este o o não profissional, pois a finalidade mesma do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

Os defensores da teoria maximalista viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores.

O conceito de consumidor contida no art. 2º deve ter uma interpretação extensa para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado (MARQUES, 2006).

É importante ressaltar que, apesar de estender ao máximo o alcance do conceito, a teoria maximalista não considera consumidor aquele que adquire o produto para revenda ou beneficiamento. Sendo assim, ao passo que na teoria finalista o grande questionamento reside na impossibilidade de inclusão de pessoa jurídica no conceito de consumidor, na maximalista há uma preocupação em definir em quais casos esta deve ser considerada como tal, ou seja, "se o Código de Defesa do Consumidor seria o Diploma adequado para tutelar toda e qualquer relação de mercado, independentemente do sujeito que a desenvolve, pessoa física ou não" (ALMEIDA, 2013, p. 51).

A jurisprudência do Superior Tribunal de justiça evoluiu os debates sobre o tema e criou na jurisprudência uma teoria intermediária, denominada teoria finalista mitigada ou aprofundada que por

considerarem a vulnerabilidade e a hipossuficiência elementos essenciais para o conceito e caracterização do conceito de consumidor. Observa-se que ao interpretar o conceito de consumidor do CDC, o STF utilizou critérios mais razoáveis e ponderações para definir a expressão "destinatário final" dando ensejo a uma teoria amplamente utilizada.

2.2 O CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL

Com a adoção da teoria finalista mitigada pelo STJ para identificar o consumidor em uma relação contratual, observa-se, de fato e de direito o reconhecimento da vulnerabilidade de todos os consumidores. Além da interpretação dada pelo citado Tribunal Superior a expressão destinatário final, há que se considerar também que o CDC adotou o princípio da vulnerabilidade pois é possível verificar que a vulnerabilidade é o estado presumido absolutamente ao tratar-se do consumidor (art. 4º, I, CDC). O que se tem, a partir da interpretação do inciso I, art. 4º do CDC é o reconhecimento da existência de desequilíbrio na relação entre fornecedor e consumidor, uma discrepância entre os sujeitos contratuais, identificado o consumidor como parte mais frágil relação.

Ao tratar-se da definição da vulnerabilidade, faz-se oportuno relembrar a conceituação de Marques de que é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.

Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção. (BENJAMIN; BESSA;

MARQUES, p. 104). A vulnerabilidade, consiste em característica multifacetada, isto é, pode ser evidenciada conforme a esfera analisada: pode-se calibrar o olhar de modo a identificar sob quais aspectos o consumidor é vulnerável

Diante do que já foi esclarecido, parece que não resta dúvida quanto ao reconhecimento da vulnerabilidade de todos os consumidores, contudo, observa-se em algumas situações que alguns grupos demonstram uma fragilidade ainda maior nas relações de consumo, ou seja, há algumas categorias sociais que ficam ainda mais vulneráveis à atuação do fornecedor, são os chamados consumidores hipervulneráveis.

Sobre a matéria, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, , ministro do STJ, manifestou-se sobre o tema, ao proferir voto no REsp 586.316/MG

“Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna(BRASIL, 2007, versão on line)

E continuou o Ministro a tratar do tema asseverando que :

O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou

agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas (BRASIL,2007, versão on line).

Depreende-se, que a própria Constituição federal de 1988, conferiu relevância a defesa do consumidor, alçando-o ao status de direito fundamental. Tem-se, de fato e de direito, a consolidação do princípio da vulnerabilidade em nosso ordenamento jurídico, e assim, diante de alguns contextos relevante, redobrar a atenção e a proteção sobre determinados grupos da sociedade. Verifica-se uma “escada de graduação da vulnerabilidade (geral ou agravada)” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 197). Tratam-se de “certas qualidades pessoais do consumidor podem dar causa a uma soma de fatores de reconhecimento de vulnerabilidade, razão pela qual se pode falar em situação de vulnerabilidade agravada” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 201)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode verificar ao longo do texto, a responsabilidade civil é um importante mecanismo de proteção dos direitos dos consumidores, que visa reparar danos causados pelos fornecedores de bens e serviços tendo em vista que existem situações em que os consumidores se encontram em uma posição de desvantagem e, por isso, precisam de uma proteção especial, especialmente quando se tratam de consumidores hipervulneráveis.

O Código de Defesa do Consumidor, micro-sistema multidisciplinar torna a responsabilidade civil por danos causados aos

hipervulneráveis nas relações de consumo se torna ainda mais relevante, pois visa proteger os direitos destes consumidores e garantir a reparação de danos causados pelos fornecedores.

De acordo com o estudo aqui delineado, verificou-se que com a adoção da teoria finalista mitigada pelo STJ para identificar o consumidor em uma relação contratual, observa-se, de fato e de direito o reconhecimento da vulnerabilidade de todos os consumidores.

Com esse balizamento do Superior Tribunal de Justiça, verificou-se não restar dúvida quanto ao reconhecimento da vulnerabilidade de todos os consumidores, contudo, observa-se em algumas situações que alguns grupos demonstram uma fragilidade ainda maior nas relações de consumo, ou seja, há algumas categorias sociais que ficam ainda mais vulneráveis à atuação do fornecedor, são os chamados consumidores hipervulneráveis.

Assim, devido ao hiperconsumo moderno e a gama de técnicas de marketing, gerando um grande alcance publicitário, a facilitação na outorga de crédito e outras práticas contemporâneas no mercado consumerista atual, percebe-se a necessidade de uma maior proteção a esses consumidores hipervulneráveis.

Dessa maneira, ao tratar sobre a proteção existente no ordenamento jurídico brasileiro sobre os hipervulneráveis é necessário que essa proteção seja enfatizada, fazendo com que o conhecimento dessas normas consumeristas sejam amplamente divulgadas, seja através dos órgãos de fiscalização, do próprio governo, fornecedores e entidades que cuidam da proteção do consumidor.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 586.316/MG, da 2ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 17 de abril de 2007. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: . Acesso em 24 Set. 2017.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em jan. 2023.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.
- DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor- Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo**. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- LAGES, Leandro Cardoso. **Direito do Consumidor: a lei, a jurisprudência e o cotidiano**. 4ed .rev e atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2020.
- KOTLER, Philip. **Marketing management: analysis, planning, implementation, and control**. Pearson, 2014.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTANA, Larissa Maria Pereira Rodrigues. **Repercussões jurídicas da venda casada**. 2019. 62f. Monografia Jurídica de Direito do Instituto Aphoniano de Ensino Superior. TRINDADE – GO. 2019.

UC SANTA BARBARA. **The american Presidency Project**. Disponível em . Acesso em 09 Jun. 2017.

VASCONCELOS E. P. **A proteção do consumidor no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 19.

6

A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO FAMILIAR PARA A CONSTRUÇÃO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL

Sheila de Andrade Ferreira¹

INTRODUÇÃO

O conceito social-normativo de família foi alterado paulatinamente, ao longo do tempo, em razão de fatores religiosos e políticos, modificando a dinâmica do núcleo familiar e permitindo modulações de figuras e poderes, além de maior inserção do Estado nas configurações familiares, a fim de enquadrá-lo a real necessidade das mudanças operacionalizadas nos novos arranjos familiares já reconhecidos pela lei, doutrina e jurisprudência.

Dentro desse contexto, é emblemático, no estudo em tela, trazer o princípio da afetividade como norteador para a definição dos núcleos familiares, como muito bem reconhecido pelo Ministro Ayres Britto, a mais de uma década, nos julgados da ADPF 132/RJ e ADIN 4277, com julgamento realizado em 05 de maio de 2011.

Como preconiza Lobo (2003, p. 33), “enquanto houver *affectios*, haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade e desde que consolidada na simetria, na colaboração e na comunhão de vida não hierarquizada”.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza-UNIFOR, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Salvador, Defensora Pública do Estado do Piauí, Professora Efetiva da Universidade Estadual do Piauí-UESPI.

Em vistas da amplitude que o afeto dá à entidade familiar, extirpando formas obsoletas consideradas tradicionais, Costa (2022, p. 479): “Não há mais fórmulas ou modelos predeterminados de entidades familiares reconhecidas por lei, mas as pessoas estão livres para escolher o modo de agrupamento familiar que melhor satisfaça as suas necessidades existenciais”.

A partir dessa ideia, o conceito de afeto no bojo das relações familiares não se trata de um elemento objetivo ou espiritualista, mas de verdadeiro mandamento legal de cuidado, que se reveste na responsabilidade parental e nos deveres daí decorrentes. Ou seja, “Ainda que sua estrutura organizacional seja plural, as famílias terão sempre o fim constitucional de promover o cuidado, a educação e o desenvolvimento dos seus integrantes” (MENEZES, 2022, p. 45).

Nesse sentido, cita-se Carossi (2010):

O afeto é o alicerce das relações familiares, sem ele o edifício da família um dia ruirá, mais cedo ou mais tarde, acompanhado de outros elementos como o respeito, a consideração, o companheirismo, a fidelidade em todos os sentidos, não só o sexual, o nível econômico, cultural e emocional dos seus integrantes, daí porque deve ser protegido e valorado juridicamente.

O raciocínio aqui desenvolvido destaca a vinculação de normas constitucionais e infraconstitucionais que devem ser seguidas no sentido de conceder a necessária valorização à solução de conflitos familiares de maneira a manter os vínculos afetivos e a pacificação de conflitos. Tudo isso como forma de estimular a parentalidade responsável no seio familiar.

Na visão de Menezes (2022, p. 47):

É certo, porém, que esse múnus parental não se confunde com um direito subjetivo do pai ou da mãe sobre a pessoa do filho. Reúne outras posições jurídicas como faculdade, ônus, responsabilidade e dever, conformadas para um só fim - o melhor interesse da criança e do adolescente.

Portanto, o objetivo central é proceder o co-relacionamento entre a superação da mentalidade do litígio, promovendo e estimulando meios de resolução de conflitos não judiciais através das instituições essenciais à Justiça e, ao mesmo tempo, desconstruir a visão de “ganhador” e “perdedor” na qual só o Poder Judiciário funciona para resolver uma questão familiar, que, em sua maioria, é pessoal, íntima e cheia idiosincrasias.

A partir disso, vê-se que o homem enquanto ser social possui particularidades, isto é, as “Relações interindividuais de toda espécie são lastreadas pela convergência de interesses que justifiquem tanto a criação, quanto a perpetuação de vínculos entre sujeitos” (GORETTI, 2021, p. 277).

Isso porque a visão de sucumbência nos processos familiares acaba por afastar os vínculos ali envolvidos, o que vem a produzir o distanciamento entre os membros de uma entidade familiar, com especial destaque para a criança e o adolescente, que detém proteção estatal singular por se tratarem de seres em formação, com proteção legislativa na Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e outros documentos normativos nacionais e internacionais relacionados à matéria.

Sendo assim, “A crença na possibilidade de consolidação de uma cultura de gestão autônoma e não violenta de conflitos deve ser

cultivada como virtude de esperança e preservação da humanidade” (GORETTI, 2021, p. 281). Logo, extrai-se que o apego aos processos judiciais em que se pautam em “ganhadores” e “perdedores” advém a partir de uma ideia de violência culturalmente enraizada, pois refletem o desequilíbrio de poder e de oportunidades.

Ainda hoje, o consenso e o acordo são vistos, equivocadamente, como formas de demonstrar fraqueza, vulnerabilidade e arrependimento. Nas palavras de Goretti, “Quando opta pela renúncia à violência, a parte mais fraca de uma relação assimétrica de poder torna-se ainda mais vulnerável, indefesa [...]” (2021, p. 282).

De todo modo, “A paz deve ser compreendida como o resultado útil da gestão construtiva (transformativa) dos conflitos, ou ainda como o domínio não violento dos conflitos” (GORETTI, 2021, p. 284). Conseqüentemente, as soluções extrajudiciais são mais do que um instrumento de aproximação, mas verdadeiras formas de resgate de harmonia de relações fragilizadas ou interrompidas.

Impende sublinhar, dentre os mais diversos tipos de solução extrajudicial de conflitos, a conciliação espécie de maior repercussão prática, haja vista que nesta, além da escuta ativa, o conciliador possui o papel crucial de propor e facilitar acordos e não apenas restaurar diálogos com acontece na mediação.

Vale dizer, o conciliador deve compreender o conteúdo do conflito de maneira a situar as partes, mantendo-se equidistante, sem ignorar a realidade fática, a fim de promover o “ganha-ganha” dos envolvidos, de modo que o tratamento da questão priorize a melhor solução para os indivíduos. Por isso, sua tarefa, talvez, seja a mais desafiadora: que dali

seja aberto um canal de diálogo, ou até quiçá seja restabelecida uma relação com vias a tornar possível uma relação parental saudável, priorizando o melhor interesse do filho.

O desafio de evitar a judicialização de um conflito não é tarefa fácil de ser alcançada, mas de igual forma não pode o operador do Direito se furtar na tarefa de concretização da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, prevista na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na qual percebe-se que a realidade legal e prática mostra-se voltada para a necessidade de métodos alternativos de resolução de conflitos.

Não se trata de afastar os conflitos do Poder Judiciário, mas sim funcionar em complementaridade a este, levando ao cidadão um ambiente mais reconfortante para discutir questões tão íntimas como o seio familiar. A consequência é o “acesso à Justiça” mais humanizado, particularizado e verdadeiramente acessível.

Ricardo Goretti reconhece que o Poder Judiciário não pode ser a única via de solução de conflitos, sequer a principal (2021, p. 290):

[...] decidir os rumos de um conflito a partir das pretensões enunciadas pelas partes (posições) e não das intenções dos enunciantes (como tradicionalmente ocorre nos processos judiciais), além de inadequado, revela-se ineficaz quando se objetiva a pacificação da relação conflituosa.

O ser humano em conflito tende a agir energicamente pela violência e sobrevivência, como se seu bem-estar dependesse, intrinsecamente, da superioridade em relação ao outro. Ou seja, a emoção do conflito reduz a capacidade de discernimento da questão a

ser tratada e das intenções do outro conflitante. Imagina-se o pior cenário, com as piores intenções, e, portanto, o agir é guiado por sentimentos negativos.

Dentro desta toada, é enfrentada a discussão acerca do avanço trazido pelos núcleos de conciliação dos diversos órgãos que compõem as funções essenciais à Justiça, os quais funcionam em complementaridade e colaboração ao Poder Judiciário, de maneira a tratar adequadamente os conflitos e facilitar o que já prevê o Código de Ritos e a chamada justiça “multi-portas”, na qual a conciliação é um pilar importante para evitar a judicialização de questões familiares, assim como para evitar o aprofundamento de desavenças no seio familiar.

Tendo isto em vista, a promoção de acordos como alternativa à propositura de ações judiciais intermináveis significa um passo a mais na busca de uma sociedade justa e mais atrelada à manutenção dos laços afetivos.

Nessa toada, quando se trata de cuidados com a família e, especialmente, com a prole, o tema assume especial relevância, pois fomenta ainda mais o debate de como se deve encarar e fortalecer a mentalidade contrária ao litígio, já que o pleno exercício da parentalidade responsável impõe a ambos os genitores a equiparação das funções parentais dentro do processo de criação, cuidado e responsabilidade conjunta com os filhos, de modo que os vínculos afetivos não podem ser rompidos por conflitos judiciais.

Deixar de utilizar a justiça como “vingança” e os filhos como espécie de “moeda de troca” demonstra maturidade recíproca, respeito

ao papel de pai/mãe e superação da cultura do litígio. Ademais, atitudes responsáveis com os vínculos afetivos com a prole demonstram, acima de tudo, amor como forma de querer assumir deveres, obrigações e ter direitos a tudo aquilo que vem previsto na Constituição Federal, Legislação Civil e ECA no que tange à responsabilidade parental.

II. DESENVOLVIMENTO.

A evolução histórica e social das famílias nos conduz a readequar as figuras parentais estáticas e, por conseguinte, abandonar a estrutura antiga e patriarcal com papéis sociais e funções parentais imóveis e pré-moldadas seja para o pai (trabalha, sustenta a casa e representante da família, detentor de todo o poder), seja para a mãe (submissa, sem economia própria e sem direito a opinar, dedicada aos cuidados domésticos e da prole).

Sendo assim, abandona-se o pátrio poder previsto no Código Civil de 1916, cuja ideia remetia a desigualdade entre o homem e a mulher, na qual o primeiro tinha a função de chefe da família e provedor do lar, a quem cabiam todas as decisões quanto à família e ao lar. Passa-se pelo Estatuto da mulher casada (Lei nº 4.121/62), no qual o pátrio poder era exercido pelo marido com a colaboração da mulher até chegar a Constituição Cidadã, cujo teor expressamente traz a igualdade entre homens e mulheres quanto a direitos e deveres na sociedade conjugal.

Dentro desta senda, as principais atribuições que competem aos pais quanto aos filhos são: dirigir-lhes a criação e a educação; tê-los em sua companhia e guarda; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade.

Com o advento do Código Civil de 2002 (CC/02), muda-se a nomenclatura e sai o pátrio poder para entrar em cena o chamado poder familiar, cuja conceituação ainda está atrelada a ideia de poder de tutela dos pais sobre seus filhos, que envolve direitos e obrigações. Vale dizer, muito embora pelo próprio contexto social e jurídico envolvam direitos e deveres, a nomenclatura codificada ainda trata de “poder familiar” como aqueles direitos dos pais de decidirem acerca de questões referentes à educação e formação dos filhos e também dever, na medida em que aos pais incumbe observar e atender as necessidades dos filhos. Os filhos estão, assim, sujeitos ao poder familiar enquanto menores. Esse poder é exercido em igualdade de condições entre os genitores, e, na hipótese de divergência, compete ao juiz decidir para solução do desacordo (art. 1.631, parágrafo único, do CC/2002).

Há alguns anos a doutrina vem avançando no estudo da matéria e no sentido de que o termo “poder” não é o mais adequado à espécie, preferindo-se responsabilidade parental. A terminologia, inclusive, consta do Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 470/2013).

Importante frisar que a responsabilidade parental foi desenvolvida a partir de mudanças sociais, políticas e religiosas nas sociedades, o que refletiu para o rompimento de hierarquias entre os indivíduos componentes de um mesmo núcleo familiar. Por lógica, as alterações refletiram, ainda que tardiamente, nos diplomas legislativos.

É a partir dessas alterações sociais, com consequentes impactos normativos, que se passou a analisar a filiação através de critérios mais

amplios e mais justos do que apenas a biologia. Ou seja, o afetou e surgiu para resguardar os direitos, mas também para conceder obrigações e responsabilidades aos genitores.

O ilustre civilista Paulo Lôbo construiu base doutrinária sólida para a percepção do afeto como elemento intrínseco às relações familiares, aproximando os laços familiares a partir da responsabilidade parental como dever decorrente do fato de ser pai ou mãe e distanciando as figuras familiares de arcaicos conceitos hierarquizados e pré-definidos em estruturas estritamente biológicas e sexuais.

Tendo isto em vista, Lôbo (2008) identifica os fundamentos essenciais do princípio da afetividade na Constituição Cidadã:

Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

Observa-se, então, que a promulgação da nova Constituição Federal, em 1988, possibilitou a análise da família e de suas questões a partir de ótica mais igualitária e humanista, concedendo visibilidade jurídica aos núcleos familiares que não se encaixavam no perfil tradicional. É o que Roudinesco suscita: “*Não há famílias ideais. A família do futuro está para ser construída e não teorizada*” (2004, p. 3).

Os laços afetivos, portanto, necessitam de preservação e cuidado, na forma que a Carta Magna previu a especial proteção do Estado a essas entidades consideradas base da sociedade (art. 226, *caput*, CF/88), de modo a não permitir que o próprio Estado, pelo Poder Judiciário, promova conflitos e rompa vínculos com a propositura de ações judiciais de forma desnecessária, equivocada e exorbitante.

Os métodos de resolução consensual de conflitos possuem pertinência em todos os campos do Direito Contemporâneo, com incentivo e estímulo pelo mais variados órgãos e instituições essenciais à Justiça, consoante as mais variadas técnicas jurídicas de priorizar o acordo ao invés de judicializar situações desnecessariamente, o que além de abarrotar o Poder Judiciário, causa mora e desconfianças na efetividade e valorização às instituições públicas, também acaba por multiplicar no mesmo núcleo familiar mais de uma contenda, a exemplo: alimentos, revisão de alimentos, mudança de guarda (muitas vezes com o fito de deixar de pagar alimentos), entre outras.

No campo do Direito das Famílias, os métodos extrajudiciais possuem especial relevância para buscar minimizar o desgaste de vínculos afetivos e dos relacionamentos entre os integrantes do grupo familiar, bem como são alternativas para a construção e revitalização de vínculos outrora perdidos.

A partir disso, observa-se a necessidade de relacionar-se, nos termos de Goretta (2021, p. 58):

Ainda que num ambiente líquido moderno a ideia de comprometimento em longo prazo nos remeta a uma noção de perigo, precisamos de relacionamentos em que possamos servir para alguma coisa ou alguém.

Precisamos deles não só por uma questão moral de preocupação com o Outro, mas também para o nosso próprio bem.

Vale dizer, decisões judiciais, apesar de poderem visitar o tema do afeto na seara indenizatória, jamais poderão, efetivamente, construir laços. Lado outro, a reconstrução do diálogo pela conciliação, invariavelmente, põe em pautas questões e sentimentos não solucionados, de modo a permitir que as partes possam solucionar as problemáticas sem estarem com a mentalidade litigante.

É que as emoções e sentimentos reprimidos, muitas das vezes, exteriorizam-se em fatos e situações que desembocam no Poder Judiciário, especialmente quando se tratam de questões familiares. Nesse viés, Gonçalves (2012, p. 21) sensivelmente assevera:

[...] o direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.

Além disso, a possibilidade de formulação de seus próprios termos e avenças atribui às partes o envolvimento necessário e precioso para o funcionamento do acordo. Vale dizer, após desconstruir a ideia de “ganhador” e “perdedor” de um processo, o ego humano cede espaço à compreensão e às vantagens de formular situações jurídicas possíveis de serem cumpridas e respeitadas.

Extirpa-se a tendência brasileira de que o Poder Judiciário é “superego de uma sociedade órfã de seu poder de tutela” (GORETTI,

2021, p. 65). Isto é, o empoderamento das partes contraria a afirmação cultural da esfera judiciária como “protagonista social” e “superestrutura paternalista”, nos termos de Ricardo Goretti, já que o Poder Judiciário funcionaria como via imprópria para “suprir toda sorte de necessidades, desejos e carências, até mesmo as mais íntimas, atinentes à vida privada” (2021, p. 65).

A ideia de uma decisão judicial superior e equidistante emitida por uma autoridade competente não parece se harmonizar à nova ótica civilista, que deixa de priorizar o conteúdo patrimonial e a concepção de instituições jurídicas individualistas e oportuniza a construção social pautada no diálogo.

Pelas formas consensuais de solução de conflitos, na seara extrajudicial, há o empoderamento dos verdadeiros interessados na pacificação da situação. Ou seja, se em processos judiciais as partes, muitas das vezes, visualizam os trâmites e procedimentos dos bastidores, a conciliação permite que elas sejam os agentes da mudança, com ampla liberdade de fixação de cláusulas e condições que sejam pertinentes à questão, sem que isso configure algum ônus de sucumbência como exteriorização do “fracasso” de uma causa.

É o mesmo que dizer que na conciliação não há “ganhador” e “perdedor”, mas apenas “ganhadores”, pois ambos irão conquistar suas avenças, com liberdade de suas próprias decisões e sem “dependência e veneração ao poder que juízes e tribunais exercem” (GORETTI, 2021, p. 65).

Nestes termos ensina Roberto Portugal Bacellar (2012, p. 39):

Métodos consensuais, na forma autocompositiva, são aqueles em que não há decisão por terceiros e as soluções são encontradas pelos próprios envolvidos – se necessário com auxílio de um terceiro facilitador imparcial que nada decide e só estimula a manifestação por meio de indagações criativas, a fim de que os próprios interessados encontrem suas respostas.

Como se não bastasse, a promoção de meios alternativos de resolução de conflitos demonstra afinidade e correspondência com os objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil, já que a pacificação social possui especial destaque para a promoção de uma sociedade justa e igualitária.

Em razão disso, a expressão “acesso à Justiça” não abrange apenas a propositura de ações judiciais, mas especialmente a solução de conflitos de maneira justa e efetiva, com resultados práticos visíveis. De acordo com os doutrinadores Mauro Cappelletti e Brynnt Garth (1988, p. 13):

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos.

A partir das novas concepções de justiça, o Código de Processo Civil de 2015, de forma inovadora, previu a solução consensual de conflitos como incumbência estatal, sempre que possível (art. 3º, §2º, CPC). Além disso, também estipulou que as entidades essenciais à Justiça deveriam utilizar as formas alternativas para solucionar as lides postas à sua apreciação (art. 3º, §3º, CPC).

Nesse viés, a audiência de conciliação prévia foi incluída dentro do procedimento a fim de em diversos processos pudessem ser resolvidos sem sequer ter discussão judicial (recebimento de cópia da inicial, apresentação de defesa, etc) como método a diluir litígio e compor interesses como expressamente é trazido na Reforma do Digesto Processual de 2015, que já nasce com uma visão mais madura e evoluída do tema: conciliar nas demandas familiaristas é promover pacificação social de modo que o bem comum é proporcionado a qualquer tempo.

Extirpando-se as delongas próprias dos procedimentos judiciais, assim como a própria marcha processual que pode ser lenta até pela má vontade das partes (ou de uma delas), evita a prática de atos atentatórios à justiça, assim como afasta a exposição da intimidade e vida privada do outro (especialmente, quando se trata de questões familiares que ocupam um espaço tão reservado na vida do indivíduo), pois não só fere comandos constitucionais e legais, assim como gera repercussões processuais e pessoais, muitas vezes, irreparáveis.

Sob tal perspectiva, ressalta-se que o objetivo principal da conciliação não é simplesmente pôr um fim ao litígio, mas sim, através da compreensão, do perdão e da empatia entre as partes, restaurar a relação existente (DIAS, 2015).

III. CONCLUSÃO.

A aplicação da técnica da conciliação como mecanismo extrajudicial de solução de conflito, tem como efeito imediato não só a pacificação da contenda, como também proporciona às partes

envolvidas o restabelecimento das relações interpessoais afetivas e familiares ou, ao menos, uma reaproximação dos envolvidos, que se colocam abertos a novos diálogos.

Nesses termos, Goretta (2021, p. 37):

A cognição das causas e efeitos produzidos pelas crises das relações intersubjetivas e de gestão dos conflitos nos serviu de subsídio para a defesa da conveniência e oportunidade do desenvolvimento de Políticas Públicas de difusão da mediação, que possam contribuir para a amenização dos efeitos produzidos pelo aludido estado de tensão que caracteriza a passagem da fase sólida da modernidade para a consolidação de um tempo líquido-moderno.

Tal viés, sob a ótica do Direito das Famílias, tem especial relevância, uma vez que a sentença, por si só, tecnicamente, pode até pôr fim a um processo, mas dificilmente contribuirá para a aproximação dos integrantes familiares já afastados. A família como *locus* da felicidade precisa de empatia, compreensão e perdão.

O aprofundamento de determinadas matérias em audiências nem sempre é possível ou não encontra espaço diante da rigidez procedimental e estrutural própria do Poder Judiciário. Motivo pelo qual as conciliações, principalmente nos processos envolvendo Direito das Famílias, e em destaque aos que tratam das relações parentais, se apresentam como um mecanismo de grande valia para os envolvidos, os quais têm mais oportunidade de falar por si (vez que a presença de advogado ou defensor público não é obrigatória), assim como é permitido mais de uma sessão para que aquele conflito possa ser resolvido de maneira mais satisfatória para os sujeitos interessados.

Assim, há muito a simples solução judicial tem se mostrado insuficiente para resolver as demandas familiares que surgem, especialmente diante dos novos arranjos familiares surgidos em razão de uma nova conjuntura social que nos afasta de modelos preconcebidos e nos aproxima de estrutura familiar baseada na afeto, amor, carinho e toda a carga sentimental que une as pessoas.

Desse modo, para que os filhos não sejam alvo da sobrecarga emocional do fim do relacionamento amoroso e conjugal/convivencial de seus genitores, capaz de afetar a relação de parentalidade responsável, é imperioso que as discussões da intimidade do casal não deságuem em questões atinentes à prole. As resoluções extrajudiciais possibilitam a convergência de interesses em prol do menor, protegendo-o de expectativas frustradas de seus responsáveis.

A sentença dificilmente consegue pacificar as partes nos conflitos familiares, tendo em vista que, nessas causas, estão envolvidos vínculos afetivos de extrema intimidade e particularidades. E, por isso, a resposta judicial não é capaz de satisfazer a contento os litigantes que buscam mais do que está escrito nas longas linhas e páginas dos processos, pois, em verdade, anseiam por questões emocionais, compensações patrimoniais, “vingança”, ao passo que a ideia de “sucumbência” hierarquiza as relações e as transforma em força motriz do litígio.

Enfim, a construção de soluções pacíficas transita pela escuta ativa e qualificada, sem a pressa para que cada um dos envolvidos possa e se sinta à vontade para expor o seu ponto de vista sem a necessidade de estar atrelado a termos legais e passe a dialogar de modo a possibilitar

a construção de uma solução não como a “ideal”, mas a que abrange todos os pontos de vistas da situação e que se revela a mais adequada para o melhor interesse da criança ou do adolescente, que não é visto como objeto e sim como ser que merece especial proteção dos pais que ali exercitam plenamente sua responsabilidade parental.

Dessa forma, a orientação, disseminação e ampliação de projetos que elevem as soluções extrajudiciais, com especial destaque para a conciliação, assumem especial relevo e possibilitam que o diálogo caminhe alinhado com construções de soluções para os conflitos, sem a necessidade de serem levados ao Poder Judiciário.

E, desse modo, a conciliação permite que os vínculos afetivos e laços parentais não sejam rompidos, ou oportunizem um canal para seu restabelecimento, com o uso do diálogo e da busca pelo equilíbrio entre os pais em favor da prole.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL. **Resolução nº 125 de 29/11/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

CAPPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAROSI, Eliane Goulart Martins. **O Valor Jurídico do Afeto na Atual Ordem Civil-Constitucional Brasileira**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/659/O+Valor+Jur%C3%ADdico+do+Afeto+na+Atual+Ordem+Civil-Constitucional+Brasileira>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e Acesso à Justiça**. 2. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Princípio Jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar: Reflexões sobre o recurso à reprodução humana assistida. **In Direito das Famílias por Juristas Brasileiras**. São Paulo: Editora Foco, 2022.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A Família e o Direito de Personalidade: A cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **In Direito das Famílias por Juristas Brasileiras**. São Paulo: Editora Foco, 2022.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org). **Direito das Famílias por Juristas Brasileiras**. São Paulo: Editora Foco, 2022.

ROUDINESCO, Elisabet. **Boletim IBDFAM**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, n. 28, set/out. 2004.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2015.

7

REFLEXOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

Virna de Barros Nunes Figueiredo¹

INTRODUÇÃO

Ao longo da vida, o indivíduo tece uma série de relações e se constrói enquanto um ser social. O ciclo primário de socialização decorre na maioria dos casos da família, seja esta biológica ou socioafetiva, constituindo-se em referencial para o cidadão e na base de toda a sociedade, conforme preceitua o artigo nº 226 da Constituição Federal.

O homem aprende e vive em grupo e é uma demanda natural a perpetuidade dos grupos através dos filhos. Assim, tem sido desde os primórdios. A descendência é considerada como o caminho de continuidade e perpetuação. Os antigos romanos tinham em seus filhos a certeza da sobrevivência do culto doméstico geração, após geração.

Na cultura ocidental, o filho carrega no nome, os valores e as tradições de seus ascendentes, além de representarem a evolução da própria vida para seus pais e demais familiares. O vínculo entre pais e filhos é poderoso e inestimável, sendo objeto de proteções sociais, jurídicas e religiosas. Contudo, nem toda família é criada por meio

¹ Doutoranda pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Mestre em Ética e Epistemologia pela Universidade Federal do Piauí. Advogada. Professora Universitária.

natural. Por diversos fatores, a infertilidade se faz presente para uma parcela considerável da população, que na ânsia de realizar o sonho da procriação, recorre a técnicas científicas. Neste contexto, se verifica uma série de desdobramentos que carecem de cuidadosa reflexão tanto em âmbito moral, quanto em âmbito jurídico.

Conforme dados recentes divulgados pela ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o número de ciclos de fertilizações in vitro realizados no Brasil, voltaram a crescer após a pandemia do vírus Covid-19, atingindo a realização de 45.952 ciclos no país no ano de 2021. O relatório divulgado afirma ainda que, entre os anos de 2020 e 2021, foram congelados mais de 202 mil embriões.² Os números expressivos relatados nos últimos anos confirmam a liderança brasileira no ranking latino-americano dos países que mais realizaram fertilização in vitro (FIV), inseminação artificial e transferência de embriões, mantendo larga distância da Argentina e do México, que ocupam respectivamente o segundo e o terceiro lugar nesta lista.

Mediante este cenário, o presente artigo propõe o estudo dos possíveis reflexos da responsabilidade civil dos pais mediante danos causados aos embriões e ao nascituro em procedimentos de reprodução humana assistida, mediante revisão de literatura pautada

² 14º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrião), produzido com dados de 2020 e 2021 do Brasil. O documento produzido pela ANVISA reúne informações sobre a produção dos Centros de Reprodução Humana Assistida, também conhecidos como clínicas de fertilização in vitro. A ANVISA edita Resoluções de Diretoria Colegiada (RDC) e, no que tange à reprodução humana assistida, existem duas delas vigentes, quais sejam, a RDC nº 29/2008 e a RDC nº 23/2011, alterada pela RDC nº 72/2016. A primeira aprova o Regulamento técnico para o cadastramento nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) e o envio da informação de produção de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento.¹⁰² A segunda, por sua vez, institui os critérios mínimos para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG), visando a segurança e qualidade das células, tecidos germinativos e embriões utilizados.

especialmente na análise da legislação e doutrina jurídica pátria, artigos científicos e jurisprudências. Para tanto, o texto apresentará uma breve análise da parentalidade responsável e da dignidade humana, enquanto princípios que fundamentam o livre exercício do planejamento familiar, garantido constitucionalmente e para seguida, apresentar o contexto legislativo sobre o tema. Nos tópicos subsequentes se abordará a parentalidade responsável frente as técnicas de reprodução humana assistida e como a responsabilidade civil tem enfrentado as questões que recentemente emergiram tais práticas reprodutivas.

1 A PARENTALIDADE RESPONSÁVEL E A DIGNIDADE HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A parentalidade responsável e a dignidade humana são princípios que fundamentam o livre exercício do planejamento familiar, caracterizado pela liberdade de escolha do casal quanto a sua configuração familiar, conforme assegurado pela Constituição de 1988. A leitura destes preceitos basilares é de suma importância para a compreensão das implicações, éticas, sociais e jurídicas de gerar uma vida humana.

Pelo princípio da paternidade responsável se infere a responsabilidade que permeia não a formação e a manutenção de uma entidade familiar. Tal responsabilidade, se inicia no momento da concepção e se estende enquanto se fizer necessário no que se refere ao cuidado dos pais para com seus filhos. A paternidade responsável é garantida expressamente no artigo 226, § 7º da Constituição Federal:

“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.”

O princípio em estudo também se faz presente quando se trata das técnicas de reprodução assistida, conforme o artigo 1.597 do Código Civil, bem como no direito do estado de filiação, assegurado constitucionalmente. É possível ainda, encontrar a paternidade responsável na Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, segundo a qual toda criança terá direito, na medida do possível, de conhecer seus pais e ser cuidada por eles e nas normas sobre reconhecimento de paternidade.

Em fato, a paternidade responsável enquanto norteadora das relações entre pais e filhos, centro da comunidade familiar se relaciona diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana³ que assegura o pleno desenvolvimento e realização da família e dos indivíduos que a compõem, especialmente da criança e do adolescente. Mas conforme o objeto proposto neste estudo, observa-se a paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana como elementos essenciais a serem considerados na realização do projeto parental.

Ao se considerar que nem sempre a família é formada por vias naturais, é preciso refletir sobre a responsabilidade dos pais na

³ A dignidade da pessoa humana está expressamente consignada na Constituição Federal (Arts. 1º, inc III e 226, § 7º).

utilização de técnicas de reprodução humana assistida, tais como o diagnóstico genético pré-implantatório, a inseminação artificial, a fertilização in vitro, a maternidade substitutiva e a inseminação post mortem. São temas permeados por questionamentos e polêmicas, que até o momento só encontraram regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina, em um viés ético. O ordenamento jurídico permanece silencioso quanto a regulamentação adequada dessas técnicas, tendo apenas uma tímida menção na Lei nº 11.105/2005, que nem de longe se aproxima do tratamento adequado ao tema.

Embora o Brasil tenha se destacado no tratamento das questões de família no âmbito da Constituição de 1988, com o reconhecimento de novas formas de família ao lado do casamento, igualdade entre os filhos, o direito da criança e do adolescente foram consagrados pelo constituinte, não há em legislação específica que verse quanto aos direitos do cidadão em relação ao uso da ciência em prol do projeto de filiação.

Logo, questiona-se até que ponto seria possível usar a ciência, a medicina, como forma de favorecimento ao projeto de filiação. Assim como não se tem uma visão clara de como se deve tratar a responsabilidade, direitos e deveres mediante situações como a doação de material genético de pessoas diversas, utilização de diagnóstico prévio a implantação de embriões, ou a situação do casal que utiliza o útero de outra mulher, rompendo o dogma do brocardo *mater semper certa est*.⁴

⁴ A expressão latina *mater semper certa est* pode ser traduzida como “a mãe é sempre certa”.

O Código Civil, em seu artigo 1.597, inciso V, apresentou a possibilidade de filiação derivada de inseminação heteróloga, mediante autorização do marido, bem como inseminação homóloga, viabilizando a filiação derivada de reprodução assistida. Curiosamente, esta autorização não trouxe um aumento expressivo nos procedimentos de reprodução humana assistida realizados no Brasil. O impulso esperado nesta ocasião, veio, em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, passou a admitir como entidade familiar uniões estáveis e casamentos formados por pessoas do mesmo sexo, quebrando paradigmas.

O projeto de filiação, agora aberto diretamente a casais homoafetivos, passou a apresentar novos contornos, com a possibilidade do uso da ciência no sonho de ter um filho. Mas apesar o crescente interesse nas técnicas de reprodução humana assistida o Brasil seguiu sem uma lei que enfrentasse o tema.

2 OS IMPACTOS DO SILÊNCIO NORMATIVO QUANTO AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Em que pese o silêncio do legislador brasileiro quanto as técnicas de reprodução humana assistida, o Conselho Federal de Medicina, desde 2012, tem se posicionado em relação a matéria, com destaque para a regulamentação ética quanto a atuação de seus profissionais, nas práticas de reprodução assistida.

Para visualizar o panorama é importante destacar as contribuições das Resoluções 2013/2013, 2121/2015, 2168/2017, 2294/2021 e mais

recentemente, no da Resolução 2320/2022, na missão de apresentar normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil, sempre pautadas no aperfeiçoamento das práticas e na observância aos princípios éticos e bioéticos, de modo a prover maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

As referidas resoluções têm por ponto comum a indicação das técnicas mediante uma probabilidade real de sucesso⁵, e desde que não se verifique um grave risco de saúde para a paciente ou o possível descendente.⁶ Ademais, as mencionadas resoluções têm cumprido o importante papel de apontar a obrigatoriedade do consentimento informado para os pacientes submetidos às técnicas de reprodução humana assistida, bem como de atribuir ao profissional médico o dever de apresentar todas as informações pertinentes, incluindo dados biológicos, jurídicos, éticos e de ordem econômica, exigindo-se inclusive um contrato de prestação de serviços. Em termo diretos, o consentimento esclarecido é pautado em uma permissão que também é decisão proveniente de processo informativo e deliberativo delineado, percorrido pelo paciente e, acompanhado pelo médico⁷,

⁵ As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos". BRASIL. Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/imagesPDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 06 FEV. 2023.

⁶ A título de exemplo: Com a finalidade de resguardar a saúde da mulher que se submete a esse procedimento, o Conselho Federal de Medicina também limita o número de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora, que não poderá ser superior a quatro, variando de acordo com a idade da mulher.

⁷ SOARES, Flaviana, 2021, p. 246.

Porém, ao tratar do consentimento informado tem-se uma via de mão dupla: por um lado, trata-se do aceite do procedimento, assegurando o direito do paciente ao respeito à sua integridade pessoal, bem como a disposição de seu corpo de acordo com os bons costumes e a moral⁸, mas por outra via, se torna questionável quando permite a manipulação genética para a escolha de características genéticas para o filho a ser gerado, como por exemplo o sexo do bebê.

Embora o Conselho Federal de Medicina tenha proibido as práticas de eugenia⁹, de redução embrionária ou de sexagem, não é raro se ter notícias acerca destas práticas, em clara afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Muitos profissionais e pais se valem da ausência uma lei que regulamente de forma expressa a matéria para ultrapassar os limites, sem qualquer receio de sansão.

Dentre as principais questões tratadas pelo Conselho, destacam-se: a possibilidade do descarte ou utilização para pesquisas de células-tronco de embriões excedentários após 5 anos de criopreservação (Resolução nº 2.013/2013 do CFM); Diagnóstico genético pré-implantatório, desde que sejam detectadas doenças hereditárias no casal, impedindo assim a transmissão destas para o filho, e também em caso de seleção de tipagem do sistema HLA compatível com algum outro filho do casal afetado por doença cujo tratamento seja efetivo por meio do transplante de células-tronco ou de órgão, o que é conhecido como

⁸ ROBERTO, 2018, p. 87-88.

⁹ O termo Eugenia foi criado por Francis Galton (1822-1911), que o definiu como: o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente.

“bebê-medicamento”, “bebê-doutor”, “bebê-salvador” ou “bebê de dupla esperança” (Resolução nº 2.013/2013); A maternidade substitutiva a ser utilizada na hipótese de alguma questão que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, ou em caso de os interessados serem um casal homoafetivo (Resolução nº 2.013/2013). E por fim, destaca-se a polêmica inseminação post mortem, realizada após a morte de um dos genitores, (Resolução nº 2.013/2013).

Estes são apenas exemplos de questões palpitantes, que geram uma série de desdobramentos pessoais, sociais e patrimoniais que seguem sem uma norma clara, sendo tratados de forma isolada pelos tribunais que se apoiam em princípios e visão ética para tentar apresentar soluções. Pouco se fala das implicações da responsabilidade parental frente ao dano causado ao filho gerado com auxílio da ciência ou aos embriões criados no processo. Um silêncio incômodo visto que procedimentos de reprodução humana assistida são realizados todos os dias, gerando questionamentos que em sua maioria permanecem sem uma resposta clara, deixando um importante e delicado campo aberto para a insegurança jurídica dos envolvidos.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A responsabilidade civil representa sempre o dever de ressarcir ao outro o prejuízo que lhe foi causado. Nos termos da melhor doutrina, seria este instituto responsável pela aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela praticado, ou por pessoa por quem ela

responda.¹⁰ Todo dano causado ilicitamente, por ação ou omissão, a outrem gera uma obrigação legal de reparação.

Os contornos da responsabilidade civil no ordenamento pátrio exigem quatro elementos: o ato ilícito, a existência ou não de culpa, o nexo causal, e, por fim, a comprovação do dano. Segundo enuncia o artigo 186 do Código Civil brasileiro: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Desta forma, para que haja a responsabilização civil, é necessário se verifique uma lesão sobre o patrimônio moral ou material da vítima em decorrência do dano praticado pelo agente.¹¹ Mas no âmbito da família é preciso recordar que a responsabilidade civil exige uma observação mais apurada.

A noção de família invariavelmente traz como base o afeto, que não apenas justifica a formação daquele grupo, mas constitui o alicerce para nortear as relações entre seus membros, constituindo um princípio com elevado valor jurídico reconhecido constitucionalmente. O vínculo afetivo e a presença da solidariedade dentro da entidade familiar ampliam o efeito da responsabilidade face a prática de atos que causam danos em seu seio.

Neste caso, compreende-se que o dano causado entre pessoas que se encontram na mesma família, independente da idade, ou fase de desenvolvimento, acaba por ser mais gravoso do que se provocado por

¹⁰ DINIZ, 2019, p. 34.

¹¹ SILVA, 2002, p. 25.

um estranho. Há neste caso, uma situação privilegiada e a quebra de um dever de cuidado entre as partes que fundamenta a aplicação da teoria geral da responsabilidade civil, visto a falta de um dispositivo específico acerca do tema.¹²

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade devem prevalecer em qualquer família, implicando sua quebra por condutas incompatíveis em responsabilização civil, tanto em âmbito material quanto moral. Logo, quando os pais violam os direitos assegurados aos seus filhos, faltando com a parentalidade responsável, devem ser responsabilizados pelos danos morais e materiais causados a essas crianças, independentemente de sua fase de desenvolvimento.¹³

Todo e qualquer risco ou ofensa à dignidade da criança ou nascituro, merecem especial proteção da ordem jurídica, pois estas são fases iniciais do desenvolvimento dos seres humanos. Neste ponto, surge possivelmente a maior problemática da responsabilidade civil relacionada às técnicas de reprodução humana assistida: o embrião. Com a ausência de tutela jurídica, ainda não é possível uma visão clara sobre como os pais responder mediante a utilização indevida dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida, ocasionando dano ao futuro filho.

Sobre o nascituro a matéria ainda não é uniforme. A responsabilização parental ficaria atrelada a teoria que fosse adotada quanto a tutela daquele que ainda está por nascer. Para os adeptos da

¹² CARDIN, 2012, p. 69.

¹³ CARDIN, 2012, p. 71.

teoria concepcionista, por exemplo, a indenização por dano moral é justificável, uma vez que já seria pessoa e titular de direitos. Já para a teoria natalista o nascituro não possui direitos, nem personalidade jurídica, mas mera expectativa de direitos. Se for considerada a teoria da personalidade condicional, a reparação só é passível a partir do nascimento com vida.

Sobre o tema, a jurisprudência pátria tem afirmado tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*¹⁴. Em fato, há que se considerar que cabe aos pais mais do que mero sustento, devendo se observar o dever de cuidado, independentemente da fase de desenvolvimento do ser descendente. A negação da possibilidade de reparação de danos materiais ou morais causados por um membro da família ao outro, seria uma forma de estimular estas condutas e consequentemente incentivar a desintegração familiar.

Portanto, considerando que os pais assumem a responsabilidade pelo procedimento de reprodução humana assistida, a eles cabe a responsabilidade por danos morais ou materiais que venham a ser causados aos filhos, ainda que na fase intrauterina, respondendo civilmente por ações ou omissões que deram causa. Para uma melhor compreensão dos mencionados danos, o próximo tópico apresentará a análise de algumas situações fáticas nas quais se verificam os elementos

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Rel. Min. Nancy Andrighi. DJU 10.05. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo_/justica/detalhe.asp?numreg=200901937019>. Acesso em: 12 jan. 2023.

da responsabilidade civil para pais que realizaram procedimentos de reprodução humana assistida.

4 DOS POSSÍVEIS DANOS CAUSADOS PELOS PAIS AO EMBRIÃO, AO NASCITURO E AO FILHO

A reflexão sobre a responsabilidade civil dos pais nos procedimentos de reprodução assistida no Brasil só ganha a devida dimensão a partir do momento em que a materializamos em casos práticos. Desta forma, é de suma importância compreender as principais hipóteses de dano quanto a embrião, ao nascituro e ao filho já nascido.

Ao embrião se questiona inicialmente a possibilidade de comercialização, doação e abandono. Nos procedimentos de reprodução humana assistida, a produção exacerbada de embriões é uma prática comum, que tem por objetivo selecionar os embriões mais viáveis para que estes sejam transferidos para o corpo da mulher, aumentando as chances de gravidez¹⁵. Mas fica o questionamento quanto ao destino dos embriões excedentários. Uma vez que o abandono dos embriões restantes nas clínicas de fertilização constitui uma violação da obrigação de cuidado em relação aos filhos, muitos casais optam pela doação ou descarte, sem dimensionar a imposição do fim da vida, ou a possibilidade de uma vida sem acesso ao direito ao conhecimento da origem biológica, que pode resultar inclusive em riscos à saúde.

¹⁵ Percebe-se o caráter utilitarista dado ao embrião, MORAES, Carlos Alexandre.2019. p. 136.

Outros pontos relevantes, seriam a seleção realizada por meio do já mencionado diagnóstico genético pré-implantatório e da prática da redução embrionária. Importante ressaltar que a eugenia pode ser tanto no sentido de manipular embriões sem defeitos, quanto no sentido de criar embriões com anomalias de forma proposital. Seja qual for o caminho, há uma violação a integridade física dos embriões que configura dano moral.

Quanto ao nascituro, deve-se pensar em toda e qualquer ação ou omissão abusiva que venha a colocar sua saúde plena em risco. A título de exemplo, a negligência na vacinação e nos cuidados pré-natais, gerando dano moral a partir de ato ilícito omissivo da gestante e um possível dano material, na hipótese da pessoa ficar limitada para a atividade laboral, devido à contaminação que poderia ter sido evitada. No mesmo sentido, o dano provocado pelo consumo de álcool e drogas durante o período gestacional.

Dos danos causados aos filhos, mencionam-se situações nas quais o vínculo de filiação não se encontra assegurado, prejudicando o acesso aos direitos de ordem pessoal, social e patrimonial, especialmente os sucessórios. Seria este o caso da inseminação *post mortem*, realizada após a morte de um dos genitores, o que é permitido pela Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, desde que haja autorização prévia e específica do(a) falecido(a) para a utilização do material biológico criopreservado, e se observe a legislação vigente¹⁶.

¹⁶ BRASIL. Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/imagesPDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

Além desta possibilidade, carece de reflexão a possibilidade de coisificação da pessoa na situação do “bebê medicamento”. O Conselho Federal de Medicina permite a produção do “bebê medicamento”, ao afirmar que”

As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente¹⁷.

Em que pese o caráter altruístico da iniciativa dos pais, o bebê em questão é representa um meio para um fim específico. A criança, em princípio saudável será submetida a uma série de procedimentos médicos e cirúrgicos até que o objetivo seja alcançado, sob o risco de efeitos colaterais e psicológicos. Trata-se de uma vida atrelada a outra vida¹⁸ com diversas possibilidades de dano, de ordem material e moral.

As hipóteses apresentadas são amostras das possibilidades da verificação da incidência da responsabilidade civil dos pais nos procedimentos de reprodução humana assistida e a este ponto, confirmam a urgência da necessidade já mencionada da elaboração de dispositivos aptos a impedir ou minorar a ocorrência destes e outros danos similares. O projeto parental que originalmente intenciona a criação de uma família, não deve ser vetor para condutas prejudiciais à descendência, acobertado pela ausência de uma regulamentação específica.

¹⁷ BRASIL. Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁸ MORAES, 2019 p. 212.

CONCLUSÃO

Em um cenário no qual os procedimentos de reprodução humana assistida e mesmo os de forma “não assistida” tem se tornado cada vez mais frequentes, é preciso compreender as implicações das ações realizadas nas etapas destes processos, a fim de impedir ou pelo menos dificultar condutas que firam os princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável, gerando danos à futura descendência.

A falta de tutela do embrião in vitro, até o presente momento manuseado sem o devido respaldo jurídico, permite sua utilização em determinados procedimentos passíveis de provocar sua destruição ou dano irreversível ao seu normal desenvolvimento, o que acarretaria consequências a sua infância, adolescência e quando adulto. Para evitar e minorar possíveis danos, deve-se utilizar da máxima cautela em todo procedimento envolvendo a concepção da vida humana e considerar como prioridade a proteção de um ser em desenvolvimento.

Desta forma, os litígios decorrentes das práticas de reprodução humana assistida deverão observar como paradigma norteador o princípio da dignidade da pessoa humana, juntamente com os princípios da parentalidade responsável, da solidariedade familiar e do melhor interesse do menor. Face a ausência da regulamentação legal, outro mecanismo viável é buscar amparo no direito comparado, recorrendo a legislações estrangeiras mais avançadas na matéria.

Sem pretensão de esgotar a matéria, mas de apresentar uma discussão relevante e urgente, tem-se no presente estudo elementos

que indicam a responsabilização civil dos pais que faltam no exercício da parentalidade responsável, e que venham por ação ou omissão a causar danos morais ou materiais a seus filhos. Tal responsabilização é válida e necessária ainda que este filho se encontre na fase intrauterina, visto que a violação do dever de cuidado, constitui ato ilícito que fere direitos personalíssimos.

Toda e qualquer manipulação da vida humana demanda cautela e extremo cuidado, desde sua coleta, armazenamento, utilização e até a hipótese de descarte. Para além das implicações jurídicas, há que se pensar no viés ético e moral do tratamento da vida e da pessoa. A ciência deve ser utilizada com responsabilidade, assegurando a realização do sonho da constituição de uma família e jamais como um vetor de risco, acobertando condutas danosas para seres humanos, sob o manto da ausência de uma legislação específica.

REFERÊNCIAS

- ANVISA. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 23/2011**. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2954258/RDC_23_2011_COMP.pdf/ba335341-5993-4843-83dc-f23681690514. Acesso em: 03/02/2023.
- ANVISA. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 29/2008**. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/rdc0029_12_05_2008.html. Acesso em 03/02/2023.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 jan. 2023.
- BRASIL. **Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/imagesPDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Rel. Min. Nancy Andrighi. DJU 10.05. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200901937019>>. Acesso em: 12 jan. 2023.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro. Responsabilidade civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 7.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente no Direito Médico**. Indaiatuba: Foco, 2021.



A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de produção e pesquisa científica/acadêmica das ciências humanas, distribuída exclusivamente sob acesso aberto, com parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil e exterior, assim como monografias, dissertações, teses, tal como coletâneas de grupos de pesquisa e anais de eventos.

Conheça nosso catálogo e siga as nossas páginas nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org

contato@editorafi.org