

Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil

Volume 1

Adalberto Simão Filho	João José Custodio da Silveira
Alexandre Dartanhan de Mello Guerra	José Carlos Metroviche
Alexandre J. C. da Cunha Filho	José Claudio Domingues Moreira
Alfredo Gehring C. Falchi Fonseca	José Eduardo Marcondes Machado
Antônio Carlos Mathias Coltro	José Luiz Gavião de Almeida
Antonio Carlos Morato	Luis Manuel Fonseca Pires
Artur Marques da Silva Filho	Marcelo Barbosa Sacramone
Augusto Martinez Perez Filho	Marcelo Benacchio
Carlos Alberto Garbi	Marco Fábio Morsello
Cássio Mahuad	Marcos Duque Gadelho Junior
Cassio Pereira Brisola	Mauro Antonini
Cassio Scarpinella Bueno	Nelson Rosenvald
Diego Ferreira Mendes	Nestor Duarte
Erik Frederico Gramstrup	Paulo Rogério Bonini
Estevan Lo Ré Pousada	Pedro Siqueira De Pretto
Euclides Benedito de Oliveira	Renato Siqueira De Pretto
Fabio Calheiros do Nascimento	Ricardo Marcondes Martins
Felipe Braga Netto	Roberto Maia Filho
Fernando Antonio Maia da Cunha	Rogério Donnini
Fernando França Viana	Roque Antonio Mesquita de Oliveira
Francisco Eduardo Loureiro	Rubens Petersen Neto
Frederico da Costa Carvalho Neto	Silvio de Salvo Venosa
Frederico dos Santos Messias	Teresa Ancona Lopez
Gilberto Carlos Maistro Junior	Vilma Tomaz Lourenço Ferreira Zanini
Gilson Delgado Miranda	Wanderley José Federighi
Hamid Charaf Bdine Júnior	William Santos Ferreira
Ivo Waisberg	

Apresentação

Antonio Carlos Villen e Francisco Eduardo Loureiro

Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil

Volume 1





Diretor

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro

Vice-Diretor

Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez

Conselho Consultivo e de Programas

Desembargador Aroldo Mendes Viotti

Desembargador Eduardo Cortez de Freitas Gouvêa

Desembargador Francisco José Galvão Bruno

Desembargador Hermann Herschander

Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho

Desembargador Tasso Duarte de Melo

Juiz Gilson Delgado Miranda

Coordenadores da Biblioteca e Revistas

Desembargador Wanderley José Federighi

Juiz Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Coordenador da obra

Juiz Alexandre Dartanhan de Mello Guerra

Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
(Coordenador)

**Estudos em homenagem a
Clóvis Beviláqua por ocasião
do centenário do Direito Civil
codificado no Brasil**

Volume 1

Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2018

Coordenação
Alexandre Dartanhan de Mello Guerra

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

Editoração, revisão, CTP, impressão e acabamento
Personal 7 Produtos Promocionais

Diagramação
Dirceu Caróci

Revisão
Yara Cristina Marcondes

Tiragem
700 exemplares

Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil / coordenação: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra.
São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. V. 1.

Vários autores.

ISBN 978-85-906790-1-1

1. Direito Civil – Brasil. I. Guerra, Alexandre Dartanhan de Mello. II. Título.

CDU-342(81)(082)

Ficha catalográfica elaborada pelo Serviço de Acervo da
Biblioteca da Escola Paulista da Magistratura
Bibliotecária: Cintia Pontes de Souza - CRB8/5730



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º, 2º, 3º e 4º andares
01301-100 - São Paulo - SP
Fones: (11) 3255-0815 / 3257-8954
www.epm.tjsp.jus.br - imprensaepm@tjsp.jus.br

Sumário

Volume 1

Apresentação

<i>Antonio Carlos Villen, Francisco Eduardo Loureiro e Alexandre Dartanhan de Mello Guerra</i>	9
--	---

I - Parte geral

Teoria dos princípios e Poder Judiciário: a utilização de princípios na fundamentação da sentença

<i>Ricardo Marcondes Martins</i>	15
--	----

Interpretação jurídica: do dogma da completude ao sistema aberto

<i>Luis Manuel Fonseca Pires</i>	47
--	----

O Código Civil de 1916 e sua convivência com a Constituição de 1988

<i>Pedro Siqueira De Pretto e Renato Siqueira De Pretto</i>	67
---	----

A constitucionalização do Direito Civil: o Direito Público matou o Direito Privado?

<i>José Claudio Domingues Moreira</i>	91
---	----

A vedação ao comportamento contraditório

<i>Diego Ferreira Mendes</i>	101
------------------------------------	-----

Boa-fé, mentira e o litigante ímprobo

<i>Rogério Donnini</i>	125
------------------------------	-----

A capacidade no Código Civil – cem anos de evolução

<i>Roque Antonio Mesquita de Oliveira</i>	139
---	-----

Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos

<i>Paulo Rogério Bonini</i>	145
-----------------------------------	-----

O dolo como defeito do negócio jurídico

<i>Hamid Charaf Bdine Júnior</i>	167
--	-----

A (im)possibilidade da convalidação do negócio jurídico celebrado sob estado de perigo

<i>Rubens Petersen Neto</i>	175
-----------------------------------	-----

Suspensão e interrupção da prescrição e precedentes judiciais: um diálogo necessário entre o CPC/2015 e o CC/2002

<i>William Santos Ferreira</i>	195
--------------------------------------	-----

II - Direitos da personalidade

Clóvis Beviláqua e a proteção aos direitos morais do autor na criação literária, artística e científica

Antonio Carlos Morato..... 211

O direito ao esquecimento e os direitos da personalidade

José Eduardo Marcondes Machado..... 245

Novos contornos de proteção ao direito à imagem a partir da interpretação conforme ao art. 20, do Código Civil, perpetrada à luz da ADI 4815/DF

Marcos Duque Gadelho Junior..... 285

Direito ao esquecimento

Fernando França Viana 299

A hermenêutica constitucional como forma de conferir efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana na temática da pessoa transexual

Frederico dos Santos Messias..... 319

III - Direito das obrigações

Dever de informação decorrente do princípio da boa-fé objetiva

Alfredo Gehring Cardoso Falchi Fonseca 337

Pagamento

Frederico da Costa Carvalho Neto..... 353

Assunção de dívida

Fabio Calheiros do Nascimento 367

IV - Responsabilidade civil

Responsabilidade civil e solidariedade social: potencialidades de um diálogo

Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto..... 393

Responsabilidade civil na sociedade de risco

Teresa Ancona Lopez..... 419

Considerações sobre a noção de dano

Marcelo Benacchio 433

Art. 944, CC: a indenização mede-se pela extensão do dano

João José Custodio da Silveira..... 447

Responsabilidade civil punitiva no Direito brasileiro

Vilma Tomaz Lourenço Ferreira Zanini 463

A reparação de danos decorrente do inadimplemento contratual

Cassio Pereira Brisola..... 483

Volume 2

V - Direito dos contratos

Sistema de formação e classificação de contratos em ambiente de sociedade da informação

Adalberto Simão Filho..... 507

Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro

Marco Fábio Morsello..... 527

Inovação sistemática e acuidade histórica: a hesitação dogmática de um espírito intransigente – notas sobre a distinção entre os conceitos de procuração, mandato e representação (a partir de uma confrontação entre os artigos 2.853 e 2.857 do Esboço de Código Civil)

Estevan Lo Ré Pousada 547

Contrato estimatório (venda em consignação)

Carlos Alberto Garbi..... 567

A ampliação das hipóteses de despejo antecipado

Gilson Delgado Miranda 587

Conceito e interpretação dos contratos mercantis

Ivo Waisberg..... 603

Contratos empresariais e Lei Anticorrupção: sobre os efeitos do nulo em avenças alcançadas por acordos de leniência

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho e Marcelo Barbosa Sacramone 615

VI - Direito das coisas

Breves notas sobre o direito de propriedade imobiliária: do absolutismo à função social

Wanderley José Federighi..... 639

Breve exame da usucapião no Direito brasileiro

Nestor Duarte..... 659

Usucapião de coisa própria: pode o proprietário usucapir bem que lhe pertence?

Fernando Antonio Maia da Cunha e Alexandre Dartanhan de Mello Guerra..... 675

Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras

Francisco Eduardo Loureiro..... 711

VII - Direito de Família

Visão geral das transformações contemporâneas no Direito de Família.

O Direito de Família na Constituição Federal de 1988. A família em seu atual espectro. A multiparentalidade

Antônio Carlos Mathias Coltro 737

Separação judicial e a Emenda Constitucional nº 66/2010

Cássio Mahuad 777

Separação e divórcio no Direito brasileiro: algumas questões relevantes no plano material e processual

Gilberto Carlos Maistro Junior 819

Alimentos: aspectos relevantes de direito material

Roberto Maia Filho 849

Cumprimento de sentença que impõe pagamento de alimentos: um comentário ao art. 528 do CPC de 2015

Cassio Scarpinella Bueno 863

Paternidade socioafetiva e segurança jurídica

José Carlos Metroviche 891

Adoção. Aspectos jurídicos e sociais. Adoção e homoafetividade

Artur Marques da Silva Filho 937

Aspectos da fertilização assistida

Erik Frederico Gramstrup e Augusto Martinez Perez Filho 957

VIII - Direito das Sucessões

Apontamentos sobre a evolução e o perfil contemporâneo do Direito das Sucessões brasileiro

Mauro Antonini 987

Os direitos fundamentais e seu reflexo sobre o Direito das Sucessões Testamentárias

José Luiz Gavião de Almeida 1007

Capacidade de testar e capacidade de adquirir por testamento

Silvio de Salvo Venosa 1019

Indignidade e deserdação: perfil dogmático e aspectos atuais relevantes

Euclides Benedito de Oliveira 1037

Apresentação

“As codificações, além de corresponderem às necessidades mentais de clareza e sistematização, constituem, do ponto de vista social, formações orgânicas do Direito, que lhe aumentam o poder de precisão e segurança, estabelecendo a harmonia e a recíproca elucidação dos dispositivos, fecundando princípios e institutos que, no isolamento, não se desenvolviam suficientemente, contendo, canalizando e orientando energias que se poderiam prejudicar na sua ação dispersiva.

Por isso apresentam-se na história do Direito como fase normal da evolução que, partindo da fluidez inicial das ordens mais ou menos arbitrárias das sentenças de várias inspirações e dos costumes, vai em busca de formas definidas, firmes e lúcidas, que traduzam melhor as exigências cada vez mais apuradas da consciência jurídica e melhor disciplinem os interesses dos indivíduos e dos agrupamentos sociais” (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, na ortografia contemporânea da língua portuguesa).

É com satisfação que a Escola Paulista da Magistratura faz publicar a obra *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. Trata-se de uma homenagem dos Magistrados e da Academia àquele que despontou como um dos grandes juristas do século XX.

Clóvis Beviláqua nasceu em Viçosa-CE, em 4 de outubro de 1859, e faleceu na cidade do Rio de Janeiro (então Distrito Federal), em 26 de julho de 1944. Realizou os seus estudos em Recife-PE, sob forte influência do Direito alemão (notadamente dos estudos que culminaram no *Bürgerliches Gesetzbuch*, de 1894). Foi bibliotecário e professor na Faculdade de Direito, tendo participado do movimento intelectual conhecido por “Escola do Recife”. A partir das lições de filósofos como Cícero, Montesquieu e Hegel, Beviláqua ensina que o Direito é um fenômeno social (cultural), ao qual se unem elementos da natureza. O Direito, diz, não é algo de origem divina ou inata; é uma obra da razão humana, influenciada pelo cosmos, que se corporifica em um determinado meio social como uma necessidade da coexistência dos seres.

Os trabalhos de Beviláqua foram decisivos na consolidação da República e no nascimento da legislação civil codificada brasileira. Nos primórdios do Brasil Colônia, é cediço, e por mais de três séculos depois, vigeram entre

nós as Ordenações Filipinas¹. Mesmo com a Proclamação da Independência do Brasil em 1822, por força da Lei de 20 de outubro de 1823, continuaram a vigorar no Império nascente as Ordenações, as Leis e os Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821 “até que se organizasse um novo Código ou não fossem especialmente alterados”. Até o Código Beviláqua, diz Paulo de Lacerda, o Direito Civil “não passava de um aglomerado de leis, assentos, alvarás, resoluções e regulamentos, suprimindo, reparando e sustentando as Ordenações do Reino, venerável monumento antiquado e puído pela ação de uma longa jurisprudência inculta e incerta, cujos sacerdotes lhe recitavam em torno os textos frios do Digesto lidos ao lusco-fusco crepuscular da Lei da Boa Razão”.²

Genuína obra do seu tempo, o Código Civil de 1916 retrata um Brasil já muito distante do atual, que jamais há de ser esquecido pelo estudioso do Direito. No final do século XIX, lembra Miguel Reale³, prevaleciam no Brasil os princípios de um exacerbado individualismo. Nossa civilização ainda correspondia, diz Reale, a uma sociedade rural, agrária e patriarcal. O século XX alterou profundamente esse cenário e introduziu significativas modificações nos campos social, científico e tecnológico, atravessando duas Grandes Guerras Mundiais. As disposições do Código Beviláqua tornaram-se, assim, incompatíveis com o mundo de hoje. Fenômenos como a Constitucionalização do Direito Civil, por exemplo, eram desconhecidos pelo legislador do início do século XX. Precedido pelo Esboço de Teixeira de Freitas, o Código Beviláqua, cujo início de vigência se deu em 1º de janeiro de 1917, desde sua origem foi elogiado pelos juristas por sua clareza e precisão nos conceitos. É fiel ao seu tempo e retrata as concepções dominantes do fim do século XIX e início do século XX. Hoje, contudo, o individualismo e protagonismo de uma sociedade rural e patriarcal desapareceram.⁴ Muito mudou. Basta registrar, por exemplo, que pouco antes do seu advento, a população do

¹ No dizer de Braga da Cruz, as Ordenações já nasceram envelhecidas, como “simples versão atualizada das Ordenações Manuelinas”, “constituindo uma presença da Idade Média nos tempos modernos”, como lembra Orlando Gomes em monumental ensaio datado de 1958. (GOMES, Orlando. *Origens históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 4.).

² GOMES, Orlando. *Origens históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 9.

³ REALE, Miguel. Espírito da nova lei civil. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 206. (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale).

⁴ Os trabalhos de Clóvis Beviláqua, na lembrança de Caio Mário da Silva Pereira, “são, em verdade, o espelho fiel da doutrina civilista que imperou na primeira metade do século, antes que o impacto socioeconômico advindo de suas grandes guerras mundiais penetrasse o círculo do jurídico para amenizar o individualismo extremado do século passado e constante na política legislativa de todo o direito positivo do presente” (*Introdução de Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Rio de Janeiro: Rio, 1944. Edição histórica.).

Brasil não ultrapassara um milhão de habitantes⁵, e, hoje, apenas um século depois, supera a casa dos 207 milhões, consoante dados estatísticos.

O Código Civil de 1916 recebeu influência do chamado *privatismo doméstico*. No dizer de Orlando Gomes, a lei brasileira de 1916 afastou-se da dureza das disposições do Direito português e marcou a prevalência do círculo da família “ainda despoticamente patriarcal”⁶. A abolição da escravidão e a proclamação da República não fizeram com que imediatamente novos ares e novos valores regessem a vida em sociedade. Significa dizer, no início do século XX, a sociedade agrária e patriarcal assim permaneceu no viés colonial e na estrutura aristocrática, fortemente marcada por um instinto de conservação do poder. “Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite. A nação era embrionária; a indústria consistia em uma lavoura rudimentar, servida por aqueles que até pouco eram escravos, aos quais se uniam imigrantes europeus. O regime era marcado pela exploração da terra e a renda dos fazendeiros somente era possível de obter-se pela desumana exploração do trabalhador rural”⁷.

A Escola Paulista da Magistratura presta, por meio desta publicação, uma justa homenagem àquele jurista cujos trabalhos tanto contribuíram à sedimentação da soberania do Brasil e ao Direito Civil brasileiro. Sob a inspiração de juristas de peso, designadamente Teixeira de Freitas, a qualidade dos textos legislativos sancionados permitiu que aos princípios tradicionais do Direito Privado brasileiro somassem os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, que marcam o Código Civil de 2002. A grandeza de um Código Civil é notável, por certo, pois é o diploma que disciplina “a constituição da vida comum dos homens desde antes do nosso nascimento até depois da nossa morte”⁸. Fernando Pessoa nos ensinou que “o homem é do tamanho do seu sonho”. E Isaac Newton que “se eu vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes”. Assim, Clóvis Beviláqua é, sem dúvida, um dos gigantes do Direito Civil Brasileiro, cujo nome ficará indelevelmente marcado na História do Direito. Legou a nós a construção sistêmica do Direito Civil de hoje e o vislumbrar de um Direito Civil do amanhã.

⁵ Em 1872, o recenseamento informava que, no Brasil, a população era inferior a dez milhões de habitantes, lembra Orlando Gomes. “Gilberto Amado, considerando que o milhão e meio de escravos, o milhão de índios inúteis e cinco milhões de agregados em fazendas e dos engenhos que não podiam ser integrados no povo como realidade viva, reduz este a trezentas ou quatrocentas mil pessoas pertencentes às famílias proprietárias de escravos, os fazendeiros, os senhores de engenho [...]” (GOMES, Orlando. *Origens históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 24.).

⁶ GOMES, Orlando. *Origens históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 14.

⁷ GOMES, Orlando. *Origens históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁸ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1: Parte geral (arts. 1o a 232), p. 37.

Em 1869, José de Alencar afirmou que “um Código Civil não é obra da ciência e do talento unicamente; é, sobretudo, a obra dos costumes, das tradições, em uma palavra, da civilização, brilhante ou modesta, de um povo”. Decerto, essa cardeal lição soube ser captada pelo homenageado. Os trabalhos ora reunidos são fruto de reflexões dos Magistrados que participaram do Curso de Especialização em Direito Civil no Núcleo Regional de Sorocaba (2015/2017), assim como de juristas e professores de peso que conosco estiveram, aos quais consignamos os votos de apreço e gratidão pelas valiosas reflexões. Nossos agradecimentos, ainda, aos eminentes membros do Conselho Consultivo da Escola Paulista da Magistratura, aos dedicados funcionários e a todos os que contribuíram para que esta obra pudesse vir a público. Esperamos que esta coletânea de estudos possa estimular a reflexão e a pesquisa dos juristas, em especial os Magistrados do Estado de São Paulo, em prol do engrandecimento do Direito Civil e do Poder Judiciário.

Boa leitura!

Des. Antonio Carlos Villen
Diretor da Escola Paulista da Magistratura no biênio 2016/2017

Des. Francisco Eduardo Loureiro
Diretor da Escola Paulista da Magistratura

Juiz Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
Coordenador científico

I

Parte geral

Teoria dos princípios e Poder Judiciário: a utilização de princípios na fundamentação da sentença

*Ricardo Marcondes Martins*¹

Procurador do Município de São Paulo

Sumário: 1. Breve introdução. 2. Função jurisdicional e discricionariedade. 3. Teoria dos princípios jurídicos. 4. Princípios e valores. 5. Princípios e normas. 6. Princípios materiais e formais. 7 Fórmula do peso. 8. Deturpações da teoria dos princípios. Referências bibliográficas.

1. Breve introdução

Debateu-se, nas últimas duas décadas, à exaustão, o conceito de *princípio*. A teoria dos *princípios jurídicos* tornou-se um assunto da moda. Contemporaneamente, afirma-se que a aplicação do direito não se restringe à *subsunção*, método de aplicação de regras, mas abrange a *ponderação*, método de aplicação de princípios. Nesse sentido, o § 2º do artigo 489 do novo Código de Processo Civil (Lei Federal 13.105/15) exige que o magistrado explicita a “ponderação efetuada”, no caso de “colisão de normas”. O tema é tormentoso: muitos afirmam que a ponderação e a teoria dos princípios são, na verdade, uma nova terminologia para a prática do arbítrio. Ao invés do governo das leis, vivencia-se, segundo muitos, o governo dos juizes, no qual o magistrado, por meio da manipulação retórica de princípios, impõe sua vontade com desprezo pelo Direito. Pretendo, neste estudo, apresentar, do modo mais didático e direto possível, uma teoria sobre os princípios jurídicos com atenção especial para esse problema. Examinarei os princípios e a ponderação à luz do exercício da *função jurisdicional*. Para cumprir esse objetivo, como ponto de partida, faz-se necessária breve análise conceitual da discricionariedade e da função judicante.

¹ Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP.

2. Função jurisdicional e discricionariedade

O artigo de Ronald Dworkin intitulado *The model of rules*, publicado originariamente em 1967, e republicado no Capítulo 2 da obra “Levando o direito a sério”², é o principal marco teórico sobre a atual problemática dos *princípios jurídicos*. Trata-se de uma crítica à obra “O conceito de direito” de Herbert Hart³. Dworkin rebate três teses por ele extraídas dessa obra, assim resumidas: 1) o direito é formado por um conjunto de regras identificadas por regras secundárias, identificação chamada por Dworkin de “teste de pedigree”; 2) o Direito se restringe a esse conjunto de regras e supostamente é aplicado apenas por subsunção; 3) muitas vezes, a aplicação do direito depende da discricção do magistrado. Dworkin nega as três teses: 1) o direito seria formado por regras e por princípios, e estes não são identificados pelo “teste de pedigree”; 2) os princípios não seriam aplicáveis por subsunção; 3) o magistrado não possuiria discricionariedade no exercício da função jurisdicional. Das três teses, interessa-me, neste estudo, a terceira. Na verdade, esta, a meu ver, diz respeito ao problema que levou Dworkin a formular sua teoria dos princípios, sendo as outras apenas desdobramentos da resposta dada por ele a esse problema. Trata-se de uma questão central da Teoria Geral do Direito, qual seja: quando decide uma questão, o magistrado possui *discricionariedade*? Dworkin esforçou-se à exaustão para justificar a resposta negativa.

O tema exige definir o significado de “discricionariedade”. Dworkin diferencia três sentidos para essa palavra: num primeiro sentido, que ele chama de fraco, a palavra é empregada para se referir às decisões em que os padrões não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar; num segundo, também chamado, por ele, de fraco, a palavra é empregada para se referir aos casos em que um agente é habilitado a dar a última decisão, sem possibilidade de revisão; num terceiro sentido, que ele chama de forte, a palavra é empregada para se referir aos casos em que o agente não é limitado por qualquer padrão jurídico⁴. A discriminação revela a complexidade do problema.

² DWORNIK, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-72.

³ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

⁴ DWORNIK, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Op. cit., p. 51-52.

Os dois primeiros sentidos nada têm a ver com o sentido técnico de discricionariedade. Toda decisão jurídica envolve “sensibilidade para as questões humanas” e, por isso, é incompatível com uma operação mecânica. Como bem observa Carlos Ayres Brito, parafraseando Tobias Barreto, a decisão jurídica pressupõe um ato de pensar e um ato de sentir⁵. Logo, mesmo a decisão proferida no exercício de competência vinculada é incompatível com uma operação mecânica. Por outro lado, as decisões do Supremo Tribunal Federal seriam, no segundo sentido, discricionárias. Conforme aqui será defendido, regra geral, não o são. O fato de não caber revisão da decisão em nada interfere em seu caráter vinculado. O terceiro sentido, chamado de forte, aproxima-se mais do sentido técnico, mas só pode ser adotado com severas ressalvas.

Valho-me de uma figura de linguagem para explicar a discricionariedade: a personificação ou prosopopeia, consistente em atribuir qualidades humanas a seres inanimados⁶. Supondo-se que o ordenamento jurídico brasileiro possua uma vontade, quando esta vontade admite apenas uma única decisão (por exemplo: “x”), configura-se a *competência vinculada*, quando admite duas ou mais decisões (por exemplo, “x” ou “y”), configura-se a *competência discricionária*. E por que o ordenamento admite duas ou mais decisões? Por força do *pluralismo político*. Explico: em certas hipóteses, mesmo levando em consideração as pressuposições impostas ao intérprete⁷, bem como o peso das competências estabelecidas no sistema normativo⁸, não é possível dizer que, *objetivamente*, uma decisão é melhor do que outra. Há, nesses casos, uma impossibilidade de valoração objetiva: a escolha entre uma alternativa e outra é ditada pela opinião de cada um⁹, a valoração é subjetiva e não

⁵ BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 75.

⁶ GUIMARÃES, Hélio de Seixas; LESSA, Ana Cecília. *Figuras de linguagem: teoria e prática*. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003. p. 54.

⁷ Adoto duas teorias sobre a interpretação jurídica. A *teoria do legislador racional*, formulada por Carlos Santiago Nino, segundo a qual o intérprete deve pressupor que o agente normativo seja único, imperecível, consciente, onisciente, operante, justo, coerente, onicompreensivo e preciso (SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 386-387.); e a *teoria da interpretação criativa*, formulada por Ronald Dworkin, segundo a qual o intérprete deve pressupor dois princípios de integridade política, um imposto ao editor normativo e outro ao aplicador normativo, segundo os quais o Direito deve ser tomado como um todo moralmente coerente (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 213.).

⁹ O respeito às competências estabelecidas é ditado pelos chamados *princípios formais*, retomados adiante. Sobre eles vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, Felipe Gonçalves (Org.). *Temas atuais de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 1-37.

objetiva. O que faz o Direito nesses casos? Imputa a escolha ao agente competente, constituindo uma competência discricionária.

Há, porém, uma diferença conceitual relevante entre a escolha realizada no âmbito da *liberdade* e a escolha realizada no âmbito da *discricionariedade*. No primeiro caso, ao contrário do que ocorre no segundo, ela pode basear-se apenas no *livre-arbítrio*. Na discricionariedade, o agente público deve escolher a alternativa que, segundo suas convicções, melhor realiza o interesse público. Perceba-se: mesmo na competência discricionária, o Direito impõe uma série de condicionamentos à escolha do agente competente; a escolha dá-se em decorrência da convicção subjetiva de que, dentre as alternativas admitidas, a eleita é a melhor para a realização do interesse público; não se fundamenta numa escolha livre, arbitrária, baseada, enfim, no livre-arbítrio. Justamente, por isso, com pena de ouro, observou Caio Tácito que a competência discricionária não é um cheque em branco¹⁰. Em resumo: sempre que, no exercício da função pública, o Direito aceita como válidas duas ou mais alternativas, imputa a escolha ao agente competente, que deve escolher a partir de sua convicção subjetiva sobre a melhor forma de realizar o interesse público.

Com absoluto acerto, Afonso Rodrigues Queiró observa que a discricionariedade só ocorre após cessada a interpretação¹¹. De fato, só após a constatação de qual o sentido e o alcance das normas incidentes, e a “descoberta” de que o direito aceita duas ou mais alternativas como válidas, é que surge a competência para “escolher” entre uma alternativa e outra. Insisto: a discricionariedade só ocorre após a interpretação.

Apresentado o conceito de discricionariedade, passo a examiná-la em relação a cada uma das funções estatais. Ela está presente no exercício da *função legislativa* e no exercício da *função administrativa*: o sistema normativo imputa, em diversas hipóteses, tanto ao Legislador como ao Administrador Público a prerrogativa de escolher entre duas ou

⁹ Foi o que reconheceu com absoluta precisão Edmund Bernatzik, nos termos expostos por Afonso Rodrigues Queiró: “na aplicação do direito, como também em qualquer outra esfera de actividade lógica do espírito, há um limite além do qual terceiros pessoas deixam de poder avaliar da justeza da conclusão obtida. Por conseguinte, essas terceiros pessoas podem ser de outra opinião, mas não podem legitimamente pretender que só elas tenham uma opinião justa e que a das outras pessoas seja falsa: se o pretendessem, não teriam a generalidade a dar-lhes razão”. (BERNATZIK, Edmund. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, p. 1-46 apud QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948, p. 121).

¹⁰ TÁCITO, Caio. O abuso de poder administrativo no Brasil. In: TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 52.

¹¹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, 1946, p. 67.

mais alternativas. Há, porém, três diferenças entre a *discricionariedade legislativa* e a *discricionariedade administrativa*, uma quantitativa e duas qualitativas. A quantitativa é de fácil visualização: o Legislador tem seu âmbito decisório restringido pelas normas constitucionais, o Administrador Público tem seu âmbito decisório restringido pelas normas constitucionais e legais. Se uma lei posterior é incompatível com uma lei anterior, há a revogação da lei anterior (Decreto-Lei 4.657/42, art. 2º, § 2º); se um ato administrativo posterior é incompatível com a lei anterior, o ato é, regra geral, inválido¹². Em termos técnicos: o exercício da discricionariedade é garantido no sistema normativo por um princípio formal, pelo *princípio formal* que dá primazia às ponderações do Legislador (“Pfl”) e pelo princípio formal que dá primazia às ponderações do Administrador (“Pfa”). O “Pfl” restringe o “Pfa”, mas a recíproca não é verdadeira; noutras palavras: as decisões legislativas restringem a discricionariedade administrativa, mas nem as decisões legislativas nem as administrativas, regra geral, restringem a discricionariedade legislativa. Logo, o âmbito discricionário do Legislador é bem mais alargado do que o âmbito discricionário do Administrador – diferença *quantitativa*.

Quando o sistema normativo imputa ao Administrador Público a escolha de um meio de concretização de um valor (de um princípio, conforme adiante explicado), o Administrador deve escolher a *melhor* medida de concretização, é o que impõe o chamado *princípio da boa administração*. Esse dever, de escolher a melhor medida, restringe sensivelmente o âmbito da discricionariedade administrativa. Ao revés, o sistema normativo não impõe ao Legislador a escolha da melhor medida: a medida legislativa é válida desde que seja proporcional, ainda que exista outra, no plano abstrato ou no plano concreto, melhor. Trata-se de uma diferença *qualitativa* entre a competência legislativa e a administrativa, decorrente da incidência, apenas sobre a última, do princípio da boa administração¹³.

Finalmente, na discricionariedade administrativa, vícios de vontade do agente competente interferem na validade do ato. No caso de dolo – de escolha baseada em móvel espúrio –, há *presunção absoluta* de vício de finalidade ou de contentorização; no caso de erro – de escolha baseada em móvel não espúrio –, há *presunção relativa* de vício de finalidade ou de contentorização¹⁴. No primeiro caso, configura-se o

¹² Ressalva-se o afastamento da lei pela ponderação de princípios. Cf.: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 202 et seq.

¹³ Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. *Revista Internacional de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-33, jan.-jun. 2017.

desvio de poder. No exercício da função legislativa, o sistema normativo despreza os vícios de vontade do agente competente, o dolo e o erro são, mesmo no exercício de competência discricionária, irrelevantes para a validade do ato¹⁵. Trata-se, também, de uma diferença *qualitativa* entre o exercício da discricionariedade legislativa e da administrativa: na primeira, ao contrário do que ocorre na segunda, os vícios de vontade do agente normativo não interferem na validade da norma editada.

Fixadas essas diferenças, passo, finalmente, a examinar a relação entre a função jurisdicional e a discricionariedade. Como regra geral, há incompatibilidade conceitual entre ambas. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello qualificou o Judiciário como “oráculo da Constituição”¹⁶. Celso Antônio Bandeira de Mello realizou uma extensão muito apropriada: o Judiciário é o “oráculo do Direito”¹⁷. É o órgão habilitado a dar a última palavra, para o caso concreto, sobre a interpretação jurídica. Coerentemente, só a norma jurisdicional é dotada do atributo da coisa julgada. A função típica do Poder Judiciário é exercer a *jurisdição* no sentido etimológico da palavra, ou seja, “dizer o Direito”, estabelecer, de modo definitivo, para o caso concreto a interpretação jurídica correta. Não cabe ao Poder Judiciário realizar *escolhas* entre *indiferentes jurídicos*, entre alternativas que, num primeiro momento, sejam igualmente válidas.

Darei um exemplo para aclarar o tema. Suponha-se um pedido de antecipação de tutela. Haveria discricionariedade se, para o Direito, fosse, num primeiro momento, válido tanto deferir a antecipação (“x”) como indeferi-la (“y”); admitidas as duas alternativas como juridicamente válidas, caberia ao agente competente, a partir de sua *vontade* (ato volitivo), simplesmente *escolher* entre uma alternativa e outra. O juiz, nesse caso, estaria habilitado a escolher a partir de seu íntimo, vale dizer, de suas convicções sobre a melhor forma de realizar o Direito. Conceitualmente, porém, essa não é a explicação correta do fenômeno jurídico. Não cabe ao magistrado escolher, mas interpretar. Ele deve procurar descobrir qual a “vontade” do Direito: o sistema

¹⁴ Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 198 et seq.

¹⁵ A inconstitucionalidade da lei não pode fundamentar-se no desvio de poder subjetivo, apenas no objetivo. Por todos: SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997. p. 97-98.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 89-93.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 106-116, 1993, p. 114; Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 22, n. 92, p. 55-61, out.-dez. 1989.

normativo vigente *exige* que seja deferida a liminar ou que seja indeferida. Trata-se de apurar qual é a *correta* interpretação – ato cognitivo e não volitivo –, competência vinculada e não discricionária.

Só há uma exceção de exercício de discricionariedade na função jurisdicional. O inciso LXXI do art. 5º da CF/88 assegura a concessão de mandado de injunção para viabilizar o exercício de um direito constitucional sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Nesse caso, por expressa disposição constitucional, compete ao Poder Judiciário regulamentar o direito para o caso concreto. Muitas vezes, o sistema normativo aceitará duas ou mais possibilidades de regulamentação, abrindo-se a possibilidade de decisão discricionária no exercício da jurisdição.

3. Teoria dos princípios jurídicos

Em sentido diametralmente contrário ao aqui sustentado, no Capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen defendeu a existência de uma ampla discricionariedade jurisdicional¹⁸. A norma jurídica seria sempre uma *moldura* abarcante de várias interpretações, sendo a escolha de uma delas uma decisão política do agente competente. Consequentemente, toda decisão judicial, segundo Kelsen, seria fruto do exercício de uma competência discricionária. Hart foi menos radical, distinguindo os casos paradigmáticos, simples ou claros dos casos difíceis: nos primeiros, há uma resposta certa, inexistindo discricionariedade quando da decisão judicial; nos últimos, em decorrência da textura aberta da linguagem, não haveria como afirmar qual é a resposta correta, configurando-se um autêntico poder discricionário¹⁹. Como já antecipado, Dworkin tomou como base para sua teoria o texto de Hart.

Antes de examinar a teoria dos princípios de Dworkin, é mister perceber que a expressão “princípio jurídico” é *ambígua* na Ciência do Direito. Genaro R. Carrió discriminou, em trabalho originalmente publicado em 1970, onze empregos diferentes²⁰. No artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/42), a expressão “princípios gerais do direito” é utilizada para se referir a uma técnica de integração: quando os textos legais forem omissos, o juiz está

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 469-471.

¹⁹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Op. cit., p. 137-168.

²⁰ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1998. p. 209-212.

autorizado a resolver o problema jurídico valendo-se da “analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito”. O dispositivo faz supor que os princípios jurídicos só têm serventia diante de lacunas, entendidas como inexistência de uma resposta expressa na literalidade dos textos normativos. Nada mais equivocado. De todos os significados atribuídos no Direito à palavra princípio, destaco três. Como se apresentaram numa sucessão cronológica, qualifico-os como “fases” do conceito.

Na primeira, foi utilizada no Direito tendo em vista o sentido da palavra na linguagem comum ou natural: como princípio significa origem, início, foi utilizada para se referir às questões gerais de uma dada disciplina, aos temas que devem ser apresentados a quem inicia seu estudo. Foi nesse sentido que a palavra foi empregada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e por Ruy Cirne Lima no título de suas obras mestradas.²¹ Essa *primeira fase* está hoje absolutamente superada: ninguém mais emprega, na Teoria do Direito, a expressão com esse significado.

Na segunda, a palavra foi dissociada do sentido comum ou natural e passou a ser empregada em sentido técnico para identificar apenas as ideias-chave, as vigas mestras, os alicerces do sistema normativo. Princípios jurídicos são, nesse sentido, os *elementos estruturantes* do sistema normativo. Trata-se de um conceito da Teoria Geral dos Sistemas: os sistemas possuem uma parte-dirigente e tendem a centralizar-se ao redor dela.²² Na doutrina brasileira, a segunda fase foi difundida por Celso Antônio Bandeira de Mello²³ e por Geraldo Ataliba.²⁴

Se apresentarmos todos os Códigos para um leigo e solicitarmos a ele que leia os textos normativos, não tardará muito para que se perca. Será surpreendente se chegar ao trigésimo artigo. Não é assim que um estudante de Direito lida com os Códigos: mais do que aprender os textos dos milhares de dispositivos, o estudante aprende, no curso de Direito, os elementos *aglutinadores* das normas, que dão racionalidade, coerência, ao todo. Ele aprende os *princípios jurídicos*, no significado consagrado pela aqui chamada *segunda fase*.

²¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1. CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

²² Cf. BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Tradução de Francisco M. Guimarães. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 103.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano IV, v. 15, p. 284-288, jan.-mar. 1971; *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 53-54.

²⁴ ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 4-21.

Essa fase foi uma importante resposta à tese da discricionariedade judicial. No difundido conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio é uma “disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência”²⁵. Logo, não se abre ao magistrado a prerrogativa de “escolher” entre uma ou outra interpretação. Ele deve eleger a mais afinada com os princípios jurídicos, que são “vetores para soluções interpretativas”²⁶.

Ronald Dworkin propõe um novo significado para a palavra “princípio”, dando início à terceira fase. A expressão “princípio jurídico” passa a ser utilizada para denominar as normas jurídicas que apenas estabelecem uma razão para uma decisão. Diz Dworkin: as regras se submetem à “regra do tudo ou nada”, pois, caso inexista outra regra superior que as invalide (critério hierárquico) ou outra regra posterior que as revogue (critério cronológico) ou outra regra que as excepcione (critério da especialidade), elas devem, se ocorrido o fato descrito em sua hipótese (subsunção), ser aplicadas; já os princípios possuem diferentes pesos e, por isso, não se submetem à regra do tudo ou nada, podendo num caso serem aplicados e no outro não, sem perder sua vigência e sua validade²⁷.

Robert Alexy, no capítulo terceiro de sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, a partir da proposta de Dworkin, propõe conceitos mais técnicos: as regras são *determinações* no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas, os princípios são *mandados de otimização* no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas²⁸. Em trabalho específico sobre o tema, Alexy observa que a *regra do tudo ou nada* não funciona como aparentemente parece funcionar. Uma regra pode não ser aplicada e continuar vigente e válida apesar de inexistir outra regra superior, posterior ou especial. Isso porque por trás de toda regra está um princípio e este pode colidir com princípios opostos levando ao afastamento da regra. Dessarte: a ponderação de princípios pode levar ao estabelecimento de uma exceção implícita à regra; logo, regras não são afastadas apenas por outras regras, mas também pela ponderação de princípios²⁹.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. op. cit., p. 54 e 990-991.

²⁶ CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 35.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Op. cit., p. 39 et seq.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

²⁹ ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 163-198.

Um dos traços fundamentais da distinção entre regras e princípios, proposta na terceira fase, é que os *princípios* positivam um valor a ser concretizado, sem definir o meio de concretização, enquanto as regras estabelecem o meio de concretização de um valor. Trata-se da famosa distinção de Niklas Luhmann entre *programação finalística* e *programação condicional*³⁰. Um exemplo: suponha-se a intenção de que um local seja limpo. Pela programação finalística, própria da normatização por princípios, exige-se a limpeza do local, na maior medida possível, deixando-se em aberto a escolha dos meios para realização da empreitada; pela programação condicional, própria da normatização por regras, fixa-se uma série de procedimentos, que devem necessariamente ser adotados, com a convicção de que, se cumpridos, o local restará limpo.

A terceira fase do conceito de princípio também foi uma importante resposta à teoria da discricionariedade jurisdicional. O Direito deixa de ser compreendido como um conjunto de imputações alicerçadas apenas na vontade dos agentes competentes; assume-se que o conjunto de normas pressupõe um conjunto de valores e a missão do Direito é concretizá-los na maior medida possível. Retomo a relação entre os *princípios* e os *valores* adiante. O modo como a terceira fase contribui para o afastamento da discricionariedade é visualizado pela forma como os princípios são aplicados, tema também retomado adiante.

São correntes dois equívocos desastrosos em relação ao tema. Primeiro: desprezar a ambiguidade e tratar os conceitos da segunda e da terceira fase como se tivessem a mesma referência.³¹ Enfatiza-se: trata-se de conceitos distintos. Princípios na segunda fase dizem respeito aos elementos estruturantes do sistema (ou subsistema) normativo; na terceira, dizem respeito às normas que exigem a realização máxima de um valor. Certos princípios da *segunda fase* não são princípios na terceira e vice-versa: o princípio da anterioridade tributária e o princípio da motivação, por exemplo, são dois elementos estruturantes, respectivamente, do regime jurídico tributário e do administrativo, mas não são mandados de otimização, e sim determinações no âmbito fático e jurídico, autênticas regras jurídicas. Por outro lado, o princípio da proteção à intimidade é um típico mandado de otimização – proteja-se a

³⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 27-34. Sobre ela vide: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 109.

³¹ O equívoco é criticado tanto por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, op. cit., cap. I-rodapé 35, p. 54), como por Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36).

intimidade na maior medida possível –, mas não é indicado como um elemento estruturante do direito privado.

O segundo equívoco, também bastante comum, é mais grave: desprezar um dos conceitos, como se o outro não tivesse préstimo científico. Quem nega o conceito da segunda fase, nega a existência de uma Ciência do Direito: sem os elementos estruturantes, o conjunto normativo deixa de ser um “ordenamento” e passa a ser um mero amontoado de normas. Sem sistema, não há ciência, é a velha lição de Immanuel Kant.³² Por outro lado, a correta aplicação do Direito dá-se pela ponderação e pela subsunção, de modo que, quem nega o conceito da terceira fase, restringe a aplicação à subsunção e, assim, a uma aplicação jurídica equivocada. Por isso, há que se manter a ambiguidade na linguagem jurídica: as duas referências são indispensáveis e, infelizmente, são denominadas pelo mesmo rótulo.

Adotados os dois significados e, portanto, superado o segundo equívoco, impende fazer a seguinte observação: quem se vale da expressão “princípio jurídico” deve, para evitar o primeiro equívoco mencionado, caso o contexto não deixe claro, indicar em que sentido a emprega.

4. Princípios e valores

O Tribunal Constitucional Alemão, no famoso caso Lüth (BVerfGE 7, 198), afirmou: “a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, [...] também estabeleceu, na seção dedicada aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores”³³. Em assonância com esse entendimento da Corte, Robert Alexy afirma que os princípios só diferem dos valores tendo em vista o *plano* em que se encontram: valores estão no plano axiológico, referem-se ao que é bom ou ruim; princípios estão no plano deontico, referem-se ao que é devido ou indevido³⁴. No mais, valores e princípios equiparam-se integralmente. Perceba-se: *princípios*, na terceira fase, são valores positivados no ordenamento jurídico.

³² KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valerio Rohden e Udo Balduur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 492.

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 154. Sobre o caso Lüth vide: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 381-394. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 75 et seq.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 153.

A percepção de que princípios (no sentido da terceira fase) e valores se equiparam, ressalvada apenas a diferença de plano, é importante por força do seguinte desdobramento: as características dos valores estendem-se integralmente aos princípios. Destaco *seis* atributos³⁵. 1) Os valores – e, pois, os princípios – são *relativos*: a importância do valor depende sempre das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto³⁶. 2) Os valores são *históricos*: surgem e desaparecem ao longo do tempo, de modo que algo que era valorizado no passado, não é valorizado hoje e vice-versa³⁷. Por consequência, novos princípios são descobertos, outros são considerados superados. 3) Os valores são *precários*: até por decorrência de sua historicidade, desaparecem com o tempo. 4) Os valores são *indeterminados*: são insuscetíveis de uma discriminação exaustiva. Em relação aos princípios, a indeterminação é reforçada pela assunção na ordem constitucional do pluralismo político como fundamento do Estado brasileiro. O pluralismo consiste na pressuposição de que as pessoas têm diferentes visões de mundo, todas igualmente respeitáveis. A Constituição exige, por isso, que o catálogo de valores constitucionais esteja sempre em aberto, pois, do contrário, estar-se-ia consagrando a visão de mundo de quem estabeleceu a discriminação. Por conseguinte, sempre há a possibilidade de, pela argumentação jurídica, alguém demonstrar a existência de um princípio constitucional implícito, ainda não antevisto pela comunidade jurídica. 5) Os valores são *imbricativos*: implicam-se reciprocamente, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir na realização dos demais³⁸. Por isso, os princípios estão sempre em *conflito*. É fácil perceber o caráter conflitivo nos casos paradigmáticos como o direito à informação e a proteção da privacidade, mas toda decisão jurídica pressupõe a escolha de um valor em detrimento de outro. 6) Os valores são insuscetíveis de uma ordenação hierárquica fixa, mas admitem uma ordenação hierárquica branda³⁹. Se fosse possível uma ordenação rígida e, pois, a afirmação de que um princípio sempre prevalece sobre outro, configurar-se-ia uma *tiranía dos valores* e, pois, a visão de mundo de quem estabeleceu a ordenação. Isso não significa que seja impossível estabelecer, no plano abstrato, uma ordenação branda. Deveras, a ordem constitucional não

³⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 298-306; *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*, op. cit., p. 35-38.

³⁶ Sobre a relatividade dos valores vide, por todos: REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 189.

³⁷ Id., p. 208.

³⁸ Id., p. 189.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 160 et seq.

estabelece o mesmo peso para todos os princípios. Basta um exemplo: a dignidade da pessoa humana não possui, no plano abstrato, o mesmo peso da economicidade. Daí a existência de uma ordenação branda dos princípios, “branda” porque a superioridade de peso no plano abstrato deve ser confirmada no caso concreto, pois é perfeitamente possível que, nas circunstâncias do caso, a ordem se inverta.

Ainda sobre os valores jurídicos e os princípios faço duas observações. Primeira: há quem defenda que a dignidade da pessoa humana seria um princípio absoluto. Em 2008, dei um exemplo para demonstrar o desacerto dessa tese: afirmei que o sistema prisional brasileiro violava a dignidade da pessoa humana⁴⁰. Muitos anos depois, no julgamento da Medida Cautelar da ADPF 347, o STF me deu razão: o sistema carcerário brasileiro ofende a dignidade e configura um “estado de coisas inconstitucional”⁴¹. Ora, nenhum jurista considera que, diante da violação da dignidade, deve-se liberar todos os presos, independente da periculosidade. Como a reforma penitenciária, por mais eficiente que seja, leva algum tempo para ser realizada, todos admitem uma provisória violação da dignidade. Logo, não existem princípios absolutos, o peso de cada princípio depende sempre da análise das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Segunda observação: a *relatividade dos princípios* não implica a *subjetividade da valoração*. Para Kelsen, por exemplo, as valorações seriam sempre subjetivas, inerentes ao *pluralismo político* e, por conseguinte, a definição do que é certo e do que é errado, do ético ou do não ético, depende sempre da opinião de cada um⁴². Basta um singelo exemplo para demonstrar o desacerto dessa tese: ainda que alguém considere correto aprisionar judeus em campos de concentração, isso é errado. Há valorações objetivas, que independem da opinião de cada um, próprias do exercício de competência vinculada, e valorações subjetivas, que dependem da opinião de cada um, próprias do exercício de competência discricionária.

⁴⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Op. cit., p. 301.

⁴¹ STF, ADPF 347 MC/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j.09.09.15, DJe-031, divulg. 18.02.16. Constou da ementa: “Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’”. ⁴² Cf. KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 69-71; *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 100-101.

5. Princípios e normas

A pergunta que se faz é: princípios são normas jurídicas? Na segunda fase, princípios não eram considerados normas, mas *vetores* para interpretação das normas. De fato, tanto Geraldo Ataliba como Celso Antônio diferenciavam os princípios das normas⁴³: o sistema normativo seria um conjunto de normas presidido pelos princípios, cuja missão é fazer com que o conjunto normativo não seja apenas uma soma de normas, mas um ordenamento, um sistema, vale dizer, um todo harmônico e coerente. Na terceira fase, princípios passam a ser considerados uma espécie de norma jurídica. Contudo, para saber se princípio – na terceira fase – é ou não norma jurídica, deve-se fixar o significado desta. Como todo conceito básico da Teoria Geral do Direito, o conceito de norma jurídica é problemático, há diversas propostas teóricas.

Robert Alexy, por exemplo, adota um conceito semântico de norma: é o significado de um enunciado normativo⁴⁴. Concordo parcialmente. De acordo com uma diferenciação já consagrada, a norma jurídica não se confunde com o texto normativo⁴⁵. Apesar de aceitar essa diferenciação, discordo da Escola Genovesa: a norma não é estabelecida pelo intérprete a partir da leitura do texto normativo, ela é “descoberta” pelo intérprete⁴⁶. Do contrário, o editor normativo seria o intérprete e não o agente competente. Quem produz a norma é o editor, quando da enunciação do texto. A norma “está” no texto e precisa ser “descoberta” pelo intérprete.

Norma, para mim, é uma *padronização*, por meio da abstração, da ocorrência de determinado fenômeno. Ela sempre obedece a um esquema lógico, em que o consequente é condicionado a um antecedente: se a hipótese, deve ser a consequência ($H \rightarrow C$)⁴⁷. Nas normas naturais a

⁴³ Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de secretarias municipais. Op. cit., p. 285.). Nas palavras de Geraldo Ataliba: “sistema normativo é o conjunto unitário e ordenado de normas, em função de uns tantos princípios fundamentais, reciprocamente harmônicos, coordenados em torno de um fundamento comum”. (*Sistema constitucional tributário brasileiro*, op. cit., p. 19).

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 54.

⁴⁵ Por todos: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 34-36. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 39-41.

⁴⁶ Sobre a posição da Escola Genovesa, por todos: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Op. cit., p. 136-138. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes*. Op. cit., p. 41. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008. p. 129-131.

⁴⁷ Sobre o conectivo lógico “condicional” vide, por todos: ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea, 2002. p. 56-62. Sobre

consequência é associada a hipótese por um vínculo de causalidade, em decorrência de uma imposição da Natureza; trata-se de um vínculo ôntico, próprio do ser (se a hipótese, é a consequência). Nas de comportamento, a consequência é associada à hipótese por um vínculo de imputação, em decorrência da atuação humana; trata-se de um vínculo deôntico, próprio do dever-ser (se a hipótese, deve ser a consequência)⁴⁸. As normas morais, religiosas, jurídicas são normas de comportamento. O que distingue as jurídicas das demais? Acolho a proposta de Goffredo Telles Junior: normas jurídicas são imperativos autorizantes⁴⁹, pois, ao contrário das demais normas de comportamento, que também são imperativas, elas autorizam alguém a obter de um órgão estatal o cumprimento forçado⁵⁰. Na feliz expressão de Paulo de Barros Carvalho, a norma jurídica é a “expressão irreduzível de manifestação do deôntico”⁵¹.

Fixado o conceito de norma, retomo o problema: princípios, na terceira fase, são normas, mas para entender esta assertiva deve-se atentar para duas classificações das normas jurídicas, didaticamente apresentadas por Norberto Bobbio. Observa o aclamado jusfilósofo que a restrição das normas às gerais e abstratas baseia-se num preconceito ideológico: como a abstração garante a segurança e a generalidade

a estrutura lógica da norma jurídica vide, por todos: VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 95 et seq.

⁴⁸ Sobre a diferença entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação vide, por todos: KELSEN, Hans. *Causalidade e imputação*. In: KELSEN, Hans. *O que é a Justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 323-348.

⁴⁹ TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985. p. 347.

⁵⁰ A estrutura lógica da norma jurídica desdobra-se em duas partes: a *norma primária*, em que no antecedente está previsto um fato ou um conjunto de fatos e no consequente está prevista, configurada no mundo fenomênico, a hipótese, a instituição de duas *situações jurídicas* (efeito unilateral da norma) e de uma relação entre elas (efeito bilateral da norma); e a *norma secundária*, em que no antecedente se prevê a violação da norma primária e no consequente a relação processual em que se pleiteia ao órgão estatal a coação necessária para que a norma seja cumprida. Sobre o conceito de situação jurídica vide, por todos: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 105 et seq. A relação jurídica não consiste apenas na ligação entre um direito subjetivo e um dever ou obrigação, ao contrário do que se pensava no passado. Segundo bem ensina Perlingieri, “a relação sob o perfil estrutural é uma relação entre situações complexas”. (Id., p. 116).

⁵¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 17. Para o autor, as duas normas que compõem a norma completa estão vinculadas pelo conectivo lógico incluyente. Nas palavras dele: “As duas entidades que, juntas, formam a norma completa, expressam a mensagem deôntica-jurídica na sua integralidade constitutiva, significando a orientação da conduta, juntamente com a providência coercitiva que o ordenamento prevê para o seu descumprimento. Em representação formal: $D\{(p \rightarrow q) \vee [(p \rightarrow -q) \rightarrow S]\}$. Ambas são válidas no sistema, ainda que somente uma venha a ser aplicada ao caso concreto. Por isso mesmo, empregamos o disjuntor incluyente (“v”) que suscita o trilema: uma ou outra ou ambas. A utilização desse disjuntor tem a propriedade de mostrar que as duas regras são simultaneamente válidas, mas que a aplicação de uma exclui a da outra”. (*Direito tributário: linguagem e método*, op. cit., p. 139).

garante a igualdade, difundiu-se a restrição⁵². Contudo, as normas podem ter: destinatário universal (gerais); destinatário singular (individuais); prescrição com ação universal (abstratas); prescrição com ação singular (concretas)⁵³. Leis, sentenças, atos administrativos, contratos privados são veículos introdutórios de normas gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas, individuais e concretas⁵⁴. Ademais, Bobbio classifica as normas jurídicas em dois grupos: as normas de comportamento e as normas de estrutura (também chamadas de normas de competência ou normas secundárias): as primeiras disciplinam a conduta, as últimas disciplinam a produção das normas⁵⁵. Como bem observa Paulo de Barros Carvalho, em rigor ambas são normas de comportamento, pois as de estrutura disciplinam a conduta dos agentes normativos⁵⁶.

Expostas resumidamente as duas classificações, antes de explicar a estrutura normativa dos princípios, faz-se, ainda, necessário observar o seguinte: os princípios, na terceira fase, são valores positivados; logo, toda regra concretiza um ou mais valores, vale dizer, um ou mais princípios. Em síntese: por trás de toda regra (“R”) existe um princípio (“P”). Trata-se da aplicação da teoria do círculo hermenêutico à compreensão do fenômeno normativo⁵⁷. Mais precisamente, trata-se da chamada teoria da concretização constitucional, segundo a qual todo o fenômeno jurídico dá-se em prol da concretização dos princípios constitucionais, de modo que as normas estão dispostas numa ordem hierárquica tendo em vista, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, sua abertura semântica: princípios constitucionais estruturantes ↔ princípios constitucionais gerais ↔ princípios constitucionais especiais ↔ regras

⁵² BOBBIO, Norbert. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001. p. 182. A restrição é, de fato, bastante difundida. Apenas a título de exemplo, Riccardo Guastini impõe às normas a generalidade e a abstração. GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho: fundamentos teóricos*. Traducción de César E. Moreno More e Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel, 2016. p. 52-53.

⁵³ Id., p. 179.

⁵⁴ Sobre a teoria dos veículos introdutórios vide: MOUSSALLEM, Tárez Moisés, *Fontes do direito tributário*, São Paulo: Max Limonad, 2011, p. 133 et seq.; MARTINS, Ricardo Marcondes, *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 105 et seq.

⁵⁵ BOBBIO, Norbert. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília 1999. p. 45.

⁵⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. Op. cit., p. 35.

⁵⁷ A teoria do círculo hermenêutico foi inicialmente elaborada por SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução de Celso Reni Braidá. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003. p. 47. Foi aprofundada por: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 72 et seq. E estendida ao direito por LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 285-293, 452 e 621.

constitucionais ↔ regras legislativas ↔ regras administrativas e jurisdicionais⁵⁸. Uso o bicondicional para indicar que as normas estão num “processo biunívoco de esclarecimento recíproco”⁵⁹, vale dizer, as normas mais abertas são concretizadas pelas mais fechadas e compreendidas à luz delas e as normas mais fechadas concretizam as mais abertas e são compreendidas à luz delas.

Com essa explicação, é possível apresentar a estrutura normativa dos princípios. Eles, de fato, na terceira fase, são *normas jurídicas* e, portanto, apresentam a estrutura “H → C”⁶⁰. Há, contudo, que distinguir: no Direito Público, os princípios são *normas de estrutura de dupla estrutura*; no Direito Privado, os princípios também possuem *dupla estrutura*, mas são *normas de estrutura e normas de conduta*.

No Estado de Direito, nenhuma atuação estatal é válida se não consistir na consequência de uma *norma jurídica*, seja uma *norma abstrata*, seja uma *norma concreta*. O Estado não possui *liberdade*; consequentemente, os agentes públicos não podem atuar com fundamento no livre-arbítrio⁶¹. A atuação de quem exerce uma função estatal – seja a função legislativa, seja a administrativa, seja a jurisdicional – deve dar-se sempre em cumprimento de uma *norma jurídica*. Por isso, afirmo: os princípios são, no Direito Público, quer dizer, no âmbito da atuação estatal, sempre *normas de estrutura*, eles disciplinam a edição de *regras*. São *normas de estrutura de dupla estrutura*⁶².

Primeira estrutura da norma princípio no Direito público: a hipótese é a edição de uma regra – seja ela qual for – e a consequência é uma relação jurídica entre o editor da regra e os destinatários, sendo que a norma princípio impõe ao editor o dever de levar em consideração o peso do respectivo princípio concretizado pela regra, realizar uma ponderação entre ele e os princípios colidentes e levar em consideração o resultado dessa *ponderação* no conteúdo da regra editada. Perceba-se: sempre que o Legislador for editar uma norma legislativa

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1139. A teoria da concretização constitucional foi pioneiramente desenvolvida por: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida et al. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108-109.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1139.

⁶⁰ Marcelo Neves também atribui aos princípios a estrutura ou “caráter proposicional”: NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 122-124.

⁶¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 106 et seq.

⁶² Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Op. cit., p. 30-33.

– introduzida, regra geral, pelo veículo introdutor da lei – deve realizar uma prévia ponderação; sempre que o Administrador Público editar uma norma administrativa – introduzida, regra geral, pelo veículo introdutor do ato administrativo –, deve realizar uma prévia ponderação; e sempre que o magistrado editar uma norma jurisdicional – introduzida, regra geral, pelo veículo introdutor da sentença –, deve realizar uma prévia ponderação. O exercício das funções estatais dá-se pela edição de normas e estas pressupõem a realização da ponderação em decorrência da imposição da norma do respectivo princípio. Ao contrário do que supunha Kelsen, a edição de uma regra não pode alicerçar-se apenas na opinião do agente competente, ela deve fundamentar-se, sempre, na ponderação dos princípios constitucionais.

Segunda estrutura da norma princípio no Direito público: a hipótese refere-se a certas circunstâncias que atribuem ao princípio um peso tal que leve à incidência da norma princípio; a consequência é uma relação jurídica entre o agente público e o destinatário em que o agente tem o dever de editar uma regra que concretize o respectivo princípio e o destinatário o direito de exigir a edição dessa regra. A hipótese na primeira estrutura é relativamente fechada: o fato da edição de uma regra jurídica. Ao revés, a hipótese na segunda estrutura é aberta: são circunstâncias fáticas que fazem com que o princípio tenha um peso tal que leve à sua incidência, impondo ao agente competente o dever de editar uma regra que concretize o princípio. Dou o seguinte exemplo: imagine-se o fato de uma pessoa estar jogada ao relento, num logradouro público, e que inexistia uma regra abstrata que exija da Administração Pública o asseguramento a essa pessoa de um teto, um albergue; o fato de ela não ter, por sua conta, condições de arrumar um teto dá ao princípio constitucional do direito à habitação um peso tal que impõe ao Administrador Público a edição de uma regra, no caso, um ato administrativo, que concretize esse princípio, assegurando ao administrado o direito ao teto⁶³.

Os particulares, ao contrário dos agentes públicos, possuem *liberdade*: uma esfera de condutas facultadas, em que é permitido fazer e é permitido não fazer, deixando-se a escolha ao livre-arbítrio. Nesse âmbito, a conduta do particular não decorre do cumprimento de uma norma jurídica, a norma nem lhe obriga, nem lhe proíbe a conduta⁶⁴. Ademais, o direito permite que os particulares editem normas jurídicas

⁶³ A Constituição exige do Estado brasileiro a proteção do mínimo vital, independentemente da vontade dos agentes competentes. Trata-se, pois, de competência vinculada e não de discricionária. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. Op. cit., p. 152-154.

⁶⁴ Sobre o espaço privado vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. Op. cit., p. 37 et seq.

privadas, introduzidas, em geral, pelos contratos; porém, como os particulares não estão, entre si, numa relação de supremacia, mas, sim, numa relação horizontal, a validade das normas privadas exige a aquiescência ou concordância dos destinatários⁶⁵. Tendo em vista essas particularidades do espaço privado, os princípios, no Direito Privado, são normas de estrutura, quando disciplinam a edição de normas privadas, e são normas de conduta, quando disciplinam a realização da conduta privada (diversa da edição de normas). São, portanto, também normas de dupla estrutura⁶⁶.

Primeira estrutura da norma princípio no Direito privado: de modo equivalente à primeira estrutura da norma princípio no Direito público, a hipótese refere-se à edição de uma regra jurídica pelos particulares – e, por isso, trata-se de norma de estrutura –; a consequência é a relação jurídica entre o particular que edita a regra e os demais, em que o editor tem o dever de levar em consideração o peso do respectivo princípio concretizado pela regra, realizar uma ponderação entre ele e os princípios colidentes e levar em consideração o resultado dessa ponderação no conteúdo da regra editada. Há uma aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas e, por força dela, o dever imposto aos particulares de realizar uma ponderação sempre que celebrem um contrato⁶⁷. A ponderação indicará se subsiste a liberdade ou se os princípios opostos a afastam, impondo um dever de não fazer ou, excepcionalmente, um dever de suportar. A ponderação de princípios, por si, sem prévia ponderação legislativa, não pode resultar na imposição de uma obrigação de fazer⁶⁸.

Segunda estrutura da norma princípio no Direito privado: a hipótese é a realização de uma conduta (diversa da edição de uma norma privada), a consequência é o dever imposto ao agente de realizar uma ponderação entre o princípio restringido pela conduta e o princípio material da liberdade, e levar em consideração o resultado dessa ponderação. Esta indicará se subsiste ou não o âmbito da atuação facultada ou se os princípios colidentes impõem uma obrigação de não fazer ou, excepcionalmente, uma obrigação de suportar.

⁶⁵ Id., p. 48 et seq.

⁶⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*. Op. cit., p. 94-99.

⁶⁷ Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*, op. cit., p. 74 et seq.; *Teoria jurídica da liberdade*, op. cit., p. 81-98.

⁶⁸ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*, op. cit., p. 109-115; *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 480 et seq.

6. Princípios materiais e formais

Robert Alexy divide os princípios – no sentido, por evidente, da terceira fase – em dois grupos: materiais e formais⁶⁹. Os materiais dividem-se em princípios relativos a direitos subjetivos e princípios relativos a bens coletivos⁷⁰, ambos se referem a um valor específico positivado no sistema. Exemplo de princípio relativo a direito subjetivo é a intimidade e exemplo de princípio relativo a bem coletivo é o meio ambiente; exigem que se proteja na maior medida possível, respectivamente, a intimidade e o meio ambiente. Os princípios formais não se referem a um valor específico, mas a uma decisão: exigem que seja respeitada, na maior medida possível, a decisão adotada, seja ela qual for.

A teoria dos princípios formais é envolta em controvérsias⁷¹. Extravasa os limites deste estudo examiná-las. Restringir-me-ei aqui a associá-la ao exercício da *função jurisdicional*. Certos princípios formais – que chamo de *fundamentais*⁷² – têm a importante missão de assegurar o respeito ao exercício da competência discricionária dos agentes públicos e da liberdade dos particulares. Assim, por exemplo, quando o Legislador adota uma decisão, o princípio material concretizado por sua decisão é acrescido de um peso, decorrente do princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador (“P1 + Pfl”). Do mesmo modo, quando o Administrador Público adota uma decisão, o princípio material concretizado por sua decisão é acrescido de um peso adicional, decorrente do princípio formal que dá primazia às ponderações do Administrador (“P1 + Pfa”). Como o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, não exerce competência discricionária, não há que se falar em princípio formal que dá primazia às ponderações do Poder Judiciário. Há, porém, um princípio formal – que chamo de especial⁷³ – que acresce um peso ao princípio material concretizado pela decisão judicial: trata-se do princípio do respeito ao *precedente*.

⁶⁹ ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 3-36.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 179 et seq.; *Direitos individuais e bens coletivos*. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 176-198.

⁷¹ Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria dos princípios formais*. Op. cit.

⁷² MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. Op. cit., p. 40 et seq.

⁷³ Id., p. 52 et seq.

Um exemplo facilitará a compreensão do tema. Compete ao Legislador realizar o programa constitucional e, para tanto, ele deve verificar quais princípios (valores positivados) estão expressa ou implicitamente previstos na Constituição, escolher um deles para realizá-lo por meio do estabelecimento, no plano abstrato, de um meio de concretização. Suponhamos que o Legislador resolva concretizar o princípio de proteção ao meio ambiente (“P1”). Para tanto, edita uma lei determinando aos proprietários de veículos automotores que instalem um filtro em seu veículo, sob pena de apreensão pela Administração Pública. Para editar essa lei, o Legislador teve que realizar uma ponderação, no plano abstrato, entre o princípio da proteção ao meio ambiente (“P1”) e os princípios colidentes, como a proteção da propriedade privada, da liberdade, do direito de ir e vir (identificados aqui como “P2”). No caso concreto, deve a Administração verificar se apreende ou não o veículo. Ao se deparar com um veículo sem filtro, ela deve fazer uma nova ponderação, mas não entre “P1” e “P2”, mas entre “P1 + Pfl” e “P2”. Regra geral, cumprirá a lei, tendo em vista o peso de “Pfl”. Suponha-se, porém, que o veículo sem filtro seja uma ambulância, que esteja levando alguém ao hospital. Nesse caso, o veículo não deverá ser apreendido, pois o princípio da proteção à vida é mais pesado, no caso concreto, que o princípio da proteção ao meio ambiente, mesmo considerando o peso adicional dado pelo princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador (“P2 > P1 + Pfl”).

Mesmo quando inexistente lei, incide o princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador, pois há uma decisão deste em prol do princípio material da liberdade. Noutras palavras: na falta da lei, o princípio material da liberdade (“P1”), concretizado pela inação estatal, é acrescido do peso adicional do princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador (“Pfl”). Por isso, na falta de lei, regra geral, a Administração está proibida de atuar. Excepcionalmente, porém, um princípio oposto pode afastar o peso de “P1 + Pfl”, justificando a edição de um ato administrativo; nesse caso, a atuação administrativa fundamentar-se-á não na lei, mas no princípio mais pesado (“P2”).

Perceba-se: a ponderação legislativa não é restringida pelo peso do princípio formal, que dá primazia às ponderações do Legislador, mas tanto a ponderação administrativa como a jurisdicional são restringidas por ele. Ademais, a ponderação administrativa não é restringida pelo peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do Administrador, mas a ponderação jurisdicional é restringida por ele. Quer dizer: o magistrado não pode realizar a ponderação de princípios com desprezo

às competências constitucionais. Deve, pois, levar em consideração o peso dos respectivos princípios formais.

Como antecipado, para função jurisdicional, não há um princípio formal fundamental, próprio da competência discricionária e da liberdade, mas há um especial. Se o magistrado decidir num caso de uma maneira, não pode, logo em seguida, decidir caso similar de outra. Haveria evidente violação da igualdade. Mesmo não havendo vinculação formal do precedente – que exige, na *Civil Law*, expressa previsão nos textos normativos, como ocorre, por exemplo, com as súmulas vinculantes do STF –, há vinculação material: para afastar um precedente, impõe-se ao magistrado um ônus argumentativo, deve demonstrar, na motivação, ou que as circunstâncias do caso são diferentes, ou que houve erro *in judicando* quando da prolação da decisão anterior. Esse ônus é imposto pelo *princípio formal* que exige o respeito, na maior medida possível, à decisão jurisdicional anterior⁷⁴.

7. Fórmula do peso

A teoria da ponderação vem sendo acusada, por muitos, de ser *irracional*⁷⁵. Seria uma forma de legitimar decisões arbitrárias do Poder Judiciário, adotadas com desprezo ao direito positivo. Tratar-se-ia da consagração do “governo dos juízes” ou, mais apropriadamente, da “tirania do judiciário”. Os textos normativos passariam a ter préstimo algum, pois, a partir de sua íntima convicção sobre a ponderação de valores, o juiz decidiria o conflito a ele submetido com total desprezo às ponderações do Constituinte, do Legislador e do Administrador público.

Como resposta a essas críticas, no intuito de atribuir o máximo possível de racionalidade à ponderação, tornando-a passível de pleno controle, Robert Alexy propôs a *fórmula do peso*⁷⁶. Peso em alemão é *Gewicht*, sendo útil, em português, utilizar a letra “G”, e não “P”, para que não haja confusão com “princípio”. Alexy se refere à “Gi,j”, para indicar o *peso concreto* do Princípio “i” (que prefiro chamar de “P1”) tendo em vista o princípio “j” (que prefiro chamar de “P2”). A

⁷⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria dos princípios formais*. Op. cit., p. 30-33.

⁷⁵ Sobre o tema vide: ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105-116.

⁷⁶ Sobre o tema vide: ALEXY, Robert. *A fórmula do peso*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131-153; *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., Posfácio, p. 393 et seq.

fórmula evidencia que o *peso concreto* de um princípio nunca é apurado de modo isolado, sempre tem em vista o princípio colidente. A fórmula é uma formalização da chamada, por ele, lei da ponderação: “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação do princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”⁷⁷.

Alexy explica que a reação entre “P1” e “P2” não é compatível com a “fórmula da diferença” (P1 - P2), e sim com a “fórmula do cociente” (P1/P2)⁷⁸. Ele propõe uma escala triádica: leve, médio e grave. Assim, a realização do princípio “P1” pode ser leve, média e intensa e, da mesma forma, a afetação do princípio oposto, “P2”, pode ser leve, média e grave. É intuitivo, observa Alexy, que os intervalos entre os graus devem ser maiores. Por isso, propõe os valores: 2^o (= 1); 2¹ (= 2) e 2² (= 4) para simbolizar “l”, “m” e “g”⁷⁹. Logo, a fórmula do peso, por força dessa progressão geométrica, exige a fórmula do cociente, e não a fórmula da diferença, que seria compatível com a progressão aritmética.

$$G_{P1,P2} = \frac{P1}{P2}$$

Alexy observa que os princípios possuem diferentes pesos no *plano abstrato* e essa diferença deve ser levada em consideração no plano concreto. Como já afirmado aqui, a dignidade da pessoa humana não tem o mesmo peso, na Constituição, que a economicidade. Os pesos abstratos são simbolizados por “G1” e “G2”. Assim, não há que se confundir: o peso concreto de P1 tendo em vista P2 ($G_{P1,P2}$) com o peso abstrato de P1 (G_{P1}). Se os pesos abstratos de ambos os princípios forem iguais, eles se anulam na fórmula⁸⁰.

$$G_{P1,P2} = \frac{P1 \cdot G_{P1}}{P2 \cdot G_{P2}}$$

O aclamado jurista também concluiu que o Direito não admite o exercício da competência discricionária apenas quando há certeza das circunstâncias fáticas e jurídicas. O Direito admite que decisões sejam tomadas mesmo na falta de certeza, daí a *segunda lei da ponderação*: “quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”⁸¹. Basta um exemplo para evidenciar o acerto dessa lei doutrinária: suponha-se que um edifício ameace ruir; na vida real, os engenheiros não dizem à Administração que às tantas horas do dia tal o

$$S_{P1} = S_{P1}^e \cdot S_{P1}^n$$

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 167 e 604.

⁷⁸ ALEXY, Robert. *A fórmula do peso*, op. cit., p. 145-146.

⁷⁹ Id., *ibid.*

⁸⁰ Id., p. 148-149.

⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 618.

edifício ruirá; dizem que há grande probabilidade de o edifício ruir. Em tutela da segurança pública e privada, deverá a Administração interditar o edifício e, dependendo do caso, até mesmo demoli-lo. Perceba-se: quanto maior a probabilidade, mais legitimada será a interdição, quanto menor a probabilidade, menos legitimada será a interdição. A incerteza pode dizer respeito às *premissas fáticas* ou *empíricas* e às *premissas jurídicas* ou *normativas*. Alexy utiliza a letra “S” da palavra “segurança” em alemão (*Sicherheit*) para simbolizar o grau de certeza na fórmula do peso. Enuncia, então, a equação da certeza para se referir a ambas: grau de certeza empírica do princípio “P1” multiplicado por grau de certeza normativa do princípio “P1”⁸².

A fórmula do peso completa indica os três fatores referidos: 1) o grau de intervenção da medida concreta em P1 e P2; 2) o peso abstrato de P1 e P2; 3) o grau de certeza das premissas empíricas e normativas de P1 e P2⁸³. Há três possibilidades. 1) O

$$G_{P1,P2} = \frac{P1 \cdot G_{P1} \cdot S_{P1}^e \cdot S_{P1}^n}{P2 \cdot G_{P2} \cdot S_{P2}^e \cdot S_{P2}^n}$$

resultado da fórmula pode ser positivo, ou seja, igual ou superior a 1. Nesse caso, “P1” deve, nas respectivas circunstâncias fáticas do caso, prevalecer sobre “P2”: “P1 > P2”. 2) O resultado da fórmula pode ser negativo, ou seja, igual ou inferior a -1. Nesse caso, “P2” deve, nas respectivas circunstâncias fáticas, prevalecer sobre “P2”. 3) O resultado da fórmula pode ser igual a zero, significando que a competência é discricionária, vale dizer, para o Direito, tanto é válida a concretização de “P1” como é válida a concretização de “P2”. Nesse caso, o Judiciário deve respeitar a decisão legislativa, administrativa ou privada. Nos dois primeiros casos, há vinculação e, pois, a possibilidade de substituição jurisdicional: no primeiro, se concretizado “P2” pelo Legislador e/ou pelo Administrador, cabe ao Judiciário, quando provocado, invalidar a decisão e determinar a concretização de “P1”; no segundo, se concretizado “P1”, cabe ao Judiciário invalidar a decisão e determinar a concretização de “P2”. No terceiro caso, a substituição da decisão legislativa e/ou administrativa pelo Judiciário configura violação da separação de poderes, típico ativismo judicial violador da Constituição⁸⁴.

⁸² ALEXY, Robert. *Principios formales*: algunas respuestas a los críticos. In: PORTOCARRERO QUISPE, Jorge. *Ponderación y discrecionalidad*. Tradução de Jorge Portocarrero Quispe. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 23-57; *Principios formais*, op. cit., p. 03-36.

⁸³ ALEXY, Robert. *A fórmula do peso*. Op. cit., p. 152-153.

⁸⁴ Sobre a substituição jurisdicional na competência vinculada e discricionária, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 586-591.

8. Deturpações da teoria dos princípios

Carlos Ari Sundfeld faz uma crítica contundente à teoria dos princípios: eles seriam “armas de espertos e de preguiçosos”⁸⁵, no sentido de que, quando o direito positivo contraria os interesses do jurista, os princípios são uma eficaz ferramenta para obter uma decisão contrária ao direito positivo – “arma de espertos” –; ademais, diante da preguiça de buscar argumentos, os princípios são um argumento “fácil”, uma forma de contornar o dever de motivar – “arma de preguiçosos”. Concordo integralmente com a crítica: por mais que esteja convencido da imprescindibilidade científica da teoria dos princípios, não tenho como negar que, de fato, na realidade doutrinária e jurisprudencial brasileira, princípios tornaram-se um perigoso expediente de espertos e perigosos. Na minha leitura, o ínclito publicista refere-se ao conceito próprio da segunda fase – princípio como elemento estruturante –, mas sua crítica pode ser perfeitamente estendida ao conceito da terceira fase – princípio como valor positivado.

Carlos Ari, ao menos nesse texto, não volta sua crítica ao instituto dos princípios, mas ao uso que deles se faz. *In verbis*: “o problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos”⁸⁶. Tanto a *teoria dos princípios da segunda fase*, como a *teoria dos princípios da terceira fase* dão ao intérprete um grande poder. Perceba-se: diante da estrutura hierárquica do sistema normativo, considerando que as vigas-mestras do sistema – ao menos boa parte delas – e os valores positivados – ao menos boa parte deles – estão expressos ou implícitos na Constituição, tanto os *princípios* da segunda fase como os princípios da terceira fase são dotados de *supremacia* em relação às demais normas do sistema. Assim, leis, atos administrativos, contratos e condutas privadas podem ser considerados ilícitos porque violadores dos alicerces do sistema jurídico (princípio na segunda fase) ou da proporcionalidade, e, pois, do peso dos valores positivados (princípio na terceira fase). Daí o risco percebido por Carlos Ari: a possibilidade de os princípios serem incorretamente invocados para afastar decisões válidas. Trata-se do “governo dos Juízes”, do “arbitrio jurisdicional”, do desprezo, por meio da teoria dos princípios, aos textos normativos vigentes.

⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio é preguiça?* In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205-229.

⁸⁶ *Id.*, p. 215.

O segundo risco é tão grave quanto o primeiro. Direito não costuma ser levado a sério, infelizmente. A teoria dos princípios é valiosa para quem não leva o Direito a sério. Explico: ao invés de buscar os argumentos corretos para uma decisão, invoca-se um princípio – v.g., da dignidade da pessoa humana – como uma “expressão mágica”. Não há que examinar os textos normativos, basta invocar a expressão mágica para fundamentar uma sentença. Tanto a utilização “esperta” como a utilização “preguiçosa” dos princípios importam no fim do Estado de Direito.

A solução não está no sepultamento da teoria. O próprio Carlos Ari Sundfeld dá a resposta: tudo se resolve pelo *ônus argumentativo*⁸⁷. Aliás, é a mesma resposta dada por Robert Alexy: a teoria dos direitos fundamentais pressupõe a teoria da argumentação jurídica. Nas palavras dele: “uma ponderação é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ela conduz, pode ser fundamentado de forma racional”⁸⁸. Quem se vale da teoria dos princípios – seja a teoria da segunda fase, seja a da terceira fase – tem um grande *ônus argumentativo*. Vigora, em relação aos princípios, a regra do § 1º, II, do artigo 489 do CPC/2015: não se considera fundamentada a decisão que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. Tanto o conceito de princípio da primeira fase como o da segunda são indeterminados para os fins dessa regra. Não basta, pois, invocar um “princípio” para motivar uma decisão.

Em relação ao conceito da segunda fase, deve-se sempre levar em consideração o aqui já referido processo biunívoco de esclarecimento recíproco: não apenas as normas semanticamente fechadas devem ser compreendidas à luz das semanticamente abertas, mas estas devem ser compreendidas à luz daquelas. Assim, a invocação de um princípio estruturante não dispensa o intérprete de examinar, com cuidado, as razões pelas quais normas mais semanticamente fechadas devem, eventualmente, ser afastadas. Insisto: quando uma lei contraria um princípio, não basta a invocação deste para ser adotada decisão contrária ao texto da lei; faz-se necessário explicitar as razões pelas quais a lei não deve ser aplicada.

Em relação ao conceito da terceira fase, impõe-se a explicitação das razões pelas quais um princípio prevalece sobre os outros. Faz-se neces-

⁸⁷ Id., p. 215.

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 165. O tradutor desse texto preferiu a palavra “sopesamento” à “ponderação”. Prefere-se, nesse ponto, a tradução de Ernesto Garzón Valdés (*Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2002. p. 159).

sário observar o grau de concretização do princípio, o grau de afetação dos demais, os respectivos pesos abstratos, o grau de certeza das premissas fáticas e jurídicas. E principalmente: o peso dos *princípios formais*. Não pode o magistrado desprezar a incidência dos princípios formais e desconsiderar as competências estabelecidas no sistema. Justamente por força desta última assertiva, o *texto normativo* deve ser levado a sério. O afastamento de um texto normativo exige cuidado redobrado⁸⁹.

Conclusões

1. Discricionariedade é a competência para escolher, a partir de convicções subjetivas sobre a melhor forma de realizar o interesse público, entre duas alternativas igualmente admitidas pelo Direito. É um ato volitivo que pressupõe a interpretação, ato cognitivo. Há uma diferença quantitativa entre a discricionariedade legislativa e a administrativa, pois a segunda, ao contrário da primeira, é restringida pelas decisões legislativas. Há duas diferenças qualitativas: só na administrativa, por força do princípio da boa administração, impõe-se a escolha da melhor medida para o interesse público; só na administrativa os vícios de vontade fazem presumir a invalidade.

2. A discricionariedade é – excetuado o mandado de injunção – incompatível com o exercício da função jurisdicional. O Judiciário é, pois, o oráculo do Direito, o órgão encarregado de dar a última palavra sobre as interpretações jurídicas. Não compete a ele realizar escolhas sobre indiferentes jurídicos, mas dizer, quando provocado, qual é a vontade do Direito.

3. A teoria dos princípios jurídicos passou por três fases: na primeira, superada, eram assim chamados todos os assuntos gerais de uma dada disciplina; na segunda, princípios são os elementos estruturantes do sistema normativo; na terceira, são os valores jurídicos positivados. Tanto a segunda como a terceira fase, não superadas, foram importantes reações à tese da discricionariedade jurisdicional. Pelo conceito da segunda fase, ao magistrado não se abre a possibilidade de escolher entre uma ou outra interpretação: deve escolher a interpretação mais coerente com os princípios jurídicos. Pelo conceito da terceira fase, as decisões jurídicas não são fruto do arbítrio, mas resultado da ponderação dos valores constitucionais.

⁸⁹ Para uma teoria hermenêutica respeitante do texto normativo vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2010. cap. 1, p. 41-71.

4. Princípios na terceira fase são valores positivados. Logo, as características dos valores – relatividade, historicidade, precariedade, indeterminabilidade, imbricação, não suscetibilidade à ordenação hierárquica rígida - estendem-se aos princípios. A relatividade não implica a subjetividade da valoração. Há valorações objetivas, que independem da opinião da cada um, próprias da competência vinculada; e há valorações subjetivas, dependentes da opinião de cada um, próprias da competência discricionária.

5. Na segunda fase, princípios não eram considerados normas jurídicas, mas vetores de interpretação das normas. Na terceira, são espécies de normas. Estas possuem a estrutura lógica “ $H \rightarrow C$ ”; princípios, como toda norma, também possuem essa estrutura. No Direito público, são normas de estrutura de dupla estrutura. No direito privado, também possuem dupla estrutura, mas são normas de estrutura e de conduta.

6. Na terceira fase os princípios classificam-se em materiais e formais. Os últimos determinam que uma decisão, seja ela qual for, seja respeitada na maior medida possível. O exercício da discricionariedade e da liberdade assenta-se num princípio formal fundamental. Como o Poder Judiciário não exerce discricionariedade, não há um princípio formal fundamental a respaldar suas decisões. Há, contudo, um princípio especial, que impõe o respeito ao precedente.

7. Diante das críticas à teoria dos princípios na terceira fase, propõe-se a fórmula peso como expediente a tornar a ponderação de princípios mais racional e controlável. A fórmula leva em consideração três fatores: a) o grau de intervenção sobre os princípios incidentes; b) o peso abstrato dos princípios incidentes; c) o grau de certeza sobre as premissas fáticas e jurídicas que o envolvem.

8. A teoria dos princípios, tanto na segunda fase como na terceira, pode ser arma de espertos e de preguiçosos. No primeiro caso, é utilizada para violação do direito positivo; no segundo, para violação do dever de motivar. A teoria, em ambos os casos, é mortal para o Estado de Direito.

9. O antídoto está no ônus argumentativo. Sempre que o magistrado invocar um princípio para a prolação de uma decisão judicial, impõe-se uma motivação específica. No conceito da segunda fase, deve explicar a razão pela qual normas semanticamente mais fechadas são afastadas; no conceito da terceira fase, deve explicitar as razões pelas quais atribuiu o respectivo peso ao princípio prevalente e ao colidente, bem como examinar os fatores que interferem na fórmula do peso; em ambos os casos, deve atentar para os princípios formais.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 163-198.

_____. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 3-36.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. Direitos individuais e bens coletivos. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 176-198.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 105-116.

_____. A fórmula do peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131-153.

_____. Principios formales: algunas respuestas a los críticos. In: PORTO-CARRERO QUISPE, Jorge. *Ponderación y discrecionalidad*. Tradução de Jorge Portocarrero Quispe. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 23-57.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Tradução de Francisco M. Guimarães. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

BOBBIO, Norbert. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília 1999.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1998.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Las fuentes del derecho: fundamentos teóricos*. Traducción de César E. Moreno More e Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel, 2016,

GUIMARÃES, Hélio de Seixas; LESSA, Ana Cecília. *Figuras de linguagem: teoria e prática*. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida et al. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

_____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Causalidade e imputação. In: KELSEN, Hans. *O que é a Justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 323-348.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lagomeo. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Nicklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, Felipe Gonçalves (Org.). *Temas atuais de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 1-37.

_____. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Proporcionalidade e boa administração. *Revista Internacional de Direito Público (RIDP)*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-33, jan.-jun. 2017.

_____. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

_____. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 106-116, 1993.

_____. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 22, n. 92, p. 55-61, out.-dez. 1989.

_____. Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano IV, v. 15, p. 284-288, jan.-mar. 1971.

_____. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

- _____. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.
- MOUSSALLEM, Târek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2011.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948.
- _____. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, 1946.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução de Celso Reni Braidá. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205-229.
- TÁCITO, Caio. O abuso de poder administrativo no Brasil. In: TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres - v. 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 39-70.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

Interpretação jurídica: Do dogma da completude ao sistema aberto

Luis Manuel Fonseca Pires¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. As teorias declarativas e o dogma da completude. 1.1. Da escola da exegese ao positivismo de Hans Kelsen. 1.2. As lacunas e as antinomias. 2. Sistema aberto: a tópica, a lógica do razoável e a nova retórica. Conclusões. Referências bibliográficas.

Introdução

O propósito deste artigo é apresentar as referências que formaram as diretrizes das teorias da interpretação jurídica junto ao Estado de Direito – ainda fortemente presentes em nossas práticas contemporâneas – e os novos paradigmas que surgiram há algumas décadas, modelos que têm influenciado e reformulado o modo de compreender e aplicar o direito, mas ainda contam com alguma resistência.

As referências clássicas sobre a interpretação do direito desenvolveram-se durante o século XIX, e reforçaram-se com a teoria pura do direito de Hans Kelsen no início do século XX, em sua maioria a propugnar que a inteligência do direito, ao ter que interpretar uma norma jurídica, não passaria de envidar empenho em *descrever*, *conhecer*, proceder a um labor exclusivamente *cognitivo* do direito.

Mas em meados do século XX, com a proliferação de normas jurídicas com expressões vagas, e o reconhecimento da normatividade dos princípios, outros modelos surgiram, e sobre eles é preciso pensar. Fazem parte de novos paradigmas que se impõem à compreensão do fenômeno jurídico.

¹ Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo na graduação e na pós-graduação *lato sensu* da PUC-SP. Autor, dentre outras, das obras *Controle judicial da discricionariedade administrativa* – dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas, 3. ed., editora Fórum (finalista do Prêmio Jabuti 2009 pela editora Campus-Elsevier), e *Moradia e propriedade* – um breve ensaio sobre conflitos humanos, editora Fórum, e *O estado social e democrático e o serviço público* – um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade, 2. ed., editora Fórum, e *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, e *Regime Jurídico das Licenças*, e *Loteamentos Urbanos*, Quartier Latin, e um dos autores de *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica*, editora Fórum.

1. As teorias declarativas e o dogma da completude

Compreender o direito, extrair o significado das disposições normativas, aplicar a lei aos conflitos concretos, são objetivos que sempre incomodaram e inspiraram os estudiosos do direito em todos os tempos.

Conforme sublinha o jurista português José de Oliveira Ascensão,² desde a época do Imperador Justiniano há a preocupação de controlar a interpretação da lei, e mesmo após a Revolução Francesa pretendeu-se excluir qualquer componente subjetivo na interpretação com o receio de que a atuação dos juízes pudesse comprometer as conquistas do movimento revolucionário.

Sob este prisma, encampamos a terminologia de Rodolfo Luis Vigo,³ professor catedrático de filosofia do direito na Argentina, que denomina *modelo dogmático* às teorias jurídicas das escolas exegéticas, históricas, o primeiro período de Ihering, a jurisprudência dos conceitos, e o pensamento de Kelsen, enfim, doutrinas que propugnavam a interpretação do direito como uma atividade meramente *descritiva*, orientada por um silogismo dedutivo rigoroso que pretendia equiparar a metodologia de conhecimento do direito à utilizada pelas ciências exatas, a uma lógica formal.

A solução de um caso concreto obtém-se, por essa orientação, por uma pretensa subsunção formalística, como se ao se expor um fato sob um ordenamento jurídico fosse mesmo possível inequívoca e imediatamente encontrar, por uma operação mecanicista, desprovida de qualquer envolvimento *volitivo* do intérprete, uma norma jurídica que versasse hipoteticamente sobre o assunto com a exata correspondência de todos os seus elementos, de modo que por consequência, com este alinhamento entre a norma e o fato, fosse simples chegar à conclusão. O próprio conceito de direito, por esta perspectiva, erigiu-se gradualmente sob uma estrutura estritamente positivista, isto é, o direito era a lei (o *texto* da lei) – a *vontade* e o *relativismo axiológico* eram absolutamente vedados à ciência jurídica.

Ainda conforme Rodolfo Luis Vigo,⁴ é com a adoção deste modelo dogmático que Savigny define a interpretação jurídica como a reconstrução do pensamento que se encontra insito na lei, no que coincide, neste aspecto, com Ihering ao conceber a interpretação como a “jurisprudência inferior” porque, segundo ele, nada se cria de novo, mas

² *O direito* – introdução e teoria geral - uma perspectiva luso-brasileira, p. 378.

³ *Interpretação jurídica*, p. 36 e ss.

⁴ *Interpretação jurídica*, p. 37-38.

apenas são esclarecidos os elementos jurídicos pré-existentes, o que em tudo e por tudo consolida o pensamento de Montesquieu – também lembrado na mesma lição de Vigo –, ao idealizar, sobre a figura do magistrado, “um ser inanimado que repete as palavras da lei”.

Havia, como por estas primeiras linhas já se percebe, um fetichismo pela letra da lei, uma crença de que seria realmente possível desenvolver um método que serviria a apenas *descrever* (descobrir) o direito – ou a intenção do legislador, ou a intenção da norma, mas, de um jeito ou de outro, sem qualquer componente *subjetivo* por quem fosse exercer a interpretação e aplicação⁵ do direito.

1.1. Da escola da exegese ao positivismo de Hans Kelsen

No século XIX, desenvolve-se em França a “escola da exegese”. De acordo com Maria Helena Diniz,⁶ esta doutrina propugna que o direito positivo deve coincidir com a lei escrita, destarte, a função do jurista outra não pode ser senão a de meramente *revelar* o seu sentido. Este reducionismo exegético expressa a proposta única de *descobrir* a intenção do legislador. O direito, como dissemos, é reduzido ao texto da lei, e ao intérprete compete a mecânica atividade – como se tanto fosse possível – de simplesmente, e nada mais, aplicar a *lógica dedutiva*: adota-se como premissa maior a lei, como premissa menor o fato concreto, e ao se subsumir formalmente o fato à lei a decisão é encontrada com uma suposta simplicidade.

Ainda segundo a jurista referida, correspondente à “escola da exegese” foi o “pandectismo”, na Alemanha, e a escola analítica, na Inglaterra.

Mas enquanto para os franceses o ponto de partida era a lei, para os alemães era, com exclusividade, o direito romano. De todo modo, as duas correntes apregoavam o uso do método dedutivo, o apego quase místico ao texto da lei.

Nessa época, o centro das divergências entre as doutrinas que se preocupavam com a interpretação jurídica era, de acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr.,⁷ saber se o direito a ser declarado, a partir dos

⁵ Convém anotar que optamos por considerar a *interpretação* e a *aplicação* como fenômenos indissociáveis, como o faz Fernando Sainz Moreno (*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 129). Mas adverte Carlos Ayres Britto sobre a distinção conceitual entre hermenêutica e interpretação jurídica: a primeira é “[...] um conjunto de noções preparatórias da interpretação [...]”, e a segunda é a aplicação a uma particular norma de direito os enunciados daquela (*Teoria da Constituição*, p. 143-144).

⁶ *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 50 e ss.

⁷ *Introdução ao estudo do direito*, p. 266.

textos normativos, era o que expressava o pensamento do legislador (correntes subjetivas) ou o “espírito do povo” (correntes objetivas). Em busca da *vontade do legislador* é que, ainda segundo o jurista, orientava-se a “jurisprudência dos conceitos”, na Alemanha, e a já mencionada “escola da exegese”, em França.

Pretendia-se, segundo Rodolfo Luis Vigo, que as razões do legislador (exegese) e as do cientista (“jurisprudência dos conceitos”) apresentassem níveis de “[...] perfeição, previsão e clarividência que as tornavam insuspeitas de silêncios ou incoerências”.⁸ Vislumbrava-se o direito, como adverte o autor,⁹ com todos os aspectos próprios de um sistema fechado: unidade, completude e coerência.

Mas a insuficiência do rigor formalista, as ensanchas de soluções injustas que o método mecanicista proporcionava, inspirou, do final do século XIX ao início do XX, outras teorias que, em busca do sentido *objetivo* da norma, agregaram outros informes ao método de interpretação. É o caso da “jurisprudência dos interesses”, desenvolvida na Alemanha, que se orientava por estabelecer que o intérprete deveria alcançar, em sua leitura da lei, os interesses da sociedade, do mesmo modo como as doutrinas da “livre pesquisa científica” e “movimento do direito livre” pautavam-se pelo “[...] sentido da lei na vida, nas necessidades e nos interesses práticos”.¹⁰

Desenvolvem-se, nesses idos, as primeiras noções do método teleológico como a busca do fim do direito, do método axiológico como a ênfase aos valores que se encontram no direito ou gravitam em torno dele, do método sociológico que defende a consideração de aspectos sociais junto à ciência jurídica.

Enquanto a “jurisprudência dos conceitos” limita o juiz à subsunção lógica dos fatos aos conceitos jurídicos, e concebe o ordenamento como um sistema fechado e enfatiza a lógica, a “jurisprudência dos interesses” prima pela indagação da vida e de sua valoração. O direito é visto como uma “tutela de interesses”.

Como lembra Maria Helena Diniz,¹¹ Ihering era severo crítico do “pandectismo” e da “jurisprudência conceitual”, pois ele recusava o puro emprego do método dedutivo-silogístico para a interpretação do direito e propunha, em destaque, o aspecto finalístico das normas jurídicas, isto é, a ciência jurídica deve proceder à interpretação de acordo com os fins desejados pelas normas.

⁸ *Interpretação jurídica*, p. 39.

⁹ *Interpretação jurídica*, p. 39.

¹⁰ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*, p. 266.

¹¹ *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 61.

Luis Recaséns Siches¹² reprovava veementemente as teorias que sustentam a interpretação jurídica sob o modelo da *lógica formal* – a qual denomina *lógica racional* – nos moldes empregados junto às ciências naturais. Com uma doutrina visionária e decerto ainda atual, recusa o que denomina “concepção mecânica”: a sentença judicial ou uma resolução administrativa como fruto de um silogismo no qual há uma premissa maior representada por uma norma geral (a lei), uma premissa menor que são os fatos relevantes e qualificados juridicamente, e a conclusão como a consequente decisão. Ao inverso, afirma que a constatação dos fatos e a apreciação da norma são “momentos inseparáveis e essencialmente ligados de modo recíproco”, o que leva a concluir que estes momentos estão reciprocamente relacionados com a “antecipação mental da decisão”, pois esta representação prévia serve tanto para a constatação e qualificação dos fatos como para a definição da norma aplicável.¹³ Há uma “função mental complexa” que entretece a dimensão fática com a dimensão normativa que se apresenta sob uma “[...] espécie de textura orgânica incidível”.¹⁴ Mas retornaremos a Luis Recaséns Siches, para acolhermos a sua proposta inquestionavelmente hodierna, mais adiante.

No eixo deste conflito, percebemos que a polarização destas correntes impulsiona-se, do lado das doutrinas que sublinham a necessidade de alijar qualquer componente *psíquico* do intérprete (“escola da exegese”, “pandectismo”, “jurisprudência dos conceitos” etc.), pela preocupação de o direito ser modificado ao sabor das convicções pessoais dos juizes e juristas, tornando a lei em verdadeira letra morta, e do lado das demais escolas (“jurisprudência dos interesses”, “doutrina utilitarista do direito”, “jurisprudência sociológica norte-americana” etc.), em razão da constatação das injustiças perpetradas sob a pretensão de despir-se o intérprete de qualquer valoração axiológica do caso em conflito.

É nesse contexto que Hans Kelsen formula, com fundamento no positivismo, a *teoria pura do direito*. O mestre de Viena sustentou que o cientista do direito deve ocupar-se da norma jurídica com exclusividade, o que implica rechaçar outros saberes que não se filiam à produção da norma jurídica, como a filosofia, a sociologia etc. Para a teoria pura do direito a norma jurídica é editada por uma autoridade e tem caráter *prescritivo*, o que difere, portanto, da *proposição jurídica* que é emitida pela doutrina e apresenta uma natureza *descritiva*.

¹² *Introducción al estudio del derecho*, p. 195.

¹³ *Introducción al estudio del derecho*, p. 198.

¹⁴ *Introducción al estudio del derecho*, p. 200.

A norma jurídica, para Kelsen, é uma *prescrição jurídica* que resulta tanto de um *ato de conhecimento* quanto de um ato de vontade da autoridade competente, isto é, do legislador, ao editar a lei em conformidade (formal) com a Constituição, do administrador, ao emitir atos a concretizar as leis, e do juiz, ao proferir a sentença que tem por fundamento de validade a lei à qual se refere. Já a *proposição jurídica*, como produção do cientista do direito, é mero ato de *conhecimento* porque se limita a *descrever* a norma jurídica. Por conseguinte, a norma jurídica é válida ou inválida, mas nunca verdadeira ou falsa, pois este último juízo se relaciona às proposições jurídicas, à descrição do direito, e não à sua prescrição.

A preocupação de Kelsen com a pureza metodológica da ciência jurídica conduz sua teoria a preocupar-se com a norma jurídica como o *fundamento de validade* que atribui certa competência a determinada autoridade para, nesta relação hierárquica e escalonada, piramidal, emitir outra norma jurídica. O direito, nesta concepção, é mesmo um sistema *dinâmico*, mas sob a perspectiva exclusivamente *formal* na medida em que as normas apenas se limitam a atribuir competências. Pouco importa, portanto, qual o seu conteúdo para a teoria pura do direito.

Assim, para Kelsen há duas espécies de interpretação: a *autêntica*, realizada por órgão competente para aplicar a norma jurídica (é a interpretação que o Legislativo faz da Constituição ao produzir as leis, a que o Executivo promove ao baixar decretos regulamentares, a que o Judiciário realiza ao decidir), e a *não autêntica*, realizada pela ciência do direito e outros sujeitos da sociedade, como os que estabelecem, entre si, um contrato de locação, por exemplo.

Como a preocupação da teoria pura do direito é a relação formal de atribuição de competências, por normas relacionadas entre si em um sistema piramidal, no qual o fundamento de validade de cada norma jurídica é a que se encontra acima de si, tudo até culminar à ponta da pirâmide, junto à norma hipotética fundamental, então a indeterminação do *conteúdo* da norma é natural. De tal sorte, a norma jurídica, para a teoria pura do direito, é compreendida, no que se refere à sua interpretação, como uma *moldura* na qual são possíveis diversos significados. A interpretação não-autêntica, meramente *cognoscitiva*, estabelece, em princípio, os *limites da moldura*, mas é na aplicação da norma, na chamada interpretação autêntica, que ao *conhecimento* é acrescido, no momento da escolha de um desses significados possíveis, um *ato de vontade* da autoridade competente. Não há, pois, uma única interpretação, mas tantas quantas se encontram circundadas pela moldura.

A teoria pura do direito, ao aderir obsessivamente ao método silogístico formal, atinge o extremo de admitir até mesmo a possibilidade de o intérprete autêntico atribuir um significado sequer encontrado na moldura desenvolvida pela ciência do direito. As razões que levam a autoridade competente a decidir por tal ou qual sentido são estranhas à ciência do direito. Porquanto, embora cause estranheza essa situação, sua ocorrência torna-se possível uma vez que, em última análise, para Kelsen o direito é o que o intérprete autêntico diz que deve ser. Relembramos que a relação entre as normas jurídicas não é de veracidade, mas de validade, e por um prisma formal de atribuição de competências, isto é, sem qualquer importância sobre qual é o seu conteúdo. O que importa é se *quem* edita determinada norma possui, com fundamento em norma jurídica superior, competência para tanto – é a relação *dinâmica* do sistema –; o que se decide (ato de vontade), isto é, se a autoridade competente observa as decisões possíveis dentro da *moldura*, de acordo com as formulações meramente *descritivas* do cientista do direito, ou se extrapola este quadro e opta por uma solução não acolhida como possível, é irrelevante. No fim, o direito é o que a autoridade afirma ser.

A esse entendimento, no entanto, valem as objeções de Luis Recaséns Siches¹⁵ de que o direito não contém proposições lógicas sujeitas a um juízo de verdade ou falsidade, pois não se transita no âmbito das ciências naturais, logo, a lógica empregada não pode ser a que é aplicada à observação da natureza. Como bem afirma, “[...] a interpretação de um texto e a interpretação dos fatos não são nem devem ser independentes: o texto é interpretado em vista da projeção dos fatos; assim como os fatos são analisados em vista de sua relação com as normas”.¹⁶

1.2. As lacunas e as antinomias

Se o direito deve ser interpretado e aplicado com absoluta abstração da expressão psicológica do intérprete, se o direito deve ser operado com frialdade, como se as convicções, os ânimos do seu operador fossem mesmo completamente apartados deste procedimento, se deve ser a lógica formal a metodologia bastante à subsunção dos fatos litigiosos à ordem jurídica, então o *sistema* normativo deve consequentemente se erigir de modo hermético.

Esta é realmente a decorrência do modelo dogmático, referido anteriormente, isto é, a preocupação pertinaz de superar qualquer possível contradição, qualquer claro junto ao ordenamento jurídico.

¹⁵ *Introducción al estudio del derecho*, p. 211 e ss.

¹⁶ *Introducción al estudio del derecho*, p. 214.

Pois o processo dedutivo-formal de interpretação jurídica compromete-se – em realidade, derrui-se –, se o cientista do direito se depara com uma antinomia ou com uma lacuna. Os adeptos da “escola da exegese” e de outras correntes similares, como também do positivismo da teoria pura do direito, sustentam então, com afinco, o dogma da completude; empenham-se a sustentar, e dedicam-se sobremaneira às técnicas que amparam esta posição, que o direito é *completo*, que não há conflito entre as regras que não possa ser resolvido, que não há situação fática sem a correspondente hipótese normativa.

Essa preocupação é mesmo compreensível enquanto se concebe a interpretação jurídica sob a operação formalista segundo a qual a premissa maior é a norma, a premissa menor são os fatos, e como se tudo se emparelhasse e conduzisse-se hermética e conclusivamente à decisão que é apenas *descoberta* como o resultado desta equação. Decerto, para as doutrinas que assim admitem a interpretação jurídica, qualquer conflito de dispositivos, qualquer ausência de regra, rompe com todo o sistema. O ordenamento jurídico é então idealizado como um sistema necessariamente fechado. Portanto, é preciso combater as *antinomias* e as *lacunas* do direito. Considere-se, em exemplo, a doutrina propugnada pela teoria pura do direito: se as normas cadenciam-se de modo escalonado, se partem de uma norma hipotética fundamental e descendem, em seqüência, uma da outra, com a escora de fundamentação na competência atribuída pela norma precedente, se é assim que se identifica a *validade* da norma jurídica, isto é, por uma lógica dedutiva comum às ciências exatas, então não é possível, sob pena de derribar todo o *sistema*, admitir alguma lacuna ou contradição em sua formulação.

Norberto Bobbio, ao declaradamente acolher a teoria de Kelsen da construção escalonada do ordenamento jurídico, empenha-se no estudo sobre as normas incompatíveis e as antinomias.

Após discorrer sobre os critérios de solução das antinomias (cronológico, hierárquico e o da especialidade), e ainda sobre a possibilidade de um conflito entre os critérios (antinomia de segundo grau), Bobbio enfrenta a circunstância de constatar-se a insuficiência dos critérios, isto é, defrontar-se o intérprete com normas contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais – insuficientes, portanto, os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade.

Neste conflito, diz Norberto Bobbio que a solução “[...] é confiada à liberdade do intérprete [...]”, o que é possível

[...] quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos juristas por uma longa e consolidada tradição e não se limitando a aplicar uma só regra. Digamos então de uma maneira mais geral que, no caso de conflito entre duas normas, para o qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o intérprete, seja ele o juiz ou o jurista, tem à sua frente três possibilidades: 1) eliminar uma; 2) eliminar as duas; 3) conservar as duas.¹⁷

Portanto, Norberto Bobbio chega mesmo a admitir que a coerência, apesar de ser uma exigência, não chega a ser necessária no sentido de que é preciso a absoluta exclusão das antinomias como condição insuperável para o reconhecimento de um ordenamento jurídico. Aceita o autor que um ordenamento tolere normas incompatíveis sem se desmoronar. Mas já a *completude*, para ele, é realmente uma condição necessária para o funcionamento do sistema – defende o renomado jurista italiano, enfim, o dogma da completude porque, sob o influxo da teoria pura do direito, o sistema jurídico é realmente um sistema *fechado*.

Também Savigny, segundo Rodolfo Luis Vigo,¹⁸ acredita que o sistema jurídico, com o uso da *analogia*, apresenta todas as respostas jurídicas. E mesmo Kelsen, em coerência com a sua proposta de um sistema que se desenvolve por um silogismo dedutivo-formal, insiste, como também lembra Vigo, que no direito não há lacunas – no máximo, há lacunas axiológicas, mas estas não interessam ao cientista do direito. Mas esta preocupação com a completude do sistema jurídico esteve presente muito antes de Kelsen, como ensina José de Oliveira Ascensão¹⁹ ao esclarecer que a integração das lacunas foi tema que suscitou discussões clássicas das diversas escolas do direito que se formaram ao longo da história, como a “escola dos conceitos” que defendia que o sistema traz, em si, a totalidade das soluções jurídicas e que por sistemas lógicos o jurista poderia encontrar sempre uma solução.

Nesta senda, Maria Helena Diniz²⁰ defende que o sistema jurídico não é fechado. A autora recusa o “dogma da plenitude hermética do

¹⁷ *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 100.

¹⁸ *Interpretação jurídica*, p. 52-53.

¹⁹ *O direito*, p. 461.

²⁰ *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 436 e ss.

ordenamento jurídico” sob o princípio de que “tudo que não está proibido, está permitido”, logo, não haveria lacuna. Diz ela que tal enunciado não é uma norma jurídico-positiva, mas um enunciado lógico; mas como o sistema jurídico, para a autora, é *aberto*, então, o direito deve ser considerado sob uma ótica dinâmica. O sistema, para a autora, é, sim, lacunoso, e são três as espécies de lacunas: normativa, ontológica (há norma, mas não corresponde aos fatos sociais) e axiológica (ausência de norma justa que conduz a uma solução satisfatória). A jurisdição integra as normas, mas permanecem as lacunas, pois o juiz cria a norma jurídica individual que vale para o caso concreto, o que não dissolve a lacuna – enfim, o direito não é completo, embora seja *completável*.

Luis Recaséns Siches²¹ formula uma proposta que nos auxilia a romper o mito da completude. É a percepção do autor de que as normas que denomina “individualizadas” – porque aplicadas ao caso concreto, seja pelas partes, seja pelo juiz – são tão normas quantos as normas “gerais” – previstas abstratamente no ordenamento jurídico. Ou até mais, como afirma o autor, pois as normas “individualizadas” são normas “perfeitas” ou “completas” na medida em que são a atuação *concreta* das normas gerais, atuam sobre relações concretas da vida.

Se assim o é, a preocupação com a completude do direito deixa de conter o valor tão encarecido pelas ciências apegadas ao positivismo clássico, pois a relevância do tema reside na solução do caso concreto. As lacunas e antinomias realmente existem – na *estática* do direito. Mas se dispensarmos a compreensão do direito como uma simples atividade *descritiva*, se aceitarmos que a hermenêutica sob a estrutura de modelos lógicos formais, de dedução ou de indução, é insuficiente, se acolhermos as doutrinas que admitem o que não é mesmo possível aceitar de outra forma, isto é, que a *vontade*, que a *escolha* do intérprete são naturais e integrantes da aplicação do direito, e, portanto, a ordem jurídica é um sistema *aberto* e axiológico, então as lacunas e as antinomias, apesar de subsistirem, não comportam mais a mesma dimensão de importância.

2. Sistema aberto: a tópica, a lógica do razoável e a nova retórica

A partir da segunda metade do século XX, a teoria geral do direito, no que se refere à hermenêutica jurídica, passa a convergir para a percepção do equívoco da concepção da interpretação jurídica como um procedimento lógico-formal desprovido de qualquer expressão

²¹ *Introducción al estudio del derecho*, p. 213.

volitiva do intérprete, como se não fosse devida a ponderação dos valores em conflito, como se o sopesar e a integração dos fatos e dos valores acolhidos como conteúdo das normas jurídicas não fossem relevantes, e como se não houvesse, nesta outra forma de interpretação jurídica que abandona o silogismo formal, a presença do *gênio* do intérprete a influenciar e a compor a interpretação jurídica.

A relação entre as normas jurídicas, em uma estrutura lógico-formal, não ocorre por um discurso *apofântico*, remetido à veracidade ou falsidade de sua formulação, mas, sim, por um conectivo *deôntico*, o “deve ser”. De tal sorte, o raciocínio empreendido relaciona-se com a validade; a concatenação das prescrições normativas não ocorre pelo fenômeno da causalidade, mas por imputação.

A *concepção raciovitalista do direito*, referida por Maria Helena Diniz,²² representada inicialmente por Ortega y Gasset, e depois por Luis Recaséns Siches, segundo os quais a *racionalidade* é a própria vida humana, é a razão vital, e a ciência do direito deve compreender a norma jurídica ponderando sua historicidade, relacionando-a com as circunstâncias e ainda de acordo com as perspectivas formuladas. Por isso, a lógica a ser empregada para a solução dos problemas não é rigorosamente racional, mas *razoável*.

Neste sentido, Eros Roberto Grau sustenta a interpretação como uma “prudência”, como um “saber prático”, uma “[...] razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto”, pois, para o autor citado, a lógica jurídica é a escolha de uma entre várias possibilidades igualmente corretas; portanto, “a norma não é objeto de demonstração, mas de justificação”.²³ Para Eros Roberto Grau, o que em realidade se interpreta são os textos normativos, e é da interpretação destes textos que resultam as normas. De tal forma, texto e norma não se coincidem. A norma é o resultado da interpretação do texto normativo. Ou, de outro modo, “A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas”.²⁴ Por conseguinte, também para ele a interpretação apresenta um “caráter constitutivo”, e não apenas declaratório.²⁵

Ainda semelhante é a doutrina de Humberto Ávila para quem a interpretação não é um ato de pura descrição de um significado previamente apresentado, mas é um ato de decisão que constrói a significação e os sentidos do texto.

²² *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 92 e ss.

²³ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 40.

²⁴ *Interpretação/Aplicação do direito*, primeira parte, III.

²⁵ *Interpretação/Aplicação do direito*, primeira parte, XIII.

De acordo com Rodolfo Luis Vigo,²⁷ foi mesmo a partir de 1950 que a obsessão de Savigny por sistematizar o direito sob o plano formal sofreu um forte abalo com a tópica de Theodor Viehweg, que expõe duas formas de pensar o direito, o modo sistemático, e o modo aporético ou problemático; no primeiro, com o prestígio ao sistema, no segundo, o privilégio é conferido à solução do problema. A tópica, nas palavras de José de Oliveira Ascensão, representa-se então como a formulação de “[...] um repertório de pontos de vista que darão a solução de casos concretos”.²⁸

É da integração da teoria tópica com o *método sistemático* que Juarez Freitas²⁹ expõe sua concepção sobre a interpretação jurídica. Propõe o jurista a natureza *tópico-sistemática dos princípios* que compõem a ordem jurídica. O conceito de sistema jurídico, para ele, traduz-se então como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função, ao evitar ou superar antinomias (em sentido amplo), é a de realizar os objetivos do Estado Democrático de Direito. A interpretação sistemática deve, pois, considerar a *abertura* do sistema, isto é, a ausência de completude do conhecimento científico e a modificabilidade da ordem jurídica.

Mas foi realmente Theodor Viehweg, como há pouco dissemos, quem reacendeu a importância da tópica e principiou as discussões que se seguiram, e seguem até hoje, quanto à sua relação com o direito.

Para Viehweg,³⁰ a lógica formal não basta, por si só, para explicar o pensamento jurídico, e o autor lembra que Recaséns Siches também propõe o “âmbito do racional” em substituição ao da lógica formal. Viehweg afirma concordar também com Perelman quando este diz que todo raciocínio jurídico consiste em argumentação e demonstração.

Enquanto a estrutura da lógica formal determina a estrutura da demonstração, o que ocorre por um sistema dedutivo, mostra-se insuficiente para determinar a estrutura da argumentação, que apenas pode realizar-se por um sistema tópico, é neste âmbito da argumentação, segundo Viehweg,³¹ que se constitui a parte mais importante do pensamento jurídico – o que, a propósito, é por isso que o sistema tópico é conectado com a retórica.

²⁶ *Teoria dos princípios*, p. 23.

²⁷ *Interpretação jurídica*, p. 51 e ss.

²⁸ *O direito*, p. 468.

²⁹ *A interpretação sistemática do direito*, p. 58-61.

³⁰ *Tópica y filosofía del derecho*, p. 68.

³¹ *Tópica y filosofía del derecho*, p. 70.

A tópica, explica o próprio Viehweg,³² é orientada aos problemas. Oferecem-se, para solucionar os problemas, uma “combinação de pontos de vista (*topoi*)” que são discutidos, e o agrupamento dos *topoi* em relação aos problemas torna-se o sistema básico do direito. Mas o sistema tópico está em permanente movimento, por isso, trata-se de um sistema *aberto* porque as discussões estão permanentemente sujeitas aos novos pontos de vista, e não a um argumento final ou definitivo. É por isso que não se usa, na tópica, um método de argumentação que procede dedutivamente, mas, sim, *dialogicamente*, pois sua *ultima ratio* é o *discurso razoável*.

Tércio Sampaio Ferraz Jr.³³ esclarece que os pontos de vista, os chamados *loci*, *topoi*, lugares-comuns, constituem pontos de partida de diversas séries argumentativas em que a razoabilidade das opiniões fortalece-se. É por se compor destas séries argumentativas que o pensamento tópico não pressupõe nem almeja ser uma totalidade fechada. O problema apresentado é considerado como um “dado” que orienta a argumentação e resultará em uma entre tantas soluções possíveis. Pela tópica buscam-se, para resolver um problema, as premissas adequadas, e para esta busca vale-se o intérprete dos lugares-comuns – é a *tópica de primeiro grau*. Em razão da insegurança deste procedimento, elaboram-se inventários mais ou menos organizados de lugares-comuns segundo certos critérios que delimitam a área argumentativa (por exemplo, *topoi* gramaticais, ou lógicos, ou históricos etc.) – é a *tópica de segundo grau*. Mas uma dedução sistemática dos *topoi* é impossível, pois mais importante do que concluir é formular as premissas.

De inestimável contribuição à ciência do direito é ainda a proposta da interpretação jurídica orientada pela *lógica do razoável*, de Luis Recaséns Siches. Diz ele que só a norma jurídica “individualizada” – que para o jurista representa a aplicação ao caso concreto da norma geral – representa a norma perfeita e completa, contém uma “plenitude de sentido”, pois é a articulação da norma geral com a realidade da vida – que, como ele mesmo diz, “[...] é sempre concreta e particular”.³⁴

E o intérprete deve, ao converter a norma “geral” em “individual”, atuar de modo a promover a “mais justa” individualização da prescrição³⁵. É, então, a interpretação por *equidade* que norteia o intérprete, uma interpretação *lógica*, mas que não se apoia no modelo silogístico-

³² *Tópica y filosofía del derecho*, p. 127.

³³ *Introdução ao estudo do direito*, p. 329.

³⁴ *Introducción al estudio del derecho*, p. 208.

³⁵ *Introducción al estudio del derecho*, p. 216.

-dedutivo, pois há uma valoração do conteúdo da norma, pois se deve aferir qual foi a *razão* que inspirou o legislador. É o que denomina – em substituição à palavra equidade – *lógica do humano*, ou – como veio a ser mais conhecida – *lógica do razoável*.

Exemplifica o autor³⁶ o célebre caso da proibição que constava, em uma estação de trem, de que os passageiros ingressassem com cachorros, e que certa feita um camponês insistia adentrar com um urso, pois a proibição não o mencionava. Se sob a perspectiva da lógica tradicional a conduta do empregado que vedasse a entrada do urso fosse reprovável, o mesmo não se poderia dizer se a análise fosse feita sobre as *razões* que inspiraram a vedação – sob a *lógica do razoável*.

A proposta do autor é sensivelmente relevante não apenas em casos nos quais a norma “geral” provoca, ao senso comum, algum sentimento de “injustiça”. Mas, como ele mesmo diz, quando a norma “geral” apresenta-se “satisfatoriamente justa”, mas a aplicação do silogismo formal conduziria, no caso concreto, à realização de uma norma “individual” notoriamente “injusta”. Esta situação pode ocorrer, diz o jurista, quando aparece um caso inesperado, excepcional, o que acontece quando a realidade do caso não se amolda ao propósito que inspirou a norma aplicável. Com isso, chama o autor atenção para a realidade das relações humanas, que é muito mais rica do que qualquer previsão legislativa.

Em tal situação, deve o juiz guiar-se por “critérios de validade material”, isto é, aferir o *conteúdo* da norma, o que exige que se *anticipem mentalmente os efeitos* que se produziriam com a aplicação da norma, e se tais efeitos não encontram concordância com o propósito da norma, então esta norma não é pertinente ao caso. Insiste o autor que o juiz não se põe acima da lei, mas simplesmente deve predominar o *âmbito material de validade* da norma de acordo com o sentido da lei. Como adverte, “[...] o sentido das palavras da lei atualiza-se não só no ‘contexto das frases’, mas também e sobretudo no ‘contexto da situação real a que a frase refere-se’ [...]”.³⁷ É o que denomina *interpretação não por antecedentes, mas, sim, pela valoração dos efeitos*, isto é, não de uma suposta valoração do juiz, mas de uma valoração dos efeitos conforme o fim da lei em pauta – o que representa, em última análise, um dos imperativos da *prudência*, o que inclusive inspirou os romanos a chamarem de *jurisprudentes* aos jurisconsultos.

³⁶ *Introducción al estudio del derecho*, p. 217 e ss.

³⁷ *Introducción al estudio del derecho*, p. 238.

A ênfase dada pela *lógica do razoável* à finalidade (propósito) da lei é constante. Como acentua o seu autor, “[...] a linguagem não consiste em uma série de palavras, mas sim em uma série de sentidos expressados simbolicamente [...]”.³⁸ A ótica desta doutrina centra-se sob a noção de equidade que não é medida excepcional, mas é um dos recursos práticos mais importantes, e a que o autor prefere denominar *lógica do razoável* para enfatizar a sua aplicação aos problemas práticos do ser humano. A equidade, então, é o método – e não um método – para a individualização da norma geral ao caso concreto, é o único método para a solução satisfatória da situação em análise, assim se entendendo – como situação satisfatória – sob um ponto de vista estimativo, de valoração do conteúdo das normas, do que o ordenamento jurídico elegeu e considera como sentido de justiça.

Em síntese ao seu pensamento, a *lógica do razoável* pode ser resumida sob as seguintes características: a) está condicionada pelo mundo que opera, isto é, pelo direito e de acordo com a realidade social e histórica que o influencia e para a qual atua; b) está impregnada de valores, critérios axiológicos – o que é o principal fator que a diferencia da *lógica racional* (denominação dada pelo autor à lógica formal); c) estas valorações são concretas: referem-se a uma situação humana real; d) as valorações são a base para a determinação das finalidades (ou objetivos) das normas; e) a formulação das finalidades apoia-se nas valorações e condiciona-se pelas possibilidades da realidade humana concreta; f) por consequência, a lógica do razoável é regida em *razões de congruência* ou *adequação*: entre a realidade social e os valores, entre os valores e os fins, entre os fins e a realidade social concreta, entre os fins e os meios, entre os fins e os meios quanto à correção ética destes meios, e entre os fins e os meios quanto à eficácia destes meios; g) por último, orienta-se a lógica do razoável pelas experiências históricas (social) e da vida humana (individual), o passado e o presente.

Nota-se, inexoravelmente, a importância da *argumentação* para a construção do pensamento jurídico. A importância da *argumentação* se reproduz na doutrina de Manuel Atienza ao acolher a ideia de que há três campos em que ocorrem as *argumentações jurídicas*: na produção ou estabelecimento de normas jurídicas (fase legislativa), na aplicação de normas jurídicas (juízes, órgãos administrativos e simples particulares) e na dogmática jurídica (que se ocupa de casos abstratos, como os limites entre o direito à vida e o direito à liberdade pessoal e qual deles deve

³⁸ *Introducción al estudio del derecho*, p. 240.

prevalecer etc.).³⁹ Com muita propriedade, Atienza assevera que dizer que o juiz adotou tal decisão por sua crença religiosa é dar uma *razão explicativa*, mas dizer que adotou certa interpretação para tal artigo é uma *razão justificadora*, e o que os órgãos judiciais precisam não é dar explicações de suas decisões, mas justificá-las, e é a *teoria do padrão da argumentação jurídica* que cuida da justificação dos argumentos, tanto com pretensões descritivas quanto prescritivas. A lógica dedutiva, encarada por Atienza, apenas oferece critérios *formais* de correção.

Finalmente, ainda em rebate às doutrinas da interpretação jurídica como operações meramente descritivas, encontramos a *nova retórica* de Chaïm Perelman para quem a busca da justiça, da aceitabilidade social da decisão, conduz a conciliar estas finalidades às técnicas do raciocínio jurídico, o que denota a “[...] insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão”⁴⁰ – assim, para Perelman⁴¹ o raciocínio jurídico deixa de ser uma simples dedução silogística cuja conclusão impõe-se mesmo que não se paute por qualquer razoabilidade. A tarefa do juiz é encontrar uma solução que considere, ao mesmo tempo, o valor da solução e a sua conformidade com o direito. Portanto, a interpretação da lei deve considerar se a solução concreta a ser acolhida é mesmo aceitável.

Nas palavras do próprio jurista:

Toda a problemática do raciocínio jurídico, especialmente judicial, esforçar-se-á, portanto, para elaborar uma dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível. É nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio jurídico aos princípios gerais do direito e à tópica jurídica.⁴²

A evolução da *retórica* é explanada por Chaïm Perelman. Elaborada em épocas remotas, séculos antes de Cristo, dedicaram-se ao seu estudo, entre outros, Aristóteles, Cícero e Quintiliano. A retórica representou o coroamento da educação greco-romana, mas posteriormente

³⁹ *As razões do direito*, p. 18-19.

⁴⁰ *Lógica jurídica*, p. 13.

⁴¹ *Lógica jurídica*, p. 114-115.

⁴² *Lógica jurídica*, p. 117.

se degenerou, ao longo do século XVI, quando então foi diminuída como o estudo das figuras de estilo, chegando mesmo a desaparecer, pouco depois, dos programas de ensino. Segundo Olivier Reboul,⁴³ acredita-se que a retórica surgiu na Sicília grega nos idos de 465 a.C., e sua origem foi “judiciária”, pois numa época em que não havia advogados os cidadãos que reclamavam seus direitos recorriam a uma coletânea de “preceitos práticos”, que apresentavam exemplos de discursos para recorrer-se à Justiça. Daí que o sentido corrente que passou a ter a palavra *retórica* foi mesmo em tom pejorativo, como observa Reboul.⁴⁴

A retórica era concebida por Aristóteles como a arte de procurar, em qualquer situação, os meios disponíveis de persuasão – mas, para Perelman, o objeto da retórica é o estudo das técnicas discursivas que visam provocar ou aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento; a retórica objetiva persuadir por meio do discurso, o que pode ter intensidades variáveis uma vez que não se versa sobre verdades, mas valores, isto é, o que distingue a retórica da lógica formal e demais ciências positivas é que a retórica “[...] diz respeito mais à adesão do que à verdade”.⁴⁵

Por este prisma, há mesmo, como anota o autor, marcante distinção entre o discurso sobre o real e o discurso sobre os valores, pois o que se opõe ao verdadeiro é o falso, e assim o é para todo mundo, sem qualquer possibilidade de “escolha”, mas o que se opõe a um valor é outro valor, e os valores sujeitam-se a hierarquias diferentes, por pessoas diversas ou até mesmo por uma mesma pessoa a depender do momento no curso de sua vida.

Chaïm Perelman⁴⁶ propõe a *nova retórica* como “[...] o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a intensificar a adesão de certo auditório às teses apresentadas”. Pois o direito deve atender a uma dupla exigência: “[...] uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável”⁴⁷ – destarte, a lógica judiciária centra-se não na ideia de verdade, mas na de adesão do auditório.

Entende-se que Perelman não refuta a possibilidade de que o raciocínio judiciário seja apresentado sob a forma de um silogismo, mas o que ele quer esclarecer é que tal forma não garante, em absoluto, o

⁴³ *Introdução à retórica*, p. 2 e ss.

⁴⁴ *Introdução à retórica*, p. 13 da introdução.

⁴⁵ *Lógica jurídica*, p. 143.

⁴⁶ *Lógica jurídica*, p. 154.

⁴⁷ *Lógica jurídica*, p. 238.

valor da conclusão. Se a conclusão é “socialmente inaceitável” significa, para Perelman, que as premissas foram aceitas levemente.

Se o papel da lógica formal é o de “[...] tornar a conclusão solidária com as premissas [...]”, o papel da lógica jurídica, por sua vez, é o de “[...] demonstrar a aceitabilidade das premissas”, o que é o resultado da confrontação das provas, argumentos e valores que se apresentam no conflito concreto e que devem ser equacionados pelo julgador ao definir a sua decisão e motivar o seu julgamento – a *lógica jurídica* é então bem distinta da lógica formal, pois a lógica jurídica é *argumentação*.

Com essa vasta e consistente teorização, propõe Perelman a *lógica do preferível*, é dizer, o uso da *retórica* como técnica de persuasão na qual o objeto não é verdadeiro, mas opinável.

A preocupação da retórica não é a verdade, mas a *adesão do auditório* ao qual o orador dirige-se, o que faz por perceber que uma das distinções entre a retórica e a lógica formal é que para a primeira a opinião que o auditório tem do orador é sem dúvida fundamental, pois contribui para a adesão ao seu discurso. Já na lógica formal a argumentação é *coerciva* porque se desenvolve sob um sistema de deduções unívocas e invariáveis.

Por isso, a noção de contradição, da lógica, deve ser substituída, em retórica, por incompatibilidade.

A lógica dedica-se à *demonstração*, e a argumentação à *adesão* à tese apresentada, logo, a argumentação desenvolve-se conforme o auditório porque a este o orador deve adaptar-se.

Para encerrar, e da melhor maneira para compreender - nas palavras do próprio Perelman:

As razões que fundamentam as nossas decisões consistem, o mais das vezes, em opiniões que consideramos as mais prováveis, sendo, aliás, a probabilidade nessa matéria raramente suscetível de determinação quantitativa. Tais opiniões são elaboradas graças a raciocínios que não se prendem nem à evidência nem a uma lógica analítica, mas a presunções cujo exame depende de uma teoria da argumentação.⁴⁸

⁴⁸ *Lógica jurídica*, p. 356-357.

Referências bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito - introdução e teoria geral - uma perspectiva luso-brasileira*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito - teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação - a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1970.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

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

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

O Código Civil de 1916 e sua convivência com a Constituição de 1988

*Pedro Siqueira De Pretto*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*Renato Siqueira De Pretto*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Os valores da nova ordem constitucional instaurada pela Constituição da República de 1988. 2. A interpretação do Código Civil de 1916 à luz da Constituição Federal de 1988. 3. Visão dos Tribunais acerca do Código Civil de 1916 em virtude da Constituição de 1988. Conclusões.

Palavras-chave: Código Civil de 1916. Recepção. Constituição da República de 1988. Direito civil-constitucional.

Introdução

O Direito Civil, no cenário da ordem jurídica ocidental, sempre se exprimiu como um dos ramos nucleares da sociedade. De fato, dele, de forma usual, são extraídos os principais mandamentos de convivência social, a ponto de regular a proteção do homem desde sua concepção até questões relacionadas à sua morte.

Nesse panorama, procuraremos registrar a contextualização do significativo Código Civil de 1916, passado um século de sua edição, perante a promulgação da Constituição de 1988, na visão de nossos

¹ Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Juiz de Direito no Estado de São Paulo, Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura (EPM) - Núcleo Regional de Araçatuba.

² Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE/Bauru. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Professor Universitário (PUCCAMP), Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Público da Escola Paulista da Magistratura (EPM) em Campinas e Professor de Direito Tributário do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS).

Tribunais Superiores. A propósito, uma novação de seu sentido urgia diante da evidente transmutação social, uma vez que o Código foi concebido num país agrário e em período de plena disparidade entre homem e mulher, entre cônjuges e entre filhos.

1. Os valores da nova ordem constitucional instaurada pela Constituição da República de 1988

A princípio, insofismável se registrar o expressivo legado deixado pelo Código Civil de 1916.

De fato, após uma primeira regulamentação do Direito Civil no Brasil Colônia e Império pelas Ordenações Manuelinas, Filipinas e Afonsinas e, sob a regência de Teixeira de Freitas, com um esboço de Consolidação das Leis Cíveis, eis que desponta o Código Civil de 1916, por meio da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, com seus 1.807 artigos engendrados sobretudo por Clóvis Bevilacqua e as controvérsias no que tange à linguagem com Ruy Barbosa, até ser superado pelo Código Civil de 2002, resultado da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, cujo anteprojeto teve comissão presidida por Miguel Reale, dele se originando 2.046 artigos.³

A despeito de sua revogação, o Código Civil de 1916, editado sob a vigência da Constituição de 1891, teve épica subsistência em nosso ordenamento jurídico, mantendo-se mesmo depois da positivação das Constituições Brasileiras de 1934, de 1937, de 1946, de 1967, de 1969 (Emenda Constitucional no 1/69) e de 1988.

De modo mais moderno, impôs-se sua releitura sob o foco das diretrizes e dos valores incorporados no ordenamento jurídico a partir da nova ordem constitucional de 1988. Com efeito, para se certificar da validade de determinada norma, bem como de seu alcance, é imprescindível que se realize uma verificação de sua compatibilidade com a norma superior da pirâmide legislativa.

E a atual Constituição, a partir de um movimento denominado neoconstitucionalismo – ou constitucionalismo contemporâneo – alça a dignidade da pessoa humana a um papel fundamental. As demais regras e princípios apenas possuirão legitimidade na hipótese de com ela

³ Acerca da discussões de um novo Código Civil, destacou Miguel Reale (1986, p. 4): “Uma lei tem certa elasticidade, que permite relativa adequação aos novos fatos e aos novos valores. Mas, chegado um certo momento, impõe-se a substituição da regra, para que não se gere o artifício de substituí-la ou de neutralizar-lhe os efeitos mediante uma interpretação cerebrina, flagrante conflito com o texto”.

não entrar em choque. Os atos normativos que são editados contra ela, ainda que exarados do Poder Legislativo, não possuem a legitimidade necessária para serem cumpridos.

Essa já era uma linha de pensamento que há anos vinha sendo reconhecida na esfera internacional. Nos termos do preâmbulo da Carta das Nações Unidas, de 1945:

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e [...].

Na mesma senda, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969), que foi objeto de internacionalização no Brasil pelo Decreto nº 678/92:

Artigo 5º. Direito à integridade pessoal

[...] 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

[...] **Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade**
1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. (grifo não existente no original)

O arrimo na dignidade da pessoa humana representou resistência à então compreensão da legalidade pura e simples, meramente formal. Os comportamentos humanos, para que sejam reputados válidos, não devem ter seu único espedaço na lei. É indispensável, também, que retirem sua validade da dignidade da pessoa humana, fundamento do

Estado Democrático Brasileiro, conforme se infere do artigo 1º, inciso III, da Lei Maior⁴.

É o aludido valor, destarte, que deve ser utilizado para a interpretação e análise da harmonia entre a Constituição e uma lei ou conduta. Tendo em vista que ocupa um significado entre o Direito e a Moral, ambas as ciências deixam de ter uma separação rígida, de modo a uma se imiscuir na outra.

Vigora um plexo de diretrizes, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas que veiculam mandamentos destinados ao Estado e às pessoas, permitindo uma maior margem de atuação e interpretação pelos estudiosos da seara jurídica. Aliás, entende-se que é possível a coexistência de princípios aparentemente contraditórios, de modo que apenas com a ponderação e a resolução do caso em si será possível se chegar à resposta adequada.

Os princípios, com a Constituição de 1988, obtêm normatividade, assim como ocorre em relação às regras. Representam vetores de interpretação, informação e integração do ordenamento jurídico. Na lição de Walter Claudius Rothenburg (1996, p. 202):

Se os princípios (constitucionais) têm sua peculiaridade, distinguindo-se por sua **natureza** (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos, a distinção está em que constituem eles **expressão primeira dos valores fundamentais** expressos pela ordem jurídica, **informando sobretudo materialmente** as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio) – e nesse sentido são superiores a elas (daí por que se dizer que os princípios determinam integralmente qual há de ser a substância do ato pelo qual são executados: princípios como limite e conteúdo, enquanto as demais normas nunca chegam a determinar completamente as que lhe são inferiores).

Por ser dotada dos valores reputados como básicos aos sistemas jurídicos, a Constituição, então, passa ao centro do ordenamento.

⁴ Comenta Anderson Schreiber (2013, p. 8): “Mais importante que a conceituação é a compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico: proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa ‘sempre como um fim e nunca como um meio’”. Nesse sentido é que se revela “contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”.

Todos os demais ramos do Direito devem ser aquilatados à Luz do Texto Supremo. As normas do Direito Civil, especialmente do Código de 1916, com a promulgação da Constituição de 1988, apenas continuariam produzindo seus efeitos se em congruência com a Lei Maior, tipificando-se a transmutação da “Era dos Códigos” para a “Era das Constituições”.

Em grande parte, isso se deveu aos eventos perpetrados na 2ª Grande Guerra Mundial. Os oficiais nazistas valiam-se, na fundamentação de suas teses defensivas, de que teriam agido de acordo com o direito positivo germânico, de tal sorte que somente estariam cumprindo o ordenamento e, portanto, não lhes poderia ser aplicada qualquer punição. A ciência jurídica, nessa senda, não poderia se alicerçar simplesmente no argumento da legalidade. A juridicidade, em razão disso, deveria ser extraída de todos os valores contidos na Constituição. Depreende-se dos dizeres de George Marmelstein (2008, p. 11-13):

Foi diante desse “desencantamento” em torno da teoria pura que os juristas desenvolveram uma nova corrente jusfilosófica que está sendo chamada de pós-positivismo, que poderia muito bem ser chamado de positivismo ético, já que o seu propósito principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Percebeu-se que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei. A mesma tinta utilizada para escrever uma Declaração de Direitos pode ser utilizada para escrever as leis do nazismo. O papel aceita tudo, como bem disse Luís Roberto Barroso. Logo, o legislador, mesmo representando uma suposta vontade da maioria, pode ser tão opressor quanto o pior dos tiranos.

Por isso, a mera disposição da lei não é suficiente para conferir juridicidade à conduta, sendo imprescindível que ela esteja amparada por todos os valores e princípios extraídos da Constituição.

Ademais, até então, os direitos fundamentais eram tomados com uma eficácia puramente vertical, vale dizer, representariam benesse que poderiam ser invocadas tão só pelo cidadão em relação ao Estado, com o único escopo de limitar o poder deste e fazer com que a Administração cumprisse e atingisse sua finalidade. Com as ideias extraídas do neoconstitucionalismo, passa-se à análise sob um enfoque horizontal, isto é, os direitos fundamentais devem ser obedecidos – e, consequen-

temente, podem ser invocados – nas relações privadas, entre particulares, sem que o Estado ocupe uma posição imediata nessa vinculação. Como exorta Alexandre de Moraes (p. 90, 2015): “O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos (relação horizontal) e ao próprio Estado (relação vertical)”. Exemplo dessa vertente é a tutela do Direito do Consumidor (artigo 5º, inciso XXXII), em que, na maioria das hipóteses, há a presença de dois particulares na relação jurídica, um deles hipossuficiente.

A Constituição é, de fato, dirigida a todos – Estado e cidadãos. A estes também cumpre promover os objetivos da República, não podendo envidar esforços contrários à construção de uma sociedade livre, justa, solidária, viabilizando uma conduta apta à redução das desigualdades e sem preconceitos (artigo 3º, incisos, CF/88).

O Direito Civil, por conseguinte, teve de se submeter à obediência da Constituição, valendo se destacar, a título de exemplo, a observância dos princípios da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades, do respeito aos valores éticos e da paternidade responsável.

Com essa transformação, o Direito não mais justifica a si mesmo. A norma demanda uma legitimidade diversa. No escólio de Daniel Sarmiento (2011, p. 80):

Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias de argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade

jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas.

Desse modo, e conforme será visto, todos esses direitos fundamentais, valores, opções políticas e diretrizes que são ínsitas à Constituição da República de 1988 alteraram o modo de compreensão do Direito Civil.

2. A interpretação do Código Civil de 1916 à luz da Constituição Federal de 1988

Todo o fluxo de ideias visto no capítulo anterior contribuiu para uma alteração da interpretação do sistema normativo até então existente, entre eles do Direito Civil. Realmente, a partir da nova Constituição, engendrada sob o pilar de um Estado Democrático, fez com que se pensasse na maneira que ocorreria a recepção⁵ da legislação vigente. Impôs-se, assim, ao intérprete a execução da filtragem constitucional, que, segundo Paulo Ricardo Schier (1999, p. 104), é “a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva material e formal, e assim os seus procedimentos e valores devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento da aplicação do direito, uma releitura e atualização de suas normas”. No ponto, diversos institutos civilistas, registrados no Código de 1916, demandaram uma releitura sob a lente da Constituição de 1988. No escólio de Luiz Edson Fachin (2015, p. 49):

São nas dissonâncias que o Direito Civil, de modo especial se reabre como possibilidade para os contratos, as propriedades e as famílias, ainda que (necessariamente) dentro de seus limites. Da autonomia privada à liberdade substancial, das titularidades exclusivas aos deveres extraproprietários, dos modelos excludentes ao valor jurídico da afetividade, são exemplos dessa passagem da estrutura para a função, e bem assim dos princípios gerais do Direito para os princípios constitucionais como normas vinculantes.

⁵ Explica Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 265): “Será recepcionado quando em conformidade material com a nova Constituição, recebendo dela o seu novo fundamento de validade. Assim, o princípio da recepção é o fenômeno pelo qual a Constituição nova recebe a ordem normativa infraconstitucional anterior, surgida sob a égide das Constituições precedentes, se com ela tais normas forem substancialmente compatíveis, ainda que formalmente não o sejam. Essa recepção fará com que as normas compatíveis com a nova ordem constitucional sejam incorporadas ao novo parâmetro constitucional, com as necessárias adequações de ordem formal”.

Como alhures indicado, até o advento da Constituição de 1988, o Direito Civil era a codificação que se encontrava no centro do ordenamento jurídico. Era a norma vista como ápice nas relações privadas, ocupando posição medular. As demais leis existentes eram elaboradas tendo o Código Civil como parâmetro e este era invocado para alcançar a interpretação correta de determinado preceptivo.

A Constituição Federal de 1988, todavia, alterou esse panorama. Ela se apoderou do eixo de toda a legislação elaborada no país. O Código Civil começou a ser observado à luz da Lei Maior, gerando o chamado direito civil constitucional:

Não mais se pode reconhecer ao Código Civil o valor de direito comum. É tempo de se reconhecer que a posição ocupada pelos princípios gerais de direito passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente, pelos direitos fundamentais.

Ressalto, especialmente, os estudos de Perlingieri, ao afirmar que o Código Civil perdeu a centralidade de outrora e que “o papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.

Tal proposta consolidou em nossa doutrina um direito civil constitucional reconhecido definitivamente nos meios acadêmicos e pelos Tribunais.

Na hermenêutica do Código Civil destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira “constitucionalização” do direito privado.

Cabe, portanto, ao intérprete evidenciar a subordinação da norma de direito positivo a um conjunto de disposições com maior grau de generalização, isto é, a princípios e valores dos quais não

⁶ É bem verdade que a referida súmula foi editada na vigência do Código Civil de 2002. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça proferia decisões na mesma linha quando ainda vigente o Código Civil de 1916, conforme se observa, por exemplo, nos seguintes julgamentos: REsp 57606/MG, Relator Ministro Fontes de Alencar, julgado em 11/04/1995; REsp 253854/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 21/09/2000.

pode ou não deve mais ser dissociada. (PEREIRA, 2011, p. 18-19).

Pela atual compreensão, é possível extrair mandamentos diretos da Constituição, permitindo a resolução de questões a partir de seu próprio texto, sem a exata incidência de um dispositivo infraconstitucional, ou seja, não é mais mera norma indicativa, sem efetividade ou eficácia prática. Nesse vértice, aliás, foi editado o enunciado sumular nº 364 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”⁶. O escopo foi tutelar um direito fundamental da pessoa humana, qual seja, o direito à moradia, consoante o artigo 6º da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº 26/2000, sem se olvidar do conceito mais amplo de família, fomentado pela nova Lei Fundamental.

Destarte, é possível verificar que o novo sistema constitucional procedeu a profundas modificações nos conceitos arraigados no Direito Civil. Essas mudanças levaram ao que a doutrina denominou despatrimonialização ou personalização do Direito Civil, uma vez que o centro dessa seara deixou de ser o patrimônio da pessoa, passando a abrigar a própria pessoa – corolário do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Esta, então, é que passa a ser o foco principal da tutela jurídica e não mais a sua propriedade. Nas palavras de Flávio Tartuce (2016, p. 1019):

É correto afirmar, na verdade, que essa divisão entre direito patrimonial e direito existencial atinge todo o Direito Privado. Tal organização ainda remete à tendência de personalização do Direito Civil, ao lado da sua despatrimonialização, uma vez que a pessoa é tratada antes do patrimônio. Perde o patrimônio o papel de ator principal e se torna mero coadjuvante.

[...] Prevê o art. 1º, III, da CF/1988, que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se do que se denomina princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falar em personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado.

Deveras, a coisa e seu respectivo valor deixam de ser o principal núcleo do direito. As condutas humanas não são aferidas apenas em si próprias, pelo exclusivo deleite de quem as pratica, sem considerar as demais pessoas que possam por elas ser atingidas. Devem, isto, sim, ser regidas pela sociabilidade, exatamente como dispõe o artigo 3º da Constituição ao tratar dos objetivos fundamentais da República brasileira.

Na cadeia dessas alterações do Direito Civil, no campo dos negócios jurídicos, o contrato passou a exigir uma função social. Ele não deve ser elaborado para atender única e especificamente a vontade dos contratantes, de modo que se suprimam aqueles que podem ser por eles atingidos. Não é mais simples conceber um interesse público e um interesse privado; há uma imbricação entre ambos. O contrato, desse modo, não deve ser firmado com o exclusivo escopo de atender o anseio dos contratantes, mas, também, com o fito de uma melhoria social, caminhando ao encontro de não macular os interesses da coletividade, tutelando-se seus reflexos ambientais, trabalhistas, morais etc.

Nesse descortino, legislações civilistas foram editadas para administrar diversas espécies contratuais e de pessoas, dentre elas o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Discorrem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 89):

Por incrível que possa parecer, a nossa legislação contratual – e civil em geral – somente se aperfeiçoou, alinhando-se aos sistemas mais avançados do mundo ocidental, após a entrada em vigor da atual Constituição Republicana. Com ela, valores de elevação da pessoa humana, além de princípios norteadores de um planejamento econômico sustentado, fariam com que a nossa legislação ordinária, sob muitos aspectos obsoleta, viesse a ser repensada e reconstruída.

Comprovando esse fato, veja o nosso amigo leitor quantas leis - reputadas avançadas - foram editadas após a Magna Carta de 1988: o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente Lei n. 8.069/90), as Leis de Proteção à Ordem Econômica (Leis n. 8.137/90, 8.176/91 e 8.884/94, entre outras), a Lei Punitiva de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/98), a Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), a Lei do Bem de Família (Lei n. 8.009/90) etc.

Tudo isso a demonstrar a veracidade do que dissemos: a abertura do nosso horizonte ideológico na perspectiva civil deu-se, efetivamente, após a Constituição de 1988.

Além disso, como referido, os direitos fundamentais, analisados na vertente da eficácia horizontal, passaram a ter um enfoque nas próprias relações privadas, em que não há participação direta do Estado.

Há, em decorrência, uma mitigação do princípio do “*pacta sunt servanda*”. Não é possível a estipulação de quaisquer cláusulas em uma avença, de modo que um dos contratos assuma posição de severo prejuízo. Assim é que o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor estabelece determinadas cláusulas como nulas de pleno direito.

Esse posicionamento, a propósito, é corolário do princípio da isonomia material, mandamento que se extrai da Constituição da República em diversos preceptivos, conforme se verifica, v.g., dos artigos 3º, inciso III, 4º, inciso V, 5º, *caput* e inciso I. Por meio desse ângulo da isonomia, busca-se promover a igualdade no plano fático, tonificando a parte hipossuficiente para que concorra com as mesmas condições que o outro contratante.

A propriedade, na mesma ideologia, também sofreu uma mutação em seu conceito. Ser proprietário de determinado bem não significa utilizá-lo somente para a satisfação própria. Da mesma maneira que os contratos, o direito patrimonial de que se vale a pessoa deve atingir determinada finalidade, cumprindo uma função social.

Ainda que a Lei Maior garanta, no caput do artigo 5º, o direito à propriedade, o texto merece uma interpretação em conjunto com seus demais dispositivos. Com efeito, o inciso XXIII do aludido preceptivo reza que a propriedade deverá atender sua função social. Idêntica inteligência é extraída ao se analisarem os princípios gerais da atividade econômica (artigo 170, inciso III, da Constituição). Especificamente, o artigo 182, § 2º, da *Lex Legum* exige o cumprimento da função social da propriedade urbana, aludindo que haverá essa fidelidade na hipótese de atendimento “às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Embora posterior ao Código Civil de 1916, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) contém igual demanda, complementando que deve ser assegurado o “atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”. O indicado diploma normativo, em seu artigo 5º, requisita, de igual forma, a devida utilização do imóvel, sob as penas de

parcelamento, edificação ou utilização compulsórios em relação ao solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. Em caso de descumprimento dessas medidas, o artigo 7º prescreve que o IPTU será progressivo no tempo e, enfim, o artigo 8º permite a desapropriação do bem com pagamento em títulos da dívida pública.

E mesmo a propriedade rural – tão relevante à normatização instituída pelo Código Civil de 1916, uma vez que a população, à época, era, em sua grande maioria, agrária – teve ordenação de sua função social pela Constituição de 1988. De modo particular, o artigo 186 desta fixou que tal função será cumprida com: i) aproveitamento racional e adequado; ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; iii) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; iv) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Outrossim, o caput do artigo 184 da Lei Fundamental consagrou que o descumprimento a essas diretrizes poderá ensejar a desapropriação, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária – o que não acontecerá com a propriedade produtiva (artigo 185, inciso II).

Sumaria a doutrina sobre essa transição das titularidades:

O conceito de propriedade como direito de usar, fruir, dispor e reivindicar já não serve mais. Primeiro, por ser excludente. Enfoca-se apenas a pessoa do titular, excluindo-se a coletividade, o outro. Segundo, por trazer em si a ideia de algo absoluto, intocável. Na verdade, o conceito de propriedade não precisa e não deve abandonar a ideia de situação ou de relação jurídica, sob pena de se desumanizar. Historicamente, o abandono da ideia de pessoa, sujeito de direitos, titular de relações jurídicas, só levou à arbitrariedade e a regimes ditatoriais. Propriedade passa a ser, pois, situação jurídica, consistente em relação entre o titular e a coletividade (não titulares), da qual nascem para aquele direitos (usar, fruir, dispor e reivindicar) e deveres (baseados na função social da propriedade). Para a coletividade também surgem direitos, que se fundamentam, em sua maioria, na função social da propriedade, e deveres relativos aos direitos do titular. Em outras palavras, os não titulares devem respeitar os direitos do titular.

A função social da propriedade seria, como se pode perceber, elemento externo ao conceito,

fundamento dos deveres do titular e dos direitos da coletividade, ou seja, fundamento das restrições à propriedade. (FIUZA, 2015, p. 60-61).

Esse é o programa da Constituição: infirmar o caráter individualista dos direitos e fortalecer seu viés social. As condutas humanas não podem refletir a vontade exclusiva de uma pessoa, uma vez que, em muitas oportunidades, toda a coletividade poderá ser atingida em razão de sua prática.

Passo seguinte, a nova ideologia constitucional repercutiu similarmente na área do direito de família e sucessões.

O Código Civil de 1916, notadamente na área do direito de família, estipulava diversas diferenças entre homem e mulher. De proêmio, observa-se que a apontada legislação continha a expressão “pátrio poder”, indicando que era o marido quem exercia os comandos da sociedade conjugal.

O artigo 233 do código revogado era claro ao mencionar que o “marido é o chefe da sociedade conjugal”. A ele cabia a representação legal da família, a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher. O artigo 380 aludia que, no casamento, “exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”. É certo que sobreveio a Lei nº 4.121/62, que alterou essa disposição, mas manteve ao marido o exercício do pátrio poder, com a colaboração da mulher. O parágrafo único, em complementação, rezava que, nas divergências, prevaleceria a decisão do pai - ressalvado o direito da mãe de recorrer ao juiz para solução do dissentimento. Eram diversas as disposições no sentido de que o homem era o chefe da relação, não havendo verdadeira igualdade entre os cônjuges para a consecução das questões no casamento.⁷

Esses preceptivos, contudo, a partir de 5 de outubro de 1988, passaram a ser lidos em consonância com a Constituição que, em seu artigo 5º, *caput* e inciso I, assegurou a igualdade entre todos, homens e mulheres, em direitos e obrigações. As diferenças existentes resumem-se àquelas já inseridas no Texto Constitucional. E na questão ora analisada, o artigo 226, § 5º, da Constituição precisou que os “direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁷ A título de exemplificação, o teor do artigo 9º, § 1º, inciso I, do Código Civil de 1916, que tratava da emancipação: “§ 1º Cessará, para os menores, a incapacidade: I - Por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos”.

Portanto, como regra, não mais prevalecem quaisquer distinções deste jaez, seja na área da família, seja em outros aspectos inerentes à vida social. Realmente, as distinções – que não aquelas previstas na própria Constituição – não mais se justificam. A igualdade deve prevalecer, conferindo-se aos cônjuges os mesmos direitos e deveres, sem discrepâncias.⁸

Não se deve olvidar que a Constituição assegurou, além disso, o reconhecimento de diversos tipos de família, entre elas a decorrente do casamento, da união estável e da relação de adoção.⁹

O estatuto civilista de 1916 não garantia ampla igualdade em relação aos filhos. Estabelecia distinções entre filhos legítimos, havidos na constância da sociedade conjugal, dos filhos oriundos de relações extraconjugais e dos adotivos. Nessa trilha, os artigos 332, 337 e 347, os quais estatuíam que o parentesco era legítimo quando provinha do casamento. Vale asseverar que tais disposições foram revogadas explicitamente pela Lei nº 8.560/92, que tratou da investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, ou seja, após o advento da Constituição de 1988. E não poderia ser diferente, porque a novel lei veio ao encontro do artigo 227, § 6º, da Constituição, segundo o qual os “filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Embora não revogadas até a vigência do Código Civil de 2002, havia outras normas do Código de 1916 que ainda estabeleciam discriminações, segundo se infere, a título de exemplo, dos artigos 379, 383, 1.065. O artigo 377 conferia guarida aos filhos “legítimos”, já que, em prol destes, excluía da sucessão hereditária os filhos provenientes da relação de adoção.

Logo, todas essas regras que estipulavam cisões entre filhos não foram recepcionadas pela nova ordem instaurada em 1988, uma vez que em frontal desacordo com seus dizeres. Extraí-se do magistério de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 228-229):

⁸ Na lição de Paulo Nader (2016, p. 305): “Resultado desta evolução jurídica é o novo formato do casamento, que estabelece a entidade familiar fundada na igualdade jurídica entre os cônjuges, onde a gestão dos interesses deve resultar do consenso e não da vontade unilateral do varão. A ascensão obtida pela mulher foi induzida, em grande parte, pelo seu esforço, por sua afirmação na sociedade, ao deixar de ser apenas a rainha do lar, a responsável pela administração doméstica, para se engajar em diferentes campos de trabalho”.

⁹ Conforme observa Sílvio de Salvo Venosa (2013, p. 16): “A Constituição de 1988 consagra a proteção à família no art. 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva. De há muito, o país sentia necessidade de reconhecimento da célula familiar independentemente da existência de matrimônio”.

Com o influxo da isonomia constitucional, não mais se tolera qualquer desnível de tratamento jurídico sucessório entre os filhos, independentemente de sua origem. Filho, enfim, se tornou substantivo que não comporta adjetivo: filho é filho e só, seja qual for a sua origem.

Biológico, adotivo, socioafetivo, decorrente de concepção sexual ou medicamente assistida, o descendente não pode sofrer qualquer tipo de discriminação em relação ao direito hereditário.

[...] Assim, com a *Lex Legum*, proibiu-se toda e qualquer discriminação entre os filhos por sua origem e designações distintas. É o princípio da isonomia filial que sepulta, definitivamente, a classificação dos filhos em legítimos e ilegítimos e eventuais tratamentos distintos.

A incidência da isonomia entre os filhos produzirá efeitos no plano patrimonial e no campo existencial. Com isso, pondo fim às discriminações impostas aos filhos adotivos, a igualdade assegura que um filho tenha o mesmo direito hereditário do outro. Ou seja, não há mais a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem (se biológica ou afetiva). Outrossim, sequer são admitidas qualificações indevidas dos filhos, não mais sendo possível juridicamente atribuir a um filho a designação de adúltero ou incestuoso.

Toda essa linha de pensamento pode ser visualizada no Código Civil de 2002, malgrado o início de sua elaboração tenha precedido a atual Constituição, mas desta tendo recebido inegável irradiação.

Em pontos gerais, o novo Código teceu ponderações a respeito da função social dos contratos e da propriedade, além da igualdade entre cônjuges e filhos (respectivamente, artigos 421¹⁰, 1.228, §§ 1º, 2º¹¹, 1.511¹² e 1.596¹³).

¹⁰ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

¹¹ “§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”

¹² “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

¹³ “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

A alteração rendeu encômios da doutrina. Como ponderou Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003):

O novo Código Civil merece o nosso aplauso, como disse, em muitos aspectos, entre os quais destaque principalmente estes, entre outros: a) o acolhimento de importante expressão jurisprudencial que se formou ao longo dos anos, pela voz de nossos tribunais, valorizando especialmente a socialização das relações privadas (pela expressa menção ao princípio da função social da propriedade e da função social do contrato); b) a inclusão do princípio da boa-fé nas negociações, bem como do princípio da onerosidade excessiva a justificar a resolução dos negócios; c) a valorização dos direitos da personalidade; d) a consagração do princípio da igualdade entre homem e mulher, especialmente nas relações familiares; e) a consagração da formação da família por outros modos originários além do casamento civil (como a união estável e a estrutura monoparental); f) a flexibilização das regras sobre regime patrimonial entre cônjuges, permitindo a alteração do regime de bens; g) a integração do cônjuge no rol dos herdeiros necessários, protegendo mais o sobrevivente, por ocasião do recebimento das heranças; h) a inserção de regras mais maleáveis e incentivadoras à elaboração de testamentos; i) a redução da faixa etária em prol da maioria civil; j) a renomeação do poder-dever dos pais sobre os filhos para “poder familiar”, exercido igualmente por qualquer dos pais; l) a redução do prazo para adquirir a propriedade de bens pela via do usucapião e a incorporação de regras constitucionais que admitem o usucapião fundado em razão ligada à funcionalidade social; m) a adoção de uma maior objetivação para a imputação da responsabilidade civil, em casos de danos sofridos, bem como a inclusão de autorização ao juiz para mensurar o valor da indenização com base na equidade.

Nota-se, evidentemente, que a Constituição da República de 1988 trouxe profundas alterações na legislação civilista. Diversos dispositivos do Código de 1916 ficaram, por meio da Lei Maior, revogados, uma vez

que contrários a seus princípios e normas. Outros institutos, por outro lado, percorreram uma releitura, de modo a guardar compatibilidade com a Lei Maior. E esse novo olhar sobre o Código Civil de 1916 retratou-se nas decisões de nossos tribunais, como veremos no capítulo imediato.

3. Visão dos tribunais acerca do Código Civil de 1916 em virtude da Constituição de 1988

Como mencionado nos capítulos anteriores, o Código Civil de 1916 passou por novo teste hermenêutico com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual se estribou no projeto de concretização de um Estado Democrático de Direito. Esse aspecto não ficou alheio aos tribunais, porquanto os princípios e valores da nova ordem constitucional repercutiram nas decisões das cortes brasileiras.

Antes mesmo do Código Civil de 2002, o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido no sentido de reconhecer as ideias atreladas à função social dos contratos.¹⁴ No julgado, a Corte enunciou a existência de princípios éticos e sociais a reger as relações contratuais. Assim, identificou o princípio da transparência, “segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico”. Evidentemente, é a autenticação do princípio da boa-fé, que gera efeitos no pacto ainda que não haja cláusulas expressas, e durante todo o período, incluindo as fases pré e pós-contratuais. Consignou, também, o mesmo Tribunal que as avenças devem respeitar a segurança jurídica, saúde e dignidade, valores insculpados no

¹⁴ DIREITO CIVIL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL VERSUS CLÁUSULAS DE REAJUSTE PELOS ÍNDICES APLICADOS À POUPANÇA LIVRE. 1 - “NOS CONTRATOS REGIDOS PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO HÁ DE SE RECONHECER A SUA VINCULAÇÃO, DE MODO ESPECIAL, ALÉM DOS GERAIS, AOS SEGUINTE PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS: A) O DA TRANSPARÊNCIA, SEGUNDO O QUAL A INFORMAÇÃO CLARA E CORRETA E A LEALDADE SOBRE AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS AJUSTADAS, DEVE IMPERAR NA FORMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO; B) O DE QUE AS REGRAS IMPOSTAS PELO SFH PARA A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS, ALÉM DE SEREM OBRIGATÓRIAS, DEVEM SER INTERPRETADAS COM O OBJETIVO EXPRESSO DE ATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES DO MUTUÁRIO, GARANTINDO-LHE O SEU DIREITO DE HABITAÇÃO, SEM AFETAR A SUA SEGURANÇA JURÍDICA, SAÚDE E DIGNIDADE; C) O DE QUE HÁ DE SER CONSIDERADA A VULNERABILIDADE DO MUTUÁRIO NÃO SÓ DECORRENTE DA SUA FRAGIBILIDADE FINANCEIRA, MAS, TAMBÉM, PELA ÂNSIA E NECESSIDADE DE ADQUIRIR A CASA PRÓPRIA E SE SUBMETER AO IMPÉRIO DA PARTE FINANCIADORA, ECONÔMICA E FINANCIERAMENTE MUITAS VEZES MAIS FORTE; D) O DE QUE OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA EQUIDADE DEVEM PREVALECER NA FORMAÇÃO DO CONTRATO. 2 - HÁ DE SER CONSIDERADA SEM EFICÁCIA E EFETIVIDADE CONTRATUAL QUE IMPLICA EM REAJUSTAR O SALDO DEVEDOR E AS PRESTAÇÕES MENSIS ASSUMIDAS PELO MUTUÁRIO, PELOS ÍNDICES APLICADOS ÀS CADERNETAS DE POUPANÇA, ADOTANDO-SE, CONSEQUENTEMENTE, A IMPERATIVIDADE E OBRIGATORIEDADE DO PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. 3 - RECURSO PROVIDO. (STJ - REsp 85521/PR, Relator Ministro José Delgado, julgado em 29/04/1996).

Texto Constitucional, bem como a vulnerabilidade de uma das partes, isto é, critério que busca aplicar os direitos fundamentais – mormente a isonomia – nas relações entre os particulares. Portanto, e conforme ressaltado, cabe ao Estado intervir a fim de recompor o equilíbrio originário do ajuste, tendo em vista que a autonomia privada deve se consubstanciar, no mais das vezes, na igualdade real dos contratantes. Explicitou que os contratos devem ser instrumentos cujos efeitos sejam “aceitos pela sociedade que contribuam para fixar uma solidariedade mais intensa entre os homens”, tendência em consonância com os objetivos da República (artigo 3º da Constituição).

Destarte, observa-se que, na área dos contratos, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão alinhada à Constituição da República de 1988, realizando a interpretação do Código de 1916 com base na ordem constitucional.

O mesmo tribunal também exortou a importância da função social da propriedade. Em recurso ordinário em mandado de segurança¹⁵, ponderou que o uso do solo urbano está submetido a determinados princípios vinculados à função social da propriedade, em prol do meio ambiente e do bem-estar comum da sociedade. Logo, a propriedade não é – e não pode ser – encarada sob o pálio exclusivo de seu proprietário. A propriedade não se esgota em si mesma. Ao proprietário é exigível se valer do bem de maneira adequada, em atenção à comunidade, e não somente no seu restrito interesse, viabilizando a edição de normas atinentes ao cumprimento de determinadas posturas para as edificações.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal também decidiu¹⁶, em 1999, que o proprietário não tem direito absoluto a terra que ocupa, ponderando que a própria edificação no solo é relativa, porque condicionada à

¹⁵ ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDIFICAÇÃO LITORÂNEA. MUNICÍPIO DE GUARATUBA. EMBARGO PELO ESTADO. LEGALIDADE. USO DO SOLO URBANO. INTERESSE DA COLETIVIDADE. LEI E DECRETO PARANAENSE 7.389/80 E 4.605/84. O uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem-estar comum da sociedade. Consoante preceito constitucional, a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer. A Lei 7.389/80 e o Decreto 4.605/84 do Estado do Paraná não foram revogados pelo art. 52 do ADCT Estadual, nem interferem na autonomia do Município de Guaratuba, devido à mencionada competência legislativa concorrente. Recurso ordinário conhecido, porém, improvido (STJ – RMS 8766/PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, julgado em 06/10/1998).

¹⁶ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. I. – O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: C.F., art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já

função social da propriedade. Assim, a expedição de leis municipais que regulam o direito de construir e o seu efetivo cumprimento possui por escopo a finalidade de atender o aludido princípio. A edificação, de fato, não repercute apenas no patrimônio do proprietário, mas vai além: pode reverberar em razões de segurança, saúde e todas as questões que envolvem o planejamento urbanístico de determinada localidade. Importante consignar que a respeito das análises das posturas administrativas dessa natureza, no mesmo julgado, sopesou o Ministro Relator Carlos Velloso que não cabe ao Judiciário tecer considerações sobre o mérito das posturas administrativas municipais, incumbindo-lhe a análise de razoabilidade da limitação administrativa, mormente com o objetivo de verificar se não ocasiona a perda do direito de propriedade, hipótese em que seria possível o arbitramento de indenização.¹⁷

O Superior Tribunal de Justiça, outrossim, já declarou que o direito privado de propriedade, pela novel Lei Maior, deve se sujeitar à disciplina e à exigência de sua função social, marcando uma “passagem do estado – proprietário para o estado – solidário, transportando-se do “monossistema” para o “polissistema” do uso do solo.¹⁸

Quanto ao direito de família, da mesma forma, sobrevieram decisões tendo por norte a Constituição de 1988.

Nesse descortino, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser possível o ingresso no feito da esposa/doadora como assistente litisconsorcial em posição contrária ao marido em demanda por este movida.¹⁹

existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. II. – Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, C.F. III. – Inocorrência de ofensa ao princípio isonômico, mesmo porque o seu exame, no caso, demandaria a comprovação de questões, o que não ocorreu. Ademais, o fato de ter sido construído no local um prédio em desacordo com a lei municipal não confere ao recorrente o direito de, também ele, infringir a citada lei. IV. – R.E. não conhecido. (STF – RE 178836/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 08/06/1999).

¹⁷ “[...] De outro lado, bem registrou o acórdão recorrido, não cabe ao Judiciário dizer que sobre o acerto ou o desacerto das conveniências municipais, em razão do bem comum. O que o Judiciário pode examinar é se a medida adotada na lei municipal é razoável, ou se, no caso de a limitação administrativa ocasionar a perda da propriedade, arbitrar indenização, em favor do prejudicado, num devido processo legal”.

¹⁸ “O DIREITO PRIVADO DE PROPRIEDADE, SEGUINDO-SE A DOGMÁTICA TRADICIONAL (CÓDIGO CIVIL, ARTS. 524 E 527), À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 5., XXII, C. F.), DENTRO DAS MODERNAS RELAÇÕES JURÍDICAS, POLÍTICAS, SOCIAIS E ECONÔMICAS, COM LIMITAÇÕES DE USO E GOZO, DEVE SER RECONHECIDO COM SUJEIÇÃO À DISCIPLINA E EXIGÊNCIA DA SUA FUNÇÃO SOCIAL (ART. 170, II E III, 182, 183, 185 E 186, C. F.). É A PASSAGEM DO ESTADO – PROPRIETÁRIO PARA O ESTADO – SOLIDÁRIO, TRANSPORTANDO-SE DO “MONOSSISTEMA” PARA O “POLISSISTEMA” DO USO DO SOLO (ARTS. 5., XXIV, 22 II, 24, VI, 30, VIII, 182, PARÁGRAFOS 3. E 4., 184 E 185, C. F.).” (STJ – MS 2046/DF, Relator Ministro Hélio Mosimann, julgado em 18/05/1993).

¹⁹ “PROCESSUAL CIVIL – ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL OU QUALIFICADA DE DOADORA - DISCUSSÃO ENTRE DOADORES E DONATÁRIOS DE AÇÕES DE SOCIEDADES – LITÍGIO FAMILIAR. I – Intervenção da

Possuindo o interesse jurídico necessário para a incidência do instituto, entendeu o Tribunal que, com a nova Lei Maior, não mais existiria o “chefe” da sociedade conjugal, considerando que ambos os cônjuges exerceriam os direitos e deveres em situação de igualdade.²⁰

Por sua vez, havia divergência no que atine à sucessão em relação aos filhos adotivos, divisão que, como visto, não foi adotada pela Constituição de 1988, a qual conferiu tratamento isonômico para toda a prole. Em algumas oportunidades, o inventário não havia sido aberto ou ultimado até 5 de outubro de 1988, data de promulgação da nova Lei Fundamental. Então, surgiu a discussão se o filho adotivo concorreria em igualdade de condições com os “legítimos”. E a decisão do Supremo foi no sentido de que não haveria inconstitucionalidade no tratamento diferenciado nessa hipótese, porque a sucessão é regulada pela lei vigente à data da sua abertura, vale dizer, do óbito.²¹ Tendo o falecimento do de *cujus* se verificado antes da edição da Constituição de 1988, não haveria afronta às suas normas o emprego da discriminação reportada. O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha, também estipulava certa distinção entre os filhos.²² A questão não permaneceu incólume à doutrina atual.²³

doadora e usufrutuária de ações como assistente litisconsorcial dos filhos, donatários em ação movida pelo marido, também doador de referidas ações, contra os filhos, é legítima, face ao interesse jurídico resultante da igualdade no exercício dos deveres e direitos referentes à Sociedade Conjugal. II – Matéria de fato (Sum. 7/STJ). III – Recurso não conhecido (STJ – REsp 110783/SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 03/03/1998)”

²⁰ Nada obstante, esse reflexo das normas constitucionais sobre a legislação demandou certo tempo para se concretizar, pois, por meio de decisão proferida em 1992, o Tribunal de Justiça de São Paulo (8ª Câmara Civil, Apelação Cível 164517-1, de 18/11/1992) considerou recebido pela nova Constituição o teor do artigo 219, inciso IV, do Código Civil de 1916 (“Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: [...] IV – O defloramento da mulher, ignorado pelo marido”), rejeitando a tese de plena igualdade entre homens e mulheres, a qual seria “válida no que diz respeito a direitos e obrigações, não fisicamente”.

²¹ “DIREITO DAS SUCESSÕES. FILHOS ADOTIVOS. PRETENDIDA HABILITAÇÃO NA QUALIDADE DE HERDEIROS DO DE CUJUS. INDEFERIMENTO CALCADO NO FATO DE A ABERTURA DA SUCESSÃO HAVER OCORRIDO ANTES DO ADVENTO DA NOVA CARTA, QUE ELIMINOU O TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO ENTRE FILHOS LEGÍTIMOS E FILHOS ADOTIVOS, PARA FINS SUCESSÓRIOS. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AO ART. 227, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. Inconstitucionalidade inexistente. A sucessão regula-se por lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da Carta de 1988, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil (art. 1.605 e § 2º), entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito. Discriminação que, de resto, se assentava em situações desiguais, não afetando, portanto, o princípio da isonomia. Recurso não conhecido (STF – RE 163167/SC, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 05/08/1997)”.

²² “CIVIL - FILIAÇÃO ADOTIVA – DIREITO SUCESSÓRIO. I – O LEGISLADOR NÃO REVOGOU O ART. 377 NEM O PARÁGRAFO 2. DO ARTIGO 1.605 DO CÓDIGO CIVIL, O PRIMEIRO NEGANDO DIREITO SUCESSÓRIO AO FILHO ADOTIVO QUANDO O ADOTANDO JÁ TIVER FILHOS DE SANGUE E O OUTRO RECONHECENDO O DIREITO À METADE DA HERANÇA DO QUE TOCAR AOS FILHOS CONSANGUÍNEOS, QUANDO ESTES

E a despeito da especial proteção outorgada aos filhos pela Constituição de 1988, sua inteligência não se dissocia do princípio da dignidade da pessoa humana. A propósito, assentou o Supremo Tribunal Federal que a condução do réu “debaixo de vara” à execução de exame de DNA, mesmo em caso de tema tão caro – investigação de paternidade, “discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano”.²⁴ Por isso, a recalcitrância deveria ser solucionada pela prova dos fatos, nos moldes do que, hodiernamente, preconiza o artigo 231 do Código Civil de 2002 (“Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”).

Enfim, inclusive no âmbito da responsabilidade civil, o Código de 1916 ganhou novos contornos. A título de exemplificação, o conteúdo da Súmula no 145 do Superior Tribunal de Justiça (“No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”), proveniente da redação do artigo 1.057 do Código, não seria mais adequado para disciplinar a responsabilidade civil automobilística diante da socialização do direito e a deslocação do eixo de gravitação da responsabilidade civil, da culpa para o risco.²⁵

SOBREVIEREM A ADOÇÃO. TAIS DISPOSITIVOS NÃO PODERIAM PERMANECER SE HOUVESSE SIDO SUPRIMIDA TODA E QUALQUER DISTINÇÃO NO TOCANTE AS FILIAÇÕES, QUANTO AO DIREITO SUCESSÓRIO. II – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (STJ – REsp 37506/SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 15/03/1994)”.

²³ “De qualquer modo, faça-se uma ressalva em relação ao filho adotivo cujo adotante faleceu antes do advento da Constituição de 1988, mas cujo inventário não tinha sido ultimado, ou sequer aberto, em 5 de outubro de 1988. Após uma aquecida discussão, o Supremo Tribunal Federal, procurando fixar os limites da igualdade entre os filhos, fixou o seu entendimento no sentido de que o filho adotado, cujo pai adotivo faleceu antes da *Lex Legum*, de 5 de outubro de 1988, não tem direito à herança, mesmo que o inventário somente tenha sido aberto ou concluído depois do advento da Carta Magna. A nós outros, não foi a melhor solução, na medida em que o Poder Constituinte originário funda uma nova ordem jurídica, aniquilando os direitos anteriormente existentes que sejam incompatíveis. Até porque o Poder Constituinte originário constituiu o Estado em conformidade com os valores que se tornaram dominantes. Assim, com a regra da isonomia entre os filhos, inclusive no âmbito sucessório, parecem-nos que mesmo para as sucessões abertas antes do advento da Carta Magna já incidiria a igualdade por ela proclamada como cláusula pétrea” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 229).

²⁴ STF, HC 71373, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397.

²⁵ “ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE BENÉVOLO. VEÍCULO CONDUZIDO POR UM DOS COMPANHEIROS DE VIAGEM DA VÍTIMA, DEVIDAMENTE HABILITADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DO AUTOMÓVEL. RESPONSABILIDADE PELO FATO DA COISA. – Em matéria de acidente automobilístico, o proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz e que provoca o acidente, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, ou que o transporte seja gratuito ou oneroso, uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros. – Provada a responsabilidade do condutor, o proprietário do veículo fica solidariamente responsável

Conclusões

De acordo com a exposição realizada, passados 100 anos do Código Civil de 1916 e aproximando-se os 30 anos de vigência da Constituição de 1988, pode se dizer que citado Código foi uma importante referência na regulamentação nacional do Direito Privado. Ele subsistiu, em vários de seus artigos, à nova ordem constitucional de 1988, apesar de que com uma nova interpretação, bem como à superveniência do Código Civil de 2002, o qual, com seus 2.046 artigos, na maior parte deles, reproduziu o texto de artigos já constantes no Código pretérito, mantendo, ainda, sua organicidade, com a estrutura de uma Parte Geral e de uma Parte Especial, o que mais recentemente se visualizou no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

De toda forma, o Código de 1916 realçou a prosperidade do Direito Civil, que deve ser respeitada mesmo com a doutrina da constitucionalização do direito, uma vez contemplados, naturalmente, os valores da Lei Maior instituídos pelo povo. Caso contrário, teremos mácula ao princípio da dignidade da pessoa humana, na perspectiva da autonomia da vontade, e, igualmente, sob o ângulo da legitimidade democrática, pois o Código é fruto da vontade de uma maioria representada pelo Parlamento.

Referências bibliográficas

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FACHIN, Luiz Edson Fachin. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: 7, sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.

FIUZA, César. *Direito civil [livro eletrônico]: curso completo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4: Contratos, t. I: Teoria Geral.

pela reparação do dano, como criador do risco para os seus semelhantes. Recurso especial provido (STJ, REsp 577.902/DF, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2006, DJ 28/08/2006, p. 279).

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O novo Código Civil Brasileiro. *Jornal da USP*, ano XVIII, n. 628, 20 a 26 de janeiro de 2003. Disponível em: <<http://www.usp.br/jorusp/arquivo/2003/jusp628/pag02.htm>>. Acesso em: 24 out. 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5: Direito de Família.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. *Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*.

REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, ano 29, n. 29, p. 199-238, 1996.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, p. 73-113, 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabril, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. volume único.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

A constitucionalização do Direito Civil: o direito público matou o direito privado?

*José Claudio Domingues Moreira*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. O direito privado. O direito público. A dignidade da pessoa humana. A constitucionalização do direito civil. Conclusão.

Introdução

O presente artigo inicia-se com uma breve explanação histórica sobre o direito privado e o direito público e sua dicotomia, sendo certo que, posteriormente, serão abordados aspectos constitucionais que levaram à constitucionalização do Direito Civil.

A dignidade da pessoa humana, direitos da personalidade, função social da propriedade, a família, ou seja, temas *inter partes*, inerentes ao Direito Civil que passaram ao contexto constitucional.

O Código Civil de 2002, com suas cláusulas abertas, aproximou o direito público do direito privado, na busca pela dignidade da pessoa humana.

O objetivo deste artigo foi demonstrar que o direito privado foi fortalecido pela constitucionalização do direito civil já que este, revestido de adornos constitucionais, traz luzes para a melhor interpretação do Código Civil, com ênfase na dignidade da pessoa humana, quando da aplicação do direito privado.

A pesquisa fundamenta-se no método histórico e comparativo entre o direito público, direito privado e o novo paradigma desta dicotomia frente à Constituição Federal de 1988.

Utilizou-se as pesquisas bibliográficas, jurisprudencial e legislativa, na busca de uma visão crítica sobre o tema, ampliando o contexto social

¹ Doutor em Direito Constitucional (ITE), possui mestrado em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino e graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru. Juiz coordenador regional da Escola Paulista de Magistratura em Bauru. É professor do curso de Direito, no Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino, atuando como membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE). Atualmente, integra o corpo docente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE).

brasileiro e dos institutos do direito civil (propriedade, família, contrato, herança etc.), passando pela constitucionalização do direito privado.

A diminuição das desigualdades, a efetivação dos direitos fundamentais, a promoção de interesses coletivos, a participação das minorias no processo democrático, passa pela conscientização de todos quanto à importância da constitucionalização do direito privado e a Constituição Federal de 1988, como Lei Maior, impôs maior intervenção do Estado nas relações de direito privado para a garantia de direitos fundamentais.

I. O direito privado

A expressão “direito privado” tem conteúdo cultural e histórico, eis que a formação tradicional do direito romano sofreu aperfeiçoamento e ocorreu progresso científico do direito antigo, que foi recepcionado e aperfeiçoado por sucessivas gerações, legando-nos o “direito privado” que visa interesses privados.

A legislação “inter-particulares”, que regulamenta interesses inter partes é de direito privado.

Na relação jurídica de direito privado, prepondera o interesse privado cujo sujeito tudo pode, desde que não proibido por lei.

O direito privado tem o foco em utilidade privada, ou seja, na tutela de interesses privados, a viabilizar o exercício das necessidades da pessoa humana, visto que se preocupa com o homem, enquanto destinatário do sistema jurídico.

Percebe-se que o direito privado ampara o interesse individual.

A norma de direito privado tutela, fundamentalmente, pretensões entre particulares, ou seja, homens e mulheres considerados em relações jurídicas, uns com os outros, são objeto de regramento pelo direito privado, que é o direito dos indivíduos nas relações jurídicas particulares.

O direito civil é o ramo mais importante do direito privado.

No Brasil, é inegável a influência do Código Civil alemão para a sistematização do nosso Direito Civil.

Na Alemanha, no século XIX, Thibaut, jurista alemão, defendia a necessidade de codificação das leis para maior segurança das relações jurídicas.

A palavra “código” deriva de *codex*: tronco de árvore. Com a evolução, passou a significar tábua de madeira para receber escritos.

O Código Civil francês, de 21 de março de 1804, foi um marco histórico, teve um caráter de unificação nacional, prestigiou a propriedade e o contido como valores fundamentais e influenciou o direito privado de vários países.

O Código Civil alemão e o Código Civil francês influenciaram a elaboração de nosso primeiro Código Civil, de 1916.

O Estado liberal legou-nos um Código Civil com valores predominantemente patrimoniais e individuais a indicar a patrimonialização das relações civis.

Na vigência do Estado Social, o direito privado foi marcadamente submetido ao texto constitucional.

O direito privado, nos países de tradição romano-germânica, se pautou pela tutela da propriedade privada e da liberdade de contratar, não se preocupando com a pessoa como titular e sujeito da relação jurídica, enfatizando o patrimonialismo e o individualismo em detrimento da pessoa humana.

Assim, na origem do direito privado, a propriedade e o contrato são os seus principais institutos, como centro do direito positivo.

O Estado Democrático de Direito propiciou a evolução do direito privado a evidenciar a primazia da pessoa humana nas relações civis.

Saliente-se que o Código Civil de 1916 não concebia a função social da propriedade ou qualquer referência à boa-fé nas relações jurídicas, mas a evolução histórica do direito privado nos trouxe o Código Civil de 2002, lastreado em princípios como a solidariedade, a operabilidade e a eticidade.

É uma nova fase para o direito privado: as relações jurídicas pautadas por condutas éticas, o contrato deve cumprir uma função social e observar o princípio da solidariedade.

O direito privado, na origem, mostrou-se individualista e patrimonialista, evoluindo para a eticidade e solidariedade. Isso, por certo, influenciou a dicotomia direito público/direito privado, contribuindo para a constitucionalização do direito civil, como exposto a seguir.

II. O direito público

O racionalismo jurídico contribuiu para a elaboração do Direito Público que visa interesses públicos.

Normalmente, a legislação dirigida ao Estado é de direito público, em que numa relação jurídica as pessoas exercem poderes de império,

cujo sujeito de direito só pode agir se autorizado pela lei.

O foco do direito público é o bem comum e visa à proteção de interesses públicos, possibilitando a proteção do homem em sociedade e em um território, atuando na construção de um sistema jurídico, regulamentando a estrutura do poder.

Inegável que o direito público visa à proteção de um interesse de toda a comunidade.

As normas de organização, distribuição de competência e funcionamento do Estado são de direito público.

É de natureza pública o interesse tutelado pelo direito público.

O Estado Democrático de Direito possibilitou o abrandamento da dicotomia direito público e direito privado.

É patente a interferência do direito público no direito privado com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, na qual espaços privados mereceram proteção constitucional ensejando a constitucionalização do direito privado, que será objeto de ponderação, em momento oportuno.

III. O princípio da dignidade da pessoa humana

O legislador constituinte de 1988 estabeleceu um claro sistema constitucional que propiciou o reconhecimento e acolhimento do outro, na promoção do bem coletivo e individual, para a incrementação da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, em seu contexto constitucional, ofereceu o abrandamento da dicotomia direito público/direito privado.

O princípio é ponto central de um sistema jurídico, dotado de vagueza, que hospeda valores constitucionais e orienta o ordenamento jurídico.

A sistematização da Constituição Federal ocorre através dos princípios constitucionais, visto que representam valores fundamentais da ordem jurídica e servem como critérios de interpretação de normas constitucionais.

Desobedecer um princípio constitucional é violar o próprio sistema constitucional.

Os princípios auxiliam no processo de interpretação e de integração da constituição, ou seja, verdadeiras diretrizes do sistema jurídico.

Logo, a legislação infraconstitucional, em especial o direito privado, não pode contrariar os princípios que foram incorporados na Constituição Federal.

A atividade discricionária dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é condicionada pelos princípios constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 se comprometeu com a sociedade para acolhimento de todos, tolerância e suas divergências, a participação das minorias em todo o processo democrático através do princípio da dignidade da pessoa humana.

A sociedade brasileira é multicultural e o princípio da dignidade da pessoa humana é capaz de promover laços comunitários a reforçar a inclusão social das minorias.

Repita-se: o princípio da dignidade da pessoa humana abrandou a dicotomia direito público-direito privado, aproximando-os em prol da promoção do bem comum, da felicidade e da solidariedade humana.

A palavra dignidade tem sua origem etimológica no substantivo *dignitas*, que significa mérito, prestígio, ou seja, o que é digno e merece respeito.

Outrossim, a palavra “pessoa” deriva da expressão latina *personare*: máscara teatral utilizada para ampliar a voz dos atores e que, posteriormente, passou a designar a própria personagem representada.

O Cristianismo difundiu no mundo ocidental o conceito de pessoa como titular de dignidade e de um valor em si mesmo.

A dignidade é a essência da pessoa humana, a natureza do próprio ser humano.

O desrespeito praticado pelo regime militar à pessoa humana levou o constituinte de 1988 a sedimentar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, ou seja, num valor supremo que se irradia por diversos pontos do ordenamento jurídico.

A dignidade é irrenunciável, visto que um valor absoluto de cada ser humano, qualidade intrínseca de cada pessoa humana.

Por isso, a dignidade deve ser promovida e reconhecida por todos.

O artigo 1º da Declaração Universal da ONU (1948) estabelece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

A pessoa é titular de direitos em virtude de sua condição humana. A raça humana é racional e, por isso, possui dignidade.

O Estado é obrigado a proteger e respeitar todos os membros da sociedade por causa da dimensão comunitária da dignidade humana, por serem todos reconhecidos como iguais em dignidade, em sociedade.

A noção de dignidade da pessoa é inerente à natureza humana e a sua previsão constitucional outorga deveres aos órgãos estatais de modo a proteger a dignidade de todas as pessoas no âmbito social.

Percebe-se que cada sociedade civilizada tem seus padrões para definir essa dignidade e a teologia cristã fundamentou a dignidade da pessoa humana na criação do homem à imagem de Deus.

Não se pode pensar em dignidade sem liberdade, visto que o homem pertence a si próprio, por ser racional e possuir vontade autônoma.

Todas as pessoas são iguais em dignidade que, assim, exige reciprocidade: respeito ao outro e a si próprio, observando-se que, uma pessoa em relação à outra, não possui maior ou menor dignidade.

O legislador constituinte estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana foi consagrada na Declaração Universal da ONU, de 1948, ou seja, o Estado existe para promover o bem comum, em função da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana irradia valor para o texto constitucional e para a legislação infraconstitucional.

O Estado e a ordem comunitária são responsáveis pela dignidade da pessoa humana, nas relações públicas e privadas.

Todos os órgãos estatais estão vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana com o dever do Estado de ingerir na esfera individual, como o dever de implantar políticas sociais para proteger e efetivar a dignidade pessoal de todos os indivíduos.

A dignidade é reconhecida pelo Estado Democrático de Direito e serve de alicerce aos direitos fundamentais.

Alguns doutrinadores sustentam que a dignidade antecede à existência do próprio Estado, na medida em que inerente à condição da pessoa humana e, assim, o Estado é uma criação legal a serviço da promoção da dignidade humana.

Assim, a dignidade é inata e essencial à natureza humana.

O indivíduo vive no meio social e suas ações devem ser respeita-

das porque compõem sua dignidade e, na coexistência da sociedade, a dignidade de uma pessoa não deve ferir a de outra.

O Estado e a sociedade devem respeitar os direitos fundamentais como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra, aos direitos sociais, à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância, aos idosos, minorias, desamparados e ao meio ambiente, visto que respeito à dignidade da pessoa humana passa pela concretização daqueles direitos fundamentais e sociais.

IV. A constitucionalização do direito civil

A Constituição Federal de 1988 contém inúmeros princípios que evidenciam a constitucionalização do direito privado a determinar a releitura da legislação infraconstitucional à luz dos preceitos da Constituição Cidadã.

O Estado liberal clássico vivenciou a era das codificações mantendo-se o Código como núcleo do sistema de natureza civil com a preponderância da liberdade contratual, a autonomia da vontade, a propriedade privada e o modelo familiar patriarcal.

Imperava o dogma da completude, ou seja, o direito codificado era considerado como suficiente para regular todas as situações que pudessem surgir em sociedade, entre os seus integrantes, com a absoluta divisão entre o direito público e o direito privado.

A família, no Estado liberal clássico, era hierarquizada conforme o modelo patriarcal, com a preponderância de valores patrimoniais em detrimento da dignidade da pessoa humana, com a nítida separação entre o direito público e o direito privado.

Patrimonialismo, individualismo e voluntarismo são valores do Direito Civil no Estado liberal, com a proteção da propriedade privada e da liberdade de contratar, em detrimento da pessoa humana.

Em meados do século XX, a ideologia social passou a dominar o cenário constitucional na medida em que Estado e sociedade mudavam por força de reivindicações do proletariado e dos trabalhadores.

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 1917, teve importância histórica para a afirmação dos direitos sociais e, no Brasil, a Constituição de 1934 abrigou os direitos sociais em seu corpo constitucional.

A Revolução Industrial fomentou a luta entre classes sociais e contribuiu para a constitucionalização dos direitos sociais.

Porém, o Código Civil de 1916 não acompanhou mencionada mudança social trazida pelo Estado Social de Direito, visto que no direito privado, em nosso primeiro Código, existia a solidariedade como princípio.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a dignidade da pessoa humana como fundamento, e no Estado Democrático de Direito é natural a intervenção do Estado perante os particulares, na tarefa de promover o bem-estar social, erradicar as discriminações, garantir o mínimo existencial e, assim, a recomendar o reajustamento do direito privado à nova realidade jurídica nacional.

A necessidade da releitura do direito privado à luz dos princípios da Constituição de 1988 implicou a constitucionalização do direito privado.

Assim, temos como exemplo que a propriedade, o contrato, a família, típicos do direito privado, passaram a residir em solo constitucional, verdadeiro fenômeno de constitucionalização do direito civil, a repor a pessoa humana como centro do direito civil.

O direito civil constitucional implica em valores e princípios constitucionais que se irradiam por toda a disciplina do direito civil e isto, por certo, trouxe o abrandamento da dicotomia direito público-direito privado, sem arranhar a autonomia privada.

O Estado interveio nas relações privadas e pessoais e, com isto, aproximou o direito público do direito privado, ou seja, há o entrelaçamento do direito público ao direito privado, nas relações jurídicas, por força da constitucionalização do direito civil.

A inserção do direito civil no âmbito público gerou uma constitucionalização do direito privado, a aproximação entre o direito público e o direito privado, a fortalecer e enaltecer o direito civil.

V. Conclusão

No Estado Liberal era absoluta a separação entre o direito privado e o direito público, com o Código Civil voltado à proteção do patrimônio, vínculo obrigacional oriundo da autonomia da vontade, família patriarcal, tudo em detrimento à dignidade da pessoa humana.

A Revolução Industrial, a eclosão da Primeira Guerra Mundial, os movimentos sociais contribuíram para a ruptura com o Estado Liberal e

surgimento do Estado Social, quando os direitos econômicos, sociais e culturais passaram a residir no texto constitucional.

Porém, o direito privado no Estado Social continuou dissociado, afastado do direito público.

Com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana passou a fundamento constitucional e vivenciou-se o Estado Democrático de Direito a determinar a releitura do Código Civil, do direito privado, já que, inúmeros princípios constitucionais evidenciam a constitucionalização do direito privado.

No Estado Democrático de Direito, com a constitucionalização do direito privado ocorreu o abrandamento da dicotomia direito público/direito privado.

A constitucionalização do direito privado aproximou o direito público do direito privado, fortaleceu o inter-relacionamento privado/público.

O Direito e a Justiça uniram-se e tiveram filhos: o Direito Público e o Direito Privado.

Outrora, imaturos, eles viviam distantes.

A dignidade da pessoa humana trouxe a maturidade necessária a unir os dois irmãos, Direito Público e Direito Privado.

Não houve nenhum fratricídio nessa família: o Direito Público não matou o Direito Privado e a constitucionalização do direito civil não engoliu o direito privado.

Hoje, irmãos, Direito Público e Direito Privado conversam com objetivo comum: promover a dignidade da pessoa humana.

Um fortalece ao outro e se inter-relacionam na promoção da pessoa humana, do bem comum, da fraternidade, solidariedade, da felicidade e, isto, não é pouco.

Referências

- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CASO, Giovanni et al. (Org.). *Direito & fraternidade*. São Paulo: LTR, 2008.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MAURER, Beatrice. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

A vedação ao comportamento contraditório

Diego Ferreira Mendes¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

A necessidade de entender qual a razão de em determinados casos se prestigiar a forma em homenagem à segurança jurídica e em outros a análise da situação específica, em prejuízo de forma não observada, para se chegar à justiça do caso concreto e quais os critérios para a opção de uma ou outra solução aguçam o interesse para o estudo de um dos institutos que mais desafiam a forma: o da vedação ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*).

Para entender o instituto, é necessário revisitar a boa-fé objetiva, bem como a origem do *nemo potest venire contra factum proprium*, para que a compreensão do instituto seja facilitada, possibilitando construir um conceito da vedação ao comportamento contraditório a partir de seus pressupostos, visando aclarar os seus limites, cuja não observância pode trazer insegurança jurídica indesejável, afastando-o da abstração, permitindo que a sua aplicação seja previsível nas hipóteses em que os seus pressupostos estiverem atendidos.

A análise das consequências da aplicação do instituto, com destaque para a opção que mais se afina com a lealdade e eticidade que inspiram o instituto, deixando a opção indenizatória para um terceiro plano.

O que se pretende, evidentemente, não é esgotar o tema, mas trazer à reflexão um instituto que vem sendo invocado de maneira frequente, nem sempre de forma correta.

2. A boa fé-objetiva e o comportamento contraditório

Aboa-fé objetiva não pode ser relegada a uma simples recomendação de conduta, sem efetividade no campo jurídico, nem pode ser superlativada

¹ Pós-graduado em Direito do Consumidor e Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Professor assistente da Escola Paulista da Magistratura.

a ponto de desnaturar completamente as relações civis do modo em que foram concebidas, devendo o instituto influenciar todo o Código Civil, porém, como cláusula geral que é, traz conceituação e aplicação complexa, de modo que há grande embate na doutrina para a sua definição.

Como a divergência dos conceitos de boa-fé objetiva na doutrina não é o foco deste estudo, o presente estudo se limitará a apenas àquele que possa nos guiar no aprofundamento do instituto do *venire contra factum proprium*.

Lembrando que a boa fé objetiva, norma de conduta, não se confunde com a boa-fé subjetiva, ignorância da atuação irregular, necessária é a análise das funções da boa-fé objetiva para se chegar à sua conceituação. Anderson Schreiber relembra que a boa-fé objetiva tem tripla função: 1) cânone interpretativo dos negócios jurídicos; 2) criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e 3) restritiva do exercício de direitos.

Explica o renomado autor que a função **interpretativa** da boa-fé objetiva está ligada à interpretação das cláusulas contratuais, buscando que a leitura destas cláusulas esteja sempre em consonância com a lealdade e a honestidade entre os contratantes.

A segunda função, a criadora de deveres anexos é **integrativa**, isto é, a boa-fé objetiva faz crescer ao contrato, ainda que não estipulado expressamente entre as partes, deveres a serem observados por conta da honestidade e lealdade que devem guardar os contratantes, os quais devem atuar buscando a efetivação do objeto do contrato, desde a fase pré-contratual (informação), passando pela fase da vigência contratual (para efetivar o objetivo contratual), e continuam na fase pós-contratual (sigilo sobre informações do outro contratante). A função integrativa é estudada e bem sintetizada por Menezes Cordeiro ao apresentar a tripartição dos deveres acessórios, consistentes nos deveres de proteção, de esclarecimento e lealdade².

Por fim, em relação às funções, a boa-fé objetiva apresenta a **restritiva** do exercício de direitos, exercício este que, em um primeiro momento e analisado isoladamente, seria lícito, mas observada a obrigação como um processo e que do comportamento de um contratante é possível despertar no outro a justa expectativa do não exercício desse direito, seu exercício perde a aparência de licitude, por violar a boa-fé objetiva, no seu aspecto restritivo.

² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé objetiva no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 603-604.

Com esses apontamentos, podemos chegar a um conceito de boa-fé objetiva como sendo um pressuposto de que as partes contrataram leal e honestamente, decorrendo disto a exigência de comportamento positivo dos contratantes visando à proteção ao objetivo contratual e ao parceiro negocial, com esclarecimento sobre toda a contratação e lealdade no agir antes, durante e após a vigência do contrato, impedindo que a atuação de um dos contratantes seja contrária às legítimas e razoáveis expectativas do outro.

Sendo a vedação ao comportamento contraditório uma proibição ao agir de um dos contratantes, é intuitivo que esta se situa na função restritiva da boa-fé objetiva.

2.1. Tutela da confiança

A tutela da confiança é um dos fundamentos da boa-fé objetiva, pois esta visa tutelar a legítima e razoável confiança que o comportamento de um dos contratantes gerou no outro, como se extrai em vários de seus desdobramentos, como o *nemo potest venire contra factum proprium*, o tu quoque, a supressio e a surrectio, a ponto de haver definição consistente de que a boa-fé é “uma confiança adjetivada ou qualificada como ‘boa’, isto é, como justa, correta ou virtuosa”³.

Em razão da ligação tão próxima entre a boa-fé objetiva e a tutela da confiança, sendo esta um dos elementos que configuram aquela, que Menezes Cordeiro encerra a sua análise da tutela da confiança cravando que “Fica, no entanto, já assente a realidade da confiança como um dos factores materiais da boa fé”⁴, sendo a proteção à confiança mais uma necessidade social do que uma construção positivada no sistema.

Mesmo sendo uma construção baseada na necessidade social, a tutela da confiança deve receber tratamento científico para que a sua aplicação não constitua fonte de insegurança jurídica, daí dizer que a tutela da confiança apenas terá operabilidade se: (a) presente a *situação de confiança* decorrente da boa-fé subjetiva e ética do contratante que confia, pois adota os deveres de cautela e não tem ciência que pode estar a lesar interesses alheios; (b) essa *confiança seja justificável* diante de elementos do caso concreto, isto é, que existam fatos que façam com que essa confiança seja razoável e legítima; (c) haja *investimento de confiança*, com o contratante confiante tomando

³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentário ao novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Texeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V, t. I, p. 38.

⁴ CORDEIRO (2015, p. 1257).

⁵ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso de direito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36-37.

posições jurídicas com fundamento na confiança inspirada; (d) que o outro contratante tenha atuado de tal modo que tenha ele inspirado a confiança naquele que confiou⁵.

É importante anotar que a operabilidade da tutela da confiança não exige que esses quatro pressupostos estejam presentes simultaneamente, devendo o caso concreto ser avaliado para analisar se um ou mais desses pressupostos está presente e, estando, valorar a atuação de ambos os contratantes e a sujeição do confiante para que se analise se essa confiança é merecedora de tutela ou não, merecendo destaque a observação de Alexandre Guerra de que não há hierarquia entre esses pressupostos⁶, devendo aquele ou aqueles presentes serem analisados para se chegar à conclusão se a confiança é merecedora de tutela ou não.

2.2. O Abuso de Direito

Como “a proteção da confiança abrange essencialmente ‘as expectativas de cumprimento de determinados deveres de comportamento’”⁷, não se pode negar que a cláusula geral do abuso de direito também deita raízes na tutela da confiança.

Disto decorre a vedação ao abuso de direito positivado pelo art. 42 do CDC, que reconhece o direito do credor cobrar, mas veda emprego de meios vexatórios para tanto⁸.

Da mesma forma que o devedor – qualquer um, consumidor ou não – tem a confiança no sistema jurídico de que não será cobrado de forma vexatória, o credor de obrigação de qualquer natureza, tem a mesma confiança que não será exposto ao ridículo ao receber o seu crédito, daí porque Bruno Miragem aponta que a cláusula geral que veda o abuso de direito não se trata de proteção apenas ao indivíduo em relação ao outro sujeito da relação jurídica, mas em especial proteção à sociedade e ao sentido de justiça e atuação correta que a comunidade tem⁹. Anderson Schreiber pontua que “abusa do direito quem o exerce de forma aparentemente regular, mas em contradição com valores que o ordenamento pretende por meio dele realizar”¹⁰.

A definição do abuso de direito trazida por Renan Lotufo, anota que este não se limita à contrariedade à boa-fé, destacando que “o

⁶ GUERRA (2011, p. 37).

⁷ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 168.

⁸ MIRAGEM (2013, p. 171).

⁹ MIRAGEM (2013, p. 170).

¹⁰ SCHREIBER (2012, p. 114).

¹¹ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 499 apud GUERRA, Alexandre, *Responsabilidade civil por abuso de direito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 105.

abuso do direito é o abuso de situações causadas por aquele que manifestamente ultrapassa os limites da boa-fé, dos bons costumes e das próprias finalidades socioeconômicas do direito a ser exercido”¹¹, isto é, o abuso do direito ocorre também se o exercício de determinado direito contrariar os bons costumes ou violar as próprias finalidades socioeconômicas do direito exercido.

No que tange ao objeto deste estudo, é de se observar que o *venire contra factum proprium* configura um abuso de direito por violação à boa-fé, razão pela qual Anderson Schreiber aponta que não se deve discutir se um comportamento contraditório é ilícito porque configura abuso de direito ou por violar a boa-fé objetiva, já que a quebra do *nemo potest venire contra factum proprium* é ilícita por configurar um abuso de direito na concepção de contrariedade à boa-fé objetiva.

Conclui-se, portanto, que a vedação ao comportamento contraditório está em campo de intersecção entre os institutos da boa-fé objetiva e do abuso de direito, pois apesar de ambos apresentarem campo que não abrange o outro, no ponto em que se encontram, abarcam o *nemo potest venire contra factum proprium*.

3. A vedação ao comportamento contraditório

3.1. Origem

Apesar da existência de controvérsia na doutrina sobre a origem do *nemo potest venire contra factum proprium*, Anderson Schreiber aponta a existência da vedação do comportamento contraditório já no Direito Romano, não como um princípio, mas, em situações casuísticas¹², já que, no período real, os comícios “não votavam leis abstratas e de caráter geral, mas só se manifestavam sobre casos concretos”¹³, assim a produção jurídica, que se embasava na análise de casos concretos, acabou desaguando na forma de elaborar leis nos períodos subsequentes, nos quais os romanos extraíam da solução dada em repetidos casos concretos uma norma que, apesar de tender ser geral e abstrata, acabava sendo tipificante, baseada em comportamentos e conflitos anteriormente vividos pelos integrantes da sociedade, daí porque a presença do casuismo em todo o direito romano¹⁴.

Desse casuismo, lembra Schreiber, foram esculpidas regras que indicavam que o Direito Romano não compactuava com o comportamento

¹² SCHREIBER (2012, p. 18-19).

¹³ MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2000 apud SCHREIBER (2012, p. 18).

¹⁴ SCHREIBER (2012, p. 18-19).

contraditório e, posteriormente, ainda sob a influência das regras trazidas pelo *Corpus Iuris Civilis* do final da Idade Antiga Direito Romano, a partir do século XII, com fortes raízes na Escola de Bolonha, os glosadores passaram a produzir estudos científicos, em especial para o nosso tema, Azo trouxe o primeiro assentamento escrito da máxima “a ninguém é concedido vir contra o próprio ato” (*venire contra factum proprium nulli conceditur*)¹⁵.

Nos séculos XIV e XV, o aforismo, que passou a ser o *nemo potest venire contra factum proprium*, foi revisitado com base científica pelos chamados pós-glosadores, tendo Bartolo de Sassoferrato desenvolvido pensamento para analisar se o *factum proprium* havia ocorrido contra *legem, secundum legem ou praeter legem*, porém, mais uma vez, o casuismo que formava a base do Direito Romano acabou afastando a validação científica desse pensamento. A questão, contudo, não se restringia ao Direito Romano, também se estendia ao Direito Canônico, que, igualmente, não tinha a vedação ao comportamento contraditório como princípio, mas como regra normativa a reger determinada situação¹⁶.

Entre os séculos XV e iniciando com o Renascentismo e a revalorização do homem como razão, passando pelas reformas religiosas, nas quais o sucesso financeiro já não era mais malvisto pelo Criador, o que reduz o poder da igreja e, conseqüentemente, dos monarcas como sendo a representação do Poder Divino na terra, trazendo fortes influências para o Iluminismo, que tem seu ápice com a queda da Bastilha e supervalorização da liberdade, com distanciamento do Estado das relações jurídicas, ao qual somente era dado determinar cumprir aquilo que os particulares contrataram livremente e a prestar segurança pública¹⁷, ideologia que era incompatível com a vedação pelo Estado da adoção de uma posição jurídica prevista em lei ou em contrato porque contrária ao comportamento que a parte vinha adotando até ali. Dessa feita, o estudo da vedação ao comportamento contraditório não se desenvolveu nesse período.

Com as grandes codificações dos séculos XIX e XX, foram revisitadas algumas hipóteses de vedação ao comportamento contraditório assentadas no Direito Romano, mas não houve vedação geral a este tipo de comportamento. O Código Civil Brasileiro de 1916 foi elaborado com essa inspiração liberal, em que o centro das relações civis era o patrimônio, com poder absoluto de propriedade, que tinha como um dos seus instrumentos de efetivação a busca pela riqueza com os seus

¹⁵ SCHREIBER (2012, p. 23-25).

¹⁶ SCHREIBER (2012, p. 25-27).

próprios esforços, sem intervenção estatal, o prestígio máximo da autonomia da vontade e o dogma do *pacta sunt servanda*.

Não tardou para que a igualdade formal trazida pela lei começasse a trazer o domínio sobre o hipossuficiente, associada ao crescimento demográfico desorganizado, com concentração em centros urbanos, o receio permanente do fim da vida na terra, decorrente da guerra fria e do efetivo uso de arma atômica no final da 2ª Guerra Mundial, ditaduras militares da América Latina que empregavam tortura como meio válido de repressão, os conflitos étnicos africanos, poluição desmedida do meio-ambiente, despersonalização das relações sociais, atuações extremistas contra minorias, terrorismo internacional e o próprio combate a este, dissiparam por vez a ideia do individualismo que inspirou o liberalismo, trazendo a necessidade de novos valores para a sociedade que necessita de proteção à dignidade de cada um de seus integrantes, florescendo a ideia de solidariedade¹⁸, com a necessidade de intervenção Estatal moderada, em contraponto à supervalorização do indivíduo e ao liberalismo econômico com base em uma igualdade formal, mas não chegando ao coletivismo extremo no qual o indivíduo não passa de um integrante da manada tutelada pelo Estado.

Se de um lado se chega à conclusão de que o liberalismo econômico, que protege o indivíduo do Estado, mas não um particular do outro, acarretou em graves crises e desigualdades, com reações negativas da sociedade, do outro, a experiência anterior já havia demonstrado que a abdicação da personalidade e dos interesses individuais em troca de uma vida tutelada pelo Estado também não havia logrado êxito.

Uma nova ordem de ideias era necessária, de forma que se chegou ao solidarismo social, o qual considera o respeito ao indivíduo, mas sem chegar aos extremos do liberalismo econômico, já que o indivíduo não é mais considerado apenas em si mesmo, mas, sim, como um integrante do corpo social, mas também sem chegar à coletividade extremada, na qual apenas o corpo social tem importância e o indivíduo não passa de objeto de direito, daí surge a fórmula do solidarismo social, no qual o indivíduo tem a sua importância reconhecida como sendo um sujeito de direitos, mas os seus direitos não são absolutos, pois o outro indivíduo também é sujeito de direitos, no qual não só o Estado deve cuidar dos integrantes do corpo social, mas os próprios integrantes devem cuidar um do outro.

O conceito do solidarismo social aproveita o lado positivo do liberalismo econômico, que é o de o indivíduo poder progredir e acumular riquezas

¹⁷ SCHREIBER (2012, p. 27-37).

¹⁸ SCHREIBER (2012, p. 43-50).

em virtude da sua própria potencialidade intelectual, impondo-lhe limites éticos, nos quais o desenvolvimento desta potencialidade deve ocorrer sem que haja a exploração de outro indivíduo, preservando, então, a dignidade da pessoa humana de todos os integrantes do corpo social¹⁹.

Note-se que no solidarismo os indivíduos conservam a autonomia, em especial a de contratar, como contratar e com quem contratar, mas esta deixa de ser a autonomia de vontade, com a irrestrita liberdade de como contratar, para ser uma autonomia privada, em que a liberdade de contratar está submetida a determinados parâmetros éticos estabelecidos pela Lei, parâmetros estes que podem ser concretos, como o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, ou fluidos, como as cláusulas gerais da boa-fé, da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato.

Dessa feita, o solidarismo social não vê mais o contrato como ato voluntário de renúncia à liberdade, para, diante de interesses opostos, submeter um contratante à vontade do outro, mas, sim, como instrumento para realizar interesses comuns em que os polos contratuais atuam como parceiros para a consecução da finalidade comum pensada quando da contratação e do estabelecimento contratual, de forma que se vê a obrigação como um processo e não mais como um ato de submissão.

Ainda em momento em que o liberalismo econômico imperava, alguns pensadores já detectavam as falhas deste e passavam a estudar alternativas para o pacto social, sendo que nessa época foi Erwin Riezler que iniciou estudo para formular um princípio de vedação ao comportamento contraditório, com a obra *Venire contra factum proprium – Studien in römisches, englischen und deutschen Zivilrecht* de 1912, fazendo com que a doutrina alemã passasse a debater o tema a título de princípio, espreado a ideia para a Europa do direito positivado e encontrando ressonância até no direito consuetudinário, em instituto que em um dos seus viés se assemelha à vedação ao comportamento contraditório: o *estoppel*²⁰, de forma que na pós-modernidade a ideia de solidariedade social permeia o direito de todo o Ocidente, exigindo contratações éticas, de boa-fé e, no que interessa para o presente estudo, que os contratantes sejam coerentes nas suas condutas.

No Brasil, apesar de o Código Civil de 2002 da operabilidade, socialidade e eticidade não fazer expressa referência a um princípio da vedação ao comportamento contraditório como cláusula geral, mas apenas normas pontuais que revelam a vedação, como o art. 330, não

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Carmerino: Scuola de Perfezionamento in Diritto Civile dell'Università di Camerino, 1982, p. 161 apud SCHREIBER, 2012, p. 54-55.

²⁰ SCHREIBER (2012, p. 64-66).

quer dizer que a vedação ao comportamento contraditório não esteja permeada no nosso sistema jurídico como um princípio, a ser extraído da cláusula geral da boa-fé objetiva, como vem assinalando a doutrina.

3.2. O instituto e a sua finalidade

A vedação ao comportamento contraditório não tutela a coerência de comportamento, pois se alguém sempre adota uma conduta e resolve alterá-la para agir contrariamente ao que fazia, sem que esta alteração de conduta irradie efeitos nas relações jurídicas que este mantém com outrem, não há tutela contra a adoção deste comportamento contraditório. Isto ocorre no caso em que uma pessoa tem uma vida sedentária e com ingestão imoderada de alimentos resolve praticar exercícios diariamente e cuidar para ter uma alimentação saudável.

É evidente que quem sempre pregou o sedentarismo e alimentação exagerada como fatores de felicidade, ao adotar uma conduta esportiva e alimentação saudável está agindo contraditoriamente ao seu modo de vida anterior, porém, esta conduta contraditória não afetará direito e expectativas de terceiros como regra, portanto, não é merecedora de tutela jurídica, logo, não é coerência de comportamentos de um indivíduo que a vedação ao comportamento contraditório tutela.

De outro lado, se o indivíduo sempre teve uma vida saudável e alimentação equilibrada, logo após assinar contrato de publicidade com determinada marca de produtos esportivos, resolve optar pela vida sedentária e passa a ingerir alimentos de forma imoderada, deixando de ter a aparência que ensejou a assinatura do contrato, ainda que não haja cláusula contratual determinando a manutenção dos hábitos saudáveis, poderia o contratante invocar a proibição de comportamento contraditório, pois confiava que o contratado continuaria a se comportar de forma saudável, levando-o a vincular a sua marca à imagem deste contratado, não sendo lícito que, após a assinatura do contrato e por vontade própria, este passe ao sedentarismo e à alimentação imoderada, com significativo aumento de peso e ainda exija que a o contratante cumpra a sua parte na avença.

Nesse caso, o comportamento contraditório, ainda que em questão de prática de esportes e alimentação, traria reflexo na relação jurídica que o indivíduo mantém com outrem e confiava que aquele manteria a sua conduta, de forma que esta legítima expectativa do contratante é tutelada pelo direito.

Note-se que o fato é o mesmo, alterar hábitos alimentares e de atividades físicas, sendo que no primeiro caso sem que a alteração

traga reflexos nas relações jurídicas de quem adotou o comportamento contraditório com outrem, e no segundo, existem reflexos nessas relações jurídicas. Nesse passo, já podemos visualizar que para que o comportamento contraditório seja vedado, ele deve afetar as relações jurídicas de quem o adota com terceiros.

Não é, porém, o simples fato de trazer reflexos para outrem que traz a imediata vedação ao comportamento contraditório, pois se assim fosse o Código Civil de 2002 não traria diversas permissões para a adoção de conduta contraditória, como a prevista no seu inciso IV do art. 428, pelo qual permite ao proponente retirar a proposta se a retratação ocorrer antes ou simultaneamente ao oblato tomar conhecimento da proposta.

Como já anotado, a vedação ao comportamento contraditório decorre da boa-fé objetiva, na sua função restritiva, vedando que alguém atue de forma contrária à confiança que lhe foi depositada, sendo que, no caso da proposta, se a retratação chega ao oblato antes ou ao mesmo tempo em que a proposta, esta não se mostra apta a inspirar qualquer expectativa ou gerar confiança, de forma que não obriga ao proponente, isto porque a vedação ao comportamento contraditório tutela a confiança de que o indivíduo não adotará o comportamento contraditório.

A confiança, contudo, não pode ser puramente subjetiva daquele de quem a deposita. Não se pode determinar uma vedação ao comportamento contraditório em alguém apenas porque outro confiava que assim aquele agiria, sem que atuasse a inspirar essa confiança, como no caso em que uma agremiação, que faz uma proposta em valor elevado para a contratação de um jogador e tem confiança de que procederá à contratação deste, o jogador diz que refletirá sobre esta, acabando por declinar da proposta feita pela agremiação, vindo a contratar com outro clube.

Nesse caso, a atuação do jogador de futebol não foi capaz de inspirar confiança alguma na agremiação, que acreditava que sua proposta seria aceita, de forma que esta não pode impugnar o contrato do jogador com outro clube, invocando a violação ao *factum proprium* pelo jogador ou que houve reflexo na relação jurídica, nem que houve violação à confiança, já que estava convicto que sua proposta era tão boa financeiramente que sequer pensou que seria recusada, pois a confiança na realização do negócio era unicamente subjetiva da agremiação que realizou a proposta com maior valor financeiro, sem que o jogador tivesse atuado a inspirar essa confiança, isto é, não atuou o jogador de forma a fazer com que a primeira agremiação concluísse que o negócio seria fechado e que o jogador aceitaria a proposta que fez.

De outro vértice, caso o jogador, depois de recebida a proposta da agremiação, passasse a dar entrevistas dizendo que recebeu tal proposta e que estava fortemente inclinado a aceitá-la, permitindo ser fotografado com a camisa do time proponente nas mãos, com atos típicos como o beijo no escudo, faz visitas nas instalações de treinamento e estádio desse proponente, levando a agremiação a vincular sua imagem à do jogador a ser contratado, sem que este nunca revele que está negociando com outro clube de futebol, apenas retardando a assinatura do contrato, sob o argumento de que são necessários pequenos ajustes no instrumento, resolve, de uma hora para outra, aceitar a proposta de outro clube de futebol, age o jogador de forma contrária ao direito por violação à vedação ao comportamento contraditório.

Observe-se que a diferença entre as duas hipóteses é o comportamento do jogador, que na segunda hipótese, na qual incide a vedação ao comportamento contraditório, atua de forma a inspirar a legítima confiança na agremiação de que o contrato será firmado.

Necessária, também, a existência de dois comportamentos, sendo um anterior e outro posterior. O primeiro comportamento é aquele que inspira em outrem a legítima confiança de não agir contrário à conduta inicial, é elemento objetivo a ser analisado na construção do conceito da proibição ao comportamento contraditório, assim como o segundo, que contraria aquele primeiro que inspirou legítima confiança em outrem.

A proibição é ao comportamento contraditório, a qual abrange tanto a conduta comissiva (assinar contrato com outro), como a omissiva (deixar de manter contato).

O segundo ponto é que a segunda conduta deve ser aparentemente lícita, isto é, se analisada isoladamente ela estaria em conformidade com o direito, mas só deixa de ser lícita se analisada no contexto da atuação anterior.

A regra, como se apontou, é que as condutas que configuram a hipótese de comportamento contraditório sejam adotadas em diferentes momentos, sendo a primeira a inspiradora de legítima confiança em outrem e a segunda a contraditória, que quebra esta confiança. Anderson Scheriber, contudo, lembra hipótese em que as condutas sejam simultâneas²¹, com o que concordamos, mas que cheguem ao conhecimento daquele que confia em momentos diversos, sendo que a da qual se toma ciência primeiro inspire a legítima confiança quebrada pela a que toma ciência depois, como na hipótese de assinar um contrato sem se

²¹ SCHREIBER (2012, p. 151-152).

opor às cláusulas e ajuizar ação revisional deste mesmo contrato ao mesmo tempo que o assina.

Em um passo seguinte, é necessário se debruçar sobre qual o tipo de afetação na relação jurídica de quem altera o comportamento junto a outrem é objeto de proteção.

Voltemos ao caso da pessoa dada à prática de exercícios e que cuida para ter uma alimentação saudável passe a ter hábitos sedentários, com ingestão imoderada de alimentos. Imaginemos que essa pessoa é casada e que sua esposa também é afeta às práticas esportivas e alimentação saudável. A alteração repentina e contraditória do seu companheiro de vida certamente trará reflexos na relação dos dois, que passarão menos tempo juntos quando da prática de exercícios, deixarão de frequentar os restaurantes saudáveis que se habituaram, trazendo diversos reflexos na vida a dois.

Como regra, a adoção dos mesmos hábitos de alimentação e atividades físicas não é o único ou principal vínculo para que duas pessoas permaneçam casadas, de forma que esta adoção do comportamento contraditório daquele que era afeto aos cuidados com a saúde e com a aparência, inspirando a confiança na esposa de que ele manteria este estilo de vida, mas quebra esta confiança por passar a adotar estilo de vida sedentário, com alimentação imoderada, não traz dano ou perigo de dano à esposa, de forma que esta não teria tutela jurisdicional, invocando a proibição de comportamento contraditório, tendo à disposição apenas o divórcio e somente porque este pode ser pedido sem motivação alguma.

De outro lado, como já apontado, se essa mesma pessoa resolve mudar de hábitos saudáveis para prejudiciais à saúde, depois de firmar contrato com determinada empresa de artigos esportivos, que intendia vincular sua marca à aparência daquele, há perigo de dano para a empresa, que poderá ter sua marca vinculada a pessoas de hábitos não saudáveis, afastando-a do seu público-alvo, ou, então, ter de pagar os valores contratados com aquele sem se utilizar de sua imagem, pois passou a ser incompatível com aquela com a qual a empresa pretendia manter vinculação. Aqui, a empresa pode invocar o *nemo potest venire contra factum proprium* para buscar tutela jurídica.

Anderson Schreiber lembra que o dano advindo da violação à proibição ao comportamento contraditório pode até mesmo ser moral, ressaltando a hipótese como mais aceitável para as relações existenciais (não patrimoniais)²², com o que concordamos, pois nas relações existenciais a

²² SCHREIBER (2012, p. 153-154).

quebra da confiança pode ultrapassar a esfera do prejuízo financeiro e trazer sofrimento capaz de caracterizar hipótese de dano moral indenizável.

A título de exemplo de dano puramente moral por conta de comportamento contraditório traz-se a hipótese de um casal que, depois de namorar por alguns anos e noivar por outros, marca a data do casamento, efetua todos os preparativos, inclusive com distribuição de convites para amigos e parentes, tudo custeado pelo noivo, até mesmo o vestido da noiva e as roupas de seus parentes, mas no dia do casamento o noivo desiste de casar, em atuação absolutamente contraditória com os anos de namoro e noivado vividos e os preparativos para o casamento. Ainda que a noiva não tenha experimentado prejuízo material algum, é evidente o dano moral sofrido por quem, no dia do casamento – inegavelmente um dos dias mais marcantes de uma pessoa – é abandonada praticamente na beira do altar, dando satisfações aos convidados sobre a não ocorrência do casamento.

Em relação aos agentes, a doutrina prega que deve haver identidade entre quem pratica o fato *proprium* e a segunda conduta contraditória, bem como àquele em que fora despertada a legítima confiança e que a vê quebrada pelo ato contraditório do primeiro. Quanto à identidade de sujeitos, Anderson Schreiber tece críticas, apontando que não há, necessariamente, uma identidade de sujeitos, bastando uma identidade de centros de interesses²³.

Exemplifica o estudioso com a hipótese de o comportamento de uma empresa que substitui os veículos vendidos, em caso de defeito, no prazo de dois anos, apesar de no contrato constar a garantia apenas por um ano, sendo que tal prática é consolidada no tempo e de conhecimento público, apta a atrair a legítima confiança do público em geral. Um consumidor opta por adquirir o veículo dessa marca exatamente por conta dessa boa prática, porém, transcorrido o prazo da garantia contratual, o veículo desse consumidor apresenta algum defeito, mas a empresa se recusa a substituir o bem, invocando a garantia contratual de apenas um ano.

Nesse caso, Schreiber entende que a recusa é vedada por violação ao *nemo poteste venire contra factum proprium*, mas destaca que o consumidor não fora alvo de conduta alguma anterior para que houvesse a quebra de confiança pela conduta subsequente de não substituir o veículo.

Também aponta o referido doutrinador que sequer quem pratica o fato próprio precisa ser o mesmo sujeito, apontando hipóteses em que personalidades jurídicas diversas, mas ligadas por algum interesse

²³ SCHREIBER (2012, p. 154-162).

comum, praticam condutas incompatíveis entre si, como no caso de conglomerado de empresas em que uma atua despertando a confiança da realização do negócio e atuando no sentido de contratação, sendo que sua controladora, sem justificativa, encerra todas as negociações, comunicando que não fechará negócio algum, independentemente do que vem sendo negociado com a empresa controlada, daí porque prega que o *factum proprium* não precisa ser, necessariamente de um mesmo sujeito, bastando vir do mesmo centro de interesses²⁴.

Como a vedação ao comportamento contraditório, como um princípio, não está prevista diretamente na legislação, sendo extraída de norma que veda o abuso de direito no plano infraconstitucional e de objetivo da República, na esfera constitucional, não se pode perder de vista que em determinados pontos o legislador permite a adoção de comportamento contraditório, sem que haja mácula de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Isto se dá porque no legítimo exercício da legislatura, em determinados assuntos, o legislador sopesa dois interesses em conflito e acaba por entender que a sociedade prestigia um em detrimento do outro, sem que haja redução de conteúdo ou importância deste último.

É o que ocorre no art. 1.969 do Código Civil, que permite a revogação do testamento pela mesma forma que ele fora feito, ainda que o beneficiário tenha ciência da estipulação testamentária a seu favor.

Com isso chegamos à construção do conceito da vedação do comportamento contraditório como sendo “a vedação de adoção de duas condutas, comissivas ou omissivas, por alguém ou por um centro de interesses, que chegam ao conhecimento de outrem em momentos distintos, sendo que a primeira inspira a legítima confiança neste outrem, a qual é quebrada pela segunda conduta, afetando a relação jurídica de ambos com a existência de dano, ainda que em potencial, a ser suportado por quem tem a sua confiança quebrada, desde que a contradição de comportamento não seja permitida por lei”.

Depois de alcançarmos o conceito da vedação ao comportamento contraditório e observamos que se trata de expressão da boa-fé objetiva, na sua função restritiva, caracterizadora de abuso de direito, é necessário pontuar o óbvio, que a finalidade do instituto, que é impedir a adoção de um segundo comportamento contrário ao que vinha sendo adotado e que inspirou a confiança de alguém com quem aquele mantém relação jurídica.

²⁴ SCHREIBER (2012, p. 157-160).

Essa é a finalidade do instituto, isto é, ele existe para **evitar** o comportamento contraditório. A principal consequência, nesse passo, é a de impedir que o autor do *factum proprium* efetive a conduta contraditória, seja com pedidos de tutela de urgência ou de evidência, pois o instituto visa, primordialmente, evitar que a conduta contraditória ocorra.

Assim, no caso da pessoa que tem uma vida saudável, mas, depois de assinar contrato para vincular sua imagem com uma marca de artigos esportivos, informa nas redes sociais que vai adotar hábitos pelos quais deixará de apresentar o físico que levou à vinculação da marca à sua imagem, é razoável que a empresa ajuíze ação de obrigação de fazer, para que obtenha tutela jurisdicional a fim de que o contratado continue a adotar hábitos saudáveis, a fim de que o objetivo contratual seja regularmente cumprido e a marca da empresa fique associada ao físico atlético do contratado.

Dessa feita, o ideal é que o *nemo potest venire contra factum proprium* seja utilizado para evitar que a conduta contraditória seja adotada e se mantenha a coerência na conduta anterior (*factum proprium*), que inspirou a legítima confiança do outro contratante, pois o escopo principal do *nemo potest venire contra factum proprium* é tutelar a confiança legitimamente despertada em outrem, tutela esta que somente será plenamente eficaz se o comportamento contraditório for impedido.

Outra solução viável é o desfazimento da conduta contraditória. No mesmo exemplo, essa pessoa que adotava hábitos saudáveis, sem fazer qualquer anúncio, passe a viver sedentariamente. A marca esportiva poderá ajuizar ação de obrigação de fazer para compelir o contratado a retornar aos hábitos saudáveis que lhe proporcionaram o físico que ensejou a sua contratação e a vinculação da marca esportiva à sua imagem.

Existem hipóteses, contudo, que não é possível impedir o comportamento contraditório nem proceder ao desfazimento da conduta.

Invertendo-se o caso da pessoa que altera os seus hábitos de vida, imaginemos que se trata de pessoa famosa e muito acima do peso, que firma contrato com uma marca de roupas que explora o mercado dos obesos. Após a assinatura do contrato e a realização de peças de publicidade, que vinculam a marca de roupas de tamanho avantajado à imagem desse contratado, esse passa a realizar exercícios e se dedicar à reeducação alimentar.

A hipótese parece ser a mesma daquele que adotava hábitos saudáveis e passou ao sedentarismo, mas há uma ponderação de valores que leva à conclusão de que se aquele que passou a adotar hábitos sedentários e ingestão imoderada de alimentos seja compelido a voltar

à prática de esportes e à alimentação balanceada, além de cumprir o contrato, terá os reflexos benéficos para sua saúde.

Em outro quadrante, não pode a confecção de roupas de tamanho avantajado exigir que o contratado pare de praticar exercícios e volte a se alimentar de forma desequilibrada, para que ganhe peso novamente, como exige a imagem da pessoa que representa uma confecção que destina suas vendas aos obesos, pois, nesse caso, o desfazimento da conduta, com o retorno aos hábitos alimentares anteriores, é notoriamente prejudicial à saúde do contratado, que, se compelido ao sedentarismo e à alimentação imoderada, pode vir a apresentar doenças ligadas ao excesso de peso que levem à morte.

Nesse ponto, a ponderação entre a tutela da confiança proporcionada pela proibição ao comportamento contraditório e a tutela da saúde e da vida do contratado leva à conclusão de que esta deve prevalecer sobre aquela, sendo inviável o desfazimento do comportamento saudável, com a determinação de adoção de atos sedentários.

Em casos em que não é possível o impedimento da conduta contraditória, que é o ideal, ou o desfazimento desta, com o retorno dos centros de interesses ao *status quo ante*, há, subsidiariamente, a possibilidade de indenização pela adoção da conduta contraditória.

Como já anotamos, a adoção de comportamento contraditório, violador de confiança legitimamente despertada em outrem, se trata de ato aparentemente conforme o Direito Positivo, porém, por violar a boa-fé objetiva, na sua função restritiva de direitos, passa a constituir abuso de direito e, conseqüentemente, ato ilícito, na dicção do art. 187 do Código Civil.

Anderson Schreiber aponta a desnecessidade de discutir a culpa²⁵. Não se perquire na vedação ao comportamento contraditório se o autor da contradição tem a intenção e vontade de agir contraditoriamente ou de cometer um ilícito, a análise é apenas de se as condutas foram objetivamente contraditórias, pois, no mais das vezes, quem adota uma conduta contraditória, diante da aparente conformidade do segundo agir com o Direito Positivo, acredita que está agindo licitamente, porquanto atua acreditando estar de acordo com os ditames da lei, com o suporte legal que permite a prevalência dos seus interesses privados sobre a legítima confiança que despertara em terceiros, porém, no estado atual do direito, construído o pensamento jurídico da pós-modernidade na solidariedade social, quem adota conduta contraditória violadora da legíti-

²⁵ SCHREIBER (2012, p. 166-167).

ma confiança de outrem, gerando dano a este, ainda que em potencial, comete ato ilícito.

A título de exemplo, após intensa negociação com discussão de várias cláusulas contratuais, investimentos em projetos para fomentar propostas, e tendo a parte assinalado que estava fortemente inclinada a fechar o projeto, esta recebe uma proposta de terceiro, apresentando uma nova funcionalidade.

O contratante se interessa por esta funcionalidade, pede para que aquele que tinha confiança de que o contrato seria formalizado incluir essa funcionalidade no projeto, mas este, por falta de acesso à tecnologia necessária se recusa a fazer a inclusão da funcionalidade, vindo o contratante a entabular o contrato com a outra empresa que apresentou a funcionalidade.

Caso a primeira empresa venha a juízo pedir a reparação dos danos experimentados por conta da não realização do negócio que acreditava legitimamente que seria fechado, poderá a contratante elidir a responsabilidade provando que agiu lealmente, já que foi diligente, oferecendo a oportunidade para essa empresa-autora incorporar a funcionalidade oferecida por terceiro e que lhe despertou interesse, porém esta não se dispôs a incorporar a funcionalidade no seu projeto.

Assim, ainda que dispense a demonstração de culpa, a vedação ao comportamento contraditório, permite que aquele que é apontado como violador da confiança demonstre que agiu leal e corretamente com a contraparte, oferecendo oportunidade para cobrir determinada proposta de terceiro ou adaptar o que oferece às mesmas condições de outrem, alheio ao confiante e aquele que inspirou a confiança.

Outro ponto que merece a atenção é o da extensão da reparação, no caso de configurada a violação ao comportamento contraditório, sem justificativa alguma, cujo ato não comporta mais impedimento ou desfazimento. A determinação da extensão da indenização depende do tipo de relação jurídica em que houve a quebra da confiança.

O caso mais recorrente é de negociações preliminares que se intensificam e despertam a confiança recíproca de que o contrato será formalizado, sendo que um dos contratantes, sem motivo algum, encerra as negociações ou acaba contratando com terceiro.

Nesses casos, o pleito mais comum é de condenação do violador da confiança a pagar tudo aquilo que o que confiou receberia se o contrato fosse firmado, sob o argumento de que esse montante corresponde aos lucros cessantes, porquanto é o que razoavelmente deixara de receber em razão da concretização do contrato.

Entendemos que a indenização, como regra, não pode ter tamanha extensão, pois a tutela à confiança deve ser sopesada com os demais valores consagrados pelo sistema jurídico, sendo que o acolhimento de tal pleito traria violação à vedação do enriquecimento sem causa, pois nessa hipótese estar-se-ia condenando o autor da conduta contraditória a pagar por um serviço que não lhe foi prestado ou por um produto que não recebeu, vindo aquele que teve a sua legítima confiança quebrada a receber integralmente por um serviço que não prestou ou por um produto que não forneceu, sendo mais vantajoso para este que aquele adote a conduta contraditória do que formalize o contrato, já que receberá a integralidade da remuneração que vinha sendo negociada, sem arcar com o custo da prestação do serviço ou do fornecimento do produto.

O Direito não se coaduna com a solução de inverter injustiças. O ideal buscado pela aplicação do Direito é encontrar o reequilíbrio entre as partes, para que aquele que estava em situação vantajosa volte ao patamar de igualdade em relação ao que estava oprimido.

Nesse passo, demonstrada a hipótese de comportamento contraditório, parece ser mais razoável que aquele que quebrou a confiança da contraparte seja condenado a ressarcir os gastos que esta suportou por conta da expectativa legítima de formalizar o contrato.

Esses gastos podem ser na contratação de profissionais para iniciar o serviço na data em que quem atuou contraditoriamente exigia que iniciasse, o custo com o material e mão de obra na elaboração de projetos e maquetes que só foram elaborados porque ultrapassada a fase de negociações preliminares, o tempo dos profissionais da empresa, em suma, aqueles prejuízos que efetivamente sofreu aquele que teve a sua confiança quebrada, mas sem obrigar quem atuou contraditoriamente a pagar integralmente por um serviço não prestado.

A existência ou não de dano moral ou à imagem indenizável, mesmo nesses casos de frustração de negociação contratual, dependerá da análise de cada caso concreto, sempre com o conflito das ideias, desde aqueles que entendem que qualquer violação ao direito traz a carga negativa necessária para ensejar o dano moral indenizável, até aqueles que entendem que apenas a dor na alma e o sofrimento profundo são caracterizadores de dano moral indenizável, passando por outras correntes de pensamento existentes entre esta polarização, além da questão sobre o caráter meramente compensatório ou da existência, também, do caráter punitivo neste tipo de indenização.

Assentadas, então, as consequências da violação à vedação ao

comportamento contraditório, e trazida alguma luz sobre a extensão da responsabilidade civil no caso de indenização, interessante pontuar a questão da localização do instituto do *nemo potest venire contra factum proprium* no direito positivo.

Já anotamos que o instituto, apesar de previsto em alguns dispositivos legais, não está expressamente positivado como um princípio ou uma cláusula geral, isso não significa, contudo, que se trata de criação abstrata, sem vinculação com o sistema jurídico positivado.

Nesse passo, lembramos que a vedação ao comportamento contraditório é violadora da função restritiva da boa-fé objetiva, decorrente de um abuso de direito. Assim, pode-se encontrar fundamento legal para a adoção de comportamento contraditório como ato ilícito no art. 187 do Código Civil, bem como, no campo contratual, a obrigação de manter a conduta coerente no art. 422 do Código Civil.

A par do fundamento legal no plano infraconstitucional, Anderson Schreiber extrai, com razão, o fundamento para a proibição ao comportamento contraditório diretamente da Constituição Federal, mais precisamente no seu art. 3º,²⁶ que traz como objetivo fundamental da República o solidarismo social.

Assim, se a tutela da confiança é embasada no solidarismo social, em que um contratante deve pensar no outro, sendo-lhe vedada a adoção de medidas que tragam excessiva vantagem em grande prejuízo do outro, fazendo que o contrato deixe de ser o instrumento de submissão de uma parte em relação à outra, para que passe a ser um instrumento em que as partes empreendem esforços para alcançar a troca inicialmente almejada, lícito concluir que a vedação ao comportamento contraditório é instrumento para dar efetividade à sociedade solidária, apontada pelo art. 3º da Constituição Federal como sendo um dos objetivos fundamentais da República a ser tido como “base das prestações positivadas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”²⁷.

4. Conclusão

O que a vedação ao comportamento contraditório tutela não é a coerência de comportamentos de alguém, mas, sim, a confiança que determinado comportamento desperta em outrem.

²⁶ SCHREIBER (2012, p. 107-109).

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 109-110.

Não há possibilidade de falar de vedação ao comportamento contraditório sem falar da boa-fé objetiva, pois a vedação ao comportamento contraditório se enquadra na função restritiva da boa-fé objetiva e dentre os fundamentos da boa-fé objetiva está a tutela da confiança. A confiança que uma parte deve ter de que a outra atuará leal e honestamente na relação obrigacional.

Trata-se de uma necessidade social, pois traduz a demanda que as pessoas apresentam de poder contratar com outrem, sem que haja a permanente preocupação de que este apenas atuará em benefício próprio, ainda que isto venha a lhe prejudicar. Tutelar a confiança não significa trazer insegurança jurídica às relações negociais, protegendo aqueles que depositam sua confiança sem a contraparte atuar para justificar tal confiança.

A tutela da confiança vem outorgar proteção às hipóteses em que uma legítima confiança é quebrada. Para que haja essa legítima confiança, quem confia deve atuar com boa-fé subjetiva e ética, existam os fatos decorrentes da relação negocial que justifiquem a confiança depositada. Necessário que aquele que confia adote posições baseado nesta confiança e que quem atua contra esta confiança tenha atuado anteriormente de modo a inspirá-la.

Quem viola a confiança que fez despertar em outrem atua irregularmente, ainda que a quebra da confiança se dê pelo exercício de um direito que o violador da confiança julga ter, porque trazido no contrato ou em lei, porquanto ao se valer da posição jurídica, que acredita ter em prejuízo da legítima confiança que inspirou em outrem, o agente abusa do direito.

No caso da vedação ao comportamento contraditório, há a intersecção do instituto da boa-fé objetiva e o do abuso de direito, porquanto a vedação ao comportamento contraditório revela um abuso de direito por violação à boa-fé objetiva de quem exerce posição jurídica que acredita poder exercer, mesmo que tal atuação venha a violar a legítima confiança que contraparte lhe depositou por conta da conduta que vinha até então adotando.

O Estado Solidário, que hoje vivemos, incentiva a livre iniciativa e o acúmulo de capital, mas de forma ética, respeitando os demais integrantes da sociedade.

Com essa evolução o contrato deixa de ser um instrumento de renúncia de liberdade para confrontar interesses opostos e passa a ser visto como um pacto de mútuo auxílio para que se alcance um fim

inicialmente desejado, trazendo a ideia da obrigação como um processo e não mais um ato de submissão.

A vedação ao comportamento contraditório acaba encontrando fundamento no solidarismo social, que exige não só contratações éticas, mas também o comportamento ético dos indivíduos durante a relação contratual, assim como nas fases pré e pós-contratual.

Nesse passo, ao exigir que um particular se coloque no lugar do outro é que a vedação ao comportamento contraditório tutela a confiança legítima que um centro de interesses tem na atuação ética do outro, de forma que já se pode concluir que para a vedação do comportamento contraditório, a alteração de comportamento deve refletir na esfera jurídica de outrem trazendo, ao menos, a potencialidade de dano.

Isso não significa que alguém não possa alterar uma conduta só porque tal alteração venha a trazer prejuízos para outrem. É necessário que a conduta inicial seja objetivamente relevante, tendo potencial para inspirar a legítima confiança na outra parte de que ela será mantida, mas esta confiança é quebrada com a adoção de posição jurídica contrária à conduta que vinha sendo praticada, portanto, não se trata de confiança subjetiva daquele que confia, mas, sim, de atos do agente, que configurem o *factum proprium* e que sejam aptos, objetivamente, a inspirar confiança, isto é, a confiança somente será legítima se for inspirada por atos anteriormente praticados por aquele que depois adota conduta contrária àquela que vinha mantendo.

Importante destacar que tanto a conduta antecedente (*factum proprium*), como a posterior, contraditória, podem ser comissivas ou omissivas, basta que uma contrarie a outra, isto é, uma omissão relevante no tempo seja contrariada por um ato comissivo ou um ato comissivo que seja contrariado por uma omissão, podendo, ainda, dois atos comissivos serem contrários um ao outro.

Mais! A conduta posterior deve ser aparentemente lícita, isto é, analisada isoladamente, fora do contexto da conduta anterior (*factum proprium*), seria uma conduta lícita, que somente passa a ser ilícita se levada em consideração a conduta anterior e a confiança que esta inspirou em outrem. Essas condutas, como regra, se darão em momentos distintos, até para que a antecedente seja apta a despertar a legítima confiança da contraparte e a conduta antecedente deve emanar do mesmo centro de interesses que a seguinte, contraditória, encontrando ressonância no mesmo destinatário da conduta anterior (*factum proprium*), ainda que o fato não seja diretamente dirigido a quem confia.

Evidente que se houver a autorização legal para que o agente atue de forma contraditória, o instituto não deve ser aplicado.

Importante ressaltar, que apesar de a vedação ao comportamento contraditório, como uma cláusula geral autônoma, não vir expressamente prevista na legislação, esta, por ser uma forma de evitar o abuso de direito por violação à boa-fé objetiva, encontra fundamento legal nos artigos 187 e 422 do Código Civil, enquanto o fundamento constitucional e que permite aplicação além dos contratos e dos atos ilícitos está no inciso I do art. 3º da Constituição Federal, já que é um espelho do solidarismo social, objetivo fundamental da nossa República.

A consequência ideal para a atuação em violação à vedação ao comportamento contraditório é o impedimento da adoção deste comportamento. Caso isso não seja possível, porque a conduta contraditória já se concretizou, a segunda solução a ser procurada é se o comportamento contraditório pode ser desfeito e as partes retornarem ao status quo ante. Somente na hipótese de o desfazimento também não ser possível é que se vai falar em indenização, seja por danos materiais ou morais, com estes últimos mais aparentes nas relações jurídicas existenciais.

Quanto aos danos materiais, a indenização vem se pautando no quanto aquele que confia investiu por acreditar na conduta antecedente de outro. Em alguns casos, pode-se falar em o quanto deixou de lucrar, mas não obrigar quem atuou contraditoriamente, e deixou de contratar, a efetuar o pagamento integral do produto ou serviço que não recebeu da parte que confiou, já que haveria enriquecimento sem causa deste último.

Destaque importante para o fato de que na vedação ao comportamento contraditório não se discute a culpa de quem agiu contraditoriamente, apenas, objetivamente, se analisa a conduta antecedente a fim de verificar se é apta a despertar em alguém a legítima confiança de que será mantida e se o comportamento seguinte quebra esta legítima confiança, independentemente da intenção de quem as pratica ser de agir ilicitamente ou prejudicar aquele que vê a sua confiança quebrada.

A aplicação do instituto da vedação ao comportamento contraditório não pode ser fonte de insegurança e de descumprimento geral das obrigações, antes é fonte de reequilíbrio entre as partes, com fundamento constitucional, devendo, para tanto, ser aplicada apenas se presentes os seus pressupostos, como tutela da legítima confiança que, se quebrada, consagra o abuso de direito em violação à função restritiva da boa-fé objetiva.

5. Referências bibliográficas

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Boa-fé, mentira e o litigante ímprobo

Rogério Donnini¹
Advogado

Sumário: 1. *Fides, fides bona e bona fides*. 2. *Honeste vivere*, boa-fé e o princípio da moralidade. Boa-fé: do direito privado ao público. 3. A mentira *lato sensu* e a boa-fé processual. 4. Conclusão.

*Todo o mundo (e todo o tempo) é um palco
E todos os homens e mulheres meros atores.
Eles têm suas entradas e saídas;
E um homem em seu tempo desempenha muitos papéis.
(William Shakespeare - Como queiras, Ato II, Cena 7)*

Resumo: A noção de boa-fé surgiu a partir da ideia da *fides* romana, até chegar à *bona fides*, considerada um dos fundamentos da justiça. Essa transição operou-se pela via processual, por meio das *bonae fidei iudicia* (ações de boa-fé). A necessidade de ações judiciais de boa-fé sucedeu em razão da necessidade de segurança nas relações jurídicas, na busca pela verdade e, como consequência, na esperança constante de que compromissos assumidos fossem cumpridos. Há um vínculo cristalino entre a boa-fé e um dos preceitos primaciais da convivência humana, constante do Digesto, que é viver honestamente (*honeste vivere*). A cláusula geral de boa-fé, antes positivada apenas no CDC e Código Civil e constante da Constituição Federal por intermédio do princípio da moralidade, agora se estende ao NCPC, juntamente com a imposição de cooperação. Se a litigância de má-fé, centrada em extenso rol de mentiras *lato sensu*, era penalizada de forma branda, com a novel legislação haverá maior rigor e esperança de que ao menos diminuam os casos de atuação do *improbis litigator*.

¹ Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da PUC-SP, da *Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli*, Itália, e da Escola Paulista da Magistratura. Titular da Cadeira n. 73 da Academia Paulista de Direito, da qual foi presidente.

Riassunto: La nozione di buona fede è nata dall'idea della *fides* romana, fino a raggiungere la *bona fides*, considerata uno dei fondamenti della giustizia. Questa transizione è successo da mezzi procedurali, attraverso delle *bonae fidei iudicia* (azioni di buona fede). La necessità di azioni legali in buona fede è accaduta della necessità di sicurezza nei rapporti giuridici, nella ricerca della verità e, di conseguenza, con la speranza costante che gli impegni siano rispettati. Esiste un chiaro legame tra la buona fede e precetti primaziali della società umana, che fa parte del Digesto: vivere onestamente (*honeste vivere*). La clausola generale di buona fede prima valutata positivamente solo al CDC e Codice Civile, contenuta nella Costituzione Federale attraverso il principio della moralità, si estende ora al NCPC, insieme con l'imposizione di cooperazione. Se la litiganza di mala fede, centrata sulla lunga lista di grandi bugie *lato sensu*, era penalizzata in modo blando, con la nuova legge avrà un maggiore rigore e la speranza per almeno diminuire i casi di attuazione del *improbis litigator*.

1. *Fides, fides bona e bona fides*

Na direito romano arcaico², muito antes do surgimento da boa-fé (*bona fides*), havia a *fides*, advinda da deusa com o mesmo nome, mais velha do que Júpiter, com viés claramente religioso, consistente na qualidade de uma pessoa de aparência e comportamento confiáveis, cuja palavra dada era passível de confiança. Assim, a infringência da *fides* transformava o bom e probo (*bonus et probus*) em mau e improbo³ (*malus et improbus*), razão pela qual havia inegável liame entre *fides*, substantivo, e o verbo latino *credo* (crer, acreditar)⁴, pois sem possuir o sujeito um determinado nível sociojurídico não havia crédito e, como consequência, *fides*, tornando-o incapaz para a prática de um negócio⁵.

A noção de fides pode ser dividida em *fides-sacra*, *fides-fato* e a *fides-ética*. Contudo, interessa-nos a passagem da *fides* à *fides bona* e, finalmente, à *bona fides*, transição esta que se operou pela via processual, haja vista que o sistema jurídico romano estava fundamentado na atribuição concreta de ações e não no reconhecimento abstrato de situações subjetivas⁶. Destarte, embora controvertido o rol das *bonae*

² Período que vai da fundação de Roma (750 a.C.) até a Lei das XII Tábuas, de 450 a.C.

³ *Improbis* tem o significado de incapaz de provar, de ser testemunha.

⁴ Confiança, crença baseada na qualidade de alguém.

⁵ FIORI, Roberto. *Fides e bona fides – gerarchia sociale e categorie giuridiche*. In: FIORI, Roberto (a cura di). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* n. 3. Napoli: Jovane, 2008. p. 240.

⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 71.

fidei iudicia, estão entre elas a venda, a locação, a sociedade e, posteriormente, o mandato⁷.

Com a laicização da *fides*, sob a égide do *ius gentium*, normas do direito romano aplicáveis aos estrangeiros, surgiram os primeiros contratos consensuais entre estes e os romanos. Se a *fides* era aplicada no âmbito da Roma arcaica, limitada à esfera da comunidade romana, em que o status dos cidadãos eram notórios e plenamente definidos, quando os negócios passaram a ser internacionais, em que as partes envolvidas eram de diversas culturas e regiões, passou a inexistir a certeza do crédito e uma *fides* fictícia.

A *bona fides*, assim, surgiu dessa necessidade de segurança nas relações jurídicas, enaltecendo a fidelidade na verdade e em compromissos assumidos, considerada um dos fundamentos da Justiça⁸.

2. *Honeste vivere* e o princípio da moralidade.

Boa-fé: do direito privado ao público

O *Corpus Iuris Civilis* ou Código *Justinianeu*, do Imperador Justiniano, de 526 d.C., está dividido em quatro partes: O *Digesto* ou *Digesta*, também conhecido com o nome grego *Pandectas*, que é uma compilação de fragmentos de textos de juriconsultos clássicos; as *Institutas* ou *Instituições* (*Institutiones*), que eram utilizadas como um manual de Direito Romano aos estudantes de Direito de Constantinopla⁹, o Código (*Codex*), consistente de uma coleção sistemática de leis e decretos imperiais, e as *Novelas* (*Novellae Constitutiones*), que eram novas leis imperiais. No Digesto 1.1.10.1, Ulpiano enumera os preceitos do direito: viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu (*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*)¹⁰.

⁷ SUPLOT, Alain. *Homo juridicus – ensaio sobre a função antropológica do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 113. Na acepção do Imperador Justiniano, as *bonae fidei iudicia* são: a compra, venda, locação, condução, gestão de negócios, mandato, depósito, fidejussão, sociedade, tutela, comodato, penhor, juízos divisórios, *hereditatis petitio* e *ex stipulatione incerta* (Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, op. cit., p. 76).

⁸ CÍCERO. *Os deveres*. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2008. t. I. p. 49.

⁹ INSTITUTAS do Imperador Justiniano. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁰ A origem desses preceitos, posto integrem o *Digesto*, é grega, uma vez que, em meados da República (510 a.C. até 27 a.C.), a conquista da Grécia por Roma resultou na absorção de sua cultura, em especial na retórica, didática, filosofia, oratória e literatura. Na filosofia, destacam-se as preleções advindas com o epicurismo, bem como do estoicismo, que representou a comunhão de uma vasta gama de pensadores por muitos séculos. Esta última corrente filosófica influenciou sobremaneira a cultura romana, sobretudo no período clássico. As doutrinas filosóficas que mais influenciaram o

O segundo preceito de Ulpiano, *alterum non laedere* ou *neminem laedere* (a ninguém lesar), considerado elemento negativo da justiça, advém da filosofia epicurista, que propaga o direito como resultado de um compromisso de utilidade, ou seja, com a ideia de não se ofender reciprocamente, que tem sua origem no Direito Natural. De acordo com essa corrente filosófica, a proposta era de uma busca da felicidade, entendida esta como o bem-estar individual e coletivo. Sendo assim, diferentemente dos estoicos, que pugnavam como regra de vida a observância à razão, à natureza e à virtude, a filosofia *epicurista* não guarda relação com o cálculo da justa parte que deve corresponder a cada um, mas o de não causar prejuízo a outrem, não lesar (*non laedere*)¹¹, verdadeiro óbice à livre ação ou omissão que cause danos a outrem e que exerce o papel não apenas na reparação da ofensa, mas sobretudo como maneira de prevenção de lesões.

O terceiro preceito, dar a *cada um o que é seu* (*suum cuique tribuere*) traduz a noção do justo e do injusto, idealizada especialmente por Aristóteles e indica a *justiça distributiva*, que versa sobre a divisão de dignidades, das funções e das vantagens sociais, não com fundamento na igualdade estrita, mas na ideia de proporcionalidade¹². É, em suma, como preceitua Ulpiano, a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que lhe cabe, que se vale dos dois outros preceitos (elemento negativo e moral da justiça: *neminem laedere e honeste vivere*, respectivamente).

O primeiro preceito, que tem especial relevo para este estudo, é o moral (*viver honestamente*), que retrata justamente a moral estoica, que estabelece a honestidade como um bem supremo. Para o estoicismo, a virtude está acima de tudo e é imposta por todo o universo, haja vista que a natureza é dominada pela razão e esta regula a natureza do

pensamento ocidental foram, indubitavelmente, o *aristotelismo* e o *estoicismo*. A primeira corrente, com a teoria da justiça, teve prevalência direta na Antiguidade e na Idade Média, pois de sua noção de ética aparecem os sistemas filosóficos da *escolástica* e o *tomismo*, além de vários outros pensamentos filosóficos dos séculos XIX e XX (V. Rogério Donnini, *Responsabilidade civil pós-contratual*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41 e s.; Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli in *História da Filosofia do Direito*, tradução de Maurício de Andrade, Barueri - SP: Manole, 2005, p. 90 e 91; Bertrand Russell in *História do Pensamento Ocidental*, tradução de Laura Alves Aurélio Rebelo, Ediouro, Rio de Janeiro, 3. ed., 2003, p. 171; e Arthur Kaufmann, em sua obra *Filosofia do Direito*, tradução de Antônio Ulisses Cortês, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004, p. 35).

¹¹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Bertiner, São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 524. A difusão da doutrina epicurista pode ser verificada nas obras de Cícero e Lucrécio, que influenciaram diretamente o *contratualismo* e o *utilitarismo* modernos, com Hobbes, Locke e Bentham. No direito contemporâneo existe uma tendência de não se desviar da busca do justo, porém reduzir o justo ao útil, diante de sua mais fácil percepção, na busca do bem-estar.

¹² FARAGO, France. In: *A Justiça*. Tradução de Maria José Pontieri, Manole, 2004. p. 73.

homem. Desse modo, o que corresponde à razão prática e às concepções da ética é, simultaneamente, natural. Um homem justo, correto, era aquele que cumpria com sua obrigação proveniente de um contrato.

Portanto, agir com correção estava vinculado ao respeito aos direitos do outro contratante, com a efetivação daquilo que foi prometido, pactuado. Essa ação justa, correta, proporcional, resultou na denominada *iustitia commutativa*¹³. Contudo, no Direito *justianeu honeste vivere* passou a ter um significado mais amplo, que abarcou a boa-fé (*bona fides*), a ideia de justiça e também de lealdade.

Assim, a noção de *bona fides* (boa-fé) está relacionada a *honeste vivere*¹⁴, pois *honestus* tem relação com *virtus* (de vir) e com *honor*. Destarte, *vir honestus* é tanto quanto *vir bonus* (homem bom), ou seja, aquele que age de acordo com a *honra civil*, com a total reputação que tem perante a lei, que tem por escopo o bem da comunidade¹⁵.

Há evidente relação entre esses três preceitos do direito que, bem de ver, guardam vínculo com a ideia do justo, haja vista que *viver honestamente* se coaduna com uma vida que tenha por objetivo *não lesar a outrem* e, por fim, *dar a cada um o que é seu* evita um comportamento desleal, incorreto, desproporcional. São, na realidade, medidas de justiça a boa-fé, da qual resultam os deveres de consideração, também denominados deveres anexos, acessórios, de consideração ou laterais (informação, lealdade e proteção¹⁶, a dignidade humana¹⁷, a solidariedade¹⁸, a liberdade, que no direito privado consiste na liberdade contratual, que decorre da autonomia privada, além do já mencionado princípio *neminem laedere*¹⁹, fundamento da responsabilidade civil.

¹³ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 42, 43 e 245.

¹⁴ Ulpiano, Digesto 1.1.10.1; *Institutiones* 1.1.3.

¹⁵ IGLESIAS, Juan. *Direito romano*. Tradução da 18. ed. espanhola de Claudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 156.

¹⁶ V. Rogério Donnini, op. cit., p. 81 e s.

¹⁷ Helmut Coing, op. cit., p. 246.

¹⁸ A ideia de solidariedade tem vínculo direto com a boa-fé objetiva (CC, art. 422, e CDC, art. 4º III), pois ambos os princípios são incompatíveis com um comportamento individualista, tão crescente e marcante em nossa sociedade atual, que esteja distante da ideia de equilíbrio, equidade, proporção ou correção. Nas relações jurídicas a solidariedade é de curial importância, em razão da natureza humana individualista, que se acentua cada vez mais, motivo pelo qual é indispensável sua imposição como valor e princípio constitucional, com a finalidade de tutelar os interesses da outra parte, débil ou prejudicada. Nas relações de Direito Civil, o princípio da solidariedade tem aplicação por intermédio da função social dos institutos de direito privado, além do disposto no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao estabelecer que na aplicação da lei o magistrado deve atender à sua finalidade social e às exigências do bem comum. Há, também, direta relação entre um comportamento solidário e a boa-fé objetiva (CC, art. 422, e CDC, art. 4º, III). V. Rogério Donnini, op. cit., p. 47.

¹⁹ A ninguém lesar.

Funcionam esses princípios como valores que exercem, no caso concreto, a função de medida da justiça, uma vez que sem esse valor primordial, que é a justiça, o direito fica despossuído de qualquer significado²⁰.

A boa-fé, entre nós, teve origem no direito privado²¹ e se difundiu por todo o ordenamento jurídico, com dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Embora fosse desnecessário, ao menos hipoteticamente, tornar expresso um princípio dessa magnitude, pois não teria sentido qualquer uma relação jurídica dissociada de um comportamento correto, honesto, o efeito prático e didático é evidente. No direito civil e do consumidor, a cláusula geral de boa-fé (CC, arts. 113 e 422 – CDC, art. 4º, III, e 51, § 1º) resultou e continua a propiciar um grande número de julgados em que se exige um comportamento ético.

Há duas espécies de boa-fé: a subjetiva e a objetiva. A primeira diz respeito ao desconhecimento ou ignorância de uma pessoa na lesão ao direito de outrem²², conforme se constata na posse de boa-fé, em que o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impossibilita a obtenção da coisa (CC, 1.201). A segunda, por sua vez, é norma de comportamento, de atitude leal, conduta segundo a ideia de correção, que tem incidência por ocasião de sua aplicação pelo magistrado, no caso concreto. Trata-se de verdadeira conduta que leva em consideração os interesses da outra parte e não simples comportamento com ausência de má-fé.

A boa-fé tem importância inegável, visto que, como vimos, sua incidência não se restringe ao direito privado, mas abarca todo o direito. Todavia, por se tratar de um princípio polissêmico, sua incidência está condicionada à função que é destinada, uma vez que pode ser um *princípio geral do direito* que, bem de ver, não está positivado (p. ex., na interpretação de uma lei), como cláusula geral (CC, 113 e 422) ou como conceito legal indeterminado (v.g., boa-fé na usucapião ordinária)²³.

Como dissemos, a boa-fé transcende o direito privado, pois qualquer situação jurídica impõe um comportamento correto, honesto,

²⁰ DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade – felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015. p. 35.

²¹ Nosso Código Comercial, de 1850, mais de seis décadas antes do Código Civil de 1916, já estabelecia, em seu art. 131, revogado pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o seguinte: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1. A inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

²² BIANCA, C. Massimo. *Instituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè Editore, 2014. p. 244.

²³ A aplicação de um princípio, diversamente das regras jurídicas, depende da função a que ele se destina, em um dado sistema. V. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 163.

equânime, proporcional. No direito público, o agir segundo a *bona fides* há muito é condição indispensável em qualquer democracia²⁴, haja vista que é inadmissível uma convivência entre pessoas, seja no âmbito privado ou público, seja na relação entre governantes e governados ou no exercício do poder, desprovida de um comportamento ético, transparente, de confiança (*fides*²⁵, *fiducia*²⁶). Para tanto, a extensão da boa-fé se realiza por meio do princípio da moralidade²⁷. Tanto é certo que a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública, estabelece, no art. 2º, que, entre outros²⁸, a administração obedecerá ao princípio da moralidade, prevendo, ainda, no parágrafo único, inciso IV, deste mesmo dispositivo, a observância à atuação em conformidade com os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

No entanto, nem sempre é tarefa fácil a sua utilização adequada, que pode ter uma função normativa, integrativa ou interpretativa²⁹. De qualquer maneira, em qualquer uma dessas situações a busca é de algo que seja justo, correto, leal, equilibrado.

3. A mentira *lato sensu* e a boa-fé processual

Vivemos em uma sociedade em que a mentira integra as relações interpessoais. Trata-se de uma prática infelizmente bastante aceitável, algo costumeiro e para muitos considerado natural. No âmbito da política, tem sido a mentira utilizada há milênios como meio de manipulação pública. Mentira, do latim *mendacium*, tem o significado de engodo, aquilo que é realizado com o fito de enganar, impostura, burla³⁰.

Se é pouco provável encontrar quem não minta, há uma enorme distância entre a mentira levada a efeito com a finalidade de não

²⁴ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em sua obra *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2009, p. 357, prelecionam: “A moralidade administrativa consiste no dever que o agente político, funcionário ou servidor têm de agir de modo legal, escorreito, honesto, sem aproveitar-se das vantagens de seu cargo ou função para si ou para outrem e sem favorecer ou prejudicar alguém. A atitude do ímprobo administrativo é punida na forma da CF 37 § 4o e da lei. Os regulamentos internos do poder público relativos à ética e moralidade administrativas complementam o princípio constitucional.”

²⁵ Fé, confiança, em latim.

²⁶ Confiança, em italiano.

²⁷ Art. 37 da Constituição Federal.

²⁸ Princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

²⁹ Guido Alpa, *I principi generali, Trattato di Diritto Privato*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, 2. ed., Milano: Giuffrè, 2006, p. 17-21, acrescenta a essas funções as seguintes: função constitutiva, função racionalizante, função econômica, função garantista e função ideológica.

³⁰ Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=mentira>>.

magoar outrem ou sua utilização por cortesia, sem maiores consequências, ou ainda falsear a verdade para que não haja lesão a si próprio ou a outra pessoa e dizer uma inverdade com o escopo de obtenção de lucro indevido, prática de atos fraudulentos, vitória em uma ação judicial, entre tantas outras hipóteses.

No Brasil, a mentira permitida pelo réu na esfera penal teve e continua a ter repercussão em todas as áreas, no processo civil, inclusive. Trata-se de excrescência jurídica que contamina todo o nosso ordenamento. Embora seja fundamental a preservação do princípio *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo), assim como o direito do réu ao silêncio³¹, garantias constitucionais indispensáveis, a inverdade tolerada nessa situação causa malefícios a todos, razão pela qual a proibição com mais ênfase no novo CPC de atitudes contrárias à boa-fé, entre elas a mentira, é de vital importância para a solução das controvérsias judiciais.

No Ocidente³², o tema mentira tem suscitado duas posições: há os que aceitam, em situações excepcionais, a inverdade e aqueles que simplesmente a refutam veementemente, em qualquer hipótese. Platão integra a primeira corrente. Em sua obra *A República*, embora louve o homem veraz, sustenta que a mentira, em algumas situações, seria permitida como, *verbi gratia*, se utilizada contra os inimigos ou em situações que envolvessem pessoas na iminência de praticar condutas reprováveis, funcionando, desta maneira, como um remédio, tornando-se algo útil, em benefício de outrem ou dos habitantes de uma cidade. Sendo assim, a mentira seria admissível apenas para algumas pessoas e em determinados momentos, como para o governante, em benefício da *polis*, o que representaria uma nobre mentira. Apesar disso, a verdade é sempre enaltecida³³.

Schopenhauer segue nessa mesma direção, ao sustentar que, quando em situações de ameaça de atos violentos ou nos casos de preservação da intimidade, a mentira seria aceitável, isto é, na hipótese de autodefesa, bem como em causas nobres a inverdade seria admissível³⁴.

³¹ CF, art. 5º, inc. LXIII.

³² No judaísmo e no cristianismo a mentira é vedada. Em Êxodo 20:16 e Levítico 19:11, no Antigo Testamento, o recurso ao falso testemunho é proibido, o mesmo sucedendo no Novo Testamento, na Carta aos Efésios 4:25.

³³ PLATÃO. *A República*. Tradução de Anna Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 328 c e 382 d, p. 82 e 83.

³⁴ Arthur Schopenhauer, *Sobre o fundamento da moral*, Tradução de Maria L. Cacciola, São Paulo: Martins Fontes, 2001. Benjamin Constant, *Des réactions politiques*, texto publicado em F. Boituzat: *Un Droit de Mentir? Constant ou Kant*. Paris: PUF, 1993, contrariamente ao preconizado por Kant, afirma que a vida em sociedade seria insustentável se dizer a verdade fosse um dever incondicional.

Entre os que rechaçam, sem exceção, a mentira, está Aristóteles, que a condena veementemente, em razão da infringência a um princípio ético, pois assevera que “[...] a falsidade é em si mesma vil e culpável; e a verdade, nobre e digna de louvor.” No entanto, seriam aceitáveis, a seu ver, o aumento ou a diminuição da verdade. No primeiro caso seria o que ele denomina *jactância*, e no segundo, *ironia*. Se se tratasse, contudo, de seu emprego, por exemplo, em um negócio ou questões que envolvessem a Justiça, por ser um vício de natureza grave, estar-se-ia diante de uma traição ou fraude, atos, assim, inaceitáveis³⁵.

Nos séculos IV e V de nossa era, Santo Agostinho escreveu textos sobre a mentira: *De mendacio*, no ano 395, ano em que foi consagrado Bispo de Hipona, e contra a mentira, *Contra mendacium*³⁶, em 420, assim como em *Confissões*, ao aduzir que a felicidade advém da verdade, condenando efusivamente a mentira, tampouco admitindo exceções para a sua utilização, ao afirmar:

É assim, é assim, é assim também a alma humana: cega, lânguida, torpe e indecente, procura ocultar-se e não quer que nada lhe seja oculto. Em castigo, não se pode ocultar à verdade, mas esta se oculta a ela. Apesar de ser tão infeliz, antes quer encontrar a alegria nas coisas verdadeiras do que nas falsas. Será feliz quando, liberta de todas as moléstias, alegrar-se somente na Verdade, origem de tudo o que é verdadeiro.³⁷

Santo Tomás de Aquino, em *Suma Teológica*, perfilha esse mesmo entendimento e não apenas refuta a mentira, mas vai além, diante da indagação de Pôncio Pilatos: “Que é a verdade? (*Quid est veritas?*)³⁸. Responde que é “a adequação do intelecto à coisa (*veritas est adaequatio intellectus et rei*)”³⁹. Kant, do mesmo modo, não aceita a men-

³⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. 1127a, 5 a 30 e 1127b, 5 a 30, p. 98 a 100.

³⁶ MATTHEWS, Gareth B. *Santo Agostinho – a vida e as ideias de um filósofo adiante de seu tempo*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 196.

³⁷ SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Tradução de J. Oliveira Santos e Ambrósio de Pina. São Paulo: Universitária São Francisco, 2011. p. 256.

³⁸ Evangelho de São João, 18, 38.

³⁹ TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Tradução de Aimom-Marie Roguet et al. São Paulo: Loyola, 2001. I, 16, 2, C. No mesmo sentido, Dante Alighieri classifica o agente que pratica a mentira, ou mais precisamente o agir com malícia, de forma fraudulenta ou com força, causando danos a outros, no plano do inferno (ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. Tradução de José Pedro Xavier Pinheiro. São Paulo: eBooksBrasil.com, 2003. Inferno, Canto XI, verso 24, p. 98): “Todo mal, que no céu cólera acende, Injustiça há por fim, que o dano alheio, /Usando fraude ou violência, tende.” No original:

tira, em qualquer hipótese, na medida em que defende uma obediência incondicional à verdade⁴⁰.

Se é inegável que a mentira integra as relações interpessoais, a inverdade que altere o resultado do julgamento ou inviabilize a sua solução em tempo razoável, lançada em um processo, causará danos, seja ela perpetrada pelas partes, procuradores, magistrado ou assistentes e funcionários do Juízo. Sendo assim, a mentira ofende frontalmente a ideia de cooperação e boa-fé, exigidas agora processualmente, nos termos dos arts. 5º, 6º (cooperação), 322 § 2º (boa-fé na interpretação do pedido) e 489, VI, § 3º (boa-fé na interpretação da decisão judicial), todos do NCPC, posto no Código de Processo Civil de 1973 já houvesse uma determinação de lealdade e boa-fé no art. 14, inc. II. Contudo, não se tratava de uma cláusula geral, nos moldes do referido art. 5º da novel lei processual, que estabelece, como consecutório, a vedação ao abuso de direito processual, nos moldes do art. 187 do Código Civil, caracterizado por aquele que vai além dos limites de seu direito, passível de responsabilização por danos causados como litigante de má-fé (NCPC, 79/81)⁴¹.

Embora a boa-fé represente não apenas um comportamento contrário à mentira, mas verdadeira opção pela correção, cooperação, lealdade, solidariedade, equilíbrio, transparência, confiança, é inegável que no processo a inverdade levada a efeito por quaisquer dos intervenientes na relação jurídica causa um efeito deletério não apenas para a parte lesada, mas um dano social, visto que os efeitos podem ser de grande amplitude.

Em verdade, não teria sentido apenas o direito material regular expressamente a boa-fé objetiva, sem a mesma exigência no direito processual, embora o agir segundo este princípio seja ínsito a qualquer ordenamento, mesmo no caso de inexistência de uma norma expressa. No entanto, o efeito didático é fundamental para um aprimoramento da prestação jurisdicional.

A cooperação, uma das funções do direito, ao lado de uma ordem de paz, liberdade, segurança social e integração⁴², no processo tem

“D’ogne malizia ch’odio in cielo acquista, ingiuria è ‘l fine, ed ogne fin cotale o con forza o con frode altrui contrista.”

⁴⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin-Claret, 2008.

⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 206-207.

⁴² HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 61.

liame direto com a boa-fé, vale dizer, um comportamento solidário⁴³, o agir em colaboração, com lealdade, que impõe atitudes justas, tais como o fornecimento de informações e a não atuação com má-fé⁴⁴.

A boa-fé objetiva processual não diverge da de direito material, pois é uma *cláusula geral* e caberá ao magistrado averiguar sua violação que, normalmente, se verifica com a mentira, no sentido mais amplo, como criar dificuldades desnecessárias à outra parte, entaves ao cumprimento de uma decisão judicial, a não apresentação de documento indispensável ao deslinde da causa, entre outras hipóteses⁴⁵.

Sendo assim, atos contrários à boa-fé e cooperação, praticados com dolo, de maneira maldosa, resultam na litigância de má-fé, verdadeiro dano processual, com a conseqüente fixação de penas pecuniárias que já faziam parte de nosso Estatuto Processual de 1973 e que agora, nos artigos 79/81, se tornaram mais graves e com punições em valores mais elevados⁴⁶, mas ainda insuficientes para coibir essa prática.

O litigante de má-fé (*improbus litigator*) vale-se de ações ou omissões com o fito de enganar, desconstruir a verdade, ao deduzir: pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; modificar a verdade dos fatos; utilizar do processo para a obtenção de objetivo ilegal; provocar resistência sem qualquer justificativa ao andamento normal do processo; agir de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidente manifestamente infundado ou quando interpuser recurso com intenção manifestamente protelatória (art. 80 do NCPC). Pratica, em todas essas hipóteses, uma mentira *lato sensu*, haja vista que há engodo, burla, embuste, atitudes inadmissíveis e manifestamente contrárias ao Direito e ao ideal de Justiça, fim colimado do processo.

⁴³ De Solidário (do latim *solidarius*) provém da palavra solidariedade, que possui o significado de dever recíproco entre as pessoas, que se obrigam uma pelas outras e cada uma delas por todas as outras pessoas. Trata-se de aspecto ético que liga uma pessoa às responsabilidades e interesses sociais, um verdadeiro comportamento centrado na ética, com o fim de beneficiar as demais pessoas em uma dada sociedade. V. Rogério Donnini, op. cit., p. 174.

⁴⁴ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, op. cit., p. 206.

⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil* – artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 62.

⁴⁶ O art. 18 do CPC de 1973 prevê uma multa para o litigante de má-fé que não exceda 1% do valor da causa, além de indenização por dano causado à parte, mais honorários e despesas. O NCPC (art. 81) estendeu o patamar desse percentual, ao fixar que a multa deve ser superior a 1% e inferior a 10% do valor corrigido da causa, além da indenização. Acrescenta também que se o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 salários-mínimos (§ 2º).

4. Conclusão

Embora a origem da *bona fides* seja processual, a boa-fé objetiva do nosso direito material irradiou ao direito processual, com uma dimensão ético-jurídica importantíssima, uma vez que não tinha senso algum deixar de exigir dos intervenientes do processo, com mais veemência e rigor, um comportamento centrado na lealdade, honestidade, retidão, probidade, além da vedação clara ao comportamento abusivo processual.

Com isso, pugna-se pela verdade e se condena o que denominados mentira *lato sensu*, consistente, entre outras, nas hipóteses de litigância de má-fé que, em boa hora, são apenadas de maneira mais gravosa, mas ainda insuficiente, àquele que procura direcionar o processo ao engano, à inverdade e, como consequência lógica, a uma decisão injusta, causando um dano social, contrário, portanto, à dignidade humana, aos fins sociais e às exigências do bem comum.

Se a Terra é o palco e somos nós os atores, na notável visão shakespeariana, os intervenientes do processo, embora possam desempenhar vários papéis, têm o dever de dizer a verdade, sob as penas agora rigorosas da lei.

Bibliografia

ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia*. Tradução de José Pedro Xavier Pinheiro. São Paulo: eBooksBrasil.com, 2003.

ALPA, Guido. *I principi generali* – trattato di diritto privato. A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BIANCA, C. Massimo. *Instituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2014.

CÍCERO. *Os deveres*. Tradução de Luiz Feracine, São Paulo: Escala, 2008. t. I.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CONSTANT, Benjamin. Des réactions politiques. In: BOITUZAT, F. *Un droit de mentir? Constant ou Kant*. Paris: PUF, 1993.

DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade* – felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

_____. *Responsabilidade civil pós-contratual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARAGO, France. *A justiça*. Tradução de Maria José Pontieri. São Paulo: Manole, 2004.

FIORI, Roberto. Fides e Bona Fides – gerarchia sociale e categorie giuridiche. In: FIORI, Roberto (a cura di). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato n. 3*. Napoli: Jovane, 2008.

HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

IGLESIAS, Juan. *Direito romano*. Tradução da 18. ed. espanhola de Claudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

INSTITUTAS do Imperador Justiniano. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin-Claret, 2008.

- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- MATTHEWS, Gareth B. *Santo Agostinho – a vida e as ideias de um filósofo adiante de seu tempo*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PLATÃO. *A república*. Tradução de Anna Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Tradução de Laura Alves Aurélio Rebello. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.
- SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Tradução de J. Oliveira Santos e Ambrósio de Pina. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2011.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o fundamento da moral*. Tradução de Maria L. Cacciola. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus – ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Tradução de Aimom-Marie Roguet et al. São Paulo: Loyola, 2001.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A capacidade no Código Civil – cem anos de evolução

*Roque Antonio Mesquita de Oliveira*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Neste singelo trabalho é minha intenção provocar uma reflexão sobre a evolução do modo de tratamento outorgado pela lei civil no tocante a capacidade das pessoas, que antigamente eram tratadas apenas como “*homem*”, sem qualquer outra preocupação: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil” (artigo 2º, Código Civil/1916). Essa circunstância, vista nos dias atuais, representa um dos pontos de maior evolução no modo como a sociedade civil brasileira passou a tratar o ser humano como pessoa e não mais, simplesmente como um “*homem*”.

A Lei nº 3.071, de 01/01/1916, ao instituir o Código Civil, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1917, revogou todas as “Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código” (artigo 1.807).

Fazendo um estudo comparativo, vemos que a incapacidade, tanto absoluta ou relativa, fora objeto de preocupação no artigo 7º do antigo código: “Supre-se a incapacidade, absoluta ou relativa, pelo modo instituído neste Código, Parte Especial”.

Assim sendo, os chamados “loucos de todo gênero, os surdos mudos, sem educação que os habilite a enunciar precisamente a sua vontade, os pródigos” eram sujeitos à curatela (artigo 446, *idem*) através da chamada “*interdição*”, de iniciativa do pai, mãe ou tutor, do cônjuge, ou algum parente próximo ou até mesmo pelo Ministério Público (artigo 447, *idem*), apenas determinando a lei que o Juiz examinasse o interditando, pessoalmente, podendo também ouvir profissionais, que o ajudassem na formação do convencimento (artigo 450, *idem*).

Partindo desse pressuposto e examinando os textos atuais que regulam a deficiência, o primeiro sentimento do intérprete é de preple-

¹ Desembargador da 18ª Câmara de Direito Privado. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Assistente de Direito Civil na Escola Paulista da Magistratura. Professor de Direito Civil em Cursos de Bacharelado em Direito.

xidade. Mas, essa sensação é prontamente afastada após reflexão para entender o alcance da lei nova.

Quando se vai interpretar um texto com a intenção de definir o sentido buscado pelo autor, deverá o intérprete verificar não apenas a lógica inserida nas palavras, mas deverá levar em conta a realidade na qual será aplicado e o restante do Direito.

No dizer de Alar Caffé Alves, na sua obra “Lógica – Pensamento Formal e Argumentação – Elementos para o Discurso Jurídico. Bauru: Edipro, 2000, p. 194-195”, a

vinculação normativa não depende apenas de uma obtenção de sentido exclusivamente lógica. Há necessidade também da consideração dos aspectos práticos e sociais envolvidos na questão. Por isso é que o sentido da norma se altera conforme se dá a mudança do mundo (apud CIRILLO, Luis Fernando; RORTY, Richard; MAXIMILIANO, Carlos. Uma leitura pragmatista da interpretação jurídica. Revista da *Escola Paulista da Magistratura*, ano 15, número 2, p. 47, setembro 2015).

O Código Civil vigente (Lei nº 10.406, de 10/01/2002) fixou o entendimento no sentido de que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (artigo 1º) e que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (art. 2º). Com essas regras fundamentais de abertura dos seus princípios, fixou a preocupação do legislador em amparar e proteger a pessoa como elemento ativo na sociedade.

Contudo, ao tratar da capacidade das pessoas, passados cerca de 13 (treze) anos da sua vigência, o Código Civil foi radicalmente alterado em decorrência da Lei nº 13.146, de 06/07/2015. Essa alteração levou em conta a transitoriedade que pode acontecer a uma pessoa, devido a uma causa que pode ser passageira ou permanente:

Artigo 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [...] III. Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Essa regra procura disciplinar os efeitos jurídicos das vontades das pessoas, reconhecendo que elas podem ficar limitadas no exercício da

prática de atos ou negócios jurídicos, mas não de modo absoluto e, sim, “a certos atos ou à maneira de os exercer”.

É, sem dúvida alguma, alteração relevante, evidenciando aquilo que se chama “sinais dos tempos”, considerando que anteriormente não havia previsão legal para a limitação da capacidade em casos excepcionais.

É oportuno lembrar a lição de Francesco Ferrara (*Interpretação e aplicação das leis*. Tradução de Manoel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987. p. 111.):

O juiz é o intermediário entre a norma e a vida: transforma a regulamentação típica e abstrata, imposta pelo legislador, na regulamentação individual e concreta das relações entre os particulares, mas é executor e não criador da lei (apud CIRILLO, Luis Fernando, op. cit., p. 59).

A preocupação que cerca o presente trabalho diz respeito às normas estabelecidas pela lei que instituiu a inclusão da pessoa com deficiência, conhecida como “*Estatuto da Pessoa com Deficiência*”, elaborada com o objetivo de “[...] assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (artigo 1º, *caput*).

As pessoas nessas condições estavam praticamente excluídas do exercício da cidadania por ato próprio de vontade e agora podem conviver em igualdade de condições com as demais para a prática de determinados atos, aumentando a sua autoestima em perfeita harmonia com a sua dignidade, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, garantida pela Constituição Federal (artigo 1º, III).

Portanto, a condição de deficiente deixou de ser uma limitação para a plena capacidade civil da pessoa, estando autorizada a:

i) casar-se e constituir união estável; ii – exercer direitos sexuais e reprodutivos; iii) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; iv) conservar a sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; v) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; vi) exercer o direito à

guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotado, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (artigo 6º, Lei nº13.146/2015).

É relevante destacar que no tocante ao exercício da capacidade, “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício da sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (artigo 84, *caput*, da Lei nº 13.146/2015).

Essas regras, se analisadas com um dos atos mais solenes regulados pelo Código Civil, que é o casamento, podem levar à perplexidade o intérprete formado no Código Civil anterior:

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.”

Note-se que é de rigor que os nubentes afirmem perante as testemunhas, o oficial do registro e o presidente do ato, que as suas respectivas vontades de casar se expressam de modo livre e espontâneo, e no caso da pessoa com deficiência mental ou intelectual, em idade núbil, essa vontade poderá ser demonstrada diretamente (artigo 1.550, § 2º, Código Civil, alterado pela Lei nº 13.146/2015).

Ora, se existe uma deficiência mental ou intelectual, pode parecer estranho que a lei autorize a prática de um ato tão solene, como o casamento, de modo livre e consciente. Tanto assim é, que antigamente era admitida a curatela levando em conta “as potencialidades da pessoa”, circunstância que não mais vigora na legislação (artigo 1.772, Código Civil, revogado pela Lei nº 13.105, de 16/03/2015, artigo 1.072, II, Código de Processo Civil).

É por isso que se apresenta atual o ensinamento de Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 19-20.) quando anotou que

A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, determinada; livre na aparência, apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutro sentido, de acordo com o seu temperamento, produto do meio, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos. Por outro lado, as idéias emanam do ambiente; não surgem desordenadamente, segundo o capricho ou a fantasia do que lhes dá forma concreta (apud CIRILLO, Luis Fernando, op. cit. p. 69).

Atualmente, é de grande relevância a instituição da chamada “*decisão apoiada*”, estabelecida pelo Código Civil nos termos do artigo 116 da Lei nº 13.146/2015:

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

A moderna legislação cuidou de dar à pessoa com deficiência toda a segurança para que estabeleça o que mais relevante lhe parece, sendo dela mesma a iniciativa do pedido: “O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo” (Art. 1.783-A, § 2º, Código Civil).

Foi estabelecida uma “*equipe multidisciplinar*” para amparar a resolução do Juiz: “Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio” (Art. 1.783-A, § 3º, Código Civil).

Essas novas formas de regular os direitos das pessoas com deficiências vieram se harmonizar com o pensamento de Clóvis Beviláqua, exposto há quase um século, quando assinalou que

embora a fonte imediata do direito seja a lei, não é possível generalizá-la numa medida que dê conta da infinita variedade dos fenômenos sociais, que caracteriza o suceder normal da vida. Citando Portalis, Beviláqua preconiza que as leis devem estabelecer apenas as máximas gerais, os princípios, pois as regras particulares são estabelecidas pelo aplicador, em conformidade com as exigências fáticas. É assim que a interpretação jurídica cumpre uma tarefa de evolução, que amplia o significado da lei, ainda que haja o limite da letra da norma (Theoria geral do direito civil, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1928, p. 56, apud CIRILLO, Luis Fernando, op. cit., p. 68).

Portanto, como o leitor pode perceber, a atual legislação apenas mostra a evolução da sociedade brasileira no sentido de reconhecer as pessoas com deficiência, que a integram de modo pleno e em consequência devem usufruir dos direitos concedidos a todos os seus integrantes, sem qualquer distinção, apenas podendo consultar outras pessoas de sua confiança para lhes darem um parecer sobre se devem ou não assumir a decisão proposta, sendo o caso levado ao juiz, o qual, por sua vez, poderá pedir auxílio para uma equipe multidisciplinar como providência antecedente à sua decisão.

Diante dessas circunstâncias, fica a pergunta: a pessoa com deficiência, na atual legislação, tem mesmo vontade livre e consciente para tomar suas decisões?

Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos

Paulo Rogério Bonini¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. A vontade como objeto das normas de direito privado; 2. Delineamentos históricos sobre a vontade e os negócios jurídicos; 3. Negócio jurídico: conceituação atual e sua construção; 3.1. Negócio jurídico como resultante do exercício da autonomia privada; 3.2. A liberdade negocial como paradigma relativo; 4. A manifestação de vontade; 4.1. Teoria da vontade e da declaração; 4.2. Teoria da confiança como contraponto às teorias clássicas da vontade e da declaração.

1. A vontade como objeto das normas de direito privado

A vontade humana sempre foi objeto de viva discussão entre os estudiosos do direito. Mostra-se, ao mesmo tempo, objeto e destinatária da proteção empenhada pelo ordenamento jurídico, já que aquela nos diferencia em relação aos outros seres da criação e nos impõe, de forma impietosa, a responsabilidade sobre as consequências de nossos atos.

Orientar, regular e proteger tal atributo próprio da personalidade humana são objetos recorrentes da ciência do direito, especialmente no âmbito do direito privado, notadamente com a regulamentação dos efeitos jurídicos e limites da manifestação da vontade como instrumento de criação de relações jurídicas. A busca de tal heterolimitação, resultante da própria falta de limites no agir humano, sintetiza-se em preceitos legais.

Mais ainda, consolidou-se nos países de tradição ocidental, notadamente com sistema jurídico oriundo da *civil law*, a codificação dos princípios essenciais à formação da vontade juridicamente válida, geralmente através de “partes gerais” dos códigos civis, que se instrumentalizam para regulamentar os limites e efeitos da manifestação de vontade.

¹ Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIMEP/Piracicaba. Professor convidado de cursos de pós-graduação *lato sensu* (EPM, FADISP e ESA).

Esta vontade, se vivamente cantada de forma absoluta pelos ideais liberais, ponto cardeal da construção dogmática do período das grandes codificações, encontrou limites em decorrência do conflito entre a busca da satisfação de interesses exclusivamente individuais com os interesses sociais, coletivos e da outra parte, considerada agora como parceira e também interessada nos resultados esperados pelo negócio. Daí a construção da ideia, agora princípio normativado, da boa-fé objetiva como regra de comportamento, esperando que cada um se comporte não só de maneira que lhe interesse, mas que traduza, efetivamente, um efeito jurídico-econômico ou moral de interesse de e para ambas as partes.

Enfim, não se sustenta mais um ordenamento com base na simples proteção de interesses jurídicos, especialmente a liberdade de se vincular e a não liberdade de se ver livre ordinariamente de tais vínculos, mas, sim, com base na proteção de relações jurídicas equilibradas. Tal alteração foi muito bem considerada no texto legal do Código Civil de 2002, que substituiu o texto liberal do Código Civil de 1916, mas também pela construção doutrinária de boa parte do século passado e do século atual.

2. Delineamentos históricos sobre a vontade e os negócios jurídicos

A vida em sociedade sempre demandou a formação de relações intersubjetivas, seja para a própria manutenção do que se pode chamar de sociedade organizada, seja para permitir a consecução de objetivos econômicos determinados pelo estilo de vida adotado por cada grupo social em determinado período histórico.

Tais relações intersubjetivas, considerando a ideia de sociedade organizada e capaz de regulamentar suas relações internas, determinam o próprio conteúdo da vida social. Observa-se a regulação das relações sociais desde a formação da família até a disposição de patrimônio após a morte, passando por milhares de relações intersubjetivas no decorrer de uma existência. Isto sem desconsiderar as relações de natureza patrimonial das pessoas jurídicas, como decorrência da vontade coletiva de seus integrantes.

Mesmo sem uma análise histórica da formação da sociedade organizada e de um ordenamento jurídico que venha a regular as relações decorrentes daquela formação, partimos do pressuposto de que, para que haja sociedade organizada é necessária a formação de uma estrutura

positiva de controle e direcionamento dos comportamentos humanos. Sem a possibilidade imediata de uma sociedade autolimitada em seu sentido abstrato e absoluto, tem-se a constante necessidade de heterolimitação, com o controle do comportamento de cada um em relação ao outro individualmente considerado, mas principalmente como forma de regulamentação do comportamento em relação ao grupo social.

Assim, a formação de um sistema jurídico para a proteção da própria existência da sociedade como tal, bem como a regulamentação das relações sociais estabelecidas entre os seus membros justifica-se, bem como a decorrente necessidade do enquadramento de comportamentos em modais deônticos aplicáveis às regras jurídicas positivadas. Ou permite-se um comportamento, verificando não só a ausência de lesividade ao grupo social e à parte contrária, mas também um interesse na consecução de tal comportamento para o desenvolvimento social; ou se proíbe um determinado comportamento, por se verificar a existência de uma absoluta contradição entre aquele agir ou omitir aos desígnios pretendidos pelo próprio ordenamento (valor negativo); ou obriga-se determinado comportamento, por se verificar a necessidade de sua adoção para evitar um resultado lesivo ou para garantir um resultado positivo.

Estes, em nossa opinião e numa perspectiva superficial, resultam do conteúdo moral das regras jurídicas, indissociáveis em sua natureza. “Não existe na realidade, entre a regra moral e a regra jurídica, nenhuma diferença de domínio, de natureza e de fim; não pode mesmo haver, porque o direito deve realizar a justiça, e a idéia do justo é uma idéia moral. Mas há uma diferença de caráter”.²

Em decorrência de tais modais possíveis, percebe-se a necessidade da manifestação do ordenamento jurídico no que diz respeito à principal forma de criação voluntária de tais relações jurídicas, caracterizada pela manifestação de vontade. Tal regulamentação é impossível quando se fala na manifestação da vontade humana em si, eis que potência inerente à condição humana, não sujeita à restrição pelo ordenamento jurídico, cabendo ao ordenamento atuar sobre as consequências da vontade manifestada. Regulamentam-se, assim, os efeitos de tal manifestação de vontade, numa estrutura verificável na própria regulamentação dos fatos jurídicos em sentido estrito.³

² RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 27.

³ Isto porque, havendo a impossibilidade de se regulamentar a ocorrência de fatos naturais, regulamentam-se o ordenamento jurídico os seus efeitos, como na regulamentação da sucessão *causa mortis*, em que não se regula, de forma absoluta, o evento morte, mas os seus efeitos sociais e jurídicos.

Se a manifestação de vontade vincula-se ao próprio exercício de direitos como faculdade, tem-se que a absoluta ausência de limites pode ocasionar um resultado ilícito em decorrência de tal exercício.⁴ Há, portanto, necessidade de regulamentação e limitação do alcance normativo da vontade em todos os seus aspectos, não se admitindo a absoluta liberdade individual na realização de interesses jurídicos.

3. Negócio jurídico: conceituação atual e sua construção

Coube à doutrina alemã desenvolver o conceito de negócio jurídico a partir da teoria do ato jurídico como manifestação de vontade apta a criar efeitos jurídicos, decorrentes ou não de norma específica para a *fattispecie*.

A teoria do negócio jurídico, como categoria diferenciada no ato jurídico em sentido estrito, indica a existência, naquele, de um agir com a intenção de gerar efeitos jurídicos, seja para criar, modificar, preservar ou extinguir direitos. É, de forma simplista, a atuação finalística, tendente à produção de um certo e determinado efeito fático e jurídico, pretendido pelas partes e condicionado à permissão legal de seus efeitos.

Podemos definir o ato jurídico, em sentido estrito, como sendo o ato humano voluntário, mas com efeitos jurídicos obrigatórios previstos pela lei, ao invés de serem determinados pelas partes⁵. Aqui não há a autorregulamentação privada característica dos negócios jurídicos. A vontade do agente limita-se ao agir, sendo que os resultados deste agir (modificação jurídica) ocorrerão independentemente de sua vontade, obedecendo exclusivamente a um comando legal. Assim, quando uma pessoa reconhece espontaneamente um filho, deste ato obrigatoriamente advirão resultados jurídicos (dever de alimentos, sucessão, etc.), ainda que tais resultados não sejam queridos pelo agente.

Numa breve diferenciação entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, podemos dizer que enquanto este é chamado de ato de autonomia privada, o ato jurídico encontra-se fora de tal autonomia, já que seus efeitos são previamente determinados pela lei. No caso do negócio, a vontade das partes é dupla, ou seja, além da vontade de agir, de praticar o negócio, há uma vontade precedente de que tal

⁴ Georges Ripert, A regra, cit., p. 24, afirma que *se deve controlar a ação do credor provinda do contrato e ligando a si o devedor; que o juiz deve apreciar com que sentido e com que fim age aquele que pretende exercer um direito, e, se essa ação não é lícita, recusar-lhe o seu concurso*.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. de acordo com o Código Civil de 2002, rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 475. v. 1: Introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil.

negócio resulte em modificações jurídicas esperadas e queridas. Esta é a autonomia privada: autonomia de agir e autonomia de resultados, desde que sejam lícitos.

Ao contrário, no ato jurídico em sentido estrito não há autonomia privada, já que o agir é voluntário, mas os resultados advindos de tal atuação não são predeterminados pelo agente, mas, sim, pela própria lei. “Onde nenhuma operação de autonomia privada exerce influência, ter-se-á ato jurídico em sentido estrito, cujo efeito, com fundamento numa situação fática, caracterizada e regulada legalmente, se produz ex lege, sem consideração à vontade do agente”.⁶

Enfim, no negócio jurídico, as partes acabam por determinar a vontade, o objetivo e a finalidade de sua atuação. De outro modo, no ato jurídico em sentido estrito, o agente apenas decide agir, sendo o objeto de sua atuação apenas uma função imposta pela lei.

A doutrina utiliza o intuito negocial como critério para classificar o negócio jurídico. Este concentra, em si, a intenção finalística do agir das partes, já que nestes casos somente há manifestação de vontade com a intenção de regulamentação de uma relação jurídica que também é estabelecida pelas partes. Assim, diz-se que o negócio jurídico possui duas eficácias distintas: uma estática, que cria a relação jurídica antes inexistente, outra dinâmica, que impõem àquela relação os resultados ou efeitos pretendidos pelas partes.⁷

Por outro lado, o ato meramente lícito poderá ocasionar efeito jurídico ou não, sendo que não é intenção do agente sua produção, como na invenção de tesouro, a plantação em terreno alheio ou a pintura despreziosa sobre a tela. Aqui, há uma intenção de agir sem a qualificação da vontade pelo intuito negocial, limitando-se a intenção do agente a expressão de uma determinada vontade limitada. Os efeitos jurídicos não são decorrentes do planejamento das partes, mas, sim, do próprio ordenamento jurídico.

Há fatos e atos humanos que não resultam qualquer modificação no mundo jurídico, razão pela qual não podem ser classificados como jurídicos. O fato de chover levemente ou de uma pessoa dar um passeio na praça não possui o condão de produzir efeitos jurídicos. São chamados por Humberto Theodoro Júnior de fatos neutros ou ajurídicos.⁸

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1: Teoria geral do direito civil, p. 365.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 771, p. 12, jan. 2000.

⁸ Também chamados de **juridicamente irrelevantes** por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código, cit., n. 3, p. 219.

O Código Civil de 1916 não adotava a teoria do negócio jurídico, tratando de todo o tema de forma genérica, classificando os atos geradores de direitos somente em fatos e atos jurídicos, sendo certo que englobou nestes o negócio jurídico. A comprovar isto, basta verificarmos a regulamentação legal de contratos, que são típicos negócios jurídicos.

O Código Civil brasileiro de 2002 encampou a teoria já unanimemente aceita pela melhor doutrina, adotando a terminologia tríplice: fatos jurídicos (fatos naturais), atos jurídicos lícitos (ato humano sem intuito negocial) e negócio jurídico (ato humano com intuito negocial), concluindo-se pela adoção da teoria dualista dos atos jurídicos, diferenciando o negócio jurídico do ato em sentido estrito. Os artigos do Cap. I, Tít. I do Livro III adotam a terminologia moderna, apesar de trazerem disposições praticamente equivalentes às do ato jurídico do anterior código. De se ressaltar que o novo diploma extingue as disposições gerais contidas nos arts. 74 e seguintes do Código Civil brasileiro de 1916. Ao que parece, caberá à doutrina a determinação de conceitos como o de direito futuro deferido e não deferido, além da aquisição de direitos por ato próprio ou de terceiro. Especial cuidado foi dado à representação, tratada em seis artigos que mesclam artigos da atual parte geral com outros provenientes da parte especial do atual código.

Quanto ao ato jurídico em sentido estrito, restou-lhe, no Código Civil brasileiro de 2002, apenas um artigo (art. 185), determinando a aplicação a este de todas as normas concernentes ao título dos negócios jurídicos, adotando regramento por analogia ao negócio jurídico, tendência observada pela doutrina nas legislações que aceitam a dicotomia.

3.1. Negócio jurídico como resultante do exercício da autonomia privada

Entre as capacidades reconhecidas às pessoas pelo direito positivo está a *autonomia privada*. Esta se caracteriza como o poder que cada pessoa tem de provocar efeitos jurídicos desejados, através da prática de certos atos.⁹ Portanto, a autonomia privada é o campo de atuação do negócio jurídico, já que este visa regulamentar os efeitos jurídicos de determinados atos volitivos, ao contrário dos atos jurídicos em sentido estrito, que possuem efeitos (resultado) independentes da vontade exclusiva de quem age, mas, sim, da vontade da lei.

⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v. 1, cit., p. 479; Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 263.

No dizer de Orlando Gomes¹⁰, “afirma-se, na linha desse pensamento, que o **negócio jurídico** é o instrumento próprio da circulação dos direitos, isto é, da modificação intencional das relações jurídicas”. Assim, a autorregulamentação de certos direitos (notadamente na esfera patrimonial) e seus efeitos são atribuídos ao particular, sendo este poder de autorregulamentação chamado de “autonomia privada”¹¹ e seu instrumento será o “negócio jurídico”.

Tendo-se em mente a autonomia privada, podemos definir o negócio jurídico como a autorregulamentação efetivada pelas partes nos limites legais, criando norma concreta em relação às mesmas, visando um resultado jurídico predeterminado.¹² Mais ainda, para algumas legislações, como a francesa, o acordo de vontades tem força de lei entre as partes.¹³

Assim, não basta a vontade de autorregulamentar. Essa vontade deve ser autorizada pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, o conceito alemão de negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), que afirma estar o negócio baseado não em uma vontade qualquer, mas numa vontade de acordo com a lei.¹⁴ No negócio jurídico há, pois, a convergência da atuação da vontade e do ordenamento jurídico¹⁵ para a busca de um resultado querido, embora a ocorrência ou não deste resultado ou, ainda, a imposição de consequências extraordinárias não previstas previamente por quem declara a vontade não seja suficiente para descaracterizar o negócio jurídico.

Essa vontade de se autorregulamentar precisa ser declarada, mesmo que representada por simples atitudes volitivas, e deve ter,

¹⁰ Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 264.

¹¹ Segundo José de Abreu Filho, *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 5. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39, “A ‘autonomia privada’ seria, assim, aquela faculdade deferida ao indivíduo de auto-regulamentar sua vida, ou, no sentido ético, a escolha, pelo cidadão, das leis que regerem sua conduta.” LARENZ, Karl. *Derecho civil – parte general*. Tradução e notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid Edersa, 1978, p. 422.).

¹² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v. 1, cit., p. 479-450.

¹³ Art. 1134, Code Civil: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, tradução de por João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 284, afirma: “O negócio jurídico típico é o contrato. Num contrato as partes contratantes acordam em que devem conduzir-se de determinada maneira, uma em face da outra. Este dever-ser é o sentido subjetivo do ato jurídico-negocial. Mas também é o seu sentido objetivo. Quer dizer: este ato é um fato produtor de Direito se e na medida em que a ordem jurídica confere a tal fato esta qualidade; e ela confere-lhe esta qualidade tornando a prática do fato jurídico-negocial, juntamente com a conduta contrária ao negócio jurídico, pressuposto de uma sanção civil. Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial.”

¹⁴ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v. 1, cit., p. 476.

¹⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v. 1, cit., p. 480.

necessariamente, como finalidade a produção de um efeito jurídico, seja a criação, a modificação ou a extinção de uma determinada relação jurídica.¹⁶ Este fim é o objeto do negócio jurídico.

O Código Civil brasileiro de 1916 definiu o ato jurídico em seu art. 81, dando-lhe feição de negócio jurídico, demonstrando a adoção, por parte do legislador, da antiga teoria da não diferenciação entre negócio jurídico e o ato jurídico meramente lícito.

O Código Civil brasileiro de 2002 explicitou aquilo que a leitura do antigo texto legal demonstrava, ou seja, o legislador chamava de ato jurídico também o negócio jurídico, já que regulamentava o ato negocial ao afirmar que *todo ato lícito, que tenha por fim imediato (...) a constituição de uma relação jurídica ou sua modificação ou sua extinção*. Essa finalidade de agir dentro da lei e com efeitos previamente desejados encontra-se no negócio jurídico, que contém, necessariamente, uma atuação finalística, sendo expressamente adotada como denominação autônoma com a teoria dualista. Com esta, o negócio jurídico ocupa seu verdadeiro lugar, podendo-se dar a atenção necessária ao agir jurídico humano com a finalidade negocial.

Vistas tais premissas históricas, com base na doutrina de Washington de Barros Monteiro¹⁷, podemos definir como características genéricas do negócio jurídico o fato de ser um ato de vontade qualificado pela intenção do resultado, fundado no direito (lícito).¹⁸

3.2. A liberdade negocial como paradigma relativo

Em que pese a autonomia privada conceder ao particular a liberdade para autorregular os efeitos jurídicos de seu agir, observa-se, a partir da primeira metade do século passado, uma crise em tal autorregulamentação. Decorrência da evolução econômica dos negócios em massa, bem como da necessidade de o Estado intervir nas relações negociais, como forma de garantir um mínimo de equilíbrio

¹⁶ Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 272.

¹⁷ Washington de Barros Monteiro, *Curso*, v. 1, cit., p.185.

¹⁸ Sobre o foco doutrinário na definição de negócio jurídico, afirma Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6, que “A doutrina atual, ao definir o negócio, adota geralmente uma posição que, ou se prende à sua gênese, ou à sua função; assim, ora o define como ato de vontade que visa produzir efeitos, com o que atende principalmente à forma do ato, à vontade que lhe dá origem (autonomia da vontade), ora o define como um preceito (dito até mesmo “norma jurídica concreta”) que tira a sua validade da norma abstrata imediatamente superior, dentro de uma concepção escalonada de normas jurídicas supra e infra-ordenadas, com o que atende, principalmente, ao caráter juridicamente vinculante de seus efeitos (autoregramento da vontade).” Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 269.

nas relações jurídicas de ordem patrimonial, passou-se a restringir e a disciplinar esta autorregulamentação, tornando-a menos autônoma.

Este controle estatal surge em momento histórico determinado e vinculado ao ***fundamento privado*** do negócio jurídico. Quis dizer com fundamento privado que a existência, o meio de cultura necessário à existência do negócio jurídico passa, obrigatoriamente, pela existência da propriedade privada, sendo este o seu principal objeto de regulamentação. Isto porque a função do negócio jurídico somente encontra fundamento prático se houver a possibilidade de transmissão livre de bens e prestação de serviços entre particulares. Em regimes em que a propriedade privada inexistente ou é fortemente limitada, não há como se entender a autonomia privada com a amplitude necessária. Se o Estado é detentor e regulamenta toda a propriedade, estaremos num campo exclusivo do ato jurídico em sentido estrito, pelo qual o efeito do ato depende exclusivamente da lei, e não da vontade das partes.

Regimes como o da ex-URSS admitiam poucos negócios jurídicos, taxativos e previstos expressamente em lei, o que desnatura a autonomia privada e seu instrumento que é o negócio jurídico. Ao contrário, “onde, porém, se reconhece ao indivíduo o poder de ***auto-regular*** seus interesses particulares, seu exercício constitui dado inamovível da realidade social”.¹⁹

A liberdade negocial viveu seu auge com o liberalismo, perdurando até aproximadamente os anos 30 do século passado. A ideia liberal vigente dava a todos ampla liberdade negocial, em que a liberdade de contratar, de obrigar-se e de manifestar-se sem requisitos de forma imperava como princípios fundamentais do Estado liberal. Princípios como o da liberdade de estipulação e da imodificabilidade do contrato (*pacta sunt servanda*) se afirmam, tornando o negócio jurídico ao mesmo tempo livre em sua forma, conteúdo e alcance, mas rígido em seu poder de obrigar.

Como antítese a este Estado liberal, surge um Estado que busca, através do intervencionismo, manter um *stato quo* ante em relação ao poder, ao mesmo tempo que busca limitar o poderio econômico que age através da liberdade negocial. Surge assim, mesmo em âmbito constitucional, um Estado intervencionista, que permite a autorregulamentação das partes através dos contratos, mas impõe limites a determinadas cláusulas e objetos do negócio jurídico, utilizando os chamados amortecedores do direito contemporâneo²⁰. Desenvolve-se

¹⁹ Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 266-7.

²⁰ WALD, Arnoldo. *Direito civil*: introdução e parte geral. 9. ed., rev., ampliada e atualizada de acordo com o novo Código Civil, com a colaboração dos profs. Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Ferraz Donini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 189.

aqui a função social da propriedade, a defesa da livre concorrência e do consumidor, a proibição de certos negócios lesivos à coletividade etc. Enfim, listam-se os princípios constitucionais que regem a ordem econômica (art. 170, CF).

Coloca-se a questão dos limites à liberdade de contratar como um problema vivo do direito civil atual, já que envolve não só o direito, mas também a economia e a política,²¹ “quebra-se, então, a rigidez de certos princípios, atenuam-se certos conceitos e noções, admite-se a ingerência de fatores externos nos contratos, limitando-se sensivelmente a participação da vontade individual no vínculo contratual”.²²

Se a liberdade de contratar constituiu-se verdadeiro monumento à autonomia da vontade privada, sendo sua amplitude paradigma do pensar liberal, a existência de um Estado garantidor, a partir do século XX e notadamente após a explosão social vista na Revolução Russa, não podia conviver com a absoluta liberdade negocial. Se o individualismo das ideias liberais impedia a existência de normas que modificassem o conteúdo dos negócios, já que era expressão máxima da liberdade conseguida na Revolução Francesa, a necessidade da manutenção de um mínimo de equilíbrio nas relações, característica da justiça comutativa, forçou a aceitação de uma intervenção externa no conteúdo do contrato. Assim, vê-se, na maioria dos ordenamentos modernos, a autorização para a análise não só da existência de eficácia ou ineficácia do negócio, com a simples declaração ou não da validade do mesmo, mas também para a quebra da intangibilidade negocial, com a possibilidade de modificação do conteúdo da manifestação de vontade, visando à manutenção de um verdadeiro equilíbrio nas relações negociais.²³

Tal intervenção estatal no contrato mostra-se, no dizer de Borda, de três formas essenciais: o dirigismo contratual, as novas formas do contrato e a intervenção judicial nas relações contratuais para a proteção da equidade nas contraprestações.²⁴ Ainda, segundo Borda, tal intervenção judicial no conteúdo das relações contratuais se desenvolve

²¹ BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil; obligaciones* II. 7. ed. atual. Buenos Aires: Perrot, 1994. p. 120.

²² BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. com Carlos Alberto Bittar Filho, rev. e atual. da 2. ed. da obra O direito civil na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 122.

²³ No dizer de Guillermo A. Borda, *Tratado*, cit. p. 125, “No es que haya una declinación de la moral individual; es que esa moral tiene una mayor sensibilidad que outrora para la justicia conmutativa. El hombre contemporáneo no está ya dispuesto a aceptar como verdad dogmática que lo que es libremente querido es justo. Quiere penetrar em lo hondo de la relación y examinar si la equidad - esa ley esencial de los contratos - há sido respetada.”

²⁴ Guillermo A. Borda, *Tratado*, cit. p. 125.

basicamente com a aceitação dos institutos da lesão enorme, da teoria da imprevisão e da aplicação do princípio da boa-fé e do abuso de direito nas relações contratuais.²⁵

Este último aspecto guarda interesse para nossa análise, já que é o que permite ao juiz, como representante do Poder Judiciário, realizar intervenções judiciais no conteúdo do contrato, intervenção esta anteriormente limitada à análise do formalismo extrínseco e pela restrita teoria dos vícios do consentimento, passando, por tal aspecto, a permitir uma espécie de fiscalização da equidade das prestações estabelecidas.

Nota-se a manutenção dessa intervenção estatal na formação do negócio jurídico com a criação de normas no Código Civil de 2002 que determinam a observação da função social do contrato e sua possibilidade de revisão ante a onerosidade excessiva a uma das partes, além da lesão ser prevista como um defeito do negócio jurídico.

4. A manifestação de vontade

Para que alguém se obrigue na ordem jurídica privada, é preciso que manifeste de maneira válida sua vontade de envolver-se em determinada relação jurídica, sendo tal manifestação de vontade pressuposto do negócio jurídico. Assim, não basta ser capaz, é preciso que a manifestação de vontade seja inquestionável, ou seja, capaz de indicar claramente que o agente aceita o negócio nos termos que foi proposto. No dizer de Venosa, “onde não existir pelo menos aparência de declaração de vontade, não podemos sequer falar de negócio jurídico”.²⁶

Alguns autores diferenciam a manifestação de vontade da declaração de vontade, afirmando que a declaração de vontade é dirigida a determinada pessoa, enquanto a manifestação se caracteriza como qualquer exteriorização da vontade, sem uma direção determinada. Lembramos que, no âmbito dos negócios jurídicos, a manifestação de vontade não pode ser genérica, senão estaríamos ou no mundo dos atos jurídicos em sentido estrito ou no dos atos-fatos jurídicos. Para que se caracterizar o negócio jurídico é necessária a existência de uma vontade qualificada, ou seja, a manifestação de vontade com *intuito negocial*. Tratando-se de negócios bilaterais, caracterizados essencialmente pelos contratos, chamamos o ponto de acordo ou a manifestação de vontade de ambas as partes de consentimento ou mútuo consenso.

²⁵ Guillermo A. Borda, *Tratado*, cit. p. 129.

²⁶ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, v. 1, cit., p. 401.

Declaração de vontade propriamente dita ou elemento externo “presume-se no comportamento palpável do declarante, já estudado. Nesse comportamento externo, estampa-se o verdadeiro sentido da vontade, no sentido de que só ele é pressuposto do negócio jurídico. *Vontade* ou *elemento interno* é aquele impulso que se projetará no mundo exterior e pressupõe essa projeção”.²⁷

Orlando Gomes informa os seguintes pressupostos do consentimento: “1º) duas declarações de vontade distintas no seu conteúdo; 2º) conhecimento de cada parte da declaração de vontade da outra; 3º) integração das duas declarações de vontade; 4º) interdependência das duas declarações de vontade; 5º) consciência de que está formado”.²⁸

Assim, para que haja consentimento, é preciso uma primeira manifestação de vontade em direção à parte contrária, sendo que, a manifestação desta, no sentido de aceitação do negócio, integra-o, formando o consentimento, desde que haja plena consciência e liberdade na formação da vontade ou elemento interno.

4.1. Teoria da vontade e da declaração

Sempre que se discute a manifestação de vontade como meio de constituição de relações jurídicas, observa-se o debate existente sobre a pertinência da análise da vontade interna na realização dos negócios jurídicos. Questiona-se se a análise da vontade interna deve ser realizada quando da verificação da nulidade ou possibilidade de produção de todos os efeitos pretendidos pelas partes ou decorrentes de sua vontade manifestada, ou seja, se há relevância jurídica se houver conflito entre a vontade declarada e a vontade querida pelo agente.

A vontade, conforme monografia de Nelson Nery Júnior, pode ser subdividida em várias modalidades, considerando os subelementos internos que possam influenciar na formação de tal convicção. No caso, pode-se classificar tal vontade, utilizando os subelementos internos, em “vontade da ação (*Handlungswille*); a vontade da declaração ou a vontade da ação como declaração (*Erklärungswille*); a vontade negocial (*Geschäftswille*), vontade do conteúdo da declaração (*Inhaltswille*) ou intenção do resultado (*Erfolgswille*).²⁹

²⁷ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, v. 1, cit., p. 403-4.

²⁸ Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 367; Karl Larenz, *Derecho*, cit., p. 450.

²⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 8.

Para os partidários da teoria da vontade (*Willenstheorie*), para que haja negócio jurídico, é necessária a existência de dois elementos essenciais, obrigatoriamente coincidentes e interligados: a vontade interna e a declaração de vontade ou vontade exteriorizada. Apesar de essenciais, tais elementos guardam entre si uma relação de dependência, já que o que gera os efeitos do negócio jurídico é a vontade, sendo a sua exteriorização apenas uma forma, um instrumento para que tal vontade chegue ao mundo dos fatos. Por conseguinte, aos partidários da teoria da vontade, a falta da vontade interna ou a existência de vício na mesma, apesar de haver clara declaração exteriorizando-a, gera a inexistência jurídica do negócio. Há, portanto, prevalência da vontade interna sobre a declarada.³⁰

Havendo conflito entre a vontade e a declaração, deve prevalecer aquela, não importando o que apresenta declaração de vontade exteriorizada, já que se caracteriza a declaração como mero instrumento ou processo de revelação da vontade interna. O conflito geraria, portanto, mera aparência de vontade, já que aquilo que se exteriorizou não representa, efetivamente, a vontade interna do agente, acarretando a sua ineficácia em relação à esta.³¹

Em contrapartida à teoria da declaração, surge a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*). Segundo Orlando Gomes, tal teoria foi elaborada por Liebe, afirmando que “o verdadeiro elemento sobre o qual pode repousar a validade jurídica do ato não se encontra expressão da vontade, mas em circunstâncias que a fixam”.³²

Para tal teoria, a vontade seria apenas um dos estágios da formação do negócio jurídico, sendo considerável para fins de avaliação do negócio apenas a declaração capaz de fixá-la. Não seria a vontade, portanto, um dos elementos essenciais do negócio jurídico, mas somente as circunstâncias nas quais tal vontade foi declarada, fixada, sendo a interpretação do negócio jurídico ligada não à intenção da parte que manifestou a vontade, mas ao sentido literal ou comum de tal declaração.³³

O conflito pode ser resumido da seguinte forma: para os partidários da teoria da declaração, não há necessidade da existência da intenção dirigida a um determinado resultado jurídico, bastando que

³⁰ Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 274; Nelson Nery Júnior, *Vícios*, cit. cit., p. 9, citando o posicionamento de Savigny, adotada em seu *Traité de droit romains*, t. III, Paris, §§ 134 e 135.

³¹ Nelson Nery Júnior, *Vícios*, cit., p. 9.

³² Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 275. Sobre a teoria da declaração, afirma Nelson Nery Junior, *Vícios*, cit., p. 11, que “o que importa é a vontade declarada, sendo irrelevante o que ficou no íntimo do declarante para a validade do negócio jurídico.”

³³ Nelson Nery Junior, *Vícios*, cit., p. 11.

haja a declaração da vontade na forma usual, clara e suficientemente séria para o negócio jurídico; para os partidários da teoria da vontade, é indispensável a coincidência entre a intenção e o resultado da declaração para que se tenha a manifestação de vontade com efeitos válidos, sendo necessária a perquirição, sempre que necessária, da real intenção ou vontade do declarante para a validação do negócio jurídico.

Como regra geral, adotou o legislador brasileiro a teoria da declaração, já que a causa somente ganha importância no negócio jurídico se estiver expressa no instrumento de formalização do negócio jurídico (art. 140, CC). A ausência da declaração expressa da causa do negócio não é capaz de viciar o negócio, já que não o integra, sendo apenas utilizada a vontade interna como regra de interpretação quando da existência de dúvidas no próprio conteúdo exteriorizado.³⁴

4.2. Teoria da confiança como contraponto às teorias clássicas da vontade e da declaração

A teoria da confiança (*Vertrauenslehre*) surgiu como forma de se abrandar a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*), afirmando que a declaração deve ser o elemento primordial na análise do negócio jurídico. Para tal teoria, nas palavras de Orlando Gomes³⁵, há primazia da declaração sobre a vontade, sob o fundamento de que “o direito deve visar antes à certeza do que à verdade”.

Em verdade, a teoria da confiança altera o foco da análise do negócio jurídico. Converte-se a análise de um interesse exclusivamente individual para uma teoria que traga maior segurança social aos negócios, já que a confiança despertada em uma das partes pelo comportamento da outra na formação e cumprimento de uma determinada

³⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1: Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos, p. 487-488.

³⁵ Orlando Gomes, *Transformações gerais do direito das obrigações*, 2ª ed. aum. São Paulo: RT, 1980, p. 14, afirma: “Havendo divergência entre a vontade interna e a declaração, os contraentes de boa-fé, a respeito dos quais tal vontade foi imperfeitamente manifestada, têm direito a considerar firme a declaração que se podia admitir como vontade efetiva da outra parte, ainda quando esta houvesse errado de boa-fé ao declarar a própria vontade. [...] Pela teoria da confiança, não se tutelam interesses gerais contrapostos aos interesses individualísticos protegidos nos esquemas jusnaturalistas, senão o interesse individual de quem acredita numa declaração de vontade, tão individual quanto o do proponente que consente defeituosamente. É fora de dúvida, porém, que a proteção dispensada aos que contratam confiantes numa declaração de vontade aparentemente consciente concorre para a estabilidade das relações jurídicas, que constitui, obviamente, interesse social.” No mesmo sentido, vide o mesmo autor, *Introdução*, cit., p. 277. Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 1234.

obrigação parece ser colorário da própria aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Sob este aspecto, a anulabilidade decorrente de defeitos do negócio jurídico estaria ligada não só ao defeito da manifestação de vontade da parte lesada, mas também na quebra da confiança existente na negativa de autorização para relações jurídicas lesivas a uma das partes.

Além da análise das teorias sobre a manifestação da vontade como fator integrativo do negócio jurídico, também ganha interesse neste momento a análise da causa como parte integrante ou não do negócio jurídico, consistindo em requisito de existência para alguns, validade e eficácia para outros.

Causa do negócio jurídico é a razão pela qual as partes manifestaram sua vontade de forma livre e consciente. É, de forma sintética, o resultado final previsto e pretendido pelas partes quando realizam o negócio.

Há dois posicionamentos deveras distintos no que diz respeito à consideração da causa no negócio jurídico. O primeiro, de caráter objetivista, desconsidera a existência da vontade como fato suficiente a gerar a eficácia do negócio, sendo este desligado completamente da vontade que o originou. Esta é a chamada teoria objetiva, para a qual o negócio jurídico constitui comando concreto que, por expressa previsão, o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante.³⁶ A eficácia do negócio decorre, portanto, não da vontade do titular que a manifestou, mas, sim, da expressa determinação legal a tais efeitos.

Tal teoria não deixa de ser objeto de crítica por um dos maiores estudiosos do negócio jurídico na doutrina brasileira, o eminente professor Antonio Junqueira de Azevedo. Este afirma que o equívoco da teoria objetivista constitui-se no fato de que o negócio não é exatamente norma concreta, já que representa apenas um efeito artificial do negócio. Isto porque a norma jurídica tem a característica de ser comando externo aplicado às partes. Na verdade, o negócio acaba por ser recepcionado pelo ordenamento, sendo tal recepção o que atribui ao negócio a característica de preceito jurídico.³⁷ Assim, o que gera efetivamente os resultados jurídicos pretendidos pelas partes não é a simples exteriorização da mesma, mas, sim, a sua recepção pelo ordenamento jurídico, desde que tenha por fim a realização de um objetivo válido e possível.

Ao contrário da teoria objetivista, que não leva em consideração a vontade em si, mas apenas a sua vinculação a uma previsão legal,

³⁶ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio*, cit., p. 12.

³⁷ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio*, cit., p. 13.

tem-se a teoria subjetivista, que sustenta conclusão diametralmente oposta àquela, afirmando que a vontade final das partes, como intenção de produção dos resultados jurídicos pretendidos, é o que efetivamente caracteriza o negócio jurídico.

Não importa, portanto, a simples adequação da manifestação da vontade a um comando normativo legal, mas, sim, a adequação dos resultados obtidos com os resultados pretendidos pelas partes. A vontade integra o próprio negócio, sendo dele parte integrante e não simples mola propulsora.

Sob tal teoria também se impõe a crítica do mestre paulista. Para o mesmo, se a vontade deve dizer respeito também aos efeitos, não se poderia admitir o fenômeno da conversão substancial, já que o “negócio resultante da conversão não foi previsto nem querido (essa situação é um pressuposto da conversão) e, ainda assim, ele é um negócio jurídico”.³⁸

Diante de tais posições, em que a vontade não poderia ser absolutamente irrelevante, nem mesmo elemento essencial da formação do negócio, já que se admite o princípio da conversão, faz-se necessária a alocação exata da vontade na teoria dos negócios jurídicos.

Para referido autor, a vontade não seria elemento da existência, mas, sim, relevante para a validade e a eficácia do negócio.³⁹ Ou seja, independentemente da análise do conteúdo volitivo do negócio, haver-se-ia de se considerar o negócio existente, sendo que a interrelação entre a vontade interna e a declarada seria nada mais que elemento necessário para se verificar a validade e eficácia dos negócios. Assim, v.g., nos casos de simulação, em que há uma absoluta ausência de correlação entre a vontade interna e a vontade declarada em negócio jurídico, não se poderia reconhecer que o mesmo é inexistente, mas, sim, apenas declarar-se a ineficácia absoluta pela nulidade.

Do mesmo modo nos casos de erro, dolo, coação e lesão, em que, de fato, há um defeito subjetivo de base, qual seja, algum desequilíbrio entre a vontade interna e aquilo que efetivamente foi declarado no negócio jurídico.

Traduzindo tal raciocínio para a questão da causa do negócio jurídico, ter-se-ia que se admitir que a manifestação de vontade, ainda que tenha aparência real de negócio, somente poderia produzir os efeitos desejados pelas partes acaso houvesse uma justificativa anterior

³⁸ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio*, cit., p. 8.

³⁹ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio*, cit., p. 9.

e livre da vontade. Para Roppo⁴⁰, causa do negócio é a operação jurídico-econômica realizada, com seus resultados e efeitos (função social), enquanto os motivos, de ordem absolutamente subjetiva, seriam a satisfação de necessidades particulares que não integram de forma absoluta a existência do negócio jurídico. “E o problema e a função da causa consistem justamente nisto: no explicar o porquê, ‘a razão e o sentido da transferência de riqueza’, que constituem a substância de qualquer operação contratual”.⁴¹

Transportando a questão para a teoria da lesão, entendemos haver uma quebra da ideia de que os motivos sejam absolutamente irrelevantes na apreciação do negócio jurídico. Considerando-se que a realização do negócio jurídico impulsionado pela intenção de se atender a uma necessidade de caráter patrimonial da parte lesada do negócio, não se pode negar que a análise do instituto da lesão nos leva a questionar o motivo que levou a parte a realizar o negócio. Se a causa da realização do negócio oneroso é a aquisição da disponibilidade do bem da vida, não se pode questionar que a motivação que justificaria a anulação de tal negócio pela existência da necessidade de contratar passa a ter importância essencial para a elucidação da questão. Jamais irá o negócio anulável por lesão limitar-se à análise da simples causa do negócio, caracterizando-se como exceção na qual a motivação deverá ser investigada.

Há, efetivamente, um retorno à teoria subjetivista e da vontade, já que a vontade interna, ou seja, a busca de se evitar um prejuízo ou extirpar uma necessidade caracteriza tal vontade interna, sendo relevantes para a ocorrência do negócio jurídico lesivo.

⁴⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 197.

⁴¹ Enzo Roppo, *O contrato*, cit., p. 196.

Bibliografia

ABREU FILHO, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privada*. Napoli: Jovene, [s.d.].

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*; subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188*. Coordenador: Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003, vol. II.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo; ALPA, Guido. *Rischio contrattuale e autonomia privada*. Napoli: Jovene, [s.d.].

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Ed. rev. e atual. pelo prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1975.

BIANCA, Massimo C. *Diritto civile; il contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1988. v. III.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *A figura da lesão na jurisprudência pátria: do direito anterior aos nossos dias*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, v. 784, p. 138-151, fev. 2001.

_____. *Da lesão no direito brasileiro atual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. com Carlos Alberto Bittar Filho, rev. e atual. da 2. ed. da obra *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil; obligaciones II*. 7. ed. atual. Buenos Aires: Perrot, 1994.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: Presses Universitaires de France, 1957. t. 2.

CHABAS, François et al. *Leçons de droit civil; introduction à l'étude du droit*. 11. ed. por François Chabas. Paris: Montchrestien, 1996. t. 1, v. 1.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*; complemento giurisprudenziale. 4. ed. Milano: CEDAN, 1996.

COELHO, Inocência Mártires. *O novo código civil e a interpretação conforme a Constituição*. In: de MARTINS FILHO, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coord.). *O novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DESCHÉ, Bernard; GHESTIN, Jacques. *Traité des contrats; la vente*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990. 1.146 p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Tratado de derecho civil; parte general*. 3. ed. traduzida da 39. ed. alemã por Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1981. t. I, 2a pt.

FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 1.

GHESTIN, Jacques; DESCHÉ, Bernard. *Traité des contrats; la vente*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990. 1.146 p.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro; parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho civil; parte general*. Tadução e notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: EDERSA, 1978.

LEQUETTE, Yves; SIMLER, Philippe; TERRÉ, François. *Droit civil; les obligations*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9. ed. rev. e atual. pelo prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1.

LÓPEZ, A. M. López; MONTÉS PENADES, V. L. (Org.). *Derecho civil: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: parte geral (arts. 1o a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MAZEADU, Jean et al. *Leçons de droit civil; introduction à l'étude du droit*. 11. ed. por François Chabas, Paris: Montchrestien, 1996. t. 1, v. 1.

MAZEAUD, Henri et alli. *Leçons de droit civil; introduction à l'étude du droit*. 11^a ed. por François Chabas, Paris: Montchrestien, t.1, vol. 1, 1996.

MAZEAUD, Léon et alli. *Leçons de droit civil; introduction à l'étude du droit*. 11^a ed. por François Chabas, Paris: Montchrestien, t.1, vol. 1, 1996.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1972. v. XXI, t. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37. ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1: Teoria geral do direito civil.

_____. *Curso de direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 5: Obrigações, 2^a parte: Contratos.

MONTÉS PENADES, V. L.; LÓPEZ, A. M. López (Org.). *Derecho civil: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados: atual. até 16.05.2005*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NIPPERDEY, Hans Carl; ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil; parte general*. 3. ed. traduzida da 39. ed. alemã por Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1981. t. I, 2^a parte.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3.

_____. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

_____. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 1. ed. atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.t. IV.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais – o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Parte geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

_____. *Direito civil*. 32. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

_____.; ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Rischio contrattuale e autonomia privada*. Napoli: Jovene, [s.d.].

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6. ed. italiana por Paolo Capitanio; atual. por Paulo Roberto Bernassi. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Teoria geral do direito civil*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântica, 1967.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

SIMLER, Philippe; TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. *Droit civil; les obligations*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Maria Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado – conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1: Parte geral e obrigações.

_____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro:

Renovar, 2004.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil; les obligations*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1: livro III - Dos fatos jurídicos: do negócio jurídico.

_____. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 771, jan. 2000, p. 11-37.

TRABUCCHI, Alberto; CIAN, Giorgio. *Commentario breve al Codice Civile; complemento giurisprudenziale*. 4. ed. Milano: CEDAN, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil; parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

_____. *Direito civil; teoria das obrigações e teoria dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2.

WALD, Arnoldo. *Direito civil; introdução e parte geral*. 9. ed., rev., ampliada e atual. de acordo com o novo Código Civil, com a colaboração dos profs. Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Ferraz Donnini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

O dolo como defeito do negócio jurídico

*Hamid Charaf Bdine Júnior*¹

Juiz substituto em segundo grau do TJSP

1. Introdução

O dolo é a conduta maliciosa praticada por um dos negociantes ou por terceiro com o objetivo de levar o outro negociante a erro sobre as circunstâncias reais do negócio, de modo a manifestar vontade que lhe seja desfavorável, e que ele não manifestaria, não fosse o comportamento ilícito de que foi vítima.

Ou, “o comportamento que induz alguém a concluir um contrato por engano”.²

O Código Civil prevê consequências distintas para as hipóteses de dolo. Após defini-lo como a ação ou omissão voluntária que violar direito ou causar dano pratica ato ilícito (CC, art. 186), prevê no art. 927 que o agente indenizará os prejuízos provenientes desse comportamento e, a malícia interferir em negócio jurídico, que o negócio será anulável (CC, art. 171, II).

Neste trabalho se irá cuidar do dolo como defeito do negócio jurídico regido pelo disposto nos arts. 145 a 150 do CC.

Diversamente do que ocorre no erro, no qual o engano a respeito da realidade em que o contratante insere sua vontade é espontâneo, aqui, ele resulta do comportamento de má-fé de alguém, que, como se verá a seguir, tanto pode ter origem no procedimento do outro contratante, como no de terceiro – ainda que sejam distintas as consequências para um e outro.

Veja-se que o Código Civil fundou na ética e na lealdade alguns de seus principais vetores, e a prevalência deles interferiu na avaliação do dolo, sobretudo porque a tolerância com alguns comportamentos levianos (o chamado dolo bom) deu lugar à exigência fazer prevalecer a confiança nos negócios jurídicos, o que ensejou o reconhecimento de

¹ Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Civil.

² GALLO, Paolo. *Trattato del contratto*. Roma: Utet Giuridica, 2010. t. 3, p. 1.827.

que o dolo diminuto, ainda assim, poderá invalidar o negócio se comprometer expressivamente a manifestação de vontade.

Os negócios, para serem válidos, necessariamente dependem de um ajuste de vontades livres e conscientes. A liberdade vem protegida pelos institutos da coação, do estado de perigo e da lesão, ao passo que a consciência está sancionada pelo erro e pelo dolo.

Enzo Roppo esclarece que o dolo “pode consistir numa mentira acompanhada de uma “encenação” mais ou menos complexa, idônea a conferir-lhe credibilidade”; pode também identificar-se com o silêncio ou reticência: mais precisamente, com o silenciar, ou com o deixar na ambiguidade, fatos que – em consideração das circunstâncias e das relações existentes entre as partes – deveriam ter sido, pelo princípio de boa fé pré-contratual”.³

Nos itens seguintes, serão analisados alguns dos principais aspectos do dolo em relação aos negócios jurídicos à luz de sua disciplina contemporânea.

2. Conceito e elementos

Há algum consenso na doutrina no sentido de que o dolo se identifica nas ações astuciosas, contrárias à boa-fé, que cria na mente alheia uma razão para consentir, de modo a causar-lhe dano.⁴

Na manifestação de vontade, que aperfeiçoa o negócio, há um elemento original interno ao agente – um mero desejo – que evolui até que ele se externe como vontade e o vincula ao destinatário dela. No dolo, a formação interna da vontade é obtida de modo distorcida pela intervenção de um elemento externo intencional de alguém. Em consequência, a vontade não é consciente e o contrato que ela origina deve ser invalidado.

³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 240.

⁴ G. Ospina Fernández; E. Ospina Acosta, *Teoria general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Temis, 1994, p. 202; Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 663, e Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1o a 231)*, cit., v. 1, p. 398. Dessa situação é exemplo esta decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Lesão. Cessão de direitos hereditários. Engano. Dolo do cessionário. Vício do consentimento. Distinção entre lesão e vício da manifestação de vontade. Prescrição quadrienal. Caso em que irmãos analfabetos foram induzidos à celebração do negócio jurídico através de maquinações, expedientes astuciosos, engendrados pelo inventariante-cessionário. Manobras insidiosas levaram a engano os irmãos cedentes que não tinham, de qualquer forma, compreensão da desproporção entre o preço e o valor da coisa. Ocorrência de dolo, vício de consentimento. Tratando-se de negócio jurídico anulável, o lapso da prescrição é o quadrienal (art. 178, § 9o, inc. V, ‘b’ do CC).” (STJ – RESP n. 107.961, rel. Min. Barros Monteiro, RSTJ 163/337).

Nos termos do art. 145 do CC, para justificar a anulação do negócio, é preciso que o dolo seja sua razão determinante, ou seja, seu motivo. A malícia deve ter sido adequada e suficiente para que o contratante manifeste vontade que não manifestaria sem ela. A vítima do embuste não teria celebrado o negócio, caso essa intervenção ilícita não tivesse ocorrido.⁵

Renan Lotufo afirma que o dolo se caracteriza pela presença de quatro elementos: “1º) a intenção de induzir o declarante a praticar o ato; 2º) que os artifícios empregados sejam graves; 3º) que tenham sido a causa determinante da declaração; 4º) que procedam da outra parte, ou que sejam por esta conhecidos, se procedentes de terceiros”.⁶

Entre os defeitos que comprometem a consciência do declarante, o dolo precede ao erro em termos de gravidade, porque nele há a conduta ilícita de alguém, que é dispensada no erro - ainda que haja necessidade de que o erro, após externado, possa ser apreendido pelo declaratório. Como ensina Massimo Bianca, o dolo tem por resultado levar o sujeito ao erro, mas ele se caracteriza mesmo sem a presença dos elementos caracterizadores desse.⁷

Não se confunde o dolo civil com o criminal, que corresponde à intenção deliberada de obter um resultado vedado pela lei. O dolo criminal se verifica quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (art. 18 do CP).

Dolo principal é o que funciona com razão determinante para a celebração do contrato; acidental é o dolo que interfere no conteúdo do negócio sem, contudo, ter aptidão suficiente para indicar que sem ele o negócio não se consumaria.⁸

Somente o dolo principal autoriza a anulação do negócio. O acidental só obriga à satisfação de perdas e danos (art. 146 do CC). Não se nega o direito de a vítima do dolo postular indenização também quando o negócio for anulado, mas neste caso, a hipótese será decorrente de

⁵ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 664. Segundo Galgano, o dolo é determinante quando se verifica que sem ele o consentimento não teria sido dado (*El negocio juridico*, cit., p. 306).

⁶ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 399.

⁷ Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 664. O autor registra haver maior reprovação social no dolo do que no mero erro, pois aquele que atua com malícia não merece tutela jurídica (Ibid., p. 665). E pondera que a vítima do dolo pode postular a anulação do negócio com fundamento no erro, se não puder provar o primeiro e o engano for conhecido da outra parte (Ibid., p. 668).

⁸ Ibid., p. 664.

interesse negativo, ou seja, de reparação de prejuízos oriundos do interesse de não haver consumado o contrato.⁹

O exame das hipóteses de dolo recomenda que não se perca de vista o disposto no art. 423 do CC, que exige que os contratantes atuem com boa-fé objetiva. Isto é, que tenham um padrão idealizado de conduta - aquela que se exige do homem probo, leal, solidário e cooperativo. Assim, a abordagem do dolo deve guiar-se pelas exigências contemporâneas do Direito Privado, que impõem às pessoas que colaborem com a construção de sociedade mais justa e solidária (CF, art. 3º, I).

Destarte, o exame do dolo dever ser feito com rigor, evitando-se tolerância com o comportamento apto a enganar.

No caso do dolo accidental, o prejuízo resulta da diversidade das circunstâncias do negócio, que é desfavorável àquele que foi vítima da malícia alheia.

3. Dolo bom e dolo mau

Vigia no Código Civil de 1916, reconhecimento de que somente o dolo mau justificava a anulação do negócio jurídico, sendo, pois, tolerável algum dolo de pouca malícia.

Na lição de Renan Lotufo, ministrada em aula inaugural do Curso de Especialização em Direito Civil da Escola Paulista da Magistratura, em 2004, tal distinção já não se justifica.

De acordo com o e. Professor, o princípio da eticidade, em que se destaca a boa-fé objetiva, implica o surgimento de deveres de contorno para as partes, que os obrigam a agir com lealdade e a prestar integralmente as informações úteis e necessárias a ambos, de modo que admitir certo grau de malícia parece intolerável na concepção contemporânea do direito.¹⁰

Judith Martins-Costa trata do tema em obra clássica a respeito da boa-fé objetiva. Registra que não se pode mais tratar dos contratos apenas sob a ótica da autonomia da vontade. Há que haver uma cooperação entre as partes, voltada para um fim comum, que vise à proteção da função social, que o ordenamento recomenda.¹¹

O dolo deve ser reprimido sempre, a não ser que não seja suficiente para determinar o negócio indesejado ou para alterar negativamente suas condições.

⁹ *Ibid.*, p. 667.

¹⁰ GALLO, Paolo. *Trattato del contratto*. Roma: Utet Giuridica, 2010. t. 3, p. 1.827.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 457.

Vale dizer: se a malícia não é apta a enganar, porque apenas divulga vantagens do negócio de modo exagerado, que não seja capaz de comprometer a declaração da vontade de alguém, é porque não há dolo, na medida em que ele não é idôneo para ludibriar.

Para justificar a anulação do negócio jurídico, o dolo deve ser grave. E a avaliação da gravidade se fará levando em conta as condições pessoais da vítima.¹²

Feita a apuração dessa gravidade, há que haver nexo causal entre o dolo e a celebração do contrato.¹³ Caso os meios utilizados sejam insuficientes para ludibriar a vítima, não se considera demonstrado o dolo.¹⁴

Como adverte Massimo Bianca, dolo bom é o que não tem força para enganar a vítima, razão pela qual não gera a invalidade do contrato, na medida em que não é socialmente reprovável.¹⁵ E Francesco Galgano admite a dificuldade para distinguir dolo bom e dolo mau, uma vez que o progresso da ciência é capaz de convencer com maior facilidade que aquilo que parecia inatingível tornou-se possível.¹⁶

Conclui-se, portanto, que não há dolo bom, porque dolo bom não é dolo, na medida em que não tem aptidão para violar a vontade consciente do declarante.

4. Dolo por omissão

Dolo por omissão é o que resulta da violação de um dever de agir, isto é, de atender o dever oriundo da boa-fé que consiste em não manter o outro contratante desinformado a respeito de fato relevante do negócio que irá celebrar. É o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra haja ignorado, e que, se conhecido, a teria levado a não celebrar o negócio (CC, art. 147).

No campo das obrigações, o dever de dizer a verdade é genérico e resulta da necessidade de boa-fé. O dever de informar, por seu turno, resulta, no campo contratual, imperioso, e está presente na fase pré-negocial, na fase de execução, e até mesmo na pós-contratual.¹⁷

Para o reconhecimento do dolo por omissão, é necessário que o negócio seja bilateral, que tenha por objeto induzir o outro a praticar

¹² Massimo Cesare Bianca, *Diritto civile: il contratto*, cit., v. 3, p. 666.

¹³ *Ibid.*, p. 666.

¹⁴ *Ibid.*, p. 666.

¹⁵ *Ibid.*, p. 667.

¹⁶ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 311, e Enzo Roppo, *O contrato*, Almedina, 1988, p. 240.

¹⁷ Sobre o tema, ver: Christoph Fabian, *O dever de informar no direito civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ato que lhe seja desfavorável, que o silêncio atinja circunstância relevante e que o silêncio seja causa do consentimento.

Em tais casos, é preciso identificar algum equilíbrio entre o dever de informar e o direito de reserva e a determinação da fronteira entre o dever de informar, de um dos contratantes, e a possibilidade de o outro obter por si mesmo a informação.¹⁸

Assim, Galgano invoca o exemplo do funcionário que exhibe seu currículo ao empregador, informando seu empregador anterior, mas omitindo que foi demitido por corrupção. Conclui que a informação do empregador anterior era devida por ele, mas a carga depreciativa se incluía em seu dever de reserva, ainda que o empregador não estivesse impedido de diligenciar sobre seus antecedentes.¹⁹

5. Dolo de terceiro

Renan Lotufo aponta dolo de terceiro em três hipóteses: “1ª) o dolo é de terceiro, praticado com cumplicidade com a parte beneficiária; 2ª) o dolo é de terceiro, a parte não cooperou na sua ocorrência mas tinha conhecimento, ou devia ter conhecimento pelas circunstâncias, do dolo do terceiro; 3ª) o dolo é de terceiro, e é completamente ignorado pela parte beneficiada”.²⁰

À luz do art. 148 do CC, somente nos dois primeiros casos o contrato pode ser anulado.

Francesco Galgano, porém, observa que o engano de terceiro que autoriza a anulação deve ser conhecido, e não apenas cognoscível, pelo contratante que obteve a vantagem ilícita²¹. Dele, porém, se diverge – aderindo-se ao pensamento de Renan Lotufo –, porque a boa-fé objetiva, a conduta idealizada do cidadão que atua de modo cooperador e solidário, não é compatível com a ação de quem, podendo identificar o dolo, dele se aproveita na celebração de um contrato, ou negligencia nas cautelas exigíveis do contratante padrão.²²

É certo, porém, que se o beneficiado pelo dolo do terceiro o ignorava por completo e não podia identificá-lo, ainda que com alguma diligência, há que se manter a validade do negócio. Vale aqui, seguir o princípio da conservação do negócio, sem prejuízo do disposto na segunda parte do artigo 148 do Código Civil, que prevê que o terceiro deverá indenizar as perdas e danos da parte ludibriada.

¹⁸ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, cit., p. 309.

¹⁹ *Ibid.*, p. 309-310.

²⁰ Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 405.

²¹ *Ibid.*, p. 306.

²² Renan Lotufo, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 405.

A regra em exame atinge negócios unilaterais²³, mas nessa hipótese, não é relevante a ciência do dolo pelo beneficiado, como anota Carlos Roberto Gonçalves: “Caio Mário, citando Ruggiero e Colin e Capitant, menciona que, nos ‘atos unilaterais, porém, o dolo de terceiro afeta-lhe a validade em qualquer circunstância, como se vê, por exemplo, na aceitação e renúncia de herança, na validade das disposições testamentárias’.”²⁴

Caberá ao lesado, nas demandas anulatórias fundadas em dolo de terceiro, provar que o contratante beneficiado pelo dolo tinha, ou podia ter conhecimento, de sua ocorrência. Do contrário, só lhe caberá indenização por perdas e danos em face do terceiro. Reparação essa, que, na visão de Enzo Roppo é extracontratual.²⁵

6. Dolo do representante legal

O artigo 149 do Código Civil impõe responsabilidade indenizatória pelo dolo do representante, distinguindo, porém, as consequências dela decorrentes, segundo a representação seja legal ou convencional.

Para o caso da representação legal, o representado só responde pela vantagem auferida, uma vez que, sendo incapaz e não tendo escolhido o representante, não se pode atribuir-lhe ônus maior.

Mas se a hipótese é de representação convencional, a responsabilidade do representado é integral, pois ele terá culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, tendo em vista que ou não escolheu adequadamente, ou não fiscalizou sua atuação, como deveria.

O representante não é terceiro na relação jurídica, na medida em que atua em nome do representado, sem defender ou perseguir a satisfação de interesse próprio. Desse modo, se atua nos limites dos poderes que lhe foram conferidos, pratica o ato como se fosse o próprio representado. Anote-se que se o representante age com excesso de poderes, não surgem efeitos para o representado (CC, art. 116)²⁶.

²³ *Ibid.*, p. 406.

²⁴ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*: parte geral, cit., v. 1, p. 377. No mesmo sentido, Paolo Gallo, *Trattato del contratto*, Utet Giuridica, 2010, t. 3, p. 1.838.

²⁵ Enzo Roppo, *O contrato*, Almedina, p. 1.988, p. 241. Não se perca de vista, contudo, que o debate a respeito da natureza contratual ou extra do terceiro que interfere no inadimplemento de contrato entre outras pessoas, oriunda dos vários estudos a respeito da chamada teoria do terceiro cúmplice, para a qual se remete o leitor: Marcelo Benacchio, *Responsabilidade civil contratual*, Coleção Professor Agostinho Alvim, Coordenação Renan Lotufo, Saraiva, 2011, p. 96, e Otavio Luiz Rodrigues Junior, A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos, *Revista dos Tribunais*, v. 821, p. 80-98, 2004.

²⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, I, Forense, 2011, p. 442.

7. Dolo de ambas as partes

A regra do artigo 150 do Código Civil, que veda a pretensão de anulação do negócio ou de indenização, se ambas as partes procederam com dolo, não representa compensação ou neutralização do dolo dos negociantes, mas desprezo do Judiciário pelo clamor daqueles que atuam de modo torpe.²⁷

Vale observar, porém, que, aparentemente, se ambas as partes celebraram o negócio com propósito comum ilícito, o caso será de nulidade, tal como previsto no artigo 166, inciso III do Código Civil.

8. Anulabilidade do negócio celebrado mediante dolo

O art. 171, II, do CC inclui o dolo como causa de anulação do negócio. Enzo Roppo observa que, se a lei tutela aquele contratante que incide em erro, “por maioria de razão deve tutelar o contraente que tenha sido induzido em erro pelo comportamento enganador da parte contrária”.²⁸

A anulação, prossegue o autor, é a primeira consequência do dolo. A parte enganada pode desvincular-se do ajuste a que se submeteu. Os contratantes podem buscar satisfação de seus interesses individuais, mas não “a ponto de empregar a fraude ou o engano”²⁹.

9. Notas conclusivas

Como se procurou expor, o dolo é elemento apto a interferir e invalidar o negócio jurídico. O Código Civil faz prevalecer a vontade livre e consciente nos negócios jurídicos, de modo que a influência de terceiro estranho ao negócio também haverá de invalidá-lo, se o beneficiado tinha como conhecer a malícia com que ele agiu – o que prestigia a boa-fé e a conservação dos negócios.

É possível que o dolo seja comissivo ou omissivo, desde que seja havido como razão determinante da manifestação de vontade da vítima do embuste.

Finalmente, não se pode perder de vista que a boa-fé objetiva norteia os critérios de identificação do dolo, obrigando o intérprete a examinar a conduta dos contratantes com maior rigor, de modo a conduzi-la para um padrão ideal de comportamento, fundado na eticidade, na lealdade e na solidariedade exigidas pelo art. 3º, I, da Constituição Federal.

²⁷ Renan Lotufo, *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 231), cit., v. 1, p. 410.

²⁸ Enzo Roppo, *O contrato*, Almedina, p. 1.988, p. 239.

²⁹ Enzo Roppo, *O contrato*, Almedina, p. 1.988, p. 240.

A (im)possibilidade da convalidação do negócio jurídico celebrado sob estado de perigo

*Rubens Petersen Neto*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Negócio jurídico

O estudo do instituto estado de perigo, no âmbito do negócio jurídico, não poderia prescindir da análise do conceito de negócio jurídico, na medida em que somente se caracterizará o vício quando presente a vontade comprometida que determinou a extensão dos efeitos na relação jurídica. Vale dizer: o estado de perigo somente estará presente quando, de fato, tratar-se do negócio jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de negócio jurídico é ofertado pela doutrina, já que o Código Civil não contempla dispositivo que defina o que vem ser. Aliás, convém trazer à baila a modificação introduzida pelo Código Civil de 2002 em relação ao Código Civil de 1916, posto que neste não havia um tratamento específico para tal espécie de relação negocial, limitando-se a se referir ao ato jurídico no artigo 81: “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”.²

Como destacado pelo professor Nestor Duarte, nos comentários ao Código Civil de 2002, sob a coordenação do Ministro Cezar Peluzo, à época não se tinha o conhecimento acerca da matéria como nos dias de hoje, razão da imprecisão acerca do instituto³.

Atualmente, embora o Código Civil não contenha uma definição do que vem a ser negócio jurídico, relegando à doutrina que o faça, é certo que reconhece a distinção entre este e o ato jurídico não negocial, dispondo no artigo 185 que “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”.

¹ Pós-graduado em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura.

² BRASIL. *Código Civil Vade Mecum*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³ DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008. p. 92.

Por outro lado, o professor Bueno de Godoy (2008) ensina que a conceituação não distinguia os conceitos de ato e de negócio, visto que o Código Civil de 1916 tinha a perspectiva individualista, conforme reclamos da sua época, já que baseado no período de valorização dos direitos individuais, razão pela qual se pensava que a expressão de vontade tinha capacidade de gerar os efeitos jurídicos desejados⁴. Tratava-se da concepção voluntarista, pela qual não se exigia declaração em conformidade com o ordenamento jurídico para a produção dos efeitos; estava enraizada no que se chamava de “autonomia da vontade”.

Atualmente, compreende-se o negócio jurídico pela concepção preceptiva ou objetiva, segundo a qual a declaração de vontade constitui norma jurídica concreta, por meio dos efeitos que da lei incidem sobre o negócio (GODOY, 2008)⁵. O negócio jurídico não é mais compreendido como fruto apenas da vontade das partes, mas compreende a vontade que respeita os valores contidos na lei e na própria Constituição Federal, tais como a dignidade da pessoa humana, o solidarismo e a justiça na relação entre as pessoas⁶.

Portanto, atualmente, a vontade externada pelo sujeito na celebração do negócio encontra limitação nas normas de ordem pública, notadamente as constitucionais, não possuindo um caráter absoluto, como aquele preconizado pelo Código Civil de 1916.

A propósito, aliás, acerca desta limitação, segundo lição ainda de Bueno de Godoy (LOTUFO; NANNI, 2008), o professor Antonio Junqueira de Azevedo concebe uma terceira corrente acerca do negócio, contrária à concepção voluntarista e objetiva, destacando a estrutura da relação negocial⁷. Pela concepção estrutural, o negócio deve ser compreendido pela vontade cercada por circunstâncias negociais, socialmente aceitas e destinadas à produção de efeitos jurídicos, ou

⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 390-391.

⁵ Id, *ibid.*, p. 391.

⁶ Ensina ainda o professor Bueno de Godoy: “[...] cuida-se de entrever, subjacente ao negócio jurídico, uma liberdade fundamental que se garante aos indivíduos, de regular seus interesses, de estabelecer relações jurídicas mediante constituição ou modificação de direitos tal como preceituarem, com força vinculativa conferida pelo ordenamento jurídico desde que atendidos valores por ele dispostos – é a ideia, no dizer de Luigi Ferri, de uma liberdade não natural, porém jurídica, social, intrinsecamente limitada por elementos axiológicos, por valores sociais dispostos no ordenamento, cujo atendimento condiciona o alcance dos efeitos jurídicos buscados por quem nesse sentido manifestou a vontade”. (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 390-391).

⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 392.

seja, o ato de vontade somente será suscetível de produção dos efeitos desejados, porque a regra jurídica o contempla e não o repudia como atentatório aos interesses sociais.

Trata-se de reconhecer o instituto do negócio jurídico não somente como viabilizador das relações patrimoniais e extrapatrimoniais⁸, mas também como fator de relevância social⁹.

O negócio jurídico como a declaração de vontade, que tem por objetivo a produção de efeitos jurídicos desejados pela parte e autorizado pelo direito é, portanto, a concepção de que não se pode manter relação negocial com desobediência à boa-fé objetiva e à função social.

A conclusão é importantíssima para o tema proposto neste artigo, na medida em que na relação em que uma parte se aproveita da situação de vulnerabilidade de outrem não se pode emprestar os efeitos “desejados”, já que ofende os interesses da sociedade de que as partes tenham relações pautadas por um padrão ético aceitável (boa-fé objetiva) e muito menos se presta a contribuir para as relações sociais (função social).

1.1. Plano de análise sob a ótica da validade

Dentro do plano de análise do negócio jurídico, o seu estudo sob o prisma da validade é de extrema importância para o desenvolvimento do presente tema, porque o vício de consentimento consistente no estado de perigo é justamente a mácula que recai sobre a manifestação de vontade da parte prejudicada, e essa análise se faz passada a análise dos elementos que dão existência ao negócio. Por este motivo, não se mostra necessário, neste breve artigo, a análise dos planos da existência ou da eficácia.

O atributo da validade é um verdadeiro filtro que o ordenamento jurídico estabeleceu para determinar quais os fatos emanados da vontade terão o condão de produzir efeitos dentro da esfera jurídica de outrem.

Destaca o professor Junqueira de Azevedo (2002) que a análise de fatos jurídicos, em sentido lato, sob o prisma da validade, somente recai sobre os negócios jurídicos, posto que é o único que contém a declaração de vontade socialmente destinada à produção

⁸ Id, ibidem, p. 277.

⁹ Destaca-se a lição de Nelson Rosenvald (2016), com respaldo em Francisco Amaral: “[...] emprestar ao negócio jurídico (assim como aos demais institutos fundamentais do direito civil) uma função social significa considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 587).

de efeitos jurídicos, justificando-se, assim, inclusive, a necessidade de se tem de diferenciar atos jurídicos em sentido estrito e negócio jurídico¹⁰.

Aliás, como bem observa o jurista, o negócio jurídico merece destaque no tratamento junto ao ordenamento jurídico, na medida em que é o principal instrumento pelo qual a autonomia privada é exercida pelo cidadão no gozo de sua liberdade negocial. Daí a importância de se estabelecer o regramento, como verdadeiro filtro, para se determinar se o negócio jurídico é válido ou não: “[...] há de se proibir a declaração contrária às normas superiores, há de se cercar de segurança certas declarações que interessam a todos”¹¹. Trata-se, inclusive, de se preservar a função social do negócio jurídico, conforme preconiza o art. 421 do Código Civil, pelo qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Reputa-se válido o negócio jurídico quando os requisitos dos elementos de existência se encontram em consonância com o ordenamento jurídico. Os requisitos de validade são os adjetivos que o ordenamento jurídico atribui aos elementos de existência do negócio jurídico, como ensina o professor Flávio Tartuce (2012)¹². A validade é, portanto, uma qualidade de que se reveste o elemento¹³.

O Código Civil trata do tema no seu artigo 104, pelo qual a validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei. Também se refere ao mesmo diploma legal no art. 107, do qual se extrai o entendimento de que a vontade deve ser livre de qualquer espécie de circunstância capaz de comprometê-la.

O professor Junqueira de Azevedo (2002) ainda destaca que, conforme identificados os elementos categoriais e particulares, de acordo

¹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atualizada de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10,01,2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 41.

¹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atualizada de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10,01,2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 42.

¹² TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. v. 1: Lei de introdução e parte geral, p. 326.

¹³ Destaca-se o ensinamento de Junqueira de Azevedo (2002) a respeito: “Há certo paralelismo entre o plano da existência e o plano da validade: o primeiro é um plano de substâncias, no sentido aristotélico do termo: o negócio existe e os elementos são; o segundo é, grosso modo, um plano de adjetivos: o negócio é válido e os requisitos são as qualidades que os elementos devem ter. Há, no primeiro plano: a existência, o negócio existente e os elementos sendo. Há, no segundo: a validade, o negócio válido e os requisitos como qualidades dos elementos” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atualizada de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 42).

com o que foi visto no subitem anterior, também devem ser observados os respectivos requisitos de validade do negócio jurídico¹⁴.

Para a presente pesquisa, faz-se importante recair apenas sobre os elementos gerais, conforme mencionada lição de Junqueira de Azevedo, no subitem anterior, os quais são tratados no artigo 104 do Código Civil.

2. Estado de perigo

2.1. Breve apontamento histórico do estado de perigo como espécie de defeito

Os defeitos do negócio jurídico constituem deficiência nos elementos constitutivos, permitindo a sua anulação. Como visto alhures, são diagnosticados no plano da validade do negócio.

No tocante ao estado de perigo, o defeito consiste no vício de consentimento na formação da vontade e é tratado como hipótese de anulabilidade do negócio jurídico. É um instituto novo no ordenamento civil brasileiro, e surgiu com o advento do Código Civil de 2002, embora encontre correlação com o instituto do estado de necessidade previsto no Código Penal. Trata-se de instituto novo da seara dos vícios de consentimento, na medida em que não era previsto no Código Civil de 1916 e, nas palavras de Maria Helena Diniz, típico instituto de direito penal, transplantado para a seara negocial¹⁵.

Em termos de evolução histórica, o instituto do estado de perigo, na sua gênese, pode ser encontrado antes mesmo do direito romano, em representações de conteúdo moral, que valorizavam o salvamento da pessoa que tivesse em situação de risco. Tais previsões podiam ser encontradas no Código de Hamurabi e regramentos das civilizações hebraicas¹⁶.

No direito clássico, o estado de perigo é construído a partir de regras incidentes nas relações marítimas, o que mais evidenciava situações de risco, mais especificamente a Rodes, na Grécia (*Lex Rodhia de lactu*)¹⁷.

Posteriormente, no Direito Romano, com influência do Direito Clássico, é possível encontrar precedentes do instituto do estado de perigo, conforme ensinam de forma detalhada os estudos de Rodrigo

¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atualizada de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10,01,2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 43-48.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1: Teoria geral do direito civil, p. 525.

¹⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 555.

¹⁷ Id, ibdem, p. 555.

de Lima Vaz Sampaio¹⁸. Segundo o autor, seriam três as fontes romanas: Jul.86 dig., D. 14,2,6; Ulp. 11ad ed, D. 4,2,7,1; e Ulp. 28 ad ed., D. 13, 6, 5, 4.

A primeira fonte, Jul.86 dig., D. 14,2,6, tratava de contribuições decorrentes de salvamento de cargas em face de possível perecimento marítimo, em que era facultado ao comandante da embarcação livrar-se de algumas mercadorias para garantir a integridade de outras mercadorias, circunstância que ensejava a necessidade de pagamento em favor dos prejudicados por parte daqueles que tiveram suas mercadorias preservadas. Contudo, como bem observa Vaz Sampaio (2002), tal hipótese assemelhava-se mais ao estado de necessidade, excludente da responsabilidade civil¹⁹.

A segunda, Ulp. 11ad ed, D. 4,2,7,1, seria decorrente de texto de Ulpiano, cuja narrativa trata de situação em que o sujeito realiza um ato jurídico, sob injusta ameaça, embora o próprio jurista admita que se assemelha ao vício da coação²⁰.

Finalmente, a terceira hipótese, Ulp. 28 ad ed., D. 13, 6, 5, 4, trata do *princípio do sacrifício da coisa própria*, em que o comodatário deve fazer uma escolha, durante um caso fortuito, de salvar suas coisas pessoais ou aquelas que tomou emprestado, não sendo responsabilizado pelo perecimento quando não tiver agido com culpa, o que, conforme o próprio autor admite, corresponde à situação de excludente de responsabilidade civil²¹.

Posteriormente, já na era moderna, no Direito Comparado, Humberto Theodoro Junior (SAMPAIO, 2012, p. 134) destaca a previsão no Código Civil Italiano, sendo esta figura precursora do instituto incorporado no Código Civil Brasileiro²².

¹⁸ SAMPAIO, Rodrigo de Lima Vaz. Estado de perigo no código civil de 2002: notas críticas. *Revista dos Tribunais*, v. 918, ano 101, abril 2012, p.125-134.

¹⁹ Id, ibdem, p. 129.

²⁰ Id, ibdem, p. 132.

²¹ SAMPAIO, Rodrigo de Lima Vaz. In: *Repositório autorizado de Jurisprudência*, ano 101, v. 918, p. 134, abril 2012.

²² “O estado de perigo e a lesão são aspectos da chamada usura real em contraposição à usura financeira. Esta se caracteriza pela cobrança de juros e taxas superiores ao que seria legal ou honestamente aceitável nos empréstimos de dinheiro; e aquela a que se refere a qualquer prática não equitativa que transforma o contrato bilateral em fonte de prejuízos exagerados por uma das partes e de lucros injustificáveis para a outra. [...] Por caminhos sinuosos chegou-se ao Código Italiano que, cuidando da usura real, sistematizou as duas formas de rescisão dos contratos por ela viciados: o estado de perigo (art. 1.447) e o estado de necessidade ou lesão [art. 1448]. Ambos, porém, identificados por elementos objetivos (desproporção entre as prestações) e subjetivos [dolo de aproveitamento da situação de inferioridade de um dos contratantes]”. (SAMPAIO, Rodrigo de Lima Vaz. In: *Repositório autorizado de Jurisprudência*, ano 101, v. 918, p. 273-274, abril 2012.).

No Brasil, segundo Nelson Nery e Rosa Nery, o instituto apareceu inicialmente no art. 319 do Projeto para o Código Civil, de Antonio Coelho Rodrigues, de 1893, e no art. 121 do Projeto de Clóvis Bevilacqua, de 1899, sancionado em 1916, este sendo objeto de rejeição por parte da comissão revisora²³.

Atualmente, no Brasil, o instituto do estado de perigo é tratado dentro do capítulo IV do Código Civil, seção IV, em um único artigo, o 156.²⁴ Por fim, nos moldes adotados pelo Código Civil Italiano, o Código Civil de 2002 adotou a distinção entre o instituto da lesão e do estado de perigo, cujas principais diferenças serão observadas mais adiante.

2.2. Conceito

Apresentar o conceito do que vem a ser estado de perigo seria tarefa simples não fosse a possibilidade de confusão com o termo estado de necessidade, pois, nas palavras de Maria Helena Diniz, seria típico instituto de direito penal, transplantado para a seara negocial²⁵, ou como ensina Carlos Roberto Gonçalves (2014)²⁶, institutos que possuem o mesmo fundamento, a necessidade.

Fernando Martins (apud LOTUFO; NANNI, 2008), utilizando a lição de Teresa Ancona Lopez, destaca a confusão quanto à utilização da terminologia, uma vez que os civilistas²⁷ utilizam os dois termos de forma indistinta, sem a preocupação necessária, como se fossem sinônimos²⁸.

²³ No projeto de Clóvis Bevilacqua, o art. 121 tinha a seguinte redação: “O contrato feito quando alguma das partes se acha sob ameaça de um perigo iminente de naufrágio ou parada no alto mar, inundação, incêndio, ou operação cirúrgica, acarretando risco de vida, presume-se nulo por vício da vontade, enquanto não for ratificado, depois de passado o perigo, sob cuja iminência foi feito. A mesma presunção de nulidade existe em relação aos contratos celebrados em estado crítico de moléstia aguda e grave” (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, t. II: Parte geral, p. 270.).

²⁴ Artigo 156: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1: Teoria geral do direito civil, p. 525.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. I: Parte geral - de acordo com a lei n. 12.874/2013, p. 435.

²⁷ Por exemplo, o jurista Sílvio da Salvo Venosa inicia o tratamento do instituto com o tópico “24.5 Estado de Necessidade ou estado de Perigo: situações afins” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 451.).

²⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 561.

O jurista Fernando Martins (2008) destaca que a possível utilização do emprego dos termos como se fossem sinônimos possa decorrer do uso da expressão *estado de necessidade* para referir-se a *estado de perigo*, no Código Civil francês, ou pelo fato de no próprio artigo 156 haver alusão ao termo necessidade, como adjetivo da importância do salvamento²⁹.

O estado de perigo é a ideia de assunção de um negócio jurídico ou formação de um contrato cuja base – a vontade – foge da normalidade, porque se refere à situação de risco enfrentada pela própria pessoa ou por terceiro e em razão da qual assume obrigação manifestamente desproporcional em relação à contraprestação assumida pela parte contrária.

Já o estado de necessidade é a circunstância que leva a pessoa a praticar o fato, aparentemente ilícito, de maneira inevitável, para salvar-se de perigo atual ou iminente, não provocado por si, mas também impossível de ser evitado.

O Código Civil reconhece tal espécie de comportamento como forma de excludente de ilicitude, conforme artigo 188, inciso II e parágrafo único, segundo o qual não constitui ato ilícito a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente, quando somente as circunstâncias a tornaram absolutamente necessária, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

O estado de necessidade está ligado ao campo da responsabilidade civil e tem por objetivo exonerar o autor do dano da responsabilidade decorrente da prática do ato ilícito. Observe-se, portanto, que o *estado de perigo* é hipótese de vício de consentimento, enquanto o *estado de necessidade* é excludente de responsabilidade civil, não havendo que se falar em termos sinônimos.

Enfim, o estado de perigo consiste no vício de consentimento, na formação da vontade que foge da normalidade, ligado a uma situação de risco enfrentada pela própria pessoa ou por terceiro, e em razão da qual assume obrigação manifestamente desproporcional em relação à contraprestação assumida pela parte contrária, sendo tratado como hipótese de anulabilidade do negócio jurídico.

2.3. Distinção entre estado de perigo, lesão e coação

O encerramento deste item requer o estabelecimento da distinção entre os vícios de consentimento *estado de perigo, lesão e coação*.

²⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 561.

Com relação ao estado de perigo e à lesão, segundo Carlos Roberto Gonçalves³⁰, alguns doutrinadores sustentam que as diferenças mínimas não justificariam a previsão de institutos distintos. O jurista ainda lembra que no relatório da Comissão Revisora ficou expresso que os institutos não se confundem, na medida em que no estado de perigo a parte assume obrigação excessivamente onerosa quando submetida a risco, ao passo que na lesão não há risco que impulse a celebração do negócio.

Outrossim, no mesmo relatório, a lesão está presente no contrato comutativo cuja prestação é um dar, por isso admite a suplementação prevista no § 2º, do artigo 157, ao passo que no estado de perigo, como a contraprestação é um fazer, tal suplementação não seria admitida³¹.

Na lesão, o motivo do negócio não está vinculado ao perigo, ou seja, o ato negocial seria realizado por vontade livre e consciente, na hipótese de inexperiência; já no estado de perigo, o negócio somente é realizado em razão da circunstância não desejada que coloca em perigo a vida do sujeito, sendo certo que, na sua inocorrência, tal negócio sequer seria celebrado. Ainda nas lições de Maria Helena Diniz, a premência de necessidade decorre da possibilidade de ocorrência de um dano patrimonial, sendo esta a base da lesão, ao passo que, no estado de perigo, a base é o risco pessoal³².

Pensamento contrário sustenta o jurista Nelson Rosenvald (2016)³³, segundo o qual o estado de perigo é assunção de comportamento negocial extremamente oneroso, com a intenção de excluir risco pessoal, seja de dano patrimonial, seja de dano extrapatrimonial, não enxergando, nesse ponto, distinção entre os institutos da lesão e do estado de perigo.

Conforme já sustentado, a assunção de obrigação desproporcional que visa à proteção contra dano patrimonial refere-se à lesão, posto que o artigo 156 do Código Civil específica que o risco é direcionado à pessoa, não havendo tal elemento no artigo 157 do mesmo diploma legal.

Por outro lado, Nelson Rosenvald (2016) assevera que o estado de perigo se distingue, subjetivamente, da lesão, uma vez que nesta o acontecimento pode surgir de diversas situações, inclusive da inexperiência, enquanto naquele haveria uma situação de infe-

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. I: Parte geral – de acordo com a lei n. 12.874/2013, p. 434.

³¹ Id., *ibid.*, p. 434.

³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1: Teoria geral do direito civil, p. 525.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 648.

rioridade da vítima, caracterizada pelo risco de grave dano pessoal ou de outrem³⁴.

Nessa esteira, segundo Antonio Junqueira de Azevedo, na lição de Maria Helena Diniz³⁵, o instituto da lesão, previsto no art. 157 do Código Civil, denominado *lesão especial*, diferencia-se do estado de perigo, porque não se faz necessário o dolo de aproveitamento da parte beneficiada, podendo limitar-se à exigência de excesso nas vantagens e desvantagens, causado pela premência de necessidade ou inexperiência de uma das partes. O mesmo autor afirma que, segundo Teresa Ancona Lopes, bastaria a parte lesada pensar que estaria em estado de perigo e a parte contrária ter conhecimento disso para a caracterização³⁶. O risco deve ser conhecido por ambas as partes. Se a vítima ignora o risco existente, não estará configurado o estado de perigo.

Com relação à coação e o estado de perigo, de igual forma, o professor Carlos Roberto Gonçalves (2014)³⁷ também sinaliza que a doutrina encontra similaridade entre os institutos, em razão da coação moral. Contudo, o próprio doutrinador ressalta a existência de diferença porque, no estado de perigo, o temor existente não é provocado para a celebração de um negócio específico e não há uma ameaça, enquanto na coação há uma ameaça específica, com a finalidade de obrigar a pessoa a negociar. Aliás, para a caracterização da coação sequer é necessária a assunção da obrigação excessivamente onerosa, bastando a celebração do negócio sob o estado de temor.

No mais, Nelson Rosenvald (2016) reconhece a similaridade entre os institutos de coação e estado de perigo, mas ressalta que, enquanto no primeiro a ameaça é praticada por interessado no negócio, no segundo a ameaça decorre de uma circunstância fática que não tem relação com aquele com o qual a parte negocia³⁸.

³⁴ Id., *ibid.*, p. 650.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1: Teoria geral do direito civil, p. 522.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1: Teoria geral do direito civil, p. 525.

³⁷ Segundo Carlos Roberto Gonçalves, os doutrinadores Silvio Rodrigues, Orozimbo Nonato, Chironi e Abello, Fadda e Bensa sustentam que em ambos os institutos as vítimas não se encontram em condições de declarar livremente a sua vontade (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. I: Parte geral - de acordo com a lei n. 12.874/2013. p. 436.).

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 649.

3. A conservação dos contratos e os negócios celebrados sob o estado de perigo

3.1 Posicionamento doutrinário

Estabelecidas as premissas conceituais acerca do negócio jurídico e do vício de consentimento que pode acometê-lo, consistente no *estado de perigo*, necessário o desenvolvimento do pensamento acerca da polêmica existente em torno da possibilidade ou não da conservação do negócio, uma vez eivado do vício tratado.

No Código Civil³⁹, em seu artigo 156, conforme visto alhures, não há disposição clara acerca da possibilidade da conservação do negócio. Ao contrário, segundo dispõe o artigo 171, inciso II, é anulável o negócio jurídico eivado do vício de estado de perigo, tendo o artigo 178 estabelecido prazo de quatro anos para que a parte prejudicada possa pleitear sua anulação, sob pena de ver ser convalidado o negócio viciado.

Diferentemente da previsão contida no § 2º do art. 157 do Código Civil (lesão), no estado de perigo não há previsão da possibilidade de adequação do negócio para restabelecer o equilíbrio. Portanto, o negócio celebrado mediante estado de perigo seria anulável, diante da ausência de regra.

Em princípio, não há que se falar na possibilidade de conservação do negócio jurídico quando a parte prejudicada intenta sua anulação e a sua conservação somente é possibilitada pelo instituto da convalidação pelo decurso do tempo, uma vez que previsto o prazo decadencial de quatro anos. Aliás, os juristas Rosa Nery e Nelson Nery (2015)⁴⁰ afirmam que a oferta de quem se encontra em estado de perigo não vincula o sujeito, pois a manifestação de vontade, neste caso, é viciada.

Assim, Rosa Nery e Nelson Nery (2015) sustentam que o negócio jurídico concluído em estado de perigo é anulável porque não atende, em princípio, à função econômico-social do contrato⁴¹. Por outro lado, os juristas ainda aceitam a possibilidade de convalidação do negócio, desde que o declarante confirme sua declaração, sem a qual o negócio é anulável, posto que o vício da vontade permaneceria⁴².

³⁹ BRASIL. *Código Civil Vade Mecum*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY, Nelson. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, t. II: Parte geral, p. 270.

⁴¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY, Nelson. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, t. II: Parte geral, p. 269.

⁴² Id., *ibid.*, p. 271.

Maria Helena Diniz (2015) preconiza, por sua vez, que é preciso reequilibrar o ato negocial conforme os padrões mercadológicos, ante o princípio do enriquecimento sem causa; porém, aquele que se vale da situação de risco, abusando da situação de terror alheio, não pode ser tido como contratante de boa-fé⁴³. Por outro lado, a autora ainda destaca o posicionamento de Durantton, segundo o qual, se o contratante beneficiado pelo negócio não tiver participado do fato que ensejou o risco e o temor na vítima, poderá oferecer o necessário para o reequilíbrio do negócio e impedir sua anulação⁴⁴.

Já o jurista Carlos Roberto Gonçalves (2014) sustenta que a hipótese de anulação do negócio somente ocorre quando presentes todos os requisitos para a caracterização do estado de perigo, notadamente, o conhecimento do perigo de dano pela outra parte⁴⁵, ou seja, a atuação com dolo de aproveitamento. Ainda de acordo com o jurista, utilizando-se da lição de Carlos Alberto Bittar, o rigor do sancionamento com a anulação do negócio decorre da má-fé daquele que se aproveita da vulnerabilidade da parte contrária para obter vantagem na celebração do negócio, não sendo suficiente a simples redução da vantagem a seus limites normais⁴⁶.

Carlos Roberto Gonçalves (2014) ressalta a possibilidade de conservação do negócio quando o prestador de serviços esteja de boa-fé, não pretendendo obter vantagem exagerada e, muito menos, tendo provocado o dano; porém, reconhece que, nesta hipótese, não estaria caracterizado o estado de perigo propriamente dito, nos termos previstos no art. 156 do CC⁴⁷. Em sua lição, ainda, destaca o posicionamento de Teresa Ancona Lopez, que entende a simples anulação do negócio como sério inconveniente, posto que seria o caso de adequar a oferta ao seu justo preço. Acrescenta que essa possibilidade traria maior segurança e estabilidade aos negócios jurídicos e evitaria o enriquecimento sem causa⁴⁸.

Nesse sentido são os ensinamentos de Nestor Duarte (2008), segundo o qual, como o Código estabeleceu a nulidade relativa para a hipótese de estado de perigo, de fato, não prevalecerá o valor

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1: Teoria geral do direito civil, p. 526.

⁴⁴ Id., *ibid.*, p. 526.

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1: parte geral – de acordo com a Lei n. 12.874/2013, p. 440.

⁴⁶ Id., *ibid.*, p. 441.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1: parte geral - de acordo com a Lei n. 12.874/2013, p. 441.

⁴⁸ Id., *ibid.*, p. 440.

pecuniário acordado, mas emergirá o direito do beneficiado em obter o ressarcimento, que será objeto de arbitramento⁴⁹.

Igual lição é a de Sílvio de Salvo Venosa (2014)⁵⁰, Ana Luiza Maia Naves (2013)⁵¹, Flavio Tartuce (2012)⁵², Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016)⁵³, entre outros. Destaca-se nessa gama de doutrinadores os ensinamentos de Alexandre Guerra (2016, p. 120), para quem é possível reconhecer a incidência do previsto no § 2º, do artigo 157 do Código Civil⁵⁴.

Alexandre Guerra (2016) sustenta essa possibilidade alicerçado nos ensinamentos de Teresa Ancona, segundo os quais o estado de perigo não seria um vício de consentimento propriamente dito, porque a situação provoca uma quebra de sinalagma contratual, do modo a provocar intensa desigualdade. Prossegue ainda sustentando que a prestação desproporcional ou onerosidade excessiva é elemento objetivo que autorizaria a aplicação da equidade⁵⁵.

Finalmente, o enunciado nº 148 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (2012) preconiza que “ao ‘estado de perigo’ (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157”, reconhecendo-se, portanto, a possibilidade de convalidação do negócio jurídico celebrado sob o estado de perigo, mediante o reequilíbrio da prestação, conforme previsto para as hipóteses de lesão.⁵⁶

3.2 Análise crítica do instituto e da possibilidade de convalidação

O pensamento que rejeita a possibilidade de conservação do negócio jurídico celebrado sob o estado de perigo com a presença do dolo de aproveitamento deve prevalecer, respeitando-se, obviamente, os doutrinadores citados.

⁴⁹ DUARTE, Nestor. In PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008. p. 123.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

⁵² TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. v. 1: Lei de introdução e parte geral.

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁵⁴ “A nosso ver, a prudência que refere o legislador milita no sentido de que pondere para efetivamente guardar, na medida do possível, a sanção do negócio jurídico, conservando-o por meio da fixação do equilíbrio negocial” (GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 120.).

⁵⁵ GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 120.

⁵⁶ Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosa do de Aguiar Júnior. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

Nelson Rosenvald (2016), embora seja um dos doutrinadores que sustenta a possibilidade de conservação do negócio, preconiza que, quando se está diante de relações jurídicas existenciais (por exemplo, direitos da personalidade), sobreleva partir da máxima efetivação dos direitos e garantias fundamentais⁵⁷.

No caso do negócio celebrado em estado de perigo, não se pode olvidar que a vítima negocia com intuito de preservar a saúde ou a vida própria ou de outrem, ou seja, trata-se de negócio cujo objeto é extrapatrimonial ou existencial. Por outro lado, no caso da lesão, o negócio celebrado pela vítima visa à preservação do patrimônio; não se trata, portanto, de relação jurídica que tenha por objeto direito existencial ou extrapatrimonial, sendo esta a razão da previsão contida no § 2º do artigo 157 e da ausência de previsão semelhante no artigo 156.⁵⁸

Esse pensamento encontra fundamento na ideia de que a vontade não tem mais o caráter absoluto dentro do negócio jurídico como tinha antes da ideia de constitucionalização do direito. É sabido que as normas de ordem pública, principalmente as constitucionais, incidem sobre as relações privadas com o fim de proteger a dignidade da pessoa humana⁵⁹.

Observe-se que o sistema privado incorpora o estado de perigo como hipótese de anulação do negócio, porque se trata de circunstância que compromete o âmago, o centro, a força motriz do negócio jurídico, que é a vontade livre e consciente.

Originariamente, o estado de perigo, como defeito do negócio jurídico, contém valores da boa-fé e da justiça contratual, com o fim de proteger os direitos da personalidade.

A possibilidade de anulação do negócio em razão do estado de perigo traz consigo a necessidade de se construir uma ordem jurídica justa. Daí porque a ideia de que a manutenção do contrato ou conservação do contrato celebrado mediante estado de perigo de uma das partes, tendo a outra parte o conhecimento desta circunstância, não se mostra razoável dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 575.

⁵⁸ BRASIL. *Código Civil Vade Mecum*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁵⁹ Nesse sentido, Nelson Rosenvald explica: “O elemento volitivo, fruto da autonomia da vontade e da autonomia privada, marca registrada do negócio jurídico, não mais assumir caráter absoluto, sofrendo, sempre, as limitações decorrentes da ingerência de normas de ordem pública, notadamente constitucionais, por força da proteção destinada a pessoa humana, realçando sua necessária dignidade.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 586.).

Não se trata de conferir a uma das partes a possibilidade de enriquecimento sem causa, mas, na verdade, de priorizar o valor fundamental que é a proteção da dignidade da pessoa humana em relação a comportamentos oportunistas que ferem a boa-fé objetiva. Aliás, Fernando Martins destaca que não há que se falar em enriquecimento sem causa por parte da vítima, porque o ordenamento jurídico não alberga a ação de má-fé por parte do beneficiado para lhe possibilitar o ressarcimento⁶⁰.

Não há dúvida de que o estado de perigo, na forma como concebido, tem como objetivo o estabelecimento de equilíbrio nas relações jurídicas⁶¹.

Nessa esteira, é necessário que sejam estabelecidos limites para a celebração de negócio, em observância, aliás, ao princípio da autonomia privada, posto que não é dada a qualquer pessoa a possibilidade de se valer da vulnerabilidade de outrem para obter vantagem, sob pena de ofensa aos deveres da solidariedade, cooperação e boa-fé que devem permear os negócios jurídicos⁶².

Conforme lição de Francisco Amaral (apud ROSENVALD, 2016), importante é atribuir função social ao instituto do negócio jurídico⁶³, a fim de que os interesses da coletividade se sobreponham aos dos particulares, sem que isto comprometa a individualidade, mas preservando a dignidade da pessoa humana e exterminando as injustiças sociais⁶⁴.

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 577.

⁶¹ Destaca Fernando Martins: “Reforce, neste aspecto, o próprio tema relativo ao negócio jurídico concluído em estado de perigo e suas imbricações jurídicas no Estado brasileiro, país com mais de cento e oitenta milhões de pessoas, sob um manto de desigualdade mundialmente conhecido, no qual poucos se enriquecem como tanto e muitos se contentam com migalhas e lixões. Há contido na noção, mesmo que apenas de carga sociológica, a evidência estarrecidora de que o perigo é uma constante numa sociedade como essa, sendo mais que viável, portanto, a normatização de modal específico para a tutela de qualquer pessoa que esteja em situação periclitante e por força disso assuma uma obrigação excessivamente onerosa” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 551, 552.).

⁶² Nelson Rosendvald ensina que: “É que a personalidade humana deve estar, sempre, sublinhada como valor jurídico insuscetível de redução a situações tipo, sendo mister sua proteção eficaz e efetiva, nas múltiplas e renovadas circunstâncias em que se encontre” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 587.)

⁶³ Nessa mesma lição, Francisco Amaral ainda acrescenta: “É precisamente com esse entendimento [função social] que a autonomia privada pode e deve direcionar-se aos deveres das pessoas em relação à sociedade, superando se o individualismo jurídico em favor dos interessados comunitários e corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade dos primórdios do liberalismo e capitalismo” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 587).

⁶⁴ Não se pode olvidar da tutela da confiança, oriunda da doutrina italiana, segundo a qual, na lição de Alberto Trabucchi “[...] as exigências da vida impõem uma aplicação mais humana e menos rígida

Nessa linha de pensamento, justifica-se a previsão de equilíbrio nos negócios celebrados sob lesão e a ausência de dispositivo análogo para os casos de estado de perigo. Na lesão especial, não há o dolo de aproveitamento, logo se prestigia a aparência de que o negócio celebra-se fulcrado em base igualitária. Por outro lado, no estado de perigo, o dolo de aproveitamento é evidente e, portanto, não há confiança a ser tutelada, razão pela qual a possibilidade de seu equilíbrio não ser correta, na medida em que tal possibilidade prestigiaria aquele que atua em manifesta ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Daí porque equivocado o enunciado nº 148 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

Em suma, o comportamento daquele que se aproveita de situação de risco de outrem não está em consonância com o padrão comportamental ético esperado na sociedade⁶⁵.

Conclusão

O Código Civil de 2002 foi concebido sob as bases dos princípios da eticidade, socialidade e concretude.

No âmbito dos negócios jurídicos, os princípios da eticidade e da socialidade promoveram a transmutação da autonomia da vontade para a autonomia privada, na medida em que o negócio jurídico deixou de ser compreendido como fruto apenas da vontade das partes, mas da vontade que respeita os valores contidos na lei e na própria Constituição Federal, tais como a dignidade da pessoa humana, o solidarismo e a justiça na relação entre as pessoas.

O princípio da autonomia privada assume, portanto, papel de destaque como corolário da imposição do comportamento ético e leal nas relações de direito privado (eticidade) e da atribuição da função social às

dos dogmas e princípios e, dentro dessa linha, no direito moderno, aprecia-se o fato de que também criar aparências de realidade contratual ou permitir que estas se criem implica o nascimento de situações que, como consequência imediata, não devem prejudicar os que, no mundo negocial, confiam nessas aparências, dignas de crédito. A proteção da boa-fé baseia-se, especialmente, nessa valoração objetiva das situações, quando o interessado tinha motivos para fiar-se nas aparências” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 617.).

⁶⁵ Conforme destaca Renan Lotufo, “[...] no estado de perigo, alguém se obriga a dar ou fazer [prestação] por uma contraprestação, sempre de fazer; daí não ser possível suplementação de contraprestação, para validar o negócio. Ademais, a simples oferta de quem está em estado de perigo já não o vincula por causa desse defeito” (MARTINS, Fernando Rodrigues, In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 578.).

relações jurídicas (socialidade). Consequentemente, conforme foi visto na lição de Nelson Rosenvald, nas relações negociais, diante de relações jurídicas cujo objeto tenha caráter existencial – como, por exemplo, direitos da personalidade –, faz-se necessário, para a análise do negócio, partir da máxima efetivação dos direitos e garantias fundamentais⁶⁶.

Nesse diapasão, o Código Civil de 2002 incorporou ao sistema de invalidades do negócio jurídico o instituto do *estado de perigo* pelo qual, segundo o artigo 156 c.c. art. 171, inciso II, seria anulável o negócio celebrado por aquele que, premido por necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa, reputo inadmissível à possibilidade de sua conservação.

Embora parte da doutrina encampe a possibilidade de conservação do negócio jurídico mediante aplicação analógica do previsto no § 2º do artigo 157, não se pode olvidar das diferenças existentes entre a lesão e o estado de perigo.⁶⁷

Os institutos não se confundem, na medida em que no estado de perigo a parte assume obrigação excessivamente onerosa quando submetida a risco, ao passo que na lesão não há risco que impulse a celebração do negócio.

Outrossim, conforme foi visto, a lesão está presente no contrato comutativo cuja prestação é um dar, por isso admite a suplementação prevista no § 2º do artigo 157, ao passo que no estado de perigo, como a contraprestação é um fazer, tal suplementação não seria admitida⁶⁸.

Na lesão, o motivo do negócio não está vinculado ao perigo, ou seja, o ato negocial seria realizado por vontade livre e consciente, na hipótese de inexperiência; já no estado de perigo, o negócio somente é realizado em razão da circunstância não desejada que coloca em perigo a vida do sujeito, sendo certo que, na sua inoccorrência, tal negócio sequer seria celebrado. Ainda nas lições de Maria Helena Diniz (2015), a premência de necessidade decorre da possibilidade de ocorrência de um dano patrimonial, sendo esta a base da lesão, ao passo que, no estado de perigo, a base é o risco pessoal⁶⁹.

⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral* e LINDB. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 575.

⁶⁷ BRASIL. *Código Civil Vade Mecum*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. I: Parte geral – de acordo com a lei n. 12.874/2013, p. 434.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1: Teoria geral do direito civil, p. 525.

Sem dúvida, o instituto possui elevada carga de motivação ética, na medida em que prevê a anulação do negócio como sanção para aqueles que obtêm vantagem desproporcional, valendo-se do estado de vulnerabilidade daquele que contrata.

Conforme foi afirmado, o sistema privado incorpora o estado de perigo como hipótese de anulação do negócio, porque se trata de circunstância que compromete o âmago, o centro, a força motriz do negócio jurídico, que é a vontade livre e consciente. Sem dúvida, o estado de perigo, como defeito do negócio jurídico, contém valores da boa-fé e da justiça contratual, com o fim de proteger os direitos da personalidade.

A possibilidade de anulação do negócio em razão do estado de perigo traz consigo a necessidade de se construir uma ordem jurídica justa. Daí porque a ideia de que a manutenção do contrato ou conservação do contrato celebrado mediante estado de perigo de uma das partes, tendo a outra parte o conhecimento desta circunstância, não se mostra razoável dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Não se trata de conferir a uma das partes a possibilidade de enriquecimento sem causa, mas, na verdade, de priorizar o valor fundamental que é a proteção da dignidade da pessoa humana em relação a comportamentos oportunistas que ferem a boa-fé objetiva. Nesse caso, inclusive, inexistiria o enriquecimento sem causa por parte da vítima, porque o ordenamento jurídico não alberga a ação de má-fé por parte do beneficiado para lhe possibilitar o ressarcimento⁷⁰.

Em suma, não há dúvida de que o estado de perigo, na forma como concebido, tem como objetivo o estabelecimento de equilíbrio nas relações jurídicas, porque tem por objetivo impedir o comportamento daquele que se aproveita de situação de risco de outrem, já que não está em consonância com o padrão comportamental ético esperado na sociedade.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1: Teoria geral do direito civil, p. 577.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atualizada de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10,01,2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Campinas, SP: Servanda, 2015.

BRASIL. *Código Civil Vade Mecum*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie; EHRHARDT JUNIOR (Coord.). *Teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1: Teoria geral do direito civil.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1: Parte geral - de acordo com a Lei n. 12.874/2013.

GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé como modelo: notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no direito brasileiro*. In: CONVEGNO LA FORMAZIONE DEL SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO, Amalfi, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, t. II: Parte geral.

PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.

PEREIRA, Caio Mário. *Do negócio jurídico e seus defeitos*. In: SEMINÁRIO SOBRE O PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL, Goiânia, 1985.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do código civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SAMPAIO, Rodrigo de Lima Vaz. *Estado de perigo no código civil de 2002: notas críticas*. Revista dos Tribunais, v. 918, ano 101, abril 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, 1: lei de introdução e parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade a anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Suspensão e interrupção da prescrição e precedentes judiciais. Um diálogo necessário entre o CPC/2015 e o CC/2002

*William Santos Ferreira*¹
Advogado e consultor jurídico

1. Breve evolução histórica da prescrição

Câmara Leal², um dos doutrinadores que estudou a fundo o tema, relata que a prescrição tem origem no Direito Romano; até o século VI, em Roma, as ações eram perpétuas. No século VI, foi introduzido pelo pretor um prazo para duração de determinadas ações por ele criadas, denominadas ações temporárias, em função do período de tempo de jurisdição do pretor. A partir daí, coexistiam as ações perpétuas e as ações temporárias. Dessa situação surgiu o termo latino *praescriptio*, que era uma parte introdutória da “fórmula da ação temporária” (as ações, naquela época, tinham procedimento muito rígido, por isto a denominação processo formulário), esta fórmula da ação temporária determinava ao juiz popular que, quando decorrido o prazo de duração da ação, deveria absolver o réu.

Bernardo Corraliza³ relata, citando Donello, que as ações perpétuas estavam submetidas a *prescripción*, porém esta só era eficaz quando alegada pelo obrigado. Ao contrário, as ações temporárias seriam nulas ipso iure pelo simples transcurso do prazo “*post id tempus seu finito eo tempore ipso iure nullae*”.

Para Bernardo Corraliza as ações temporárias foram o germe, o embrião, do que posteriormente seria a noção jurídica de decadência.

O termo *praescriptio* deriva, segundo Plácido e Silva, da palavra *praescribere* que significa prescrever, escrever antes, donde terminar ou prefixar, sendo, portanto, a ordem ou a norma escrita assinalada para a execução ou feitura das coisas.

¹ Mestre e Doutor pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP. Coordenador do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* de Direito Imobiliário da PUC/SP-COGAE.

² LEAL, Antonio Luiz da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 4.

³ CORRALIZA, Bernardo Gomes. *La caducidad*. Madrid: Montecorvo, 1990. p. 30.

Segundo Nelson Luiz Pinto⁴, foram Zacharie von Lingenthal e Savigny que conceituaram, de forma não muito precisa, a decadência. Também Modica⁵ atribuiu a Savigny a primeira tentativa de especificação conceitual de decadência.

Segundo Plácido e Silva, a decadência deriva do latim *cadens*, de *cadere*, que em seu sentido originário significa tudo aquilo que decai ou que perece.

A história revela uma discordância muito grande a respeito do tema.

Mas vamos dar um salto.

No início do século XX, quando da apresentação do projeto primitivo do Código Civil brasileiro, relata-nos Costa Manso, o seu redator Clóvis Beviláqua previa prazos de decadência e de prescrição, estando os que estabeleciam prazos decadenciais dispersos pelo Código e os prazos prescricionais enumerados em um só artigo.

Ocorre que, na redação final, todos os prazos foram elencados no mesmo artigo, sem qualquer menção à decadência e sem que este erro fosse objeto de debate⁶.

A grande maioria das discordâncias a respeito dos institutos deriva exatamente da maneira como foram positivadas tanto a prescrição como a decadência, inclusive nas legislações estrangeiras.

E por quê?

É que mesmo quando criados critérios fundamentados, para diferenciação dos institutos, estes critérios podem ser contestados por astutos críticos que demonstram, embasando-se no direito positivado, a inaplicabilidade do critério proposto.

Ou seja, há um círculo vicioso que prejudica a propositura de critérios diferenciadores incontestes, seja pela histórica discordância dos tratadistas, seja pela maneira obtusa com que os institutos são positivados.

Em que pesem discordâncias, jurisprudência e doutrina reconhecem o erro legislativo brasileiro e, em casos em que se reconheça hipóteses de decadência, a denominação legislativa prescrição foi afastada.

⁴ PINTO, Nelson Luiz. *O fundamento da pretensão processual como objeto da prescrição e da decadência*. RePro. São Paulo, ano 9, n. 34, p. 60-84, abr./jun. 1984.

⁵ MODICA, Isidoro. *Teoria della decadenza*. Torino: Unione Tipografica Editrice, 1906. p. 156. v. 1 - Parte generale.

⁶ MANSO, M. Costa. *Da prescrição da ação intentada e da execução*. in RePro, São Paulo, v. 85, p. 249-275.

2. Prescrição e decadência – compreensão dos institutos

Em que pese o interesse e apaixonante aprofundamento do tema, não podemos nos distanciar de nosso escopo. Por tais motivos, apenas citaremos a importante enumeração de Teresa Arruda Alvim, das teorias existentes⁷ (e dignas, segundo a doutrinadora, de citação):

1) A prescrição atinge o direito. A decadência, a ação.

2) Ambas atingem o direito.

3) A prescrição atinge direitos nascidos que não se efetivaram pela perda da ação. A decadência atinge direitos que, nascidos, não se efetivaram pelo não exercício (Câmara Leal).

4) Na prescrição, a inércia é o elemento mais relevante. Na decadência, o correr do tempo.

5) A prescrição liga-se a fins sociais. A decadência liga-se a vantagens privadas.

E são complementares os seguintes critérios:

6) A prescrição atinge a pretensão. A decadência, o direito.

7) A prescrição decorre de fato estranho ao nascimento do direito. A decadência decorre de fato inerente ao nascimento do direito (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello).

8) A prescrição atinge o negócio em si. A decadência atinge suas antecedentes lógico-jurídicas.

9) A prescrição começa a fluir da data da lesão. A decadência começa a fluir da data do nascimento do direito.

10) A prescrição atinge direito exercitáveis por meio de ação de natureza condenatória. A decadência atinge direitos exercitáveis por meio de ação de natureza constitutiva (Agnelo Amorim Filho).

O Código Civil peruano, de 24 de julho de 1984, previa que a decadência extingue o direito e a ação que lhe corresponde (art. 2.003) e a prescrição extingue a ação, mas não o direito (art. 1.989).

Bernardo Corraliza, após um profundo estudo a respeito da decadência, conclui que não há uma regra específica para que determinados direitos estejam sujeitos à decadência, dizendo que esta qualificação decorrerá de uma política legislativa⁸.

Essa posição não parece correta. Em sede doutrinária e jurisprudencial é maciça a opinião da especificidade dos direitos sujeitos à

⁷ Prescrição e decadência, in *RePro*, São Paulo, v. 29, p. 64-65.

⁸ *La caducidad*, Madrid: Montecorvo, 1990, p. 197-199.

decadência. O doutrinador, após profundo estudo, procurou uma solução que afastasse discussões decorrentes das correntes doutrinárias divergentes e até de equívocos legislativos, em suma, teve por escopo trazer uma solução que abrangesse todos os ordenamentos jurídicos mundiais. Todavia, esta “política legislativa”, a que menciona o doutrinador, possui no espectro de diversos países incontestes divergências entre si e estão repletas de normatizações no mínimo equivocadas.

Se adotada a conclusão a que chegou Corraliza, não teria sido possível tratar da decadência em Código Civil de 1916, já que este não fez menção ao referido instituto, ao contrário, tratou-o como de prescrição, quando nossa jurisprudência e doutrina sedimentaram-se no sentido de reconhecer o erro legislativo.

Agora, muitos podem estar se perguntando do porquê da preocupação com as diferenças e conceituações de prescrição e decadência se o próprio Código Civil de 2002 (CC/2002) e também o Código de Defesa do Consumidor (CDC) já elencaram quais os casos de decadência e prescrição. Ocorre que o tema não é tão pacífico, só para exemplificar, Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto do CDC entende que tanto os casos tratados no artigo 26 quanto o tratados no artigo 27 são casos de decadência⁹, este entendimento pode trazer consequências graves, como procurei demonstrar em artigo específico sobre o tema.¹⁰

Isto sem se falar na questão da suspensão e interrupção de prazos decadenciais, que até a edição do CDC, pelos menos no Brasil, era incontestemente a impossibilidade de suspensão e interrupção de prazos decadenciais, o que, em termos legislativos, alterou-se com o art. 207 do Código Civil de 2002.

O critério mais adotado é aquele que procura distinguir a prescrição da decadência, afirmando que a prescrição atinge a ação e a decadência o direito, porém não é o melhor critério, por desejar estabelecer a diferenciação pelo efeito dos institutos, quando, na verdade, o que se quer e se deve buscar é sua causa¹¹.

De todos os critérios existentes, dois podem ser considerados os mais adequados.

O primeiro é proposto por Câmara Leal, apesar de conter um equívoco: não ser um critério científico.

⁹ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 123.

¹⁰ FERREIRA, William Santos. Prescrição e decadência no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Consumidor*, São Paulo, n. 10, 1994.

¹¹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, p. 9.

O outro é o proposto por Agnelo Amorim Filho, que é considerado por grande parte dos tratadistas brasileiros modernos o melhor justamente por ser: um critério científico e de fácil aplicação prática. Vejamos:

Câmara Leal afirma que a prescrição atinge direitos nascidos que não se efetivaram pela perda da ação e que a decadência atinge direitos que, nascidos, não se efetivaram pelo seu não exercício.

Agnelo Amorim Filho parte da classificação dos direitos subjetivos de Chiovenda, que os divide em direitos a uma prestação e direitos potestativos, concluindo Agnelo que o prazo é *prescricional* quando o autor da ação pretende obter do réu uma *prestação positiva* ou *negativa* decorrente de um *direito lesado* ou *violado*, ou seja, utiliza-se de uma ação condenatória. O prazo será *decadencial* quando se tratar do exercício de *direito potestativo*, que consiste na *criação, modificação* ou *extinção de um estado jurídico*, ou seja, utiliza-se o titular do direito, se necessário for, de uma *ação constitutiva*, frisando o mesmo Agnelo que nestes casos de direitos potestativos só estarão sujeitos à decadência quando a lei estabelecer prazos especiais para o seu exercício. E ainda se posiciona no sentido de que as *ações declaratórias*, por apenas visarem uma *certeza jurídica*, são *ações imprescritíveis*, que denomina *ações perpétuas*.

Albaladejo também reconhece que para os direitos potestativos o prazo para seu exercício é decadencial¹².

Bernardo Corraliza, inobstante frontalmente contrário à teoria, embasa nos direitos potestativos, que classifica como desacertada, reconhece que não são poucas as sentenças proferidas na Espanha que a acolhem¹³.

Para finalizar este tópico, cumpre ressaltarmos que Nelson Luiz Pinto, ao concordar com o critério adotado por Agnelo Amorim Filho, tece algumas importantes considerações.¹⁴

Sinteticamente, diz que não se pode falar em ações ao diferenciar-se a prescrição da decadência, mas, sim, em pretensões condenatórias, constitutivas e declaratórias. Isto porque não é o pronunciamento judicial efetivado que vai dar origem à classificação das ações, mas, sim, o pronunciamento pleiteado ou a ser pleiteado pelo autor¹⁵.

¹² Apud CORRALIZA, Bernardo, op. cit., p. 46.

¹³ Op. cit., p. 205.

¹⁴ Op. cit., p. 76-82.

¹⁵ Op. cit., p. 78.

Correto o posicionamento de Nelson Nery Jr. ao apontar que a decadência extingue o direito e, conseqüentemente, a pretensão de exercício deste direito, enquanto a prescrição atinge a pretensão diretamente e o direito de forma indireta¹⁶ (Jurisprudência comentada, RePro, v. 17, p. 258).

Ennecerus-Nipperdey aclaram que no direito alemão a prescrição atinge as pretensões¹⁷, dois exemplos desta conclusão são o parágrafo 204 do Código Civil alemão e o parágrafo 198 do mesmo diploma que prescreve que a prescrição começa com o nascimento da pretensão. Se a pretensão se refere a uma omissão, começa a prescrição com o ato em contrário. Esta análise é de imprescindível relevância, frente a incontestante influência germânica em nosso ordenamento jurídico.

Esta visão mais moderna refletiu no Projeto de Lei 634, de 1975, que em seu artigo 187 afirmava que o que prescreve são as “pretensões”, o que levou à redação do art. 189 do Código Civil de 2002: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Pretensão é a afirmação de ter direito, difere do direito material, pois a afirmação não depende da existência do direito. O artigo 27 do CDC também descreve pretensão.

Sobre o termo inicial dos prazos leciona Nelson Nery Jr.: “Na decadência é quando do nascimento do direito e da lesão, que são concomitantes. Na prescrição tem início com o nascimento da pretensão e da lesão ou violação de um direito que faz nascer a ação (*rectius*: pretensão)”.

Apresentadas as principais semelhanças e diferenças entre prescrição e decadência, cabe agora compreender a função da prescrição no sistema jurídico e sua correlação com o acesso à ordem jurídica justa, a segurança jurídica e a eficiência no plano probatório.

3. Prescrição, acesso à ordem jurídica justa, segurança jurídica e eficiência no plano probatório

Todo instituto, que por algum modo impede ou lança obstáculos à análise de pleitos perante o Poder Judiciário, deve ser estudado com muita cautela, porque, em última análise, pode ser uma violação ao

¹⁶ Jurisprudência comentada, RePro, São Paulo, v. 17, p. 258.

¹⁷ Apud MONTEIRO, João Batista. Análise da teoria geral da prescrição, considerando-se o fato, de direito positivo (Direito Brasileiro), de que a ação é definida como direito abstrato. RePro, São Paulo, v. 26, p. 258.

acesso à ordem jurídica justa assegurada no inciso XXXV do art. 5º da CF: “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A prescrição está prevista literalmente na Constituição Federal do Brasil?

Não.

O reconhecimento da ocorrência de prescrição não significa o julgamento de improcedência de um pedido deduzido perante o Poder Judiciário?

Sim, conforme art. 487, II do CPC/2015.

Então o instituto da prescrição previsto na legislação infraconstitucional não impede o Poder Judiciário de apreciar propriamente a causa de pedir e o pedido deduzidos pelo autor de uma demanda?

Rigorosamente, sim.

Então por que não há violação do inciso XXXV do art. 5º da CF?

Porque o sistema jurídico precisa estabelecer balizas temporais para o exercício de direitos, mais especificamente em relação à prescrição, ao exercício de pretensões, o que decorre da imprescindibilidade de *segurança jurídica* e de não eternização de situações duvidosas.

Seria altamente tóxico para o sistema jurídico a possibilidade de eternização de situações duvidosas se não houvesse prazo, ou se este fosse excessivo para o exercício de direitos pelos interessados.

Mas não é apenas uma questão de *instabilidade social* gerada pela não definição de posições jurídicas, mas também de *asseguração da eficiência* dos trabalhos do Poder Judiciário na solução de demandas, porque, se muito tempo se passa para a propositura de uma ação, uma das maiores dificuldades é a da solução das *questões de fato*, visto que, quanto à produção da prova, a memória das testemunhas, os objetos ou as pessoas a serem periciadas, documentos e dados a serem analisados, quanto mais o tempo passa, menores serão as chances, em regra, destas *fontes da prova* estarem à disposição quantitativa e qualitativamente.

Prazos prescricionais mais curtos propiciam maiores chances de um acervo probatório constituir-se mais rico quantitativa e qualitativamente para ser valorado pelo juiz, o que contribui para maior probabilidade de uma decisão mais justa.

Ao identificar a *segurança jurídica* e a *justiça* na análise da prescrição, acabamos por reconhecer sua função de importante instrumento do Estado de Direito e não de empeco a este.

Portanto, a prescrição não é “apenas” uma restrição ao exercício de direitos, mas, sobretudo, um instrumento para a *estabilidade social* e a *eficiência* dos serviços ligados à prestação jurisdicional (aqui integrando-se não somente Poder Judiciário, mas também arbitragem).

Entretanto, ainda pode ser vista como um elemento positivo até para aqueles que, no espectro individual, exercerão direitos, pois, sendo *estimulados* a atuar em prazos mais curtos, aqueles que efetivamente tiverem razão terão maior probabilidade de demonstrá-la.

A prescrição também é um instrumento de *estímulo* à diligência. Contudo, a partir do momento em que o sistema jurídico brasileiro passa por uma profunda mudança, integrando uma cultura de precedentes extremamente específica, em que o “precedente” é declarado como tal pelo próprio órgão julgador que emite a decisão, em procedimento especialmente previsto, dotado de importante traço *sócio-coletivo*, impondo participação da coletividade, tais como: audiências públicas, *amicus curiae* será que pode se falar em situação inercial individual em prazos prescricionais em curso, se estas pretensões serão impactadas pelas decisões geradoras de precedentes?

4. Precedentes no Brasil

Apresentadas as funções da prescrição no sistema, é oportuna uma pergunta:

Será que a adoção no Brasil de um modelo de precedentes, ainda que diverso do sistema de *common law*, não impacta de algum modo a prescrição?

Esta é a pergunta que o presente trabalho pretende responder.

O CPC/2015 claramente externa uma preocupação com a *segurança jurídica* e a *igualdade*, quando no artigo 926 determina que os tribunais “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Portanto, a função do juiz não é *exclusivamente* julgar conforme sua “*livre convicção*”. A função de julgar supera e muito a figura individual do julgador que passa a ser um operador fundamental de um sistema muito menos voltado a julgar “o caso individual” e muito mais vocacionado a efetivar soluções uniformes, isto é, no mesmo sentido em casos análogos, o que, para tanto, se não há uniformização, deve provocá-la, e se há uniformização, deve observá-la, com isto ampliando o grau de previsibilidade (estabilidade), de manutenção de um

posicionamento sem alterações em regra (integridade), representando, em última análise, uma posição institucional do Poder Judiciário acerca de uma determinada matéria, demonstrando uma linha da qual, em regra, não irá se afastar (coerência), nos casos presentes e futuros, atingindo do mesmo modo os jurisdicionados (igualdade e segurança jurídica).¹⁸

Com razão Hermes Zaneti Jr.¹⁹ quando observa: “os precedentes não são regras de direito consuetudinário, como pensava Savigny, mas regras formadas racionalmente, com pretensão de universalização. Por outro lado, quando se fala de precedentes não se trata de mera persuasão com base nas razões dadas nos precedentes, mas de vinculação *normativa institucional aos precedentes*. (grifei)

A partir desta vinculação (art. 927, caput, do CPC), salvo com ônus argumentativo de demonstração de não se tratar da mesma questão (distinção) ou de que há superação (*overruling*), a resposta judicial aos casos pendentes e futuros estará definida e institucionalmente será observada.

Desse modo, há uma natureza *sócio-coletiva* nas decisões que vêm sendo genericamente denominadas precedente e estão enumeradas no art. 927 do CPC.

A solução gerada é tanto para os casos análogos em curso como os futuros, o que é representado pela obrigatoriedade dos precedentes judiciais, como descreve Lucas Buriel de Macêdo: “Sendo a norma válida e eficaz, os juízes subsequentes precisam aplicá-la, concordem ou não. É justamente nisso que consiste a obrigatoriedade dos precedentes judiciais”,²⁰ tanto que o processualista ao tratar das causas repetitivas destaca suas características de “litígios de massa”, “massificação decisória” e “estímulo à contenção da litigiosidade irracional”.²¹

O órgão julgador não decide apenas o caso individual, nem apenas emite um julgamento capaz de ser decisão persuasiva (“jurisprudência”), mas, sim, já decide a questão de direito dos casos análogos afetados e já ajuizados, bem como daqueles que futuramente o serão, inclusive daqueles cujo prazo prescricional já está em curso.

Sinteticamente, não são exclusivamente padrões decisórios, mas, sim, soluções previamente estabelecidas aplicáveis aos casos em anda-

¹⁸ O disposto no § 4º do art. 927 é expresso: “§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os *princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.*”

¹⁹ O valor *vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 302-303.

²⁰ *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 284.

²¹ Op. cit., p. 384.

mento (art. 985, I, do CPC) e aos casos futuros (art. 985, II, do CPC).

O artigo 927 do CPC/2017 é expresso:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados [...]

Como destacam Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha: “Um dos objetivos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do julgamento dos recursos repetitivos é a formação concentrada de precedentes obrigatórios. Esse também é um dos objetivos do incidente de assunção de competência. Formado o precedente obrigatório, tanto no incidente de assunção de competência como no julgamento de casos repetitivos, os juízes e tribunais devem observá-lo, proferindo julgamento de improcedência liminar (art. 332, II e III, CPC), dispensando a remessa necessária (art. 496, § 4º, II e III, CPC), autorizando a concessão de tutela provisória de evidência (art. 311, II, CPC) e conferindo-se ao relator o poder de decidir monocraticamente (art. 932, IV, b e c, V, b e c; art. 955, par. ún., II, CPC). Cabe reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (art. 988, IV, e § 5º, II, CPC), sendo considerada omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos e em incidente de assunção de competência (art. 1.022, parágrafo único, I, CPC).”²²

5. Prescrição e precedentes

No tocante ao regime jurídico da prescrição, é importante observar a *natureza coletiva*, de litígio de massa, de massificação decisória do recurso repetitivo (e demais hipóteses do art. 927, do CPC),

²² *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, p. 605.

introduzido fortemente no Código de Processo de 2015 (arts. 927, 928, II e 1036 e ss.) e seu impacto no regime jurídico da prescrição.

Exemplificativamente o julgamento do recurso especial, em sua forma repetitiva, possui uma natureza coletiva, sendo que todos (sociedade) que têm matéria análoga, com ações propostas ou não, são atingidos pela vinculatividade (natureza coletiva) e não só pela suspensão.

Nesse sentido, segundo José Miguel Garcia Medina²³: “No procedimento previsto nos arts. 1.036 e ss. do CPC/2015, não se trata apenas de técnica a ser empregada com o intuito de dar cabo de grande quantidade de recursos que versem sobre o mesmo tema de direito, mas que, tal como o incidente de resolução de demandas (*rectius*: questões) repetitivas deve ser entendido como mecanismo que propicia a previsibilidade, mitigando a instabilidade jurídica”.

Na mesma esteira, ressaltando a importância do referido mecanismo, Marcelo Abelha²⁴: “[...] há um rol de técnicas processuais contidas no Código de Processo Civil que são voltadas à tutela da inteireza do direito positivo, porque tomam como premissa o fato de que a estabilidade do Direito produzido pelos tribunais é um bem jurídico essencial para a segurança jurídica e isonomia dos jurisdicionados, sem mencionar que, por tabela, atende à necessidade de o poder judiciário fornecer resultados em tempos razoáveis. [...] Os recursos repetitivos fazem parte desse grupo de técnicas processuais de tutela do direito positivo [...]”

Desse modo, o recurso especial repetitivo, ou mais amplamente os precedentes, visa, dentre outros aspectos, concretizar o princípio da segurança jurídica, razão pela qual afeta não só os processos que estão em curso, mas igualmente aqueles que porventura venham a ser ajuizados após a afetação, por exemplo, dos recursos especiais voltados ao julgamento repetitivo, bem como toda a sociedade.

Assim, há verdadeira e legítima expectativa em aguardar o julgamento dos recursos especiais repetitivos, mas também deve ser observada a *eficácia coletiva de interrupção do lapso prescricional*.

Vale destacar ainda que, se há suspensão de todos os processos envolvendo o tema que foi suspenso, não há processamento de atos relevantes enquanto não concluída a “condição suspensiva”, o que beneficia, evidentemente, os interessados que não propõem ação, mas que, quando o fizerem, serão de qualquer forma afetados pelo precedente vinculante (em observância ao princípio da isonomia – art. 7º do CPC).

²³ *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1393-1394.

²⁴ *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 1478.

Ainda mais quando os processos têm seu andamento suspenso, não faria sentido impor àqueles que têm pretensões ainda não ajuizadas fazê-lo exclusivamente por questões prescricionais, pois tão logo ajuizado o processo teria seu andamento suspenso, atentando contra a economia processual e contra a própria razão de ser do instituto dos precedentes judiciais.

Portanto, devido à eficácia coletiva da decisão judicial que determina a afetação da matéria, essa se torna, no plano coletivo, matéria *sub judice*, razão pela qual, da afetação até a solução do recurso repetitivo, não há que se contar prazo prescricional, estando ou não suspensos os processos em curso, pois o que provocou a “afetação” não é a suspensão, que é mera consequência episódica, mas o reconhecimento da temática de natureza transcendente (*rectius*: coletiva) e seu impacto nas pretensões ajuizadas ou não.

Há, no início do procedimento voltado à formação do “precedente”, uma “decisão judicial interruptiva” da prescrição (art. 202²⁵ do CC), eis que o tema afetado (*sub judice*), quando está aguardando julgamento, por exemplo, do recurso especial repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, representa, em verdade, uma vinculatividade superior até a do parágrafo único do art. 81 da Lei 8.078 e da coisa julgada do art. 103 da mesma Lei, devendo ser eficaz, atingir (*rectius*: solucionar) tanto os processos já ajuizados como também o direito daquelas pessoas que ainda não ajuizaram, mas que podem a qualquer momento ajuizar uma ação com a alegada *sub judice*, está o pretendo devedor também afetado pela matéria que será objeto de julgamento e formação do precedente, daí e porque a decisão judicial interromperá a prescrição que correrá integralmente a partir do momento em que transitar em julgado a decisão formadora do precedente.

Repete-se, quando se inicia um procedimento voltado à formação de um precedente vinculante, todas as pretensões que terão a questão de direito julgada, de demandas ajuizadas ou não, são atingidas.

²⁵ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

- I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
- II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
- III - por protesto cambial;
- IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
- V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
- VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Havendo apenas uma diferença entre elas no plano prescricional:

i) Nas demandas ajuizadas ter-se-á uma *condição suspensiva*, no plano prescricional, já que neste caso já haverá procedimento em curso;

ii) Nas demandas ainda não ajuizadas haverá a *interrupção da prescrição*, porque no plano geral a questão de direito se encontrará *sub judice* e solucionada será obrigatoriamente observada.

Conclusivamente, diante da severa modificação do sistema, os dispositivos ligados à regulamentação da prescrição, inseridos no Código Civil, precisam ser interpretados cuidadosamente, em importante diálogo entre o Código de Processo Civil e o Código Civil, não prestigiando interpretações literais, porque os dispositivos do Código Civil, elaborados a partir de premissas de processos individuais e, quando muito, ações coletivas já conhecidas em 2002, tem agora a função de regular esta importante e severa modificação do sistema, muito mais apto a enfrentar os litígios de massa, a partir de soluções de massificação decisória, e que portanto, precisam também estar aptos a observar os impactos no plano prescricional destes conflitos de massa, porque não faria sentido, ainda que com peculiaridades, já apresentar a solução da questão de direito para demandas futuras, por meio da obrigatoriedade da solução já definida, e não reconhecer que o início do procedimento voltado a esta “estandardização” não leva também à interrupção do prazo prescricional, até como forma de desestimular a mera e irracional propositura de ações apenas para interromper a prescrição, entulhando o Poder Judiciário de processos que poderiam ser evitados, apenas aguardando a solução da questão.

II

Direitos da personalidade

Clóvis Beviláqua e a proteção aos direitos morais do autor na criação literária, científica e artística no Código Civil de 1916

*Antonio Carlos Morato*¹
Advogado

Sumário: Introdução; I. O anteprojeto de Clóvis Beviláqua e o Direito Autoral; II. A cessão do direito moral de paternidade sobre a obra e as alterações no anteprojeto de Clóvis Beviláqua no Congresso Nacional; III. A influência de Clóvis Beviláqua no Direito Autoral contemporâneo. Conclusão; Referências bibliográficas.

Introdução

A tarefa de analisar parte da extensa obra de Clóvis Beviláqua² constitui uma grata oportunidade oferecida pela Escola Paulista da Magistratura, na qual foi possível discorrer sobre um tema que continua a merecer destaque na obra de tal jurista, qual seja, o da proteção à criação literária, artística e científica tanto no que diz respeito aos direitos patrimoniais como, especialmente, em relação aos direitos morais do autor, tema em que seus méritos devem ser reconhecidos especialmente em razão das alterações efetuadas pelo Congresso Nacional que desfiguraram a concepção que defendia em seu anteprojeto e que analisaremos oportunamente.

¹ Vice-Presidente da Comissão de Direitos Autorais e de Direito do Entretenimento da OAB/SP; Professor Associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre, Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP); Membro Colaborador do Instituto Paulista dos Magistrados (IPAM); Membro das Comissões de Propriedade Intelectual e de Mídia e Entretenimento do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), do Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA) e da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI).

² Adotamos diversas grafias - dependendo do autor citado - em relação aos nomes de Clóvis Beviláqua e de Ruy Barbosa. A referência que tomamos foi o registro civil e a assinatura dos juristas mencionados, o que nos parece mais adequado, com a devida vênia, do que pretender alterar a grafia ao sabor das diversas reformas gramaticais posteriores ao período em que viveram tais juristas.

Ressalte-se, desde logo, que a desfiguração de algumas de suas concepções não ocorreu somente quanto às normas relativas à proteção da criação intelectual, pois houve o mesmo em outros dispositivos do Código Civil de 1916 durante a tramitação no Congresso Nacional³.

Embora o sentido de “propriedade literária, científica e artística” no Código Civil de 1916 fosse aparentemente mais amplo, a proteção explícita recaía somente sobre os titulares de direito de autor (e não sobre os titulares de direitos conexos, ainda que o contrato de representação dramática fosse previsto – em outro contexto – no Livro das Obrigações).

Cumpra assinalar, todavia, a relevância histórica do Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua, na evolução do Direito Autoral⁴, foi reconhecida tanto no Brasil como no exterior, como é possível depreender do trabalho desenvolvido pelo autoralista argentino Erwin R. Harvey⁵.

³ A esse respeito, muito importante é o registro do depoimento de Renan Lotufo na obra *Clóvis Beviláqua: um senhor brasileiro*, no qual asseverou que “imaginando o que era o Direito brasileiro naquele final de século XIX, a obra de Clóvis Beviláqua reveste-se de importância capital. Ele conseguiu criar um Projeto que reflete com muita precisão a sua época e, ao mesmo tempo, ir além de seu tempo”, sendo esta uma marca de sua obra que “infelizmente não ficou registrada no Código de 1916; muitas das suas idéias mais avançadas não foram aprovadas no Congresso, como, por exemplo, alguns novos direitos assegurados à mulher. E por que não passaram? Quem fazia parte do Congresso brasileiro naquela primeira década do século XX? Os senhores da produção rural de então (da cana-de-açúcar e do café) e os grandes comerciantes do litoral. Todos extremamente machistas; todos extremamente patriarcais e todos aferrados à propriedade como significado absoluto. E é essa visão que marca o Código Civil que entrou em vigor em 1917” (Cf. LOTUFO, Renan. Depoimento. In: SCHUBSKY, Cássio (Org.). *Clóvis Beviláqua: um senhor brasileiro*. São Paulo: Lettera.doc, 2010. p. 226-231.) e da mesma forma, tal autor demonstrou a importância e originalidade de Clóvis Beviláqua quando afirmou que “as grandes codificações civis, iniciadas com o Código Napoleônico, o BGB e os Códigos austríaco e suíço, tiveram estruturas diversas” pois “enquanto o Código francês é composto de livros estanques, o Código alemão, que serviu de base para o trabalho de Clóvis Beviláqua, tem uma estrutura orgânica, com uma Parte Geral que serve de ligação e irradiação para os livros especiais” (Cf. LOTUFO, Renan. Código Civil comentado – São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1: Parte geral (arts. 1 a 232), p. 16.).

⁴ O Direito Autoral constitui um ramo do Direito que, como assinalou Silmara Juny de Abreu Chinellato, “tem por objeto a tutela jurídica das criações intelectuais artísticas e científicas, bem como das criações de artistas, intérpretes e executantes - direitos conexos - tanto no aspecto de direitos morais como no de patrimoniais” (Cf. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. Tese (Concurso para Titular) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 15.).

⁵ Erwin R. Harvey, ao analisar tal texto legal, mencionou que “ya en el siglo XX, el Código Civil promulgado en el Brasil por la ley 3071, del 1 de enero de 1916, libro II, ‘De los bienes’, título II, ‘De la propiedad’, incluyó el capítulo VI, ‘De la propiedad literaria, científica y artística’, propiedad de la que gozaba el autor durante su vida y, a su muerte, sus herederos y sucesores por sesenta años más (art. 649). En el libro sobre las obligaciones, título II, ‘De las diferentes clases de contratos’, capítulos IX y X, se disponían normas sobre los contratos de edición y de representación dramática”. (Cf. HARVEY, Erwin R. *Derecho de autor: legislación argentina – países del Mercosur – normas internacionales*. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 50.).

Epitácio Lindolfo da Silva Pessoa, durante o período em que foi Ministro da Justiça do governo de Manuel Ferraz de Campos Salles, efetuou no início de 1899 o convite para que Clóvis Beviláqua elaborasse um Código Civil⁶, sendo este aprovado somente em 1916 (Lei Federal n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916⁷).

Reproduziu Eduardo Espínola, a respeito do convite efetuado a Clóvis Beviláqua, as palavras de Epitácio Pessoa que acentuaram a relevância da produção intelectual do eminente jurista na Faculdade de Direito do Recife:

O Dr. Beviláqua estava como que naturalmente indicado para a grandiosa empresa, não só como um dos nossos mais profundos jurisconsultos, mas também por já haver desenvolvido, em eminentes obras de doutrina – o Direito da Família, o Direito das Obrigações, o Direito das Sucessões – quase todo o Direito Civil⁸.

⁶ Eduardo Espínola relatou que “as comissões reunidas do Senado e da Câmara prepararam a redação definitiva, sendo o projeto aprovado em dezembro de 1915, sancionado e promulgado a 1º de janeiro de 1916, em decreto sob n. 3.071. De acordo com o disposto no art. 1.806, o Código Civil entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1917” (Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1977. p. 20.).

⁷ Da mesma maneira, Gabriel Kwak informou que “em 1899, quando Epitácio Pessoa (então ministro da Justiça do presidente Campos Salles) cogitou a elaboração de um Código Civil, foi buscar no Recife o gênio do jovem Clóvis Beviláqua, até então um nome local, sem a projeção nacional que viria a conquistar. Nome local, sim, mas longe de ser um ‘desconhecido’, como o considerou a maior reserva intelectual do Brasil à época, o jurista baiano Rui Barbosa. Foi Beviláqua o artesão do nosso primeiro Código Civil, considerado um monumento da engenharia jurídica, cuja durabilidade confirma sua consistência legislativa: vigorou entre nós até 2002! Ou seja, por mais de 80 anos. Não parece pouco. O Código Civil brasileiro, sancionado em 1916 pelo presidente Venceslau Brás, era sonho antigo acalentado pelos pais da pátria. O jurista cearense conseguiu colocar um ponto final numa empreitada que juristas civilistas do calibre de Nabuco de Araújo e Teixeira de Freitas não tiveram a felicidade de concluir. Àquela altura, o Brasil estava aquém de outros países da América do Sul, como Chile, Uruguai, Bolívia, Argentina, Peru, Venezuela e Colômbia, que já tinham os próprios códigos” (Cf. KWAK, Gabriel. Beviláqua, 150 anos depois. *Revista Diálogos & Debates*, São Paulo, v. 3, ano 9, 35, p. 10-13, mar. 2009. p. 11.).

⁸ Durante o ano de 1899, após o início dos trabalhos no mês de abril e a conclusão em novembro do mesmo ano, segundo o relato de Eduardo Espínola, o texto foi enviado ao Governo Federal “que mandou ouvir alguns jurisconsultos de nota, resolvendo depois constituir uma comissão revisora” e, naquele momento, foram nomeados para tal comissão João E. Sayão Bulhões de Carvalho, Anfilóbio B. F. de Carvalho, Francisco de Paula Lacerda de Almeida, o Conselheiro Olegário Herculano de Aquino e Castro e o Conselheiro Joaquim da Costa Barradas para, sob a coordenação do Ministro da Justiça, tratar “do assunto em 51 sessões, encerrando seus trabalhos em agosto de 1900” e, em seguida, “entendeu o Governô de fazer uma segunda revisão, com audiência do autor do projeto. Esta segunda revisão se efetuou em 12 sessões, havendo depois uma leitura em três sessões e em princípio de novembro era definitivamente aprovado o projeto. Em mensagem de 17 de novembro de 1900, o Presidente da República submeteu ao Congresso o Projeto Clóvis Beviláqua com as alterações feitas pela comissão revisora” (Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1977. p. 18-19.).

Sem dúvida alguma merece destaque o fato de que a já mencionada relevância da produção intelectual de Clóvis Beviláqua o conduziu à Academia Brasileira de Letras até mesmo antes de receber o convite para elaborar o Código Civil brasileiro⁹, na qual teve a possibilidade de conviver com inúmeros escritores que – mesmo com êxito – enfrentavam muitas dificuldades para a subsistência somente por meio de suas obras.

A relevância política de Epitácio Lindolfo da Silva Pessoa para que o texto de Clóvis Beviláqua fosse aprovado não pode ser subestimada¹⁰, pois o destino de seu texto provavelmente seria o mesmo das propostas anteriores, tal como sustentou Sílvio Meira, para quem “o episódio oferece ensinamentos” considerando que “eram decorridos quinze anos e os fados colocavam, no fim da longa estrada percorrida pelo projeto, a mesma figura tutelar que o idealizara no crepúsculo do século anterior” para concluir que “não fora a presença providencial de Epitácio Pessoa no Senado, em 1915, e não teríamos o Código Civil” e “o projeto Beviláqua, castigado antes por tantos vendavais, ficaria mofando nas gavetas e acabaria esquecido, como esquecidos foram os de Teixeira de Freitas, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues”¹¹.

Cumprir acentuar ainda a relevância da proteção à criação intelectual no Código Civil de 1916, nas palavras do mesmo Sílvio Meira, dado que a inserção do tema no Direito das Coisas, ainda que sujeita à controvérsia, mereceria encômios, porquanto “a propriedade literária, científica e artística” constituiria “matéria sempre em ebulição e movimentação,

⁹ “Em 1896, é concebida a Academia Brasileira de Letras, no Rio de Janeiro, sob a presidência de Machado de Assis. Quarenta intelectuais e escritores fundaram a entidade, ocupando, cada um, uma cadeira. Entre os fundadores, além de Machado, estavam Rui Barbosa, Joaquim Nabuco, Olavo Bilac, José Veríssimo, Sílvio Romero e, também, Clóvis Beviláqua. Cada fundador escolheu, livremente, um patrono para a sua cadeira. Assim, Clóvis, que ocupou a cadeira 14, indicou Franklin Távora (cearense, como Beviláqua, também escritor, também formado pela Faculdade de Direito do Recife, autor, entre outras obras, do romance *O Cabeleira*). Vale notar que Clóvis participa da fundação da ABL e só depois é convidado para redigir o Projeto do Código Civil Brasileiro, o que demonstra o prestígio intelectual e literário de que já era portador, antes mesmo de tornar-se civilista celebrado por todos” (Cf. SCHUBSKY, Cássio (Org.). *Clóvis Beviláqua*: um senhor brasileiro. São Paulo: Lettera.doc, 2010. p. 111.) e dela saiu como a Academia Brasileira de Letras informa na biografia do autor porque “em 1930 D. Amélia Freitas Beviláqua, esposa de Clóvis Beviláqua, se inscreveu à vaga de Alfredo Pujol. O presidente Aloysio da Costa encaminhou a matéria ao plenário, que, após amplo debate, decidiu que a expressão estatutária ‘brasileiros’, significava apenas pessoas do sexo masculino e a inscrição foi negada. Em consequência, Clóvis Beviláqua se afastou em definitivo da Academia, apesar de vários apelos feitos posteriormente”. (CLÓVIS Beviláqua, cadeira 14, fundador. Acadêmicos. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/academicos/clovis-bevilaqua/biografia>>. Acesso em: 4 nov. 2017).

¹⁰ “Devolvido ao Senado o projeto, tem assento na Câmara alta, por bons desígnios do destino, Epitácio Pessoa, que, como ministro, em 1899, convidara Clóvis Beviláqua para redigir o projeto da codificação civil” (Cf. MEIRA, Sílvio. *Clóvis Beviláqua*: sua vida. sua obra. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1990. p. 167.).

¹¹ Cf. MEIRA, Sílvio. Op. cit., p. 167.

como certos territórios de formação vulcânica”, pois “já na comissão de 1889 se agitara a matéria” e “o Código, firmando princípios, muito embora sujeitos a censura tomou, todavia, atitude firme em defesa dos que produzem no campo das letras, das ciências e das artes”¹².

Além de seu vasto conhecimento jurídico, é importante observar que a relação pessoal e a proximidade dos intelectuais de sua época credenciou Clóvis Beviláqua a, de maneira inequívoca, compreender os desafios dos titulares de direitos autorais naquele momento histórico.

I. O anteprojeto de Clóvis Beviláqua e o Direito Autoral

O Direito Autoral, para Clóvis Beviláqua, em que pese a aprovação do Código Civil de 1916, não deixou de assentir que tal tema merecia tratamento à parte¹³ no âmbito do Direito das Coisas e, em sua obra sobre a disciplina em questão, inclusive chegou a reconhecer a tendência do tratamento do tema em lei especial, o que ocorria tanto em momento anterior à edição do Código Civil de 1916, por meio da Lei Medeiros e Albuquerque¹⁴ (Lei Federal n. 496, de 1º de agosto de 1898¹⁵), como pela edição posterior das Leis Federais n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973

¹² Recordou ainda Sílvio Meira que “na Constituição Imperial, em um de seus artigos, se previa a proteção da propriedade científica e cultural. Medeiros e Albuquerque, Coelho Rodrigues e muitos outros dedicaram-lhe o melhor de seus esforços” (Cf. MEIRA, Sílvio. Op. cit., p. 171.).

¹³ Assinalou Clóvis Beviláqua a especialidade do Direito Autoral em relação ao Direito das Coisas quando afirmou que “o Direito das coisas constitui o segundo livro da Parte especial do Código Civil brasileiro, Compreende: a posse, a propriedade, os seus desmembramentos e modificações, inclusive a propriedade literária, científica e artística. Em doutrina, é esse mesmo o conteúdo do direito das coisas, salvo quanto ao direito autoral, que o nosso Código denominou propriedade literária, científica e artística, sem atender à evolução desse complexo de normas, que estava a reclamar outra designação mais conforme a natureza das relações jurídicas a disciplinar, segundo se verá em lugar oportuno, Em regra, o direito autoral é regido por lei especial. A expressão direito dos bens é mais estensa do que direito das coisas; por isso é aquela denominação que aparece neste livro, que tem os limites do seu objecto; direito das coisas. Em sentido philosophico, bem é tudo quanto corresponde, de modo geral, à satisfação dos nossos desejos”. (Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. v. 1, p. 10.).

¹⁴ Além de associar seu nome à Lei Federal n. 496/1898 como o político responsável pela sua elaboração, José Joaquim de Campos da Costa de Medeiros e Albuquerque foi um intelectual de muito prestígio e assumiu a cadeira 22 na Academia Brasileira de Letras e, ao descrevê-lo, Armando Gens destacou que Medeiros e Albuquerque “impulsionado pela vontade de saber e comprometido com o pacto cultural” também “enveredou pelos mais diversos campos do saber: Antropologia, Biologia, Esoterismo, Estética, Filosofia, Literatura, Lógica, Magia, Psicologia. Além disso, demonstrou ter grande interesse pelas questões lingüísticas e gramaticais. Em 1917 participou do projeto da reforma ortográfica impetrado pela Academia” (Cf. GENS, Armando. *Medeiros e Albuquerque, cadeira 22, ocupante 1 (fundador)*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2014. p. 12-13. (Série Essencial)).

¹⁵ Clóvis Beviláqua relatou que “fôra convocado o Congresso, extraordinariamente, para discutir e aprovar o Projecto de Código Civil, que não pudera ser votado em 1901” e, na sessão de 18 de

e n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, sendo esta a Lei de Direitos Autorais¹⁶ atualmente em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalte-se que o tratamento em lei especial – ao lado de outros argumentos em prol de um tratamento autônomo da disciplina – permitiu a Carlos Alberto Bittar sustentar a autonomia científica do Direito Autoral em relação ao Direito Civil, porquanto tal autor enfatizou que

a consolidação da autonomia, a par do brilhantismo de outros ilustres advogados, deveu-se à conjugação de vários elementos, a saber: a ação levada a efeito por associações de titulares de direitos; as contribuições da jurisprudência, o trabalho da doutrina; a edição de convenções internacionais sobre a matéria e as respectivas revisões, a começar pela União de Berna, de 1886; e a sucessiva expedição de leis nacionais especiais, destacadas das codificações¹⁷.

As críticas de Ruy Barbosa ao texto de Clóvis Beviláqua – ainda que algumas fossem adequadas – derivam em parte de uma vaidade velada do ilustre político e jurista – porquanto este realmente mereça o reconhecimento pelos inúmeros méritos em sua vida e a extensão de suas objeções atingiu também a terminologia seguida por Beviláqua ao tratar da criação intelectual, pois a expressão “*Direito Autoral*” não seria correta, de acordo com Ruy Barbosa, o termo apropriado seria “*Direito de Autor*”.

Sempre recordamos de tal episódio a cada novo anteprojeto de lei em que algum jurista, alijado de sua elaboração, excede na crítica que formulou aspectos exclusivamente técnicos.

De qualquer sorte, ainda que não faltem defensores de Ruy Barbosa no episódio mencionado, parece inequívoca a percepção de que tal jurista ficou agastado por não ter sido indicado para elaborar o Código

março, Medeiros e Albuquerque se manifestou “reclamando que se desclassificasse do Código Civil o Direito Autoral” (Cf. BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927. v. 1, p. 40-42.).

¹⁶ Como bem observou Silmara Juny de Abreu Chinellato, “embora fosse desejável o emprego uniforme de ‘direitos autorais’ para abranger os direitos de autor (criador da obra) e direitos conexos (direitos de artistas, intérpretes e executantes), não há a observância rigorosa dessa denominação, cabendo ao intérprete da lei fazer a análise de cada norma. Recorde-se que a Lei n. 5.988/73 e a Lei n. 9.610/98 abrangem tanto os direitos de autor – criador da obra –, como os direitos conexos – *droits voisins* como denominados no Direito francês – os relativos aos criadores da interpretação ou performance, artistas, intérpretes e executantes” (Cf. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. Tese (Concurso para Titular) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 17-18.).

¹⁷ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. Autonomia científica do direito de autor. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 89, p. 92, jan. 1994.

Civil e, por tal razão, ainda carrega a mácula de ter se excedido em suas veementes críticas, por mais que se esforcem seus defensores no sentido de mitigar os efeitos negativos desta para a sua biografia e, assim, estes optam por apresentá-la como um ato efetuado exclusivamente em prol do bem comum¹⁸.

Sílvio Meira, fundado em Ernesto Carneiro Ribeiro, apontou que, em sentido contrário, “havia exagero por parte do senador, quando, por exemplo, impugnava a expressão direito autoral, preferindo direito de autor”, uma vez que o vocábulo “autoral” “parecia-lhe um adjetivo rabilongo e sem similares na língua”, pois “Carneiro demonstrou a sem-razão da crítica” considerando que “a expressão se introduzira no Brasil” por meio “de escritos de Tobias Barreto¹⁹ e já fora consagrada na lei sobre direitos autorais da lavra de Medeiros e Albuquerque”²⁰.

De suma relevância para a análise contemporânea é constatar que o estudo do Direito Autoral era, no momento da edição do Código Civil de 1916, especialmente quanto ao seu tratamento internacional, um ramo relativamente novo (considerando que a Convenção de Berna, que regulou internacionalmente a matéria, foi elaborada em 1886), o que também conduz à percepção de que a distinção entre a obra

¹⁸ A esse respeito, muito ilustrativo é o panegírico de Murilo Melo Filho, para quem – na Réplica em face de Carneiro Ribeiro – que foi professor de francês de Ruy Barbosa no Ginásio Bahiano, Ruy “esbanja conhecimentos vernaculares e filológicos, arrasa o seu velho mestre e faz o país inteiro extasiar-se diante daquele espetáculo de talento, cultura e sabedoria” (Cf. MELO FILHO, Murilo. *Rui Barbosa, cadeira 10, ocupante 1 (fundador)*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012. p. 29. (Série Essencial)).

¹⁹ Silmara Juny de Abreu Chinellato, da mesma forma, em sua tese para Professora Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, esclareceu que tal expressão constituiu um neologismo derivado do idioma alemão e que “no singular, foi empregada pioneiramente em 1882 por Tobias Barreto, a quem se deve a introdução do respectivo ensino em 1883, na Faculdade de Direito de Recife”. Prosseguiu sua análise afirmando que “a Lei n. 496, de 1º de agosto de 1898, primeira lei ordinária brasileira a tratar sistematicamente da matéria, adotou no texto a terminologia ‘direito de autor’, embora a própria lei se intitule ‘define e garante os direitos autorais’, apesar de não ter cuidado de direitos conexos” (Cf. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. Tese (Concurso para Titular) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 15.).

²⁰ “Aprovado o projeto foi remetido ao Senado em princípios de abril de 1902. A Câmara encerrara a sua sessão extraordinária a 31 de março. Logo a 3 de abril Rui Barbosa já está com seu parecer escrito [...] Estranhamos a afirmação de Clóvis Beviláqua, fruto de sua extrema boa fé e pureza, de que Rui Barbosa preparara o seu parecer em apenas três dias (Cod. Civ. Com. cit. Vol. I, p. 43). O arguto senador já devia, de longa data, estar de posse de cópias do projeto, largamente difundido, e da própria redação final da Comissão Especial da Câmara. Rui era precavido, estratégico, hábil, lutador, sabendo dissimular no momento oportuno para desferir o golpe mortal. O certo é que o parecer surgiu como um raio, em três dias [...] Rui apresentava emendas a quase todos os artigos. Equivalia seu trabalho a um substitutivo [...] Muitas observações de Rui eram justas, outras sem fundamento, como o demonstrou, com grande proficiência, Carneiro Ribeiro” (Cf. MEIRA, Sílvio. *Clóvis Beviláqua: sua vida. sua obra*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1990. p. 163-164.).

literária e a de natureza científica seria dispensável em razão desta *também poder ser inserida no sistema de proteção ao autor como obra literária*, em razão da proteção da sua forma²¹, tal como posteriormente fixou o legislador na atual Lei de Direitos Autorais no artigo 7º, § 3º²² e, a esse respeito, vale igualmente a referência às reflexões do italiano Giorgio Jarach que versou sobre tal possibilidade²³.

Importante ainda mencionar a concepção de Clóvis Beviláqua contrária à necessidade de registro²⁴ da obra para a proteção ao autor – exigência que vigorava na época da elaboração do Código Civil em face do

²¹ “O objeto de proteção do direito de autor é a obra intelectual, confundida, no início, com o seu suporte material (corpus mechanicus). Com o passar do tempo, o conceito foi evoluindo para, em vez de, restritivamente, considerar a obra intelectual como a sua própria ‘fixação em suporte material’ entendê-la, corretamente, sob a concepção mais ampla da ‘exteriorização sob qualquer forma, como é o caso da obra oral, por exemplo’” (Cf. COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008. p. 82.).

²² Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; (...) § 3o No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial. (BRASIL. Lei Federal n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017).

²³ “La distinzione tra opere letterarie ed opere scientifiche è discutibile perché, a rigore, anche le opere scientifiche rientrano nella comprensiva categoria delle opere letterarie: la menzione tende ad affermare peraltro che anche l’opera non di fantasia (quella, cioè, che, sia perdonato il concetto filosoficamente non molto ortodosso, ha la finalità di far conoscere il vero) gode della protezione della legge”. (Cf. JARACH, Giorgio. *Manuale del diritto d’autore*. Milão: Mursia, 1991. p. 27.).

²⁴ Ensinou Delia Lipszyc que “la protección no está subordinada al cumplimiento de requisitos formales. La creación es el título originario del derecho de autor. A diferencia de lo que ocurre en el derecho de propiedad industrial, el derecho de autor nace del acto de creación y no del reconocimiento de la autoridad administrativa. La principal finalidad del derecho de autor es la protección de los creadores, mientras que en el derecho de propiedad industrial se anteponen los derechos de la colectividad” para então enfatizar que “la condición del registro de la obra para el goce del derecho – o registro constitutivo del derecho – fue un resabio de la etapa de los privilegios y continuó manteniéndose en algunos países en mérito a una equivocada asimilación al derecho de propiedad industrial (especialmente derecho de patentes y derecho de marcas). A medida que las diferencias entre el derecho de autor y el derecho de propiedad industrial se fueron clarificando, las legislaciones abandonaron el registro constitutivo de derechos. A este respecto cabe destacar la influencia benéfica y decisiva que tuvo el Convenio de Berna, en cuya primera revisión (Berlín, 1908) se suprimió toda condición relativa al cumplimiento de formalidades (‘el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad’)” (Cf. LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris: UNESCO; Bogotá: CERLALC; Buenos Aires: Zavallia, 1993. p. 68-69.). Entretanto a admissibilidade do uso do termo “propriedade” em relação às marcas e patentes não é unânime, pois José Manoel de Arruda Alvim sustentou que “há direitos imateriais que são bens, mas não se constituem em objeto do direito de propriedade propriamente dita. Se examinarmos o sistema da Lei nº 9.6120/98, verificaremos que aí e também na Constituição Federal não se alude à palavra e ao instituto da propriedade, há quem afirme tratar-se de propriedade, em nosso sentir, equivocadamente. Já a propósito das marcas e patentes há referência nominal à propriedade, e, em relação a outros direitos assegura-se, igualmente, proteção legal. Mas a própria regulação infra-

disposto no artigo 13 da Lei Federal n. 496/1898²⁵ – e que era inconstitucional em razão da proteção ao autor e aos seus herdeiros que foi estabelecida pelo artigo 72, § 26 da Constituição Republicana de 1891²⁶.

Referindo-se a Clóvis Beviláqua, destacou Pedro Orlando que “o emérito autor do projeto primitivo, perfeitamente em dia com a evolução dos institutos jurídicos, não adotou o sistema do registro obrigatório estabelecido na lei n. 496, de 1898” e “teria talvez notado vir-se formando, contra essa formalidade, opinião que, dentro em pouco, dominaria os espíritos”²⁷.

A interpretação do autor do Código Civil de 1916 quanto ao registro prevaleceu, de forma muito clara, no artigo 18 da Lei Federal n. 9.610/98²⁸ que o dispensa²⁹ e reconhece o direito do

constitucional possível, desse chamado direito de propriedade das marcas e patentes, diante dessa previsão do art. 5º, inc. XXIX – que permite a disciplina em função do interesse social, tecnológico e do desenvolvimento, demonstra não se tratar de um direito de propriedade com as características clássicas”. (Cf. ALVIM, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro*: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil. Coordenação de José Manoel de Arruda Alvim, Thereza Alvim e Alexandre Laizo Clápis. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI. t. 1, p. 107-108.).

²⁵ “Art. 13. É formalidade indispensável para entrar no gozo dos direitos de autor o registro da Bibliotheca Nacional, dentro do prazo maximo de dous annos, a terminar no dia 31 de dezembro do seguinte áquelle em que deve começar a contagem do prazo de que trata o art. 3º. 1) para as obras de arte, litteratura ou sciencia, impressas, photographadas, lithographadas ou gravadas, de um exemplar em perfeito estado de conservação; 2) para as obras de pintura, esculptura, architectura, desenhos, esboços ou de outra natureza, um exemplar da respectiva photographia, perfeitamente nitida, tendo as dimensões minimas de 0m,18 X 0m,24.” (BRASIL. Lei n. 496, de 1o de agosto de 1898. Define e garante os direitos autoraes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-496-1-agosto-1898-540039-publicacaooriginal-39820-pl.html>>. Acesso em: 22 out. 2017.).

²⁶ Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes: [...] § 26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. (BRASIL. Constituição de 1891. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada e promulgada pelo Congresso Nacional Constituinte, em 24/02/1891. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 22 out. 2017).

²⁷ Cf. ORLANDO, Pedro. *Direitos autorais*: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais. São Paulo: Nova Jurisprudência, 1939. p. 55.

²⁸ O artigo 18 da Lei Federal n. 9.610/98 determinou que “a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro” (BRASIL. Lei Federal n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017) aprimorando a redação do artigo 20 (“Salvo prova em contrário, é autor aquele em cujo nome foi registrada a obra intelectual, ou conste do pedido de licenciamento para a obra de engenharia, ou arquitetura”) da Lei Federal n. 5.988/73 que ensejava a possibilidade de, tal como no Código Civil de 1916, confundir o registro com o direito que emana da criação da obra.

²⁹ Sobre o registro, ainda sob a égide da Lei Federal n. 5.988/73, José de Oliveira Ascensão criticou a presunção – mesmo relativa – que derivava do registro e, com veemência, afirmou que “a presunção de titularidade fundada no registro é um contra-senso”, uma vez que “alguém pega em obra alheia e

autor desde o momento em que este criou a obra intelectual³⁰.

Sobre a questão, Clóvis Beviláqua esclareceu que

discutiu-se, em tempo, se o registro era attributivo do direito do proprietário da obra, ou somente, um meio de facilitar a sua conservação e a sua defeza. A letra do Código não dava apoio á opinião indicada em primeiro logar, ainda que a tivesse esposado Solidonio Leite, quando Consultor Geral da Republica, O Código diz: para segurança do seu direito, o proprietário da obra divulgada depositará com destino ao registro dois exemplares. Não usa da formula, que a Commissão revisora recebera do Código Civil portuguez: para gozar do beneficio concedido neste capitulo, o autor ou proprietário de qualquer obra (...) deve depositar dois exemplares etc. (art. 769). Hoje a doutrina está firmada no sentido de que o registro é apenas meio de prova e defeza, não condição necessária ao exercicio do direito do autor ou proprietário da obra literária ou artística. Assim ficou estatuído na Convenção de Berne, revista em Roma, em 1928, arts. 4, Tis. 2 e 15.³¹

A vedação ao registro decorre da proteção a partir do momento em que a obra é criada, como posteriormente enfatizou Carlos Alberto Bittar, pois

vai registrá-la como própria. É muito fácil, porque não há nada na obra que traduza a titularidade”, mas - com a presunção desta “pode logo a seguir virar-se contra o titular verdadeiro e litigar com este em posição de supremacia” e alertou que “não há aqui nenhuma analogia com o que se passa nos registros reais, em que há normalmente uma situação de posse a esclarecer a realidade” e “só por acaso ainda não foi descoberto por mais pessoas desonestas”. Assegurou que “o registro não se impôs como vicissitude normal” eis que “é estatisticamente muito raro o recurso a registro” e “isso mesmo demonstra que a prática não sente necessidade dele” e que, mais grave que isso, “geralmente, quem recorre ao registro é justamente quem tem má consciência dos seus direitos” e, assim, “quem elaborou um calendário ou um método de esgrima recorre ao registro para conseguir deste modo fazer crer num direito de autor que na realidade não tem, porque a ‘obra’ não o suporta.” (Cf. OLIVEIRA, José de. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 327-328.)

³⁰ Otávio Afonso evidenciou a relevância do momento da criação da obra intelectual como o fato que gera a titularidade originária da obra ao dizer que “o surgimento do direito de autor, portanto, dá-se com a criação da obra intelectual. É por isso que fica completamente sem sentido falarmos de direito autoral sem a existência de uma obra. O direito de autor protege apenas as formas de expressão das idéias e não as idéias propriamente ditas. É necessário que a idéia tome um corpo físico, tangível ou intangível, que seja expressa por meio de um livro, de um desenho, de um filme, de uma pintura, etc.” (Cf. AFONSO, Otávio. *Direito autoral: conceitos essenciais*. Barueri: Manole, 2009. p. 12.)

³¹ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. v. 1, p. 277.

esses direitos nascem com a criação da obra, manifestando-se alguns (como o direito ao inédito) com a simples materialização, ou seja, com a sua inserção na ordem fática, e produzindo efeitos por toda a existência daquela, na função básica que exerce de manter aceso o seu liame com o criador (e, enquanto a obra existir, mesmo falecido o seu autor, e isso, no sistema unionista, independentemente de qualquer formalidade: o direito flui do ato criativo³².

Bruno Jorge Hammes discorreu acerca do posicionamento adotado por Clóvis Beviláqua, pois este tinha ciência de que o Brasil exigia o registro enquanto outros países o dispensavam e, pressentindo tal fato, procurou regulamentá-lo omitindo qualquer referência à exigência de registro³³.

Todavia, Clóvis Beviláqua soube posteriormente que, por decisão da Comissão Especial da Câmara dos Deputados retornou a exigência do registro³⁴ e, com isso, buscou uma redação conciliatória no artigo 673 do Código Civil de 1916³⁵ a fim de que fosse estabelecida somente uma presunção relativa por meio do registro que, ainda assim, continuou a suscitar polêmica naquele momento³⁶ e, curiosamente, foi o debate so-

³² Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 5. ed. atual., rev. e ampl. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 69.

³³ Cf. HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 60.

³⁴ “A Comissão Especial da Câmara dos Deputados, além de outras emendas, introduziu que ‘o depósito de dois exemplares... de todas as obras literárias e artísticas... é exigido... para que se possa gozar das vantagens concedidas neste capítulo’. Clóvis Beviláqua mobilizou os parlamentares. A emenda corria o risco de ser rejeitada. Houve conversações. O resultado foi um texto ambíguo, como o temos no art. 673 do Código Civil” e essa “foi a fórmula de conciliação que, na verdade, não resolveu o problema”, pois “os partidários do registro obrigatório continuaram entendendo que assim permaneceria, enquanto Clóvis Beviláqua e seguidores entendiam que o texto poderia ser interpretado como não obrigando o autor a registrar sua obra” (Cf. HAMMES, Bruno Jorge. Op. cit., p. 60.).

³⁵ Art. 673. Para segurança de seu direito, o proprietário de obra divulgada por tipografia, litografia, gravura, moldagem, ou qualquer outro sistema de reprodução, depositará, com destino ao registro, dois exemplares na Biblioteca Nacional, no Instituto Nacional de Música ou na Escola Nacional de Belas-Artes do Distrito Federal, conforme a natureza da produção. Parágrafo único. As certidões do registro induzem a propriedade da obra, salvo prova em contrário (BRASIL. Lei Federal n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.).

³⁶ Clóvis Beviláqua, em seus Comentários ao Código Civil, considerava que o registro previsto no artigo 673 seria meramente facultativo e não essencial para a proteção. Todavia, Bruno Jorge Hammes, também informou que “já em 1919 houve uma sentença em que o magistrado entendeu que o registro continuava obrigatório” e que, após um novo diretor assumir a Biblioteca Nacional em 1925, este se surpreendeu “com a prática ali adotada de não dar mais importância ao registro das obras” e que “tampouco se atendia ao pedido de registro dentro do prazo de dois anos previsto pela lei n. 496/1898”, sendo que “a explicação era que o registro não era mais obrigatório”. Assim, tal diretor

bre os direitos autorais de Ruy Barbosa³⁷ – que tantas objeções levantou em relação ao Código elaborado por Beviláqua – que contribuiu para que prevalecesse a tese da dispensabilidade do registro, pois o registro foi considerado como inconstitucional, tal como sustentava o autor do Código Civil de 1916.

Logo, os avanços trazidos pelas concepções de Clóvis Beviláqua, para quem era inconstitucional e contrária à ordem internacional que regulava a matéria exigir o registro da obra intelectual, exigência esta estabelecida pela Lei Federal n. 496/1898 e posteriormente mitigada pela redação do artigo 673 do Código Civil de 1916, ao lado de outros que já abordamos, merece todos os encômios não apenas por refletir o que havia de mais avançado em sua época, mas também – por meio de suas reflexões – a aperfeiçoá-las e adequá-las ao ordenamento jurídico brasileiro.

II. A cessão do direito moral de paternidade sobre a obra e as alterações no anteprojeto de Clóvis Beviláqua no Congresso Nacional

O Código Civil de 1916 possibilitava, por meio do artigo 667³⁸, a cessão do direito de ligar o nome do autor à obra por ele criada, direito

solicitou ao Consultor Geral da República um parecer e este, por sua vez, o elaborou no sentido de que o registro seria necessário (contrariando a opinião de Clóvis Beviláqua e também do Instituto dos Advogados) e Beviláqua, “consciente da repercussão do parecer do Consultor Geral da República, replicou imediatamente com outro parecer”, no qual refutou – um a um – todos os argumentos apresentados pelo Consultor Geral (Cf. HAMMES, Bruno Jorge. *Op. cit.*, p. 61-62.).

³⁷ “Após a morte de Rui Barbosa, o governo federal adquiriu todo o patrimônio deixado por ele. Ficam incluídos expressamente os direitos de autor. É certo que diversas obras dele, publicadas antes do código civil, não tinham sido registradas. Discutiui-se, mais tarde, se o governo federal adquiriria também o direito de autor sobre essas obras. Se caíram no domínio público por falta de registro, não poderiam os herdeiros transferir o direito de autor ao Estado, nem este o poderia adquirir. Para esclarecer a questão, foi levantada também a questão da inconstitucionalidade do art. 13 da lei n. 496/1898. Comenta Américo Lacombe, diretor da Casa Rui Barbosa, que ‘não há a menor dúvida de que a Lei Medeiros de Albuquerque exorbitou criando o registro como origem do direito’. No mesmo relatório do ministro da educação, Lacombe cita ainda uma decisão judicial em favor dos herdeiros do escritor Visconde de Taunay sobre a propriedade literária do romance *Inocência*. Neste famoso pleito teria ficado iniludivelmente demonstrada a inconstitucionalidade da exigência do registro. Eis como argumenta sobre esse ponto a sentença que pôs fim ao pleito: ‘Considerando que o art. 13 da lei n. 496 de 1o de agosto de 1898 infringiu o preceito constitucional, pois que restringiu o direito dos autores, quando a Constituição (art. 72 § 26) o ampliou’” (Cf. HAMMES, Bruno Jorge. *Op. cit.*, p. 63.).

³⁸ Art. 667. É suscetível de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus produtos intelectuais. § 1º Dará lugar à indenização por perdas e danos a usurpação do nome do autor ou a sua substituição por outro, não havendo convenção que a legitime. § 2º O autor da usurpação, ou substituição, será outrossim, obrigado a inserir na obra o nome do verdadeiro autor. (BRASIL. Lei Federal n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 out. 2017).

este de natureza moral e que gerou severas críticas de civilistas e autoralistas ao dispositivo por várias décadas.

Tal foi a reação, à guisa de exemplo, de Carlos Alberto Bittar que no Código Civil questionou identificou “normas estranhas à sua própria índole”, citando como exemplo o artigo 667 “que admitia a cessão” do direito de paternidade da obra e que “inaceitável ontologicamente”³⁹.

Eduardo Vieira Manso, da mesma forma, em sua obra “*Contratos de Direito Autoral*”⁴⁰ criticou o dispositivo que vigorava no Código Civil de 1916 quando, com veemência, afirmou que

o Código Civil, porém, ia além, permitindo, de maneira totalmente incompreensível e inadmissível, até a cessão “do direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus produtos intelectuais”, segundo dispunha o art. 667, que está revogado pela Lei 5.988/73⁴¹, se já não estivesse pela Convenção de Berna⁴².

Tal dispositivo gerou tal reação negativa porque, entre os vários direitos morais que o autor titulariza⁴³, o direito de paternidade é considerado como o mais importante, como asseverou André R. Bertrand que ressaltou o fato do direito à paternidade do autor sobre a obra permitir o estabelecimento de um vínculo entre aquele que cria e seu público⁴⁴.

³⁹ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito do autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 91.

⁴⁰ Cf. MANSO, Eduardo Vieira. *Contratos de direito autoral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 126.

⁴¹ De fato estabelecia o art. 28 da Lei Federal n. 5988/73 que “os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”. (BRASIL. Lei Federal n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.).

⁴² A Convenção de Berna consagrou o direito de paternidade do autor sobre a obra que criou e a impossibilidade da cessão de direitos morais por meio do art. 6 bis, 1 que determinou que “independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação”. (BRASIL. Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.).

⁴³ Na lei em vigor (Lei Federal n. 9.610/98) tais direitos estão previstos no artigo 24, ao passo que os direitos patrimoniais de autor foram elencados no artigo 29.

⁴⁴ “La mention du nom de l’auteur sur l’oeuvre est essentielle car elle permet de créer un lien matériel entre l’auteur et son public. L’omission de cette mention est un fait objectif, qui porte atteinte au droit moral de l’auteur, même si son oeuvre n’a été diffusée qu’à quelques exemplaires. L’absence du nom de l’auteur est souvent soulevée en matière de photographies ainsi que pour les

A vinculação do nome do autor à obra é tão importante que, como apontou Fábio Maria De Mattia, “é evidente que o autor tem o direito de ver o seu nome publicado na obra traduzida” e “o mesmo direito⁴⁵ é conferido ao tradutor”⁴⁶.

No entanto, cabe ponderar que se há manifesta injustiça a ser reparada em relação a Clóvis Beviláqua⁴⁷ no sentido de a ele atribuírem equivocadamente a elaboração do dispositivo questionado.

Como salientou J. M. de Carvalho Santos, embora o artigo 667 tivesse autorizado a cessão do direito de ligar a obra às criações intelectuais,

o Código afastou-se. neste ponto, do projecto Clóvis que assim dispunha: “Art. 763. São pessoas e não podem ser cedidos: 1o o direito de ligar seu nome a qualquer producto da sua intelligencia”. E, afastando-se do projecto Clóvis, deixou de lado a verdadeira

oeuvres architecturales, et plus rarement en matière d’oeuvres audiovisuelles. Le droit au nom et à la paternité peut cependant être limité compte tenu de la nature de l’oeuvre et de ses impératifs techniques” (Cf. BERTRAND, André R. *Droit d’auteur*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 229.).

⁴⁵ O tradutor – ao contrário do revisor e do atualizador – é considerado como autor, mas autor de obra derivada e só não dependerá de autorização se a obra estiver em domínio público. O artigo 14 da Lei Federal n. 9.610/98 é muito preciso em tal aspecto ao determinar que “é titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.” (BRASIL. Lei Federal n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017).

⁴⁶ Há o controle total da autorização de obra em domínio privado pelo autor e, como observou Fábio Maria De Mattia, “a tradução de uma obra por um terceiro supõe o consentimento de seu autor e este goza de uma faculdade discricionária de recusa”, pois considerava que “somente ao autor cabe julgar se a publicidade da obra lhe será favorável, embora certos juristas sustentem que a glória do escritor e a possibilidade de venda de suas obras só se favoreceriam com a tradução” e “é justo que assim o seja, pois, a tradução poderá ser para o autor uma fonte de prejuízos; poderá tirar-lhe leitores caso sejam pessoas que dominem as duas línguas e preferirão ler no idioma que lhes seja mais familiar” e, fundado em G. Myers, afirmou que “a tradução pode desnaturar o original e por vezes mesmo, o vulgarizar, conforme o mérito do tradutor”. (Cf. DE MATTIA, Fábio Maria. *Estudos de direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 11.).

⁴⁷ Ao discorrer em tópico específico sobre “o absurdo art. 667 do Código Civil de 1916” Rodrigo Moraes acentuou que “O Código Civil de 1916, em seu art. 667, permitia a cessão do direito moral à paternidade. Convém assinalar que o projeto original de Clóvis Beviláqua, em seu art. 774, com acerto, previa exatamente o reverso, proibindo a cessão desse elemento extrapatrimonial. Assim dispunha o caput do art. 667: ‘É suscetível de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus produtos intelectuais’. Esse dispositivo, portanto, permitia que o autor cedesse, gratuita ou onerosamente, a paternidade de sua criação a uma outra pessoa. O § 1º do art. 774 do Projeto Clóvis Beviláqua rezava como direito pessoal do autor, que não podia ser cedido, ‘o direito de ligar seu nome a qualquer produto de sua inteligência’”. (Cf. MORAES, Rodrigo. Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 62-63.).

doutrina, segundo a qual, de conformidade com a natureza jurídica do direito de autor, este é um direito pessoal, quando se encara o direito autoral pelo seu aspecto espiritual, que existe sempre ao lado do seu aspecto economico. Sendo elle pessoal precisamente porque tem sua raiz, seu fundamento na paternidade da obra, producto da intelligencia e da personalidade da pessoa. Sob este aspecto, portanto, o direito do autor tem natureza estritamente pessoal, sendo, pois, a paternidade da obra um direito inalienável e imprescritível⁴⁸.

Ressalte-se que este surgiu no próprio Congresso Nacional por meio do parlamentar Arthur Lemos que, fundado em Pouillet⁴⁹, como demonstrou Clóvis Beviláqua⁵⁰, interpretou de forma totalmente

⁴⁸ Cf. SANTOS, J. M de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934. v. VIII: Direito das coisas (arts. 554-673), p. 477.

⁴⁹ A justificativa de Arthur Lemos pode ser encontrado na obra de J. M de Carvalho Santos que a criticou e a transcreveu da seguinte forma: "Por si mesmo, sempre, se entendeu que, em materia de direito autoral, a tolerancia para com um abusivo aproveitamento ou reiterada utilização da obra não tem outro valor senão aquelle de uma licença tacita e gratuita em proveito do usurpador, o que é perfeitamente compatível com a conservação dos direitos exclusivos do autor em face de qualquer outra pessoa. É que a tolerancia para com um não obriga o autor a tel-a para com outro, podendo elle, a qualquer tempo fazer valer os seus direitos. Mas, o Codigo assim não entende. Prevaleceu a opinião do deputado Arthur Lemos, que, procurando apoio em considerações de Pouillet, fez sentir que 'existem ainda hoje, e existirão sempre, obscuros operarios das letras trabalhando sem exito e se importando menos com a gloria do que com o dinheiro. Esses alugam a sua industria e não podem reclamar sobre a obra por elles concebida e escripta, sob encomenda e por conta de terceiro, direito algum de propriedade. Tal direito pertence a quem lhe faz a encomenda. Semelhante convenção não seria certamente digna de louvor, mas nem por isso é illicita. Ella deve, pois, ser cumprida como qualquer outra, pelas partes contractantes, salvo ao publico o direito de denunciar a fraude, quando vier a descobri-la. Não será, de facto, extremo rigor impedir que um pobre diabo de algum talento adquira assim a subsistencia, graças á vaidade, r sem duvida, mas não injuridica, do incapaz que quer passar como autor.'" (Trabalhos da Camara, III, p. 103)" (Cf. SANTOS, J. M de Carvalho. Op. cit., p. 478).

⁵⁰ Rodrigo Moraes transcreveu e grifou as palavras de Clóvis Beviláqua em seu Código Civil Comentado, quando este refutou qualquer participação na redação do art. 667 do Código Civil de 1916: "Parece-me contrária à natureza do direito autoral, na sua parte mais íntima e personalíssima, a doutrina do Código. O Projeto primitivo, art. 774, estatuiu, precisamente, o contrário do que, afinal, prevaleceu. O Congresso, porém, impressionou-se com as razões de Arthur Lemos, que invocava a autoridade de Pouillet, e seguiu outro rumo. Essas razões são fracas. Há, por toda a parte, 'obscuros operários das letras, trabalhando sem êxito e se importando menos com a glória do que com o dinheiro. Estes alugam a sua indústria, e não podem reclamar, sobre a obra por eles concebida e escrita, sob encomenda e por conta de terceiro, direito algum de propriedade'. São palavras de Arthur Lemos influenciado por Pouillet. Mas não se trata do direito de propriedade, lado econômico da relação jurídica. Nenhuma dúvida se levanta contra a alienabilidade dos proventos, que a obra possa produzir, do direito de explorar a obra, de usar dela para quaisquer fins lícitos. O que se contesta é que o autor possa despojar-se dessa irradiação da sua personalidade, que se manifesta vínculo indestrutível entre o seu espírito e a obra, que ele criou. E contesta-se, não somente em nome da lógica jurídica, violentada por essa construção, como, também, por motivos de ordem moral, que, aliás, não escaparam ao ilustre parlamentar

equivocada o instituto da cessão nos direitos autorais, porquanto esta não pode admitir de forma alguma a transmissão de direitos morais como resta claro, nos dias atuais, na redação do artigo 49, I da Lei Federal n. 9.610/98⁵¹.

Ainda merece destaque o fato de que, mesmo durante a vigência do artigo 667 do Código Civil de 1916, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, ao tratar do direito autoral de exploração⁵², sustentou a existência de um limite a que alguém cedesse o direito sobre a obra criada quando o cedente fosse um titular derivado e não o titular originário (autor) o que, naquele contexto, significou de uma maneira um obstáculo à interpretação extensiva da norma, pois obtemperou que

o adquirente do direito autoral de nomeação, que o Código Civil, art. 667, tornou cessível, está sujeito a observância da legitimação do alienante. Se o alienante não tinha direito autoral de personalidade, ou se não tinha direito autoral de nomeação, não tinha a propriedade intelectual⁵³.

A questão da transmissão lícita do direito de paternidade - efetuada às claras com a anuência do legislador – ao menos está superada em

brasileiro. Afastou-se, porém, pensando melhor favorecer algum pobre diabo de talento, que consiga viver à custa da ' vaidade, ridícula sem dúvida, mas não injurídica do incapaz, que quer passar como autor'. Não será injurídica essa vaidade, mas, igualmente, não deve o direito fomentar a mistificação do público" (Clóvis Beviláqua apud Rodrigo Moraes. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 63.).

⁵¹ Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei [...]. (BRASIL. Lei Federal n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017).

⁵² Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o direito autoral de exploração "é o direito que tem o autor, direito real e transmissível, de explorar o que criou. Supõe que o titular tenha o direito autoral de personalidade e que tenha o direito autoral de nomeação ou o haja alienado só. [...] O direito autoral de exploração é direito que sofre limitações legais profundas, devido ao interesse da comunidade. No que alguém cria há obra sua e do seu meio, obra do ego e do *socius*. Por outro lado, a obra destina-se à sobrevivência, ainda que falte ao que se propõe e cedo seja esquecida, ou nunca se publique [...]. O direito autoral de exploração é direito dominical. Ou se aliena totalmente, ou se transfere algum dos seus elementos, suscetíveis de aparição como direitos reais limitados (direito de representação teatral, direito de representação cinematográfica ou teleóptica, direito de edição, direito de explorar em exposições)". (Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 16, p. 65.).

⁵³ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 65.

face da revogação do artigo 667 do Código Civil de 1916, mas continua a existir – contra o próprio texto constitucional⁵⁴ e a Lei Federal n. 9610/98 – a nefasta prática de utilização de um escritor remunerado (o autor fantasma ou “ghost-writer”⁵⁵) que permite a personalidades da área política, empresarial, esportiva e artística receberem os créditos como se fossem os verdadeiros criadores da obra⁵⁶.

Para Bruno Jorge Hammes o autor fantasma vem a ser “o autor que cria uma obra para outrem” e que “pode equipar-se, até certo ponto, ao prestador de serviços, com a diferença de que este autor não

⁵⁴ Art. 5º, XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.).

⁵⁵ De acordo com Hugh Jones e Christopher Benson, que analisaram tal questão no contexto da Inglaterra que adota o sistema objetivo (*copyright*), não é possível confundir a situação em que alguém realiza um trabalho sob as orientações do autor (exemplificando tal hipótese por meio de uma secretária que digitaria uma carta ditada por alguém) com a tarefa assumida pelo autor fantasma. Cumpre salientar que tais autores tiveram muito cuidado ao diferenciar a tarefa assumida pelo autor fantasma daquela relativa às obras psicografadas que apresenta contornos metajurídicos, mesmo porque o termo poderia dar origem a alguma confusão conceitual. Destacamos que, no Brasil, o caso paradigmático, quanto a tais obras, foi o da ação movida pela viúva de Humberto de Campos em face da Federação Espírita Brasileira e de Francisco Cândido Xavier e que foi julgada improcedente merecendo, inclusive, um alentado trabalho de Miguel Timponi intitulado *A Psicografia ante os Tribunaís*, que foi publicado em 1959 pela Federação Espírita Brasileira. Prosseguindo, asseveraram Hugh Jones e Christopher Benson que “someone who was merely putting a literary (or artistic) work on to paper at the instruction of someone else – a secretary writing a letter, or an amanuensis helping to take down a book, for example – would not be regarded as the author of that work. But where the work is not merely dictated, but is ghost-written, then the ghost writer will own the copyright, because it is the ghost writer who has created the work which appears on the page. Appropriately enough (for ghosts) this was held in a 1927 case to protect the writings of a spiritualist medium, despite claims that the real ‘author’ resided in another world. And, in the same way, a reporter writing up a report of a speech (even, in one famous case, a verbatim report) would probably be regarded as the ‘author’ of that report and would own the copyright in it (although copyright in the speech itself would still be owned by the speaker)” (Cf. JONES, Hugh; BENSON, Christopher. *Publishing Law*. 5. ed. Abingdon: Routledge, 2016. p. 30.) e ainda que “in the more recent case of *Sadler v. Reynolds* (2005), involving a verbal agreement with a ghost writer for an autobiography, the High Court similarly found that a prominent football chairman who told a well-known sports reporter that he wanted him to write his autobiography, for a 50:50 split of a £70,000 advance which the reporter had negotiated, was in breach of contract when he subsequently gave the ghost-writing contract to someone else. The Court awarded the reporter his £35,000 half of the deal by way of damages, plus a further £1,000 for loss of opportunity. Many publishers and agents now use ‘deal memos’, which may go into some detail on rights to be offered, but which are marked ‘subject to contract’ specifically to avoid a binding contract being inadvertently created before the parties intend it to.” (Cf. JONES, Hugh; BENSON, Christopher. *Op. cit.*, p. 99-100.).

⁵⁶ Uma louvável exceção a tal prática foi a insistência de Walter Clark, que dirigiu a Rede Globo de Televisão, no sentido de considerar o jornalista Gabriel Priolli, que o entrevistou para a elaboração da obra “*O campeão de audiência*”, como coautor, o que foi reconhecido por Gabriel Priolli na introdução à obra (CLARK, Walter; PRIOLLI, Gabriel. *O campeão de audiência: uma autobiografia*. São Paulo: Summus, 2015.) tanto na primeira como na segunda edição.

pode aparecer como tal” redigindo obras literárias, discursos, conferências e reconhece a tendência de que o número de pessoas dedicadas a tal atividade aumente e constata que “apesar de certa incoerência autoral, esses autores não aparecem, são como que fantasmas que não podem aparecer”, uma vez que a obra será atribuída a outrem⁵⁷.

Kone Prieto Furtunato Cesário e Larissa Tristão Savignon asseveraram ainda que “em cumprimento a um contrato firmado, o *ghost-writer* se compromete a produzir uma obra sob encomenda, a não revelar sua autoria e, ainda, a atribuí-la àquele que contratou seus serviços” e alertaram que “em rápida análise dessas premissas, seria possível constatar preliminarmente que o exercício desta profissão ofenderia não só o caráter indisponível do direito moral do autor, como também a vedação constitucional ao anonimato”⁵⁸.

Utilizaremos aqui a expressão em português (“autor fantasma”) ao invés de uma tradução literal, seja porque tal termo já foi utilizado por Bruno Jorge Hammes como ainda por reforçar a visão de que há um autor responsável pela criação da obra (e tal concepção, em nosso sentir, deve prevalecer sobre qualquer contrato) e de que temos a criação de obras reconhecidas (sejam obras literárias, conferências ou discursos escritos para que outro se apresente como seu criador) pela Lei Federal n. 9610/98.

Todavia, apesar das valiosas observações de ambos, tomamos a liberdade de discordar da inserção da obra elaborada pelo “autor fantasma” como uma obra sob encomenda e seguimos, quanto a tal ponto, a lição de José de Oliveira Ascensão, pois concordamos que a cessão do direito ao nome (já repudiada em nosso ordenamento jurídico com a revogação do artigo 667 do Código Civil de 1916) com tal obra não se confunde.

Para José de Oliveira Ascensão “poderá pensar-se que este problema se confunde com o da obra de encomenda”, mas nesta “o

⁵⁷ Cf. HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito de Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 141.

⁵⁸ “Dentre as táticas mencionadas o *ghost-writing* se destacou nos dias atuais como prática corriqueira não só no mercado literário, mas também no cenário político e empresarial. Tão grande a sua representatividade, que a figura do escritor-fantasma já foi, inclusive, abordada em diversas obras famosas, como no filme estrangeiro *The Ghost Writer* e no livro de Chico Buarque, também adaptado para o cinema, *Budapeste*” e acrescentaram Kone Prieto Furtunato Cesário e Larissa Tristão Savignon que “*The Ghost Writer*, filme britânico do diretor Roman Polanski, que estreou em 2010, conta a história de um *ghost-writer* que, contratado para fazer a autobiografia do primeiro-ministro, acaba ameaçado de morte. E *Budapeste*, romance do compositor e escritor Chico Buarque, baseia-se na história de um *ghost-writer*, cuja atividade é abordada como uma maldição para o profissional” para então concluírem que “não obstante a tradicional e recorrente prática desta atividade, no campo jurídico algumas discussões e dúvidas circundam este instituto” (Cf. CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato; SAVIGNON, Larissa Tristão. Os direitos autorais do *ghost-writer*. *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 10. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/?media_dl=402>. Acesso em: 10 nov. 2017. p. 85.).

comitente tem a disponibilidade da obra encomendada, mas não tem a possibilidade de se fazer passar por criador intelectual dela” e “aqui está em causa justamente a hipótese de alguém ceder originariamente as suas obras, de tal modo que elas surjam juridicamente como criações de outra pessoa”⁵⁹.

Da mesma forma também não seria possível ceder obras “de maneira que um terceiro surja como o seu criador intelectual” ou elaborá-la para nela inserir um nome célebre, pois tal conduta não é admitida mesmo que “em ordens jurídicas alheias” seja possível a “uma pessoa ceder o seu nome para ser usado em obra alheia”, pois a lei portuguesa “esclareceu esta matéria no art. 29, 3” e estabeleceu que “ninguém pode usar em obra sua o nome de outro autor, ainda que com autorização deste” e isto denota “que todos os negócios pelos quais se dê a uma obra a capa dum nome célebre são nulos”, pois “o criador intelectual poderá sempre revelar a sua paternidade, como o podem fazer aqueles que tiverem interesse no deslindar da situação” e “há interesse público na rejeição destes enganos”⁶⁰.

Antonio Chaves denunciou o artifício em análise, fundado em Gilles Lepouge, quando examinou a situação dos escritores que trabalham anonimamente e permitem que outro receba o reconhecimento pela criação, sendo esta a conduta de alguns editores aliados mesmo a autores de renome que, talvez sem tempo ou em crise de inspiração, a ela recorrem⁶¹.

A conclusão de Antonio Chaves é que, infelizmente, o expediente em questão é bem antigo:

a começar com Alexandre Dumas, que não construiu sua obra sozinho: pagava colaboradores, assistentes, encarregados de reunirem documentação e fazerem pesquisas, confiando-lhes, não raro, a escritura de algumas de suas obras. Entre eles, Hecquet teria escrito a totalidade da seqüência de Os Três Mosqueteiros, O Visconde de Bragelonne [...]

⁵⁹ Prosseguiu ainda em sua crítica à cessão do direito ao nome dizendo que “não obstante, poderia argumentar-se no sentido da admissibilidade da cedência a partir dos vários lugares em que a lei permite a aquisição originária da titularidade por quem não é afinal o criador intelectual” e seria – segundo o autor – incompreensível que “se proibisse acedência do direito ao nome e se fosse por outro lado deixar campo livre a uma forma muito mais pronunciada de atingir esses aspectos pessoais” (Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 111.).

⁶⁰ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 110-111.

⁶¹ Cf. CHAVES, Antônio. *Direito de autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 129.

e que

o caso de Dumas não é excepcional: as edições francesas estão cheias de fraudes e falcatruas generalizadas. E por mais obstinado, por mais ágil que seja o pesquisador, não descobre senão uma parte apenas da verdade, pois esses negócios são, por definição, clandestinos⁶².

Da mesma forma, Rodrigo Moraes, discorrendo sobre o tema, demonstrou o ponto em que o artigo 667 do Código Civil de 1916 e a “função” do autor fantasma se encontram na justificativa de Arthur Lemos para defender e posteriormente aprovar a questionável redação do dispositivo legal⁶³.

De acordo com Rodrigo Moraes, ao partir do pressuposto de que a obra intelectual é como um filho existe um vínculo indissolúvel “entre o criador e a obra criada”, sendo verdadeiramente “absurda a cessão de paternidade”, pois “o criador não pode ser obrigado a despojar-se de sua criação, sob pena de despir-se de sua própria dignidade” para então concluir que “o argumento utilizado pelo deputado revisor Arthur Lemos - de que existem ‘obscuros operários das letras, trabalhando sem êxito e se importando menos com a glória do que com o dinheiro’ – não deixou de ser farisaico. O pretexto de ‘ajudar’ o autor era, indubitavelmente, hipócrita”, considerando que “na prática, a permissibilidade da cessão servia para prejudicar o criador intelectual – o hipossuficiente econômico, a parte mais fraca”⁶⁴.

Ainda frequente em nosso cotidiano (e talvez até mais ampla em razão da internet⁶⁵) a contratação de um autor fantasma e a resignação deste – na maior parte das vezes por uma necessidade econômica – atenta contra os direitos morais de autor e contra a teoria geral dos

⁶² Cf. CHAVES, Antônio. Op. cit., p. 129.

⁶³ Cf. MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 64.

⁶⁴ Complementando o seu raciocínio, afirmou que “como se diz popularmente, o art. 667 do CC-16 foi ‘presente de grego’ para os autores. Segundo Sá Pereira, ‘poucas vezes a caridade jurídica se terá exibido duma maneira mais importuna’. A falaciosa finalidade beneficente do art. 667 mascarava intenções espúrias. A ‘generosidade’ de Arthur Lemos foi uma versão do Cavalo de Tróia. Aparentemente, visava proteger o autor. Na realidade, consistia num retrocesso.” (Cf. MORAES, Rodrigo. Op.cit. p. 64-65.).

⁶⁵ Talvez nem tão dissimulada se considerarmos que uma prática tão absurda, lamentavelmente, envolve até um site na internet que realiza a intermediação entre os interessados e os verdadeiros autores desconsiderando, com isso, os direitos morais sobre a criação e ainda a divulga utilizando as seguintes palavras: “Encontre um *Ghost Writer*: Freelancers disponíveis para começar hoje mesmo” (Disponível em: <<http://mkt.workana.com/in/redator-pt-01>>. Acesso em: 1 nov. 2017.).

direitos da personalidade ainda que, por vezes, seja admitida pelos Tribunais em razão de um excessivo zelo pela intangibilidade do contrato e pelo respeito à vontade das partes⁶⁶.

Pensamos de forma diversa, ainda que tenhamos profundo respeito pelas decisões judiciais mencionadas, assim como pelos autores que, ainda que lamentando a inconveniência do contrato entre quem se apresenta como autor (ou sua editora) e o autor fantasma, consideraram que predominaria uma concepção fundada na autonomia das partes contratantes e no próprio costume e que, assim sendo, teríamos uma obra sob encomenda admitida pelo ordenamento jurídico que vedaria, em relação ao autor fantasma, o reconhecimento de qualquer direito sobre a obra que este criou⁶⁷.

⁶⁶ “Direito Autoral. Obra autobiográfica. *Ghost-Writer*. Escritor fantasma. Ausência de Criação. O escritor contratado para redigir biografia com base nas narrativas do contratante, não produz obra amparada pelo direito autoral, estando correto o indeferimento do seu pedido para que dela conste como coautor. [...] A propósito da alegada violação às garantias constitucionais e infraconstitucionais ao direito autoral (artigo 5º, inciso XXVII da CF/88 e artigos 22 e 28 da Lei de Direitos Autorais), entendo que a apelante nada produziu que possa ser enquadrada em tal proteção, pois confessadamente diz ter sido contratada como redatora, para contar sobre a vida do biografado, de personagens por ele relatados. Tal modalidade de contratação não tem o condão de criar direitos autorais” (TJ-MG – AC: 10570110000033002 MG, Relator: Luiz Carlos Gomes da Mata, Data de Julgamento: 24/11/2016, Câmaras Cíveis / 13ª Câmara Cível) // “Igualmente, não há dano moral em face de descumprimento contratual. Por fim, a título de observação, o contrato de fls. 26/28 não foi assinado, em que pese basear o valor da remuneração em estimativa de carga de trabalho. O compromisso firmado e aceito entre as partes em e-mail encaminhado pelo autor descreve: ‘Como editor também contrato ghostwriters e sei da enorme variação de preços e níveis, tenho total interesse em realizar o projeto, porque de tudo, gosto do assunto família. Estimei aproximadamente 125 horas de trabalho, geralmente isso acaba estourando. Acho se eu colocar o meu valor normal de consultoria (R\$ 600,00) fica um tanto excessivo para um livro de trabalho. Um valor que acho mais factível para livro, mas que respeita minhas alternativas de trabalho é de R\$ 55.000,00, pagos em 5 parcelas mensais (do fechamento à entrega)’ (grifei fl. 25). O preço foi firmado pelo trabalho fechado e não por horas trabalhadas, como o próprio autor fez constar da proposta e de que, conforme sua expertise no assunto, as horas extrapolam, por isso, viável para ambas as partes o preço fixo, uma vez terminado o livro, fato que não se consumou” (TJ-SP – APL: 102740012201382600100 SP 1027400-12.2013.8.26.0100, Relator: Alfredo Attié, Data de Julgamento: 28/08/2015, 12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 01/09/2015) // “Responsabilidade Civil. Direito Autoral. Pedido de Reconhecimento do “*Ghost Writer*” (Escritor Fantasma) como único e exclusivo autor da obra literária “O doce veneno do escorpião”. Obrigação de fazer. Ressarcimento por danos patrimoniais e morais. Impossibilidade por ausência de criação e falta de previsão legal. análise do contrato firmando entre apelante e a apelada editora. Preliminares de nulidade. Rejeitadas. Sentença Mantida. Recurso Improvido. [...] Ora, a suposta violação aos princípios acima elencados deve ser rechaçada, tendo em vista que a questão é eminentemente de direito contratual e as petições e documentos juntados foram amplamente rebatidos durante o trâmite processual nas suas respectivas oportunidades” (TJ-SP - APL: 0181194-46.2008.8.26.0100 SP, Relator: Coelho Mendes, Data de Julgamento: 05/04/2011, 10ª Câmara Extraordinária de Direito Privado).

⁶⁷ “Como fica o direito de autor desse autor fantasma? Na falta de resposta clara, deve considerar-se obra feita sob encomenda. Os costumes geralmente não reconhecem qualquer direito a quem elabora tais obras para outros” (Cf. HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Sinisino, 2002. p. 141.).

Em nossa concepção, o que deveria prevalecer seria a já mencionada proteção ao autor – mesmo em face de violação de obrigação de não fazer imposta por cláusula de sigilo ao autor fantasma – por força de cláusula pética inserida no texto constitucional (art. 5º, XXVII) que, igualmente, garantisse ao verdadeiro autor da obra a possibilidade de – como manifestação do direito de paternidade sobre a obra prevista no artigo 24, I da Lei Federal n. 9.610/98⁶⁸ – reivindicá-la a qualquer tempo seja em vida pelo autor ou pelos seus sucessores⁶⁹, mesmo que constatemos que a contratação de um autor fantasma constitui uma prática frequente no mercado editorial em diversos países.

III. A influência de Clóvis Beviláqua no Direito Autoral contemporâneo

Da mesma maneira, as lições do mestre cearense permanecem quanto aos direitos morais de autor, posto que salientou a natureza dúplici do Direito Autoral ao destacar que tal ramo une aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais (ou, em suas palavras, econômicos e pessoais⁷⁰).

⁶⁸ Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; [...]. (BRASIL. Lei Federal n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.) / Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.).

⁶⁹ Por fim, se óbice contratual em relação à manifestação de vontade do autor fantasma existe, haveria a possibilidade de contorná-lo por meio da devolução do valor pago (a fim de que não ocorresse o enriquecimento sem causa) em ação própria a ser promovida pela editora ou por quem se apresentou como autor da obra, pois a lacuna de texto expresso não veda uma interpretação sistemática do texto constitucional e da Lei de Direitos Autorais.

⁷⁰ Para Clóvis Beviláqua “se infere uma particularidade do direito autoral, resultante da duplicidade de relações, que ele conjuga, a pessoal e a econômica. A idéia e a forma, que a traduz, são immanências da personalidade do autor, que, externadas, podem ser utilizadas por terceiros, dentro de certos limites e por modo, que não lhes tire o carácter pessoal” e ponderou que se obra objetivar o lucro será necessária a autorização do autor (mesmo que tal conclusão – *válida na ocasião* – mereça ser readequada *no que tange à exigência de lucro quanto aos direitos patrimoniais do autor*, com exceção de normas pontuais que envolvem limitações aos direitos autorais como os incisos II e VI do artigo 46 da Lei Federal n. 9.610/98) e “se é fraudulenta, como no caso de plágio, ou contrafacção, constitui acto ilícito ou punível; se exclusivamente privada ou, sendo pública, não visando lucro, não pode, razoavelmente, ser impedida pelo autor” (de maneira idêntica, em face do mesmo texto legal em vigor, a utilização pelo Estado comporta nova orientação em face do artigo 60 que determina que “não serão de domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles simplesmente subvencionadas” e 68, § 3º, uma vez que em tal dispositivo se estabeleceu que “consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos,

Sua visão acerca da dispensabilidade do registro, para a proteção aos autores também prevaleceu tanto no texto legal de 1973 como na lei em vigor, uma vez que, como bem observou Sílvio Meira “a exigência de registro para o direito autoral – que Beviláqua considerava inconstitucional – não constava do projeto primitivo”⁷¹.

A inserção do Direito Autoral como um aspecto da propriedade comum foi refutada por Clóvis Beviláqua, para quem havia em tal visão:

o inconveniente de deixar na sombra o lado íntimo da relação jurídica, na qual a analyse aponta face dupla; a econômica e real, flanqueada pela intelectual. Além disso, faz suppor que o objecto do direito autoral é alguma coisa de tangível, como o da propriedade material, quando é certo, como fazia notar a Secção Central da Gamara dos deputados do Luxemburgo, a propósito de um projecto de lei sobre este assumpto: — ‘se o escriptor e o artista têm direito sobre a sua obra, é por ser ella producto do seu trabalho o manifestação exterior de sua personalidade’⁷².

Com razão, também repudiava a concepção de que os direitos autorais estariam ligados a um privilégio⁷³, tal como estava disposto na Lei Medeiros e Albuquerque (Lei Federal n. 496/1898⁷⁴), pois se anteriormente “eram simples privilégios que protegiam editores e autores” ressaltava que:

boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas” (Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. v. 1, p. 275).

⁷¹ Cf. MEIRA, Sílvio. *Clóvis Beviláqua: sua vida, sua obra*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1990. p. 154.

⁷² Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. v. 1, p. 272.

⁷³ “Em 1898, foi publicada a lei n. 496, de 1º de Agosto, que aproveitou o projecto de Medeiros e Albuquerque. Por esta lei, o direito autoral é um privilegio, assegurado por cincoenta annos, contados do primeiro de Janeiro do anno da publicação. Essa duração não se compadecia com o preceito constitucional, que assegurava a passagem do direito, em sua parte econômica, aos herdeiros do autor” (Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit. p. 270.).

⁷⁴ “Art. 1º Os direitos de autor de qualquer obra litteraria, scientifica ou artistica consistem na faculdade, que só elle tem, de reproduzir ou autorizar a reproducção do seu trabalho pela publicação, traducção, representação, execução ou de qualquer outro modo. A lei garante estes direitos aos nacionaes e aos estrangeiros residentes no Brazil, nos termos do art. 72 da Constituição, si os autores preencherem as condições do art. 13. [...] Art. 3º O prazo da garantia legal para os direitos enumerados no art. 1º é: 1º. para a faculdade exclusiva de fazer ou autorisar a reproducção por qualquer fórmula, de 50 annos, a partir do dia 1 de janeiro do anno em que se fizer a publicação; 2º, para a faculdade

actualmente, não podemos mais ver, nesta espécie, mero privilegio e sim um direito merecedor de garantias adequadas, assegurando aos autores o producto do seu esforço, e reconhecendo que o trabalho intellectual contribue, mais que qualquer outro, para o incremento da cultura e estimula as mais nobres expansões da alma humana⁷⁵.

Como é possível observar, a concepção dos direitos sobre a criação intelectual como “*propriedade*” suscitou controvérsias e, em tal embate de ideias, partilhamos das dúvidas de Clóvis Beviláqua⁷⁶, apesar de respeitáveis opiniões em sentido contrário⁷⁷ e, em tal contexto, apreentamos suas reflexões quando relatou que:

depois de alludir á doutrina de Jhering, para quem o direito de autor é forma da propriedade intellectual de par com a patente do inventor, a

exclusiva de fazer ou autorisar traduções, representações ou execuções, de 10 annos, a contar, para as traducções da mesma data acima prescripta, para as representações e execuções, da primeira que se tiver affectuado com autorisação do autor.” (BRASIL. Lei n. 496, de 1º de agosto de 1898. Define e garante os direitos autoraes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-496-1-agosto-1898-540039-publicacaooriginal-39820-pl.html>>. Acesso em: 22 out. 2017.).

⁷⁵ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., p. 272.

⁷⁶ “Seguiu-se o Código Civil, que tratou dessa matéria nos arts. 649-673, sob a denominação de Propriedade literária, científica e artistica, da qual goza o autor durante a vida e os herdeiros por mais sessenta annos depois da morte do mesmo. O Projecto primitivo propuzera a denominação de direito autoral e a perpetuidade do direito (artigos 757 e 767), idéas que a Comissão do Governo áccetara. Depois do Código Civil, appareceram alguns actos referentes ao direito autoral como sejam a lei n. 4.790 de 2 de Janeiro de 1924 e a n. 5.492, de 16 de Julho de 1928” (Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., p. 270.).

⁷⁷ Como a sustentada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda em seu *Tratado de Direito Privado*, ao tratar de “*Direito de propriedade da ‘species’ e direito autoral*”, no qual afirmou que “se o titular do direito autoral de personalidade, que é titular do direito de propriedade da coisa de que se tirou a espécie nova e na qual, portanto, o bem intellectual se inseriu, aliena a propriedade dela” e ainda que “o titular do direito autoral de exploração, seja êle o titular do direito autoral de personalidade, seja outrem, a quem aquêle transferiu o direito, com ou sem o de nominação, tem a exclusiva explorabilidade da obra, ainda que se haja procedido à cisão entre a propriedade da coisa corpórea e a propriedade intellectual (A transferiu a B o direito autoral de exploração, mas ficou assente que os textos originaes, após a representação ou a cópia, seriam devolvidos). ¿A exploração em exhibição ou multiplicação para o público é exercício de direito real, semelhante ao de usufruto de bens corpóreos, ou semelhante ao direito de *usus* ou de *fructus* pelo titular de direito pessoal, como o locatário? Noutros termos: ¿é real ou pessoal o direito do que tem a exploração? A concepção do sistema jurídico brasileiro é a do direito real. Se houve incorporação do mesmo elemento psíquico, criacional, em bem (livro, mármore, tela, partitura), pode dar-se a restituição, pela apreensão de tal bem em que se viola o direito autoral de exploração, ou, se já foi feita a publicação (representação, execução musical), pela indenização. Trata-se de ponto assaz relevante” (Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 16, p. 65-67.).

propriedade intellectual das cartas, a das photographias privadas, a das amostras, dos modelos, da firma commercial e dos brazões, expuz o ponto de vista do Projecto: “Abstendo-se de dar á criação juridica a denominação de propriedade, claramente deixa ver que a distingue do domínio; collocando-a entre os direitos reaes, quiz indicar que, por algum modo, havia similaridade entre essas manifestações jurídicas e o direito autoral. É um direito *sui generis*, que, ou entraria na Parte Geral, ou havia de ser intercalado no livro dedicado ao direito das coisas; que aqui são tomados numa accepção mais estensa do que se dissesse: coisas corpóreas.”⁷⁸

Concluiu Clóvis Beviláqua que continuava “a manter esse mesmo ponto de vista”, pois visualizava “no direito autoral uma parte pessoal, íntima, inalienável. perpetua, que. ultimamente, se tem denominado direito moral do autor, e outra parte econômica ou patrimonial, que constitue a propriedade immaterial”⁷⁹.

Atualmente, o posicionamento contrário à caracterização do Direito Autoral como propriedade é adotado por Silmara Juny de Abreu Chinellato⁸⁰ e por José Manoel de Arruda Alvim⁸¹, posicionamento este ao qual nos

⁷⁸ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. v. 1, p. 273.

⁷⁹ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., p. 273-274.

⁸⁰ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. Tese (Concurso para Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

⁸¹ “É necessário ter-se presente que as coisas, imóveis e móveis, não são os únicos objetos suscetíveis de comportarem o direito de propriedade. Existiria também a ‘propriedade’ no campo dos direitos autorais e outras situações de direitos sobre coisas incorpóreas, a qual não pode, em tudo e por tudo, ser assimilada à propriedade, tal como definida no art. 1.228, *caput*. Numa palavra, referimo-nos aos bens imateriais. Em rigor, em relação aos direitos autorais não há direito de propriedade propriamente dito, senão uma situação de titularidade jurídica, com exclusão dos demais. É situação próxima, mas dentre outros pontos, que se distingue porque o exercício do direito de propriedade não é limitado no tempo, diferindo do que acontece com os direitos autorais, que têm prazo certo para a exploração exclusiva *pelo titular*” e, após esclarecer que o art. 1.228, *caput* do Código Civil “não abriga a situação dos bens imateriais” sublinhou que “entre nós e atualmente, já a partir da Constituição Federal haver-se-á de não identificar a situação dos direitos do autor com o direito de propriedade propriamente dita, ainda que haja elementos comuns” previstos no artigo 5o, XXVII do texto constitucional, posto que “a proteção constitucional atribui exclusividade, no que está implicado o dever de abstenção de quaisquer outros; admite a sucessão hereditária, mas esse direito é limitado no tempo, tal como o discipline lei ordinária, com o que, não há equiparação, propriamente, ao direito de propriedade”. (Cf. ALVIM, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. Coordenação de José Manoel de Arruda Alvim, Thereza Alvim e Alexandre Laizo Clápis. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI. t. 1, p. 89-93.).

filiamos, e que questionam a inserção dos direitos de autor na propriedade (mesmo a incorpórea⁸²) e chegamos a tal conclusão ainda que o artigo 28 da Lei Federal 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) mencione – de forma semelhante ao caput do artigo 1.228 da Lei Federal 10.406/02 (Código Civil) poderes inerentes à propriedade, uma vez que em ambos existe a possibilidade de utilização, fruição e disposição do direito⁸³.

Ponderamos que a visão econômica⁸⁴ que prepondera nos Estados Unidos da América, na Inglaterra e nos demais países influenciados por sua concepção de Direito de Autor não é simétrica ao sistema adotado pelo Brasil⁸⁵.

Tal conclusão deriva do fato de que tais países adotam o sistema *objetivo (copyright)*, no qual a obra é protegida de forma direta enquanto o autor é protegido indiretamente e, em tal contexto, enquadrar os direitos sobre a criação intelectual como uma propriedade seria até compreensível em face das reservas que existem – notadamente entre os norte-americanos – em relação aos direitos morais de autor, ainda que estas – parcialmente – tenham sido afastadas em face do ingresso dos Estados Unidos da América no sistema unionista de Berna⁸⁶ e da aprovação do *Visual Artists Rights Act* em 1990⁸⁷.

⁸² Acrescentamos a tais argumentos a vedação da possibilidade de utilização do interdito proibitório para a defesa de direitos autorais – segundo a *Súmula 228 do Superior Tribunal de Justiça* – e, nessa ordem de ideias, considerando o fato de que a posse constitui a aparência de propriedade teríamos outra dificuldade em identificar contemporaneamente o direito autoral como um direito de propriedade (Súmula n. 228. *É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral*. Segunda Seção, em 08.09.1999. DJ 20.10.1999, p. 49.).

⁸³ Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. (BRASIL. Lei Federal n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017) / Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.).

⁸⁴ “In Anglo-American copyright law, economic arguments have been prevalent [...] Therefore the grant of exclusive rights to an author is an incentive for the author to create. It is also a very significant incentive for the author to create. It is also a very significant incentive to entrepreneurs such as publishers, who rely on the copyright protection afforded to authors [...] Putting in another way, the economic rationale for copyright has both a ‘static’ and ‘dynamic’ element: ‘static’ in that the owner has a positive benefit as a result of ownership of the property right, and ‘dynamic’ in that it acts as an incentive to invest in creating the work on the basis that only the author of his/her assigns can exploit it” (Cf. STOKES, Simon. *Art and Copyright*. 2. ed. Oxford: Hart, 2012. p. 13.).

⁸⁵ Ocorre o oposto no sistema subjetivo (*droit d’auteur*), no qual o autor é protegido diretamente e a obra de forma indireta. O Brasil adota o sistema subjetivo e segue a matriz francesa ao invés da anglo-americana.

⁸⁶ “A finales de 1990, en los Estados Unidos de América se dictaron dos normas que introdujeron sendos agregados de importancia a la ley federal de copyright (Título 17 del USC) las cuales, según destaca Oman son consocuencia de la adhesión de ese país al Convênio de Berna, pues una está destinada a

Por fim, esclarecemos ainda que, em trabalho anterior, sustentamos que as objeções não são relativas ao enquadramento dos

proteger el derecho moral del autor de obras de artes visuales (constituye el primer reconocimiento del derecho moral de autor en la legislación federal norteamericana y la otra las obras de arquitectura. Las obras de las artes visuales respecto de las cuales se reconoce el derecho moral de sus autores – intransferible, pero renundable – comprenden (definición que se agrega al art. 101 de la ley federal de copyright) las pinturas, dibujos, grabados y esculturas en ejemplar único o en una serie limitada, como máximo, a doscientos ejemplares firmados y numerados correlativamente por el autor y las fotografías en las mismas condiciones producidas solamente para ser expuestas [...] La norma introduce en la ley federal de copyright el art. 106A, en el cual se reconoce al autor de obras de las artes visuales el derecho moral en sus dos aspectos básicos: paternidad e integridad. Con respecto a las obras realizadas por encargo o por un contrato de trabajo (en principio excluidas de la nueva ley), se establece en favor del autor de una obra de importancia reconocida el derecho de impedir cualquier destrucción, entendiéndose que su aniquilamiento intencional o por negligencia grave, constituye una violación del derecho a la integridad. Asimismo, se establece el derecho de impedir la falsa atribución de autoría. La segunda de esas normas está destinada a proteger las obras de arquitectura, que se definen (texto que se agrega al art. 101 de la ley federal de copyright) como el dibujo de un edificio materializado por un medio de expresión, comprendido el edificio mismo, los planos de arquitectura o los bocetos; la obra comprende la forma exterior, la disposición y la composición de los espacios y elementos en el dibujo, pero no los diversos elementos tipos.” (Cf. LIPSYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris: UNESCO; Bogotá: CERLALC; Buenos Aires: Zavalía, 1993. p. 49-50.)

⁸⁷ Observamos que - nos Estados Unidos da América - a resistência aos direitos morais de autor não é mais absoluta, uma vez que naquele país foi aprovado em 1990 o Visual Artists Rights Act, tal como salientou Cynthia Esworthy: “What rights does an artist have once the work is sold? Until 1990, with rare exceptions -- such as Monty Python, which won a lawsuit preventing broadcast of edited programs -- artists in the United States had virtually no power to protect their work from mutilation, misattribution, or destruction. For example, in 1966, Maryland commissioned William Smith to create nine murals highlighting the state’s history, subsequently installed but altered the central panel, and then refused to remove his name from the piece. He had no recourse. In 1980, the Bank of Tokyo commissioned and then removed Isamu Noguchi’s 1,600 pound sculpture, Shinto, from its Manhattan lobby, sliced it into pieces, and warehoused it, without notifying the artist. He had no recourse. In 1979, the General Services Administration commissioned and then, after office workers complained about it, removed Richard Serra’s Tilted Arc, a site-specific sculpture bisecting Manhattan’s Foley Square. He had no recourse. With the 1990 passage of the Visual Artists Rights Act (VARA), protecting the moral rights of attribution and integrity, the successors of Smith, Noguchi, or Serra ---today’s artists--- have a far greater ability to protect against similar threats to their work. But, as three artists who spent several years creating a massive sculptural installation learned after Helmsley-Spear purchased the building, these rights are not absolute: the Supreme Court recently ruled that VARA does not prevent the removal and destruction of their work. VARA applies only to a restricted category of visual artworks, extends only limited rights, and is subject to loopholes, exclusions, and waiver provisions that substantially erode its powers [...] Property ownership does not necessarily convey absolute rights over the thing bought. Real estate ownership, for example, is restricted by zoning legislation. Preservation legislation recognizes society’s interest in preserving its architectural treasures, despite private ownership. Similarly, moral rights legislation recognizes that art ownership is not an absolute property right. The term moral right itself comes from the French le droit moral, an 18th century French concept referring to rights of a non-economic but spiritual or personal nature, existing independently of an artist’s copyright. Such rights are based on what the court in Carter v. Helmsley-Spear, Inc. explained as ‘a belief that an artist in the process of creation injects his spirit into the work and that the artist’s personality as well as the integrity of the work, should therefore be protected and preserved.’” (Cf. ESWORTHY, Cynthia. *A guide to the Visual Artists Rights Act*. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/esworthy.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.).

direitos de autor como um direito de propriedade no que diz respeito aos direitos patrimoniais em si, até porque tais direitos apresentam uma natureza dúplici, mas, sim, quanto à duração da proteção (relativa à perpetuidade da propriedade corpórea em oposição à chamada incorpórea que estabelece um prazo para que o titular ou seus sucessores exerçam o direito sobre a criação), à existência de direitos morais e a dispensa da necessidade de registro dos direitos autorais⁸⁸.

Com isso, de forma alguma olvidamos de outros argumentos utilizados tanto por Silmara Juny de Abreu Chinellato⁸⁹ como por José Manoel de Arruda Alvim⁹⁰ que sustentaram a posição que adotamos e que, em

⁸⁸ “O direito intelectual, também denominado propriedade intelectual, resulta da atividade intelectual humana, gerando a titularidade sobre o bem intelectual criado, seja uma música, uma obra literária ou um invento. Acreditamos mais adequado denominá-lo como um direito, ressaltando que, mesmo que seja considerado uma ‘propriedade’, tal bem é abstrato e, obviamente, não pode ser tocado como uma casa ou um automóvel. Por isso, dizemos que ele é incorpóreo em comparação com a propriedade em sua forma tradicional, na qual os aspectos materiais (ou físicos) estão presentes. [...] Complementando tal ideia, se a propriedade pode ser transmitida sem limite de tempo aos herdeiros (é perpétua), há fixação de um período para a transmissão dos direitos intelectuais (no caso da existência de herdeiros em direitos de autor, a proteção geral é de setenta anos ou, ainda, vinte anos para as patentes e quinze anos para os modelos de utilidade), assim como há propriedade quando temos bens corpóreos (uma casa ou uma joia), mas não quando estes são incorpóreos (por isso, os direitos intelectuais são cedidos, concedidos ou licenciados e jamais ‘vendidos’ ou ‘alugados’). Da mesma forma, se o registro é imprescindível no caso da propriedade (só é proprietário quem registra - a ausência de registro gera uma situação denominada posse) e se é exigível quando temos o depósito de uma patente, é facultativo quando há direito de autor envolvido, pois o registro em órgãos como a Biblioteca Nacional ou a Escola Nacional de Música só é feito para maior segurança jurídica, pois a proteção existe desde a criação da obra, como estabelece a Lei de Direitos Autorais em seu art. 18. No entanto, reconhecemos a oficialização da expressão ‘propriedade intelectual’, no âmbito internacional, realizada na cidade de Estocolmo em 1967, ressaltando que houve ali uma revisão tanto da Convenção de Paris como da de Berna (das quais trataremos posteriormente) e na qual surgiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU), sediada em Genebra.” (Cf. MORATO, Antonio Carlos. *Direitos intelectuais e as Convenções Internacionais*. In: PAESANI, Lílina Minardi; FURRIELA, Manuel Nabais da (Org.). *Direito para cursos jurídicos e não jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 197-198.).

⁸⁹ afirmou Silmara Juny de Abreu Chinellato “que não se trata de direito de propriedade, conceito impregnado em legislações, Tratados e Convenções Internacionais”, uma vez que “tecnicamente há nítida distinção entre direito de autor e direito de propriedade, classificação que se deve a determinado momento histórico destinado a abolir privilégios: a Revolução Francesa. O estudo da natureza jurídica patenteia as diferenças entre direito de autor e direito de propriedade quanto a: objeto (criações intelectuais, ou criações de espírito, bens incorpóreos), distinguindo-se nitidamente corpo mecânico e corpo místico; modo de aquisição; prazo de duração; usucapião (inaplicável ao direito de autor); perda do direito; inalienabilidade de direitos morais; individualidade e não ubiqüidade do direito de propriedade; diferente tratamento no regime de bens no casamento; diferente regime para desapropriação”. (Cf. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. Tese (Concurso para Titular) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 253.).

⁹⁰ “Numa palavra, o que se pode dizer é que os princípios dos direitos reais são inaplicáveis, sob o ângulo técnico, ou sequer mesmo empiricamente, à situação dos chamados direitos intelectuais, inamoldáveis que são ao sistema do direito das coisas propriamente dito. O regime do direito das

linhas gerais, atende ao que pretendia Clóvis Beviláqua que somente considerou o direito de autor como propriedade em razão de uma contingência histórica como denota sua percepção da relevância dos direitos morais de autor.

Conclusão

O legado de Clóvis Beviláqua para o estudo do Direito Autoral continua sendo de extrema relevância, tanto por sua preocupação com a proteção aos direitos morais de autor, como em relação à dispensa do registro e, notadamente, a sensibilidade que demonstrou para com os autores, o que talvez seja o resultado de sua convivência com vários escritores como um dos membros da Academia Brasileira de Letras e ainda, em sua própria casa, com Amélia de Freitas Beviláqua que, inclusive, chegou a se candidatar à Academia e ali foi rejeitada pelo fato do estatuto não admitir o ingresso de mulheres, o que levou à saída do ilustre jurista.

Nessa ordem de idéias, a edição de uma norma como a do artigo 667 do Código Civil é em tudo oposta ao que defendeu Clóvis Beviláqua, tendo tal norma sido o resultado de uma deturpação oriunda da proposta de Arthur Lemos, que permitiu a cessão do direito moral de paternidade em total afronta ao vínculo que une o autor à sua obra e que emana de seu labor criativo e, assim sendo, tal excrescência apenas corrobora o valor de Clóvis Beviláqua e permite nele identificar um autor muito à frente de seu tempo, como já era possível depreender por meio da análise de outros dispositivos por ele originalmente apresentados e que – infelizmente – tiveram sua redação alterada.

Portanto, este artigo teve como um de seus escopos o de contribuir – *ainda que de forma muito modesta* – para a difusão de um resgate histórico necessário quanto à compreensão da dimensão da proteção aos autores e à criação intelectual na obra de Clóvis Beviláqua, o que deve ser efetuado e ampliado a fim de que sua verdadeira

coisas poderá valer como regime subsidiário. Poder-se-á, por isso, invocar algum princípio. Assim, por exemplo, é suscetível de ser invocado o princípio do direito absoluto, dado que o titular exerce o seu direito com exclusividade. Em realidade, o princípio do direito absoluto pode ser havido como comum aos direitos reais e aos direitos autorais; nos direitos reais existiu muito antes do que nos direitos autorais.” (Cf. ALVIM, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro*: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil. Coordenação de José Manoel de Arruda Alvim, Thereza Alvim e Alexandre Laizo Clápis. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI, t. 1, p. 109.).

concepção permaneça na memória não apenas dos que se dedicam ao estudo de sua obra e que reconhecem a sua importância para o Direito Brasileiro como, por uma necessidade ainda mais imperativa, para os estudantes e pesquisadores que ainda não o conhecem sob o prisma do Direito de Autor e, com isso, possibilitar a retirada de qualquer nódoa que possa empanar o brilho intelectual de um defensor incansável dos autores e da proteção à criação intelectual.

Escrever sobre a obra de Clóvis Beviláqua, em relação a quem todas as homenagens seriam ainda insuficientes, não é de forma alguma escrever sobre o passado, mas, sim, o de projetar as luzes necessárias para o futuro e, assim sendo, parabenizamos uma vez mais a Escola Paulista da Magistratura e que a esta iniciativa possam ser somadas inúmeras outras a fim de garantir o já mencionado legado intelectual do eminente jurista, tão relevante que foi, é e continuará a ser para um estudo profundo do Direito e de seus institutos para, com isso, assegurar a sua permanência como um meio de iluminar o caminho para as futuras gerações.

Referências bibliográficas

Livros

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro*: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil. Coordenação de José Manoel de Arruda Alvim, Thereza Alvim e Alexandre Laizo Clápis. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI. t. 1.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992.

BERTRAND, André R. *Droit d'auteur*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927. v. 1.

_____. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. v. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito do autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Direito de Autor*. 5. ed. atual., rev. e ampl. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CHAVES, Antônio. *Direito de autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1977.

GENS, Armando. *Medeiros e Albuquerque, cadeira 22, ocupante 1 (fundador)*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2014. (Série Essencial).

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

HARVEY, Erwin R. *Derecho de autor: legislación argentina - países del Mercosur - normas internacionales*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

JARACH, Giorgio. *Manuale del diritto d'autore*. Milão: Mursia, 1991.

JONES, Hugh; BENSON, Christopher. *Publishing Law*. 5 ed. Abingdon: Routledge, 2016.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris: UNESCO; Bogotá: CERLALC; Buenos Aires: Zavalía, 1993.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1: Parte geral (arts. 1 a 232).

MANSO, Eduardo Vieira. *Contratos de direito autoral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MATTIA, Fábio Maria de. *Estudos de direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MEIRA, Sílvio. *Clóvis Beviláqua: sua vida, sua obra*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1990.

MELO FILHO, Murilo. *Rui Barbosa, cadeira 10, ocupante 1 (fundador)*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012. (Série Essencial).

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 16.

MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORLANDO, Pedro. *Direitos autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*. São Paulo: Nova Jurisprudência, 1939.

SANTOS, J. M de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934. v. VIII: Direito das Coisas (arts. 554-673).

SCHUBSKY, Cássio (Org.). *Clóvis Beviláqua: um senhor brasileiro*. São Paulo: Lettera.doc, 2010.

STOKES, Simon. *Art and Copyright*. 2. ed. Oxford: Hart, 2012.

Capítulos de livros

LOTUFO, Renan. Depoimento. In: SCHUBSKY, Cássio. (Org.). *Clóvis Beviláqua: um senhor brasileiro*. São Paulo: Lettera.doc, 2010. p. 226-231.

MORATO, Antonio Carlos. Direitos Intelectuais e as Convenções Internacionais. In: PAESANI, Líliliana Minardi; FURRIELA, Manuel Nabais da (Org.). *Direito para cursos jurídicos e não jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 197-216.

Artigos

BITTAR, Carlos Alberto. Autonomia científica do direito de autor. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 89, p. 87-98, jan. 1994.

KWAK, Gabriel. Bevilacqua, 150 anos depois. *Revista Diálogos & Debates*, São Paulo, v. 3, ano 9, 35, p. 10-13, mar. 2009.

Teses

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. Tese (Concurso para Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

Documentos legislativos

BRASIL. Constituição de 1891. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada e promulgada pelo Congresso Nacional Constituinte, em 24/02/1891. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. Lei n. 496, de 1º de agosto de 1898. Define e garante os direitos autorais. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-496-1-agosto-1898-540039-publicacaooriginal-39820-pl.html>>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. Lei Federal n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. Lei Federal n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. Lei Federal n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.

BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.

Textos em meio eletrônico

CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato; SAVIGNON, Larissa Tristão. Os direitos autorais do ghost-writer. *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 10. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/?media_dl=402>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CLÓVIS Beviláqua, cadeira 14, ocupante 1 (fundador). Acadêmicos. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/academicos/clovis-bevilaqua/biografia>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

ESWORTHY, Cynthia. *A guide to the Visual Artists Rights Act*. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/esworthy.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.

O direito ao esquecimento e os direitos da personalidade

*José Eduardo Marcondes Machado*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Resumo: O direito ao esquecimento tem origem ligada ao Direito Penal, mais precisamente à possibilidade de reabilitação que se confere àquele que, tendo cumprido a sanção penal que lhe fora imposta pelo Estado, apague o antecedente criminal de seus registros pessoais, como forma de permitir sua completa reinserção social. Esse o ponto de partida para a pretensão, muitas vezes aceitável, do cidadão que almeja eliminar o acesso a fatos que lhe causam incômodo e podem afetar direitos típicos da personalidade. Esse direito colide, no entanto, muitas vezes, com o direito coletivo que garante a informação plena, tudo potencializado pelas ferramentas de busca e o acesso *on-line* a todo tipo de arquivo digital. O impasse ganhou relevância, atormenta os profissionais do Direito e, como era previsível, desaguou no judiciário, que ainda oscila e busca uma solução que não elimine por completo nenhum dos direitos envolvidos. O Supremo Tribunal Federal já foi chamado a dirimir a controvérsia e em breve trará balizas mais seguras sobre o tema. A monografia visa abordar o direito ao esquecimento sob o prisma dos direitos da personalidade, o choque entre os princípios e direitos envolvidos, e as possíveis soluções que se apresentam.

Palavras-chave: esquecimento; direitos da personalidade; colisão entre direitos da personalidade.

Sumário: Introdução. 1. Origem histórica dos direitos da personalidade. 2. Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade. 3. Aspectos constitucionais e civis dos direitos da personalidade. 4. Direito ao esquecimento: Surgimento e evolução. 5. Conflitos envolvendo o direito ao esquecimento e outros direitos. 5.1. Direito à privacidade e à intimidade. 5.2. Direito à imagem e à honra. 5.3.

¹ Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Vice-Diretor da Faculdade de Direito de Sorocaba.

Direito à informação e à manifestação de pensamento. 6. Direito ao esquecimento e desindexação de informações. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Diz-se que todo aquele que nasce com vida adquire a personalidade civil, resguardando a lei, desde a concepção, os direitos do nascituro, conforme preceitua o artigo 2º do Código Civil.

É por meio dessa qualificação atribuída ao ser humano que decorre a possibilidade de alguém integrar uma relação jurídica, figurando a personalidade como uma espécie de aptidão, que possibilita o exercício de direitos e a aquisição de obrigações.

A personalidade não é, em si, um direito, mas encontra apoio nos direitos e deveres que dela irradiam.² Assim, embora o sujeito de direito seja entendido, em última análise, como a personalidade em si, são as qualidades e expressões decorrentes dela, particularizadas, que consideramos como bens jurídicos. Portanto, o objeto dos direitos de personalidade são algumas das qualidades, expressões ou projeções que dela irradiam.³

Recebem essa denominação por serem atributos da pessoa humana considerados como prerrogativas individuais não destacáveis⁴, reconhecidos gradativamente ao longo do tempo.⁵ Frisa-se, ainda, que o termo “pessoa” corresponde a um aspecto característico do ser humano, figurando como designação do homem como ser social, que se proclama e se relaciona através de um vínculo ético jurídico⁶ – um ente suscetível de direitos e obrigações, sem qualquer distinção de raça, cor, sexo ou condição social.

Com os direitos da personalidade protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, à intimidade, à privacidade, à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, entre outros.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1, p. 130.

³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia da vontade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 7. p. 38.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1: Parte geral, p.184.

⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 231.

Todos esses direitos são expressões da pessoa humana em si considerada⁷, o que pode ser melhor compreendido através da concepção de De Cupis:

[...] existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto: direitos sem os quais, todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.⁸

O entendimento acerca da origem dos direitos da personalidade, relaciona-se, em certa medida, com a corrente doutrinária adotada por cada jurista.

Para alguns jusnaturalistas, os direitos da personalidade são naturais porque estabelecidos por uma vontade divina revelada aos homens, cabendo a eles reconhecê-la e organizar a sociedade de acordo com o modelo revelado. Já para outros, assemelham-se aos direitos naturais porque derivam de uma ordem natural ou lei proveniente da natureza e, sendo o homem parte desta, deve, em igual medida, submeter-se à lei natural. Existem, ainda, jusnaturalistas que concebem os direitos da personalidade como derivados da razão, que, por sua vez, é inerente aos seres humanos.

Dentre os positivistas – que contemplam o direito como algo inserido em um momento histórico – há aqueles que tratam os direitos da personalidade enquanto norma derivada de lei *lato sensu*, outorgada à sociedade por intermédio do Estado, o que acaba por reduzir-lhe ao fenômeno estatal legislativo. Um segundo grupo entende os direitos da personalidade como positivo por crer que estes emanam da sociedade em dado momento histórico. De acordo com essa concepção, e mesmo diante da não positivação estatal, existem direitos da personalidade que surgem de certa conjuntura social, política, econômica, cultural, merecedores de proteção e reconhecimento, sobretudo pelo poder judiciário, ainda que não inseridos em lei *stricto sensu*. Por fim, uma terceira classe entende que, se da sociedade decorre certa concepção

⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia da vontade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

⁸ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008. p. 24.

a respeito dos direitos da personalidade, esta prevalece mesmo diante de lei stricto sensu a estabelecer o contrario.⁹

Independentemente disso, foram necessárias grandes transformações para que os direitos da personalidade adquirissem a importância que têm hoje. A atual acepção da palavra personalidade, e os direitos a ela vinculados, foram edificados ao longo de inúmeras transformações pelas quais passou e passa a humanidade.¹⁰

Sobre tal aspecto, escreve Norberto Bobbio:

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios.¹¹

Os avanços científicos e tecnológicos conquistados lançam novos e importantes desafios sobre o direito em geral. Assim, estruturas que por décadas – e até mesmo séculos – pareciam consolidadas, sofreram abalos e precisaram ser repensadas. Aspectos como a autonomia sobre o próprio corpo, a privacidade, integridade física, a constituição familiar e do parentesco, e a própria vida – tudo acaba por ser reavaliado e reconstruído pela sociedade, sobre novas bases, de tempos em tempos.

⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade...*, cit., p. 22-23.

¹⁰ SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Os direitos da personalidade no Código Civil: o conceito de vida e suas implicações ambientais. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 11, p. 52-74, p. 53, fev. 2013.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 8.

O direito ao esquecimento tem origem ligada ao Direito Penal, decorrendo do direito que o ex-presidiário possui, já tendo cumprido sua pena perante o Estado, de não mais ser rotulado como criminoso – o que, a prevalecer, sabidamente traz dificuldade para a obtenção de emprego e, de modo mais geral, sua reinserção na sociedade –, posteriormente aproximou-se do Direito Civil, mais especificamente dos direitos da personalidade.

No passado, o transcurso do tempo encarregava-se de distinguir acontecimentos triviais, restritos a pequenos grupos e carentes de maior interesse, daqueles revestidos de valor histórico e social. Mas, a sofisticação dos meios de comunicação abalou convicções sedimentadas e trouxe situações de impasse para os profissionais do Direito. Ferramentas de busca e o acesso *on-line* a todo tipo de arquivo digital mudaram o cenário, a ponto de que mesmo pequenos deslizes ficam para sempre na memória coletiva virtual. Um comentário infeliz feito na juventude, registrado em rede social, pode custar um emprego uma década depois. A vítima de um crime será permanentemente assombrada pelo passado. Não há como não se solidarizar com situações dessa espécie.

Conceder, no entanto, a cada cidadão ou empresa, a prerrogativa de decidir o que pode ou não ser dito a seu respeito, potencialmente viola o direito coletivo à informação. Num exemplo, um artista teria a oportunidade de tirar de seus registros as críticas negativas feitas a seu trabalho. E em grau de maior risco à sociedade, agentes públicos e pessoas notórias poderiam apagar todas as referências a seus atos ilícitos ou desairosos à sua imagem. Dá-se, aqui, mais uma vez, o embate entre princípios e valores constitucionalmente protegidos, a exigir exercícios interpretativos.

O Direito não tem respostas prontas a tais questões.

Dois casos foram cercados de especial interesse. Primeiramente, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em 2013, no caso conhecido como “Chacina da Candelária”, em que se reconheceu a existência do direito ao esquecimento. Pende de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral já reconhecida, o denominado “Caso Aída”, em que familiares dela, assassinada em 1958 e cujos fatos foram retratados em programa veiculado pela Rede Globo, se insurgiram contra a divulgação de seu nome em textos e reportagens.

Doutrina e jurisprudência ainda buscam chegar a um equilíbrio que não sacrifique de forma absoluta e pré-constituída nenhum dos interesses em jogo, e o assunto ganhou singular importância e notoriedade com a recente audiência pública (12.6.2017) realizada pelo

Supremo Tribunal Federal, como preparação ao julgamento do “Caso Aída”, que decerto definirá balizas mais concretas de enfrentamento da controvérsia.

1. Origem histórica dos direitos da personalidade

A preocupação com os direitos humanos remete à Antiguidade¹², mas a noção de que a personalidade é inerente a ele, e o reconhecimento de que isso o torna único, certamente não se fazia presente nesse período.

No mundo antigo, os alicerces do Estado estavam edificados sobre a religião, que desempenhava importante papel na vida pública e privada de seus cidadãos. A liberdade individual não era reconhecida, perentendo a alma, o corpo e os bens materiais do indivíduo ao Estado.¹³

Nesse contexto, para que um sujeito fosse considerado cidadão, precisaria seguir a religião da cidade, honrando os deuses adotados por ela. Apenas por intermédio dessa participação é que sobreviviam todos os direitos civis e políticos, e renunciar ao culto significaria abdicar destes últimos¹⁴.

Henrique Geaquinto Herkenhoff faz uma interessante reflexão sobre a época:

Não se pode dizer que a antiguidade clássica jamais conheceu algo parecido com a dignidade, mas esta qualidade era muito incerta e desprotegida, admitindo-se universalmente que poderia ser reneçada em maior ou menor grau e mesmo negada a certas castas, ou aos estrangeiros, aos que professavam outra religião, às mulheres, às crianças, aos loucos, aos fracos, aos pobres, enfim, a qualquer pessoa que se pudesse considerar como outro, como diferente. Dignidade humana até havia, mas quem quisesse ver a sua respeitada deveria carregar um saco de moedas ou uma boa espada, talvez as duas coisas.¹⁵

¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, cit., p. 132.

¹³ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as Instituições da Grécia e Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Curitiba: Hemus, 2002. p. 304.

¹⁴ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga...*, cit., p. 155.

¹⁵ HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Os direitos de personalidade da pessoa jurídica de direito público*. 2010. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 11.

Os estrangeiros, como a própria etimologia da palavra sugere, eram vistos como estranhos; alheios à sociedade. Não possuíam acesso aos cultos, templos e cerimônias de sacrifício, algo que os tornava desprotegidos pelos deuses da cidade, e os impossibilitava de serem reconhecidos como cidadãos.¹⁶

Para os romanos, estrangeiros e escravos possuíam condições semelhantes em muitos aspectos, vez que a qualidade de sujeito de direitos era negada a ambos. Observa-se, portanto, que os direitos de cidadania vinculados à religião não favoreciam indivíduos sob tais condições.

Os escravos eram vistos como coisas, objetos de direito, e não como titulares dele¹⁷. Tanto o status de cidadão quanto a liberdade e, conseqüentemente, a condição de sujeitos de direito e a personalidade, eram-lhes negados.¹⁸

A extinção da escravidão por dívida, proposta em Atenas por Sólon, possibilitou aos gregos institucionalizarem normas pioneiras, que impuseram respeito aos estrangeiros, e atribuíram direitos a escravos, vedando-lhes os maus-tratos, e reconsiderando a insignificância a incidir sobre eles, o que veio a influenciar positivamente a sociedade e o direito romano.¹⁹

As transformações pelas quais passaram os direitos da personalidade durante toda a Antiguidade foram imprescindíveis em alguns aspectos – como a mudança de concepção exercida sobre estrangeiros e escravos –, mas insuficientes, na medida em que os indivíduos ainda precisavam da proteção de seus grupos para que tivessem seus interesses assegurados.

Com o advento do Cristianismo, e o reconhecimento da existência de um elo entre o homem e Deus, surgiu, concebido em uma atmosfera sacra, aquilo que se identifica como o embrião do conceito de dignidade humana.²⁰

Em igual período, houve a desvinculação definitiva entre Deus e o Estado, possibilitando ao homem sujeitar-se à sociedade no que diz respeito ao seu corpo e interesses materiais, tornando-se livre e capaz de separar suas virtudes públicas das privadas, não se limitando mais a viver e morrer pela cidade a qual pertencia. Resguardou-se, contudo, a alma humana a Deus.²¹

¹⁶ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga...*, cit., p. 156.

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 97.

¹⁸ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 47.

¹⁹ CATÃO, Marconi de Ó. *Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos de personalidade*. São Paulo: WVC, 2004. p. 96.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 24.

²¹ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga...*, cit., p. 307-308.

A maior contribuição do Cristianismo, nesse aspecto, foi ter possibilitado ao Direito desvincular-se consideravelmente da religião, e buscar seus fundamentos na natureza, na consciência humana, e nos ideais de justiça.²²

Durante a Idade Média, a sociedade era dividida em grupos, compostos por guildas, mercadores, corporações de ofício, nobreza, vassalos e igreja. Somente aos grupos era conferida consideração, o que significa dizer que, fora deles o indivíduo ainda não tinha grande importância.

R. C. van Caenegem coloca em destaque as disparidades existentes à época ao dizer: “havia desigualdade diante da lei, que era mantida pelo sistema político dos ‘Estados’ com seus privilégios fiscais para as ordens da nobreza e do clero e o acesso limitado ao cargo público.”²³

Individualidade, autoestima e razão, fatores secularmente reprimidos, afloraram junto ao Humanismo e Renascimento. Paulatinamente, os ideais dos direitos da personalidade passaram a ser edificados.²⁴

Na Inglaterra, o crescimento do Liberalismo, a partir do século XIV, contribuiu para o reconhecimento, por parte do Estado, da proteção à pessoa humana.²⁵

Com o advento do Iluminismo, e as rupturas intelectuais e políticas havidas anteriormente, durante a Idade Média, o homem passou a invocar para si o papel que até então atribuía unicamente ao Criador, enxergando-se como peça central da sociedade; a defender o Antropocentrismo em detrimento do Teocentrismo.²⁶

Valores como liberdade, progresso e a racionalidade humana, despontaram como temas centrais desse movimento, a partir do século XVIII, possibilitando a tripartição dos poderes e a intangibilidade dos direitos fundamentais do homem²⁷, com influência direta nas revoluções pelas quais passaria a Europa Ocidental.²⁸

O advento da Revolução Francesa, em 1789, atuou como ponto de superação da política que dividia a sociedade em estratos, privilegiando certos grupos em detrimento de outros. Foi a reação da burguesia

²² COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga...*, cit., p. 308.

²³ CAENEGEM, Raoul Charles van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.162.

²⁴ AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 26. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1993. p. 78.

²⁵ CATÃO, Marconi de O. *Biodireito: transplante...*, cit., p. 98-99.

²⁶ HERKENHOFF, Henrique Geaquito. *Os direitos de personalidade...*, cit., p. 12.

²⁷ CATÃO, Marconi de O. *Biodireito: transplante...*, cit., p. 98-99.

²⁸ AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 26. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1993. p. 118-122.

para se evitar a perpetuação das condições medievais existentes, apresentando como conseqüências mais imediatas a garantia de igualdade de tratamento (“*égalité*”), e a remoção das restrições impostas aos cidadãos comuns (“*liberté*”), os dois primeiros clamores do lema que caracterizam o período.

Transformou-se, assim, o que seria uma simples exaltação dos Direitos Naturais em reivindicação de caráter político.²⁹

A liberdade para a realização dos assuntos econômicos da burguesia, conjuntamente à presunção de igualdade de condições, fez emergir a ideia transformadora da autonomia da vontade – da liberdade irrestrita dos indivíduos – para que se situassem como bem lhes fosse conveniente perante o mundo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, lançada em 26 de agosto de 1789, e aprovada pela Assembleia Constituinte Francesa, lançou as bases para um novo regime, em que eram afirmados e reconhecidos universalmente as liberdades e direitos fundamentais do homem.³⁰

Certamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, quase dois séculos depois, em 1948, foi um dos seus maiores reflexos, estendendo ainda mais direitos como a proteção à vida, honra, liberdade, integridade física e intimidade aos indivíduos.

Interessante destacar que o período que sucede a Declaração de 1948 – intitulado por Norberto Bobbio como “A Era dos Direitos” – corresponde a um momento histórico de trégua após anos de atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial, e reconhecido como o cerne dos direitos universais, indivisíveis e inter-relacionados.

A partir de então, surgiram documentos e tratados com vistas à afirmação dos direitos humanos e à proteção dos direitos fundamentais, como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), o Pacto Internacional de Direitos Civis (1966) e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), quadro que buscou consolidar a importância daqueles direitos e firmar bases normativas protetoras, além de sanções a violações.

²⁹ CRAVEIRO, Renato de Souza Marques. *O direito à honra post mortem e sua tutela*. 2012. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. p. 52.

³⁰ AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. *História das sociedades...*, cit., p. 140-145.

2. Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade

É necessário traçar, neste ponto, a distinção entre direitos da personalidade, direitos ditos fundamentais e os direitos humanos.

Para Antonio Carlos Morato³¹, o direito civil, por meio dos direitos da personalidade, trata da questão sob o âmbito privado, condicionando as relações entre os particulares, ao passo que o direito constitucional, fazendo uso dos direitos e garantias fundamentais, seria responsável por disciplinar as relações existentes entre as pessoas e o Estado, coibindo o abuso deste por meio de liberdades públicas. Por fim, caberia aos direitos humanos, como parte do direito internacional público, a manutenção do respeito aos direitos da pessoa humana, a ser tutelada e exigida reciprocamente pelos Estados.

Nessa linha, os direitos da personalidade protegem os direitos do ser humano por meio de uma tutela jurídica interdisciplinar, principalmente sobre o enfoque civil e penal. Já os direitos fundamentais são absolutos e predispõem uma relação de poder, tendo incidência pública imediata, além de corresponderem ao princípio da distribuição do estado de direito, encontrando sua base no direito constitucional.³²

Ainda, os direitos da personalidade apresentam-se em um âmbito mais reduzido do que os direitos humanos, por pertencerem ao direito privado e serem dotados de proteção civil, mas ambos convergem em vários aspectos, por serem considerados direitos naturais e encontram-se arraigados à própria condição do ser humano.³³

Portanto, o valor aqui tutelado é o mesmo, qual seja, a dignidade da pessoa humana, mas o enfoque a recair sobre ele é variado, atingindo mais de um ramo do direito.

As normas de direito privado – dispostas no Código Civil (norma geral), ou por meio das leis extravagantes específicas (normas especiais) – encontram alicerce na normatividade constitucional, ficando sujeitas aos valores disponíveis da Carta Constitucional. Por consequência, são fundamentadas em princípios como a dignidade, solidariedade social, igualdade substancial e liberdade.

³¹ MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 106/107, p. 131, jan/dez. 2011/2012.

³² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV, p. 62.

³³ TOBENÁS, José Castán. *Los derechos del hombre*. 4. ed. Madrid: Reus, 1992. p. 30.

Isso explica porque a existência de uma norma jurídica protetora de interesses específicos não exclui a incidência de outras, anteriores ou posteriores, e que se apresentem como mais favoráveis diante dos interesses tratados.³⁴ Dito de outro modo, a existência dos direitos fundamentais não elimina a importância e aplicação dos direitos da personalidade.

Conceitualmente, Eduardo Carlos Bianca Bittar define os direitos de personalidade da seguinte forma:

O conjunto dos direitos sobre bens imateriais internos que o ordenamento jurídico reconhece como indispensáveis para que qualquer ente humano possa identificar-se e ser identificado como tal entre os demais e possa afirmar sua individualidade no seio da própria comunidade, e que por isso mesmo são indistintamente reconhecidos a qualquer ente humano, sem nenhuma outra condição além desta, exatamente, a de ser humano.

Cumprir destacar que, de início, os direitos da personalidade, na qualidade de direitos naturais e inatos, foram denominados direitos humanos. Entretanto, alguns deles foram positivados em textos constitucionais e começaram a ser identificados como direitos fundamentais. Hoje, os direitos da personalidade integram uma categoria dentro dos direitos fundamentais, e distinguem-se por sua tutela privada e natureza de valores essenciais da personalidade, podendo ser considerados como direitos fundamentais, ainda que a recíproca não seja verdadeira.³⁵

3. Aspectos constitucionais e civis dos direitos da personalidade

Por sua natureza subjetiva, os direitos da personalidade são judicialmente tutelados por mais de um dispositivo normativo, entre os quais, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

Contudo, o surgimento dos direitos da personalidade como ramo autônomo do direito brasileiro deu-se de maneira lenta.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 81.

³⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 291.

Doutrina e jurisprudência desempenharam importante papel na proteção de temas como o direito à intimidade, à imagem, ao corpo, entre outros, algo que contribuiu decisivamente para a elaboração de projetos de lei que culminaram na edição de um novo e importante Código Civil, vigente na atualidade.

Sobre isso, Gustavo Tepedino³⁶ faz a seguinte reflexão:

A consagração da dignidade humana no cenário internacional e sua incorporação à Constituição brasileira de 1988, atingiram em cheio o direito privado e especialmente o direito civil. Antes restrito ao tratamento das coisas, marcado por uma ótica excessivamente patrimonialista, o direito civil brasileiro abriu, enfim, os seus olhos para as pessoas.

Não se perca de vista, porém, que o projeto do atual Código Civil foi elaborado em momento anterior à Constituição de 1988 e, apesar de ter sofrido emendas com vistas à sua adaptação ao texto constitucional, a parte voltada aos direitos da personalidade não foi modificada, mantendo-se a configuração de seu projeto original.

Importante dizer, a esse respeito, que o projeto do atual Código Civil, cuja gênese ocorreu cerca de trinta anos antes de sua vigência, representou considerável avanço para os padrões brasileiros da época, internalizando conceitos e proteções delineados na Europa do pós-guerra, prestando-se a inspirar alguns dos princípios que os constituintes de 1988 inseriram na Constituição em vigor.

E a base constitucional dos direitos da personalidade, sobretudo a dignidade humana, encontra atualmente tranquilo reconhecimento, como se vê exemplarmente, inclusive com vistas a dirimir eventuais conflitos, o Enunciado no 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, assim redigido:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

Imperioso destacar o progresso normativo que sobreveio em nosso ordenamento, como consequência das transformações históricas e sociais ocorridas entre os Códigos antecessores ao de 2002.

O Código Civil de 1916 não tratava expressamente sobre o tema dos direitos da personalidade, apesar de fazê-lo de forma implícita, ao proteger certos aspectos das pessoas.

Ainda que não tenha prosperado, o anteprojeto do Código Civil de 1963, redigido por Orlando Gomes³⁷, dedicou um capítulo inteiro ao assunto – reconhecendo de maneira explícita o direito à vida, à integridade física, à liberdade, à honra e à imagem – e outro, para o direito ao nome, além de prever a tutela civil na hipótese de atentado ilícito à personalidade.³⁸

Influenciado pelos Códigos anteriores, o anteprojeto do Código Civil de 1975, que deu origem ao atual Código Civil brasileiro, também consagrou um de seus capítulos aos direitos da personalidade, o que, para Miguel Reale, mereceu elogios, por ser a pessoa considerada como um valor-fonte de todos os demais valores jurídicos.³⁹

Assim como as declarações de direitos humanos anteriormente mencionadas, que foram aprovadas após longo período de atrocidades cometidas contra a humanidade em geral, a Carta Magna de 1988 pôs fim a um longo e marcante período de privação de direitos, vivido durante a ditadura militar, em que direitos fundamentais e da personalidade foram amplamente cerceados.

Como primeira norma a tutelar civilmente e de maneira explícita os direitos da personalidade no Brasil, destaca-se o art. 5º, X, da Constituição, que garante serem invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Em mesmo dispositivo, e de igual importância, o artigo art. 1, III, prevê:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

³⁷ FREITAS, Oswaldo. O anteprojeto do código civil. *Revista Jurídica*: doutrina, legislação, jurisprudência, Porto Alegre, n. 62, p. 5-20, abr./jun. 1953. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:revista:1953;000432005>>Revista jurídica. Acesso em 14 jun. 2017.

³⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 1025.

³⁹ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 42.

[...]
III - a dignidade da pessoa humana;
[...]

Isso nos permite inferir que os direitos da personalidade podem ser vistos como concretização da dignidade da pessoa humana, por terem ascendência na ideia de proteção das pessoas.

O respeito à dignidade humana está vinculado expressamente ao Estado Democrático de Direito, como valor reconhecido do indivíduo, dentro dos limites e fundamentos políticos da República, modelo que se mostrou viável após acontecimentos históricos de intensa opressão e violência, como a escravidão, a inquisição, o nazismo, ou diante dos grandes genocídios étnicos⁴⁰, políticos e culturais.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz afirma:

Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade.⁴¹

É no âmbito do Estado Democrático de Direito, portanto, que os direitos da personalidade encontram sua real dimensão, divisando-se, ainda, em grande parte dos posicionamentos doutrinários, uma relação entre estes e os direitos fundamentais.

De tal modo, os direitos da personalidade previstos na Constituição Federal possuem íntima conexão com a dignidade da pessoa humana.⁴²

Influenciado por essa conjuntura, o Código Civil de 2002 dedica um tópico, inserido em local de destaque sob o aspecto de sistematização, compreendido entre os artigos 11 a 21, aos direitos da personalidade.

Por ser a personalidade um atributo do ser humano, a ponto dos direitos que dela emanam nascerem com a pessoa e a acompanharem por toda sua existência, figuras como o nascituro, o indivíduo já falecido, e até mesmo a pessoa jurídica, são protegidos pelos direitos da personalidade.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 225.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 19.

⁴² BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 64.

Como resultado, há direitos da personalidade desde a concepção, podendo alguns, inclusive, ultrapassar a vida da pessoa natural, atingindo efeito póstumo, como o direito ao corpo, à imagem, à honra, e ao direito moral do autor, chamados direitos da personalidade *post mortem*.⁴³

Preceitua o art. 11 do Código de 2002: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis.”

O assunto é tratado por Roxana Cardoso Brasileiro Borges⁴⁴:

Na verdade, o direito de personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente – e até fisicamente – sua transmissão a outrem, ou, mesmo, sua renúncia. Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direitos de personalidade pode, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação é também relativa.

E pode ser complementado com as lúcidas ponderações de Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald⁴⁵:

Em casos específicos (não em todos!), limitados pela afirmação da própria dignidade humana e pela impossibilidade de disposição em caráter total ou permanente, é permitido ao titular ceder o exercício (e não a titularidade) de alguns dos direitos da personalidade. É o exemplo do direito à imagem, que pode ser cedida, onerosa ou gratuitamente, durante determinado lapso temporal.

⁴³ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 287.

⁴⁴ BORGES, Rosana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade...*, cit., p. 120/121.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil...*, cit., p. 180.

Em relação à pessoa jurídica, a doutrina tem admitido à aplicação de alguns dos direitos da personalidade, no que couber, e como previsto no art. 52 do Código Civil.

Este é um dado importante, que implica na possibilidade de utilização do denominado direito ao esquecimento tanto em favor da pessoa física quanto jurídica.

Mas há quem enxergue a impossibilidade de estender às pessoas jurídicas todos os direitos da personalidade estabelecidos na parte geral. Sílvio de Salvo Venosa alerta que a equiparação feita pelo art. 52 do Código Civil deve ser analisada unicamente sob o prisma indenizatório, já que “a pureza dos direitos da personalidade não se adapta a quem não é pessoa natural”.⁴⁶

Observa-se, portanto, que a temática é complexa e exige cuidado.

O Código de 2002, apesar de suas inovações, não indicou com exatidão parâmetros utilizáveis diante das cada vez mais frequentes hipóteses de conflito entre os direitos da personalidade – a abrir espaço para que prevaleça a teoria da ponderação diante de tais ocorrências, como se verá mais adiante

Sua redação dá margem a conflitos entre os direitos da personalidade, especialmente entre os direitos morais da personalidade (privacidade, honra e imagem), o direito ao esquecimento, e à liberdade de expressão ou informação.⁴⁷

Todavia, como se viu, o delineamento do Código Civil vigente foi forjado na década de 1970, portanto anos antes da elaboração da atual Constituição Federal, o que justifica, em parte, tanto a carência desse tratamento sistemático mais detalhado no âmbito civil quanto os conflitos existentes entre os supracitados diplomas. O jurista Anderson Schreiber bem detalha esse aspecto:

Foi nesse auspicioso ambiente que veio à tona um novo Código Civil. Seu surgimento não teve, contudo, qualquer relação com as transformações recentes por que passava o direito civil brasileiro. Em vez de se elaborar um texto verdadeiramente novo, o Congresso nacional acabou instado a recuperar um projeto de codificação elaborado na década de

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 24.

⁴⁷ FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *O direito ao esquecimento como direito da personalidade*. 2016. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 47.

1970, quando a ditadura militar ainda imperava no Brasil. O discreto processo de aprovação, conduzido ao longo do ano de 2001, prescindiu de uma efetiva discussão com a sociedade e com a comunidade jurídica acerca do conteúdo, da necessidade e do papel da nova codificação. O resultado, publicado no Diário Oficial, de 11 de janeiro de 2002, foi um Código Civil que de novo pouco tem.

A ausência de grandes inovações se explica, em parte, pela própria falta de atualidade do projeto original, elaborado mais de uma década antes da atual Constituição da República e, por isso, necessariamente indiferente às profundas transformações por ela provocadas no direito brasileiro.⁴⁸

A disciplina dos direitos da personalidade exige técnicas legislativas capazes de acompanhar a evolução tecnológica e científica, fundada em cláusulas gerais.

Deve-se, com isso, evitar normas muito rígidas e que privilegiem certos aspectos do direito da personalidade em detrimento de outros, mas é importante que se reconheça e exerça o conteúdo dialético trazido pelos direitos da personalidade.⁴⁹

Essas características acabam por confirmar a necessidade de compreender o ordenamento jurídico de forma acautelada,⁵⁰ mas a grande dificuldade reside na possibilidade de elaborar leis que consigam se adaptar às transformações cada vez mais intensas e rápidas pelas quais nossa sociedade passa, sem, contudo, perder a qualidade e o objetivo a que se destinam.

4. Direito ao esquecimento: surgimento e evolução

O direito ao esquecimento tem origem na expressão “*right to be forgotten*”⁵¹, inicialmente definida como o direito a não ser lembrado por atos vexatórios, decepcionantes e constrangedores, ocorridos no passado.

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos...*, cit., p.10-11.

⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 28-29.

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil...*, cit., p. 80.

⁵¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

Encontra apoio no processo de reabilitação criminal⁵² – que assegura ao infrator, e consequentemente aos demais envolvidos no episódio, o direito de ter os dados referentes ao delito apagados dos cadastros competentes, transcorridos dois anos de cumprimento da pena ou extinção da punibilidade.

O tema não é antigo entre nós, mas já foi objeto em vários julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REPOR-
TAGENS PUBLICADAS EM JORNAL ENVOLVENDO EX-
-TRAFICANTE DE DROGAS EM LAVAGEM DE DINHEI-
RO, COM FOTOS BATIDAS SEIS ANOS ANTES, APÓS
O MESMO ENCONTRAR-SE COMPLETAMENTE RECU-
PERADO, CONVERTIDO À RELIGIÃO EVANGÉLICA, DA
QUAL SE TORNOU PASTOR, CASADO, COM FILHOS,
DANDO BONS EXEMPLOS À SOCIEDADE. É LIVRE A
LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DA EXPRESSÃO E DE
INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA, DIREITOS QUE DEVEM
SER EXERCIDOS COM RESPONSABILIDADE, SEM PRE-
OCUPAÇÃO FAZER SENSACIONALISMO, EVITANDO A
PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIAS LEVIANAS, QUE POSSAM
CAUSAR DANO À IMAGEM E À HONRA DAS PESSO-
AS. ART. 220 E § 1º DA CF. CONFIGURANDO O DANO
MORAL O SEU VALOR DEVE SER ARBITRADO COM
MODERAÇÃO E BOM SENSO, PROPORCIONALMENTE
À GRAVIDADE DOS FATOS E SUA REPERCUSSÃO. A
COMPETÊNCIA PARA DECIDIR SOBRE O DIREITO DA
RESPOSTA É DO JUIZ CRIMINAL ART. 32, § 1º DA LEI
5.250/67. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.⁵³
DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE
IMPrensa E DE INFORMAÇÃO VERSUS DIREITOS
DA PERSONALIDADE. MATÉRIA PUBLICADA EM SITE
JORNALÍSTICO. INTERNET. NOTÍCIA DE PRISÃO EM
FLAGRANTE DE SUSPEITO DE CRIME. POSTERIOR AR-
QUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL RESPECTIVO.

⁵² O art. 93 do Código Penal prevê o instituto da reabilitação, que “alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação”. Em combinação, o art. 748 do Código de Processo Penal, estabelece que, concedida a reabilitação: “A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”.

⁵³ TJRJ, APL 2002.001.07149, Rel. Des. Carlos Lavigne de Lemos, 26.11.2002. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032C639DB29C02C950E-329DF3639F6285FA964C3144C1D>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

DIREITO AO ESQUECIMENTO DO INVESTIGADO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO NA PERMANÊNCIA DA NOTÍCIA. NECESSIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DOS FATOS PASSADOS. PREVALÊNCIA, NO CASO, DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SOLUÇÃO MEDIANTE JUÍZO DE PONDERAÇÃO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE, PARA DETERMINAR QUE A RÉ PROVIDENCIE A EXCLUSÃO DA NOTÍCIA IMPUGNADA DE SUA PÁGINA NA INTERNET. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.⁵⁴

Argumenta-se como pressuposto de sua utilização, o fato de que as pessoas, na qualidade de autor, vítima ou familiar, não devem arcar eternamente com os erros praticados, ou a que tenham sido submetidas preteritamente⁵⁵, pela dor, angústia ou transtorno vividos.

Sobre o assunto, discorreu o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, em parecer apresentado em recurso especial:⁵⁶:

O denominado direito a esquecimento (ou “ao esquecimento” como alguns preferem) pode ser entendido como o direito a ser (ou a voltar a ser) anônimo, ou seja, uma pretensão a anonimato, é o direito a ser deixado em paz, o “direito a estar só”, a não ser lembrado de fatos desagradáveis e a não sofrer consequências negativas de fatos recuados no tempo. Em inglês é identificado como *right to be let alone* (ou *right to be left alone*) ou *right to be forgotten*. Em outras línguas as expressões são semelhantes, como *droit à l'oubli*, em francês, *diritto all'oblio*, em italiano, *derecho al olvido*, em espanhol, etc.

⁵⁴ TJSP, APL 00077661720118260650 SP 0007766-17.2011.8.26.0650, Rel. Des. Paulo Alcides, 15.05.2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120422391/apelacao-apl-77661720118260650-sp-0007766-1720118260650?ref=topic_feed>. Acesso em: 26 ago. 2017.

⁵⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 478.

⁵⁶ MPF, REsp nº 833.248 - RJ: Proc. Geral da Rep. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. 11.07.2016. p. 14. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017. Ementa: Constitucional e Civil. Recurso Extraordinário. Tema 786. Direito a esquecimento. Aplicabilidade na esfera civil quando invocado pela vítima ou por seus familiares. Danos materiais e morais. Programa televisivo. Veiculação de fatos relacionados à morte da irmã dos recorrentes nos anos 1950.

Interessantes também os argumentos trazidos pelo Ministro Luis Felipe Salomão⁵⁷:

A historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado.

Por isso, nesses casos, o reconhecimento do “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.

Portanto, a questão da historicidade do crime, embora relevante para o desate de controvérsias como a dos autos, pode ser ponderada caso a caso, devendo ser aferida também a possível artificialidade da história criada na época.

Dada sua competência constitucionalmente fixada, o Superior Tribunal de Justiça constituiu-se em natural palco de discussão do assunto. E rapidamente a Corte detectou a envergadura da controvérsia, levando a discussão para o terreno acadêmico vinculado à sua atuação, em evento que reconhecidamente se revela um norte para a comunidade jurídica, especialmente aquela voltada ao Direito Civil. Assim, o direito ao esquecimento é tratado no Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, que versa sobre o artigo 11 do Código Civil, e preceitua: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

Como justificativa do verbete, o pronunciamento estabelece:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no

⁵⁷ STJ, REsp nº 1.335.153 - RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 04.09.2013. p. 26. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.

campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento a ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

A proteção, como se vê, não é limitada aos fatos sigilosos, abrangendo dados que ampliem a divulgação e o despertar da memória, de modo que, acontecimentos largamente divulgados no passado, e que se encontram adormecidos no presente, potencialmente podem ser tutelados pelo direito ao esquecimento.⁵⁸

Evita-se, com isso, a perpetuação de certas informações, mesmo aquelas verdadeiras e positivas, independentemente da notoriedade que possuam, caso seja essa a vontade de seu titular.⁵⁹

Existe uma inegável e importante relação entre o direito ao esquecimento e conceitos como a honra e reputação, que, por sinal, são comumente levantados para se invocar sua existência.

Mas a grande questão é: em quais situações o direito ao esquecimento pode ser aplicado? Noutras palavras: quando é necessário discutir de que forma (e como) os acontecimentos passados devem ser lembrados, ou esquecidos?

Em palestra recente realizada no fórum “Esquecimento x Memória - Reflexão sobre o direito ao esquecimento, o direito à informação e à proteção da memória”, a Ministra Carmen Lúcia – evidentemente sem adiantar o teor de seu voto, como, aliás, a sociedade e a lei esperam de um magistrado –,⁶⁰ fez ponderações sobre o “Caso Aída”, citado na apresentação desta monografia e objeto do Recurso Extraordinário 1.010.606, de repercussão geral já firmada, e que analisará a controvérsia envolvendo os princípios fundamentais da Constituição brasileira e o direito ao esquecimento.

⁵⁸ FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *O direito ao esquecimento...*, cit., p. 54.

⁵⁹ SILVA, Tatiana Manna Bellasalma e; SILVA, Ricardo da Silveira e. Direito ao esquecimento na era virtual: a difícil tarefa de preservação do passado. In: CORAZZA, Thais Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes de (Org.). *Um olhar contemporâneo sobre os direitos da personalidade*. Birigui: Bo-real, 2015. p. 123.

⁶⁰ PALESTRA da presidente do STF abre fórum sobre direito ao esquecimento e proteção à memória. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353151>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

De acordo com a Ministra, existe ali uma grande oportunidade de se debater “o que é a memória de alguém, que precisa ser resguardada e não pode ser discutida, e o que não pode ser guardado porque constitui não memória individual, mas memória coletiva”.

Ela ainda relata:

Eu acredito que nós encontraremos, com toda a certeza, o equilíbrio que é virtuoso para deixar que as liberdades garantam a dignidade, mas que a liberdade de um não se sobreponha à de todos os outros, de tal maneira que nós não tenhamos mais condições de saber qual é a nossa história, o nosso passado, para saber como queremos construir nosso futuro.

Como forma de analisar os pontos controvertidos envolvendo o RE 1.010.606, realizou-se em 12 de junho de 2017, no Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do relator Ministro Dias Toffoli, uma audiência pública⁶¹, que colheu a opinião de diversos especialistas no assunto.

Três posições destacaram-se no encontro⁶²:

1) Pró-Informação: defendida por entidades ligadas à comunicação, e para quem inexistente um direito ao esquecimento, por ser contrário à memória de um povo e a história da sociedade. Como base ao entendimento, invoca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre as biografias não autorizadas – (ADI 4.815);

2) Pró-Esquecimento: especialistas que confirmam a existência do direito ao esquecimento e dizem que ele deve preponderar, funcionando sempre como forma de expressão do direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade, direitos que prevaleceriam sobre a liberdade de informação envolvendo fatos pretéritos, evitando-se, com isto, a aplicação de penas entendidas como perpétuas, como a rotulação do indivíduo pela mídia e internet. Seus defensores amparam-se no Recurso Especial envolvendo o caso da Chacina da Candelária (REsp 1334.097/RJ), em que o Superior Tribunal de Justiça aplicou o direito ao esquecimento, que definiu como “direito de não ser lembrado contra sua vontade”;

⁶¹ ABERTA a audiência pública sobre direito ao esquecimento na esfera civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346318>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

⁶² AS TRÊS correntes do direito ao esquecimento. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

3) Intermediária: fundada na ideia de que a Constituição brasileira não permite a hierarquização entre direitos fundamentais como a liberdade de informação e a privacidade (que tem o direito ao esquecimento como um de seus desdobramentos). Diante disso, a técnica de ponderação de informações seria o método mais eficiente para obtenção do menor sacrifício possível frente a cada um dos interesses em colisão. Defensores desta última vertente, como o Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), propuseram que, diante da hipótese de veiculação de programas de TV com relato ou encenação de crimes reais, envolvendo pessoas ainda vivas, deveriam ser adotados parâmetros como o da fama prévia, para distinção entre vítimas que possuem outras projeções sobre a esfera pública, e aquelas que somente têm projeções públicas na qualidade de vítimas do delito praticado.

Na linha desta última posição, articula Capello de Souza⁶³ que para a solução de antinomias entre direitos da personalidade devem ser verificadas as circunstâncias e estabelecidos limites entre os direitos em conflito, com vistas a se alcançar o saldo mais favorável ao caso em discussão. Referida avaliação, entretanto, depende da situação vivenciada, e das circunstâncias factuais, objetivas e subjetivas juridicamente relevantes.

Entendimento semelhante é apresentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso⁶⁴:

II.1. Impossibilidade de hierarquização rígida e abstrata de direitos fundamentais.

Isso se deve, em primeiro lugar, à impossibilidade de hierarquização dos direitos fundamentais em abstrato e de forma rígida. Como é sabido, por força do princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia jurídica ou formal entre normas constitucionais. É certo que alguns autores têm reconhecido a existência de uma hierarquia axiológica ou material, pela qual determinadas normas influenciariam o sentido e alcance de outras, possuindo um maior peso abstrato. No entanto, ainda que se reconheça uma tal hierarquia axiológica, a

⁶³ SOUZA, Rabindranath V. A. Capello de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 533-535.

⁶⁴ SFT, ADI nº 4.815 - DF, Rel. Min. Carmen Lúcia. 10.06.2015. p. 157/158. Disponível em: <<http://repositorio.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

Constituição não admite que a lei possa estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência de um direito fundamental sobre outro. Nesses casos, a solução de episódios de conflito deverá ser sempre apurada diante do caso concreto e a partir do teste da proporcionalidade.

Ao relatar o Recurso Especial 1.335.153 - RJ⁶⁵, o Ministro Luiz Felipe Salomão fez uma interessante análise sobre os casos de repercussão geral envolvendo conflitos sobre os direitos da personalidade e a legislação infraconstitucional:

Com efeito, avulta a responsabilidade do Superior em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional.

[...]

Depois da publicização do direito privado, vive-se a chamada constitucionalização do direito civil, momento em que o foco transmutou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal, de modo que os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado (como família e propriedade) passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional.

A necessidade de se estabelecer parâmetros norteadores à resolução das divergências sobre o direito ao esquecimento é inconteste. Diante dos inúmeros os casos sobrestados, está cercada de especial expectativa o julgamento da decisão do caso paradigma, submetido, como já assinalado, à sistemática da repercussão geral – o já citado Recurso Extraordinário (RE) 1.010.606, a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.⁶⁶

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal reveste-se de maior importância em especial porque, sob a alegação da existência de

⁶⁵ STJ. REsp nº 1.335.153 - RJ: Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 04.09.2013. p. 6-7. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.

⁶⁶ Sobre o tema, verificar informações trazidas às páginas 31 e 32 desta Monografia.

lacuna jurídica, o Deputado Federal Luiz Lauro Filho (PSB-SP) apresentou, em 31 de agosto de 2017, Projeto de Lei que objetiva conferir aos cidadãos “o direito de requerer a retirada de dados pessoais que sejam considerados indevidos ou prejudiciais à sua imagem, honra e nome, de qualquer veículo de comunicação de massa”.⁶⁷

Segundo o projeto, qualquer pessoa poderá pleitear a desvinculação de informação que lhe diga respeito, caso entenda que sua propagação ofende a honra e intimidade. A solicitação poderia ser feita extrajudicialmente, devendo os veículos de comunicação emitir pronunciamento sobre o assunto arguido em 48 horas.

O projeto propõe a alteração do artigo 19 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965, de 23 de abril de 2014), que teria removido de seu preâmbulo os dizeres “com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, passando a definir apenas a responsabilidade e tratamento que os provedores de aplicações na internet devem ter sobre os dados pessoais de seus clientes.

Nota-se, portanto, que é crescente a importância do tema, a provocar, inclusive, tentativa de normatização que significaria verdadeiro engessamento da matéria. Importante observar também que o projeto está em início de tramitação, portanto sujeito a emendas que podem comprometer ainda mais o adequado tratamento da matéria.

5. Os bens tutelados no direito ao esquecimento.

Direito à honra, imagem, privacidade, intimidade, informação e manifestação de pensamento

O direito ao esquecimento não é tratado expressamente pela Constituição Federal, mas o texto constitucional versa sobre outros direitos da personalidade de caráter moral, como privacidade, honra e imagem, conferindo-lhes um sistema de proteção própria, e *status* de direitos fundamentais.⁶⁸

Infere-se ainda do nosso sistema constitucional que a prevalência dos direitos e garantias disponíveis não exclui demais direitos constitucionalmente adotados, mesmo que estes não se encontrem vinculados de forma imperativa⁶⁹, como se extrai do art. 5º, § 2º:

⁶⁷ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-13/deputado-apresenta-projeto-criar-direito-esquecimento?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 13 set. de 2017.

⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 38-39.

⁶⁹ DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do *habeas data*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...]

O princípio da dignidade da pessoa humana promove a equidade de tratamento aos direitos humanos, fundamentais e da personalidade, podendo, adicionalmente, dar origem a outros direitos não positivados.

Decorre disso, a existência de direitos fundamentais não expressos na Constituição Federal, mas cuja natureza constitucional, ainda que tácita, resulta de sua referência ao valor da dignidade humana.⁷⁰

Existem conexões importantes entre a dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade como a honra, a imagem e a intimidade. Amparado por esse vínculo, o direito ao esquecimento se apresenta como direito do cidadão à liberdade de escolher os limites sobre os quais, e quando, seus dados e informações íntimas podem ser revelados. Corresponde ao direito a autodeterminação informativa - o controle sobre dados pessoais e decisão sobre como e quando podem ser acessados por terceiros.⁷¹

O direito ao esquecimento abrange a recordação de informações, fatos, notícias, vídeos e comentários, devendo ser destacado como uma categoria autônoma por se entender que estes conteúdos podem afetar o futuro e o livre desenvolvimento da personalidade, na medida em que sejam recolocados à disposição de outros indivíduos.

Para esclarecer o assunto, ilustrativo recorrer ao seguinte caso:

Tome-se a hipótese nada incomum da atriz que, em início de carreira, autoriza a veiculação de sua imagem, nua, em dada revista masculina ou atua

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 171.

⁷¹ CASTELLANO, Pere Simón. *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la EU*. Barcelona: Bosch, 2015. p. 180-181.

como personagem de um filme picante. Suponha-se que a mesma atriz, ao longo dos anos seguintes, venha a construir carreira como apresentadora de programas infantis. Não há dúvida de que a veiculação daquelas imagens do passado, destacadas do seu contexto original, pode causar grave dano à pessoa retratada. Mesmo que a autorização para a veiculação da imagem tenha sido dada na ocasião pretérita, sem qualquer limite temporal (descartando-se, portanto, a violação ao direito de imagem), resta evidente que a vida da pessoa encaminhou-se em sentido oposto ao daquele ato pretérito. O direito à exibição da imagem entra em choque com faceta importante do direito à privacidade.⁷²

São acontecimentos como o descrito acima que acabam contrapondo direitos igualmente essenciais, e criam a necessidade de se balizar sobre formas de tentar preservá-los sem reduzir-lhes a importância.

É possível destacar alguns direitos da personalidade constitucionalmente positivados, e que se relacionam de modo positivo ou negativo com direitos fundamentais e o direito ao esquecimento.

5.1. Direito à privacidade e direito à intimidade

O direito à intimidade implica no desconhecimento total ou parcial de outros indivíduos sobre assuntos que se referem a determinada pessoa.⁷³ Já o direito à privacidade, por ser mais amplo, possibilita a seu titular ter controle da própria exposição e sobre como certas informações particulares podem ser disponibilizadas a terceiros.

Os direitos à privacidade e à intimidade estão consagrados no art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

⁷² SCHREIBER, Anderson. *Direitos...*, cit., p. 170.

⁷³ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos...*, cit., p. 139.

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

Parte da doutrina não faz distinção entre ambos os direitos, mas parcela mais significativa reconhece a diferenciação, por entendê-los como assuntos que não se confundem.

É o caso de Maria Helena Diniz⁷⁴, para quem a privacidade está voltada aos elementos externos da pessoa humana, tendo como exemplos a escolha do modo de viver e os hábitos; a intimidade, a seu turno, abrange elementos internos do viver, como segredos, situações de pudor, sendo possível a intimidade estar incluída na privacidade. Para a civilista, a intimidade funcionaria como a zona espiritual particular e por se dizer reservada da vida de uma pessoa.

Apesar de haver certa proximidade entre o direito ao esquecimento e os direitos à privacidade e intimidade, eles não se confundem. O direito ao esquecimento tem suas especificidades e, em geral, diz respeito a fatos pretéritos em relação aos quais seu titular não possui mais interesse em vê-los divulgado – e que podem englobar, entre outras coisas, situações em que houve violação à intimidade, à privacidade, e até mesmo a ambos os direitos.

5.2. Direito à imagem e à honra

Imagem e honra são institutos diferentes, e também descritos no art. 5º, inciso X da Constituição Federal.

A imagem é a projeção ou representação da pessoa em que sua forma é captada e representada, seja de modo virtual, real, estático ou dinâmico.

É um direito autônomo, que não está necessariamente vinculado aos demais direitos da personalidade e, portanto, independente da intimidade e privacidade. Mas na eventualidade de dano ao direito à imagem, com frequência ocorrerá simultaneamente violação dos demais direitos.⁷⁵

Além do amparo constitucional, o direito à imagem é também regulado pelo Direito Civil:

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, cit., p. 151.

⁷⁵ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada*, cit., p. 78.

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

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

Já o direito à honra protege o bem jurídico atinente à reputação da pessoa, traduzindo a maneira como alguém é conhecido pela sociedade, seu bom nome ou boa fama.

Nessa quadra, a imagem pode ser entendida como a projeção, seja ela material ou imaterial, de uma pessoa, e a honra, sua reputação.

Assim como nos casos do direito à privacidade e intimidade, aqui também os direitos não se confundem de imediato com o direito ao esquecimento. O que existe são fatos como a divulgação de fotos, vídeos ou acontecimentos que tragam prejuízo à honra e imagem de um indivíduo sem, necessariamente, violar o direito ao esquecimento. De igual sorte, a divulgação de episódio antigo pode não violar a honra e imagem de alguém, mas causa constrangimento por fazer tal pessoa reviver aspectos de sua vida que não gostaria que fossem mais trazidos à tona.

5.3. Direito à informação e à manifestação de pensamento

O direito à informação é apresentado como gênero que abrange outros direitos, como o de informar e ser informado, e o direito de acesso à informação, e vem expresso no artigo 220 da Constituição Federal, nos seguintes termos: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição.”

O direito de informar inclui a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, e tem como uma de suas interfaces o direito de acesso amplo à informação, conforme preleciona o artigo 5º, XIV da Constituição Federal: “é assegurado a todos o acesso à informa-

ção e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

Já o direito de ser informado pode ser entendido como o de receber informações e, apesar de não ser expressamente regulado pelo diploma constitucional⁷⁶, está caracterizado no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica:

Liberdade de pensamento e de Expressão.

1. Toda pessoa tem direito a liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

Ainda sobre o tema, editou-se a Lei 12.527/2011, a denominada Lei de Acesso à Informação, para disciplinar o acesso à informação dos órgãos e entidades do Poder Público.

Em contrapartida, a liberdade de pensamento manifesta-se de várias formas, e encontra amparo no artigo 5º, IV da Constituição Federal, que garante ser livre a manifestação de pensamento, vedando-se, para tanto, o anonimato.

Tem-se assim que a liberdade de expressão constitui reflexo da liberdade de pensamento, que permite a exposição de ideias, seja no meio intelectual, artístico, científico ou de comunicação, independentemente da existência de censura ou licença.

No entanto, o direito ao esquecimento pode confrontar-se com o direito de informação, ou encontrar limitações frente à liberdade de expressão. Em ambos os casos, deve-se aplicar o critério de sopesamento para decidir qual direito prevalecerá sobre os demais.

6. Direito ao esquecimento e desindexação de informações

O direito ao esquecimento constitui relativa novidade na seara jurídica. Conquanto tenha origem, como já assinalado, no instituto da

⁷⁶ Apesar disso, a Constituição Federal versa sobre o direito de ser informado no âmbito da Administração Pública, conforme artigos 5º, XXXIII, e 37.

reabilitação penal, é inegável que o surgimento de suas bases e seu desenvolvimento se deram sobretudo à vista dos avanços tecnológicos, mais precisamente a popularização da *internet* e seus mecanismos de busca.

Essa nova realidade exige análise mais detida, com especial ênfase às ferramentas que podem ser utilizadas para se concretizar a retirada da informação desejada da rede mundial de computadores.

Com essa premissa, é certo que o mundo contemporâneo está em intensa e importante transformação. A história da comunicação entre os seres humanos dificilmente se deparou com mudanças tão paradigmáticas e complexas como a popularização da *internet* e o desenvolvimento das redes sociais,⁷⁷ e ainda precisaremos de tempo para compreender o reflexo desses fatores sobre nossas leis, comportamentos, e na maneira como resolveremos os conflitos vindouros.

As chamadas gerações *Z* e *Millennial*, por exemplo, apresentam modificações comportamentais que as distinguem de seus antecessores pelo significativo tempo que passam assistindo vídeos na *internet*. É o que aponta levantamento realizado em 2016, pelo canal *YouTube* em parceria com o site *Meio&Mensagem* e a consultoria *Provokers*, que destaca serem os brasileiros consumidores compulsivos de conteúdo em vídeo.⁷⁸

Os dados acabaram confirmando a tendência cada vez maior em se utilizar o ambiente virtual para busca e divulgação de informações⁷⁹, fato que desafia servidores como o *Google*.

É preciso criar ferramentas cada vez mais efetivas e rápidas para gerenciar os conteúdos disponibilizados, capazes de separar acontecimentos reais e notícias falsas, e que reduzam as chances da propagação de assuntos que acabem por atentar contra direitos como a honra,

⁷⁷ IBCCRIM. Audiência Pública no Recurso Extraordinário no 1010606/RJ, p. 3. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/docs/2017/pedido_ibccrim_habilitacao_ap_stf_esquecimento.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017. O instituto expôs as razões pelas quais deve ser reconhecida a possibilidade da vítima, seus familiares, e agressores, invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil.

O Recurso foi interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) que manteve sentença negando o pedido de reparação de danos feito pelos familiares da vítima de um crime de grande repercussão, ocorrido na década de 1950. A família alega que o próprio tempo fez com que o crime fosse esquecido pela mídia, e questiona a reconstituição e utilização do caso, sem autorização, em programa de TV. Pede indenização pela exploração comercial desautorizada de imagem pública de pessoa morta.

⁷⁸ GOOGLE. Os novos influenciadores. Disponível em: <<https://www.thinkwithgoogle.com/intl/pt-br/advertising-channels/v%C3%ADdeo/youtubers-brilham-tela-dos-jovens-brasileiro/>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

⁷⁹ THE ECONOMIST. *YouTube highlights problems with digital advertising*. Disponível em: <<https://www.economist.com/news/business/21719840-big-brands-protest-about-ads-next-offensive-content-youtube-highlights-problems-digital>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

dignidade humana, privacidade, intimidade e esquecimento, sem, contudo, ferir a liberdade de expressão e informação.

O impacto de toda essa evolução tecnológica, além de notório e irreversível, é fruto da união até pouco tempo inimaginável de ferramentas criadas separadamente, e em ocasiões distintas, mas que juntas movimentam a economia e criam novos hábitos entre as sociedades, como bem esclarece Manlio Del Giudice:

O processo de convergência de mídias tem sido permitido por redes digitais, e vários processos econômicos e sociais foram ativados por essa convergência. As limitações enfrentadas pelas indústrias anteriormente separadas durante a execução de seus negócios foram alteradas pelo uso da mesma tecnologia digital. Assim, a convergência não é uma mera mudança tecnológica, mas tem um impacto sobre as mudanças que influencia relações em uma sociedade.⁸⁰

Artifícios como fotografias, reportagens vinculadas a jornais e revistas, artigos científicos e músicas, podem estar disponíveis em um mesmo endereço eletrônico, acessado por bilhões de pessoas, diariamente, como é o caso do site de relacionamentos *Facebook*, celeiro fértil para discussões acaloradas envolvendo liberdade de expressão e direitos da personalidade.

Essas mudanças ocasionam “a digitalização de diversos aspectos de nossas vidas e as possibilidades de acesso e uso dessas informações por inúmeros sujeitos, conhecidos ou não”, como descreve Julia Powles⁸¹, da Universidade de Cambridge.

Para ela, os debates envolvendo o direito ao esquecimento caem no extremismo, e criam situações do tipo “tudo ou nada”, o que justifica a necessidade de se valer da ponderação de interesses e análise minuciosa sobre a matéria.

⁸⁰ DEL GIUDICE, Manlio. From information society to network society: the challenge. In: DEL GIUDICE, M.; PERUTA, M. R. D.; CARAYANNIS, E. G. *Social media and emerging economies: technological, cultural and economic implications*. Londres: Springer, 2014. p. 72.

⁸¹ INTERNETLAB. *Direito ao esquecimento: entre liberdade de expressão e direito de personalidade*. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/pt/noticias/direito-ao-esquecimento-entrevista-com-julia-powles/>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

Julia Powles expõe os principais resultados e conflitos que surgiram com a implementação da decisão sobre direito ao esquecimento na Europa – dando oportunidade a uma análise crítica de casos emblemáticos ocorridos no Brasil, projetos de Lei sobre o tema em tramitação no país – contribuindo para a discussão a cerca das disputas e interesses envolvidos na definição dos limites teóricos desse novo, e impressionante, conceito legal.

A pesquisadora ainda destaca que, em um primeiro momento, o direito ao esquecimento seria aplicado para pessoas comuns, não abrangendo atos ou entes públicos. Nesse contexto, não se trataria de direito ao esquecimento, mas de permitir que informações sem relevância à esfera pública não moldassem a todo instante a forma pela qual determinado sujeito é percebido pelo mundo.

Por outro lado, mas não menos importante, diz ela, é preciso voltar a atenção sobre aspectos da indexação e desindexação, cuja aplicabilidade não tem sido discutida adequadamente. O assunto é especialmente delicado a países como o Brasil, em que grupos da sociedade civil vêm lutando por mais transparência na arena pública.

Em igual medida, Anderson Schreiber⁸² explica que uma mudança dessa magnitude dá ensejo a importantes e profundas transformações:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste de seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha o direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a sua vida, por um acontecimento pretérito.

A possibilidade de desindexação ganhou notoriedade com o episódio envolvendo o Google Espanha e Mario Costeja González, advogado que teve seu apartamento levado a hasta pública para pagamento de dívidas com a seguridade social espanhola, e viu seu nome vinculado a uma página eletrônica de anúncios de leilões públicos, existente no jornal *La Vanguardia*, em 1998.

Em 2009, anos após adimplir sua dívida sem necessidade da venda judicial, Costeja acionou administrativamente o periódico, solicitando que seu nome não mais aparecesse no motor de buscas associadas ao fato, mas o pedido lhe foi negado.

⁸² SCHREIBER, Anderson. *Direitos...*, cit., p. 172.

O imbróglio, popularmente conhecido como caso *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González*, foi decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 2014⁸³, com decisão favorável a Costeja, determinando-se a desindexação de seu nome de buscadores como Google e Yahoo.

Extraí-se do julgado que a atividade de organizar e dispor sobre informações trazidas à *web* influencia grandemente a imagem construída por terceiros sobre o perfil de um determinado indivíduo, o que torna os provedores de busca capazes de formar ou ao menos influenciar a imagem que se tem sobre o objeto de suas buscas, principalmente quando o assunto são pessoas.

Mas o direito à desindexação em motores de busca como forma de se desvencilhar de informações prejudiciais, indesejadas e ocorridas no passado, necessita de estudos mais aprofundados, principalmente quando se questiona qual o perfil das pessoas que podem ser favorecidas pela exclusão de dados – se apenas cidadãos comuns, ou também pessoas públicas, que desfrutam de notoriedade, e agentes públicos.

Nota-se que tanto a pluralidade quanto a complexidade e a modernização das informações e relações humanas acabam por originar situações que forcem o ambiente jurídico a se questionar sobre a possibilidade de atribuir aos indivíduos uma assistência cada vez mais particularizada na ocorrência de situações específicas, emblemáticas e novas.

Para tanto, é imprescindível o papel do Direito e do Estado, seja no controle dos riscos, ou na prevenção dos danos relacionados à divulgação das informações, como forma de amortizar conflitos de interesses em áreas em que acontecimentos dessa natureza sejam mais frequentes.⁸⁴

Conclusão

O direito ao esquecimento constitui exemplo das consequências do dinamismo da vida em sociedade. Em aproximadamente 25 anos, passou-se do período em que o transcurso natural do tempo se encarregava de relegar ao esquecimento fatos triviais ou mesmo aqueles dotados de alguma repercussão social momentânea, à realidade atual, em que a sofisticação dos meios de comunicação e especialmente a *internet* permitem, com poucos cliques, rapidamente resgatar detalhes

⁸³ Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&docid=152065>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos...*, *cit.*, p. 183-184.

pretéritos da vida do cidadão comum. A constatação é clara: a sociedade tecnológica relegou a segundo plano a subjetividade do indivíduo.

Mas a questão não é rasa assim. Pessoas públicas, que de algum modo regem a *res publica*, ou então aquelas que justamente desfrutam da notoriedade que a sociedade lhes confere, não podem exigir o mesmo tratamento do cidadão comum e anônimo.

O fundamento do direito de ser esquecido é o mesmo dos direitos da personalidade, previstos na Constituição e também no Código Civil, a saber, honra, imagem, intimidade, privacidade e dignidade.

Há outro aspecto exposto na monografia e de vital importância para a abordagem do tema. Vivemos em tempos de informação plena, ampla e irrestrita. A Constituição garante a liberdade de imprensa, o direito de acesso à informação, e o direito de informar e ser informado, sem amarras ou censura. Significa dizer, nossa sociedade não admite proprietários de passado ou de versões voluntaristas da história - nem mesmo da própria história.

Com tantas premissas, o direito ao esquecimento revelou-se um complexo desafio aos operadores do Direito. E mais, os interesses são enormes, e foram expostos à sociedade na audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal como preparação ao julgamento do “Caso Aída”, mencionado em várias passagens deste trabalho.

Grupos ligados aos direitos humanos e aos institutos de defesa da cidadania sustentam que não se pode relativizar os direitos atrelados ao desenvolvimento da pessoa humana, tais como intimidade, vida privada, honra e dignidade, e por isso defendem a necessidade de regulação e controle do uso de dados que possam afetar aqueles direitos da personalidade. Segundo esse posicionamento, em especial na hipótese de cometimento de crime, o responsável, uma vez cumprida a pena e decorrido o prazo de cinco anos, tem o direito de ver apagadas as referências do fato criminoso. O contrário, alegam, implicaria num sancionamento perpétuo.

Em sentido diametralmente oposto estão as entidades pró-informação, aí incluídas as empresas que prestam serviços de busca – Google talvez seja a mais lembrada –, que entendem como ameaça à liberdade de imprensa e ao direito à informação, em seus variados ângulos, qualquer decisão que albergue o direito ao esquecimento. Lembram que os informes veiculados são verdadeiros, e a retirada de dados representaria impedir a livre circulação de informações na *internet* e flertaria com censura. Entende essa corrente de pensamento que o

juízo pelo STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815, que tratou das biografias não autorizadas, constitui parâmetro a ser seguido em relação ao direito ao esquecimento.

Arrisca-se aqui a afirmar que a solução mais adequada é impedir a versão amplificada do direito ao esquecimento, que deve ser reservada, em rígido juízo de ponderação, às hipóteses em que nitidamente o trânsito livre de informações pode comprometer seriamente os direitos da personalidade. Tome-se o exemplo, que deve se tornar frequente, da pessoa anônima, transexual, que, se constantemente lembrada perante a sociedade como alguém que optou pela alteração de gênero, jamais alcançará a plena realização de sua livre opção. Pergunta-se: a aplicação do direito ao esquecimento, diante dessas premissas, representaria afronta à liberdade de informação? Parece difícil responder afirmativamente, exatamente porque a recordação, no caso, seria opressiva, atentaria contra a dignidade, e não acarretaria nenhum prejuízo social.

Seria diversa a situação se um artista ou esportista famoso, depois de consagrado, fizesse a mesma opção. Não haveria, aqui, sim, como impedir a livre circulação de sua condição pretérita.

Os exemplos invocados revelam que não há como admitir genericamente a possibilidade de concessão do direito ao esquecimento, porque facultar que qualquer cidadão ou usuário dos serviços de busca molde os acontecimentos envolvendo seu nome, ou impeça a veiculação de notícia pelos meios de comunicação, representaria um atentado contra a livre circulação de dados e informações. Mas, em juízo de ponderação criterioso, com rigidez maior em relação a agentes públicos, fatos notórios e históricos, parece aceitável que se admita a restrição.

E há base normativa e interpretativa para a solução que se apresenta. O Supremo Tribunal Federal, como visto no corpo deste trabalho, reputa que não há hierarquia rígida e formal entre direitos fundamentais - e o são todos aqueles em conflito quando se debate o direito ao esquecimento. A ponderação de valores constitucionais, no caso concreto, resolverá a colisão, de modo a evitar o sacrifício absoluto de direito fundamental.

Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 26. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1993.
- ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2014.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia da vontade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAENEGEM, Raoul Charles van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTELLANO, Pere Simón. *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la EU*. Barcelona: Bosch, 2015.
- CATÃO, Marconi de Ó. *Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos de personalidade*. São Paulo: WVC, 2004.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Curitiba: Hemus, 2002.
- CRAVEIRO, Renato de Souza Marques. *O Direito à honra post mortem e sua tutela*. 2012. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DEL GIUDICE, Manlio. From information society to network society: the challenge. In: DEL GIUDICE, M.; PERUTA, M. R. D.; CARAYANNIS, E. G. *Social media and emerging economies: technological, cultural and economic implications*. Londres: Springer, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *O direito ao esquecimento como direito da personalidade*. 2016. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREITAS, Oswaldo. O anteprojeto do código civil. *Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência*, Porto Alegre, n. 62, p. 5-20, abr./jun., 1953. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:1953;000432005>>Revista jurídica. Acesso em: 14 jun. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1: Parte geral.

GOOGLE. *Os novos influenciadores*. Disponível em: <<https://www.thinkwithgoogle.com/intl/pt-br/advertising-channels/v%C3%ADdeo/youtubers-brilham-tela-dos-jovens-brasileiro/>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Os direitos de personalidade da pessoa jurídica de direito público*. 2010. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

IBCCRIM. *Audiência pública no recurso extraordinário nº 1010606/RJ*. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/docs/2017/pedido_ibccrim_habilitacao_ap_stf_esquecimento.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

INTERNETLAB. *Direito ao esquecimento*: entre liberdade de expressão e direito de personalidade. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/pt/noticias/direito-ao-esquecimento-entrevista-com-julia-powles/>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 171.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 7.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV.

MORATO, Antonio Carlos. *Quadro geral dos direitos da personalidade*. Revista da Faculdade de Direito, v. 106/107, p. 121/158, jan/dez. 2011/2012.

MPF. *REsp com agravo 833.248 - RJ*. Proc. Geral da Rep. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. 11.07.2016. p.14. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. As três correntes do direito ao esquecimento. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

SCIULLI, Gabriele. *Il diritto all'oblio e l'identità digitale*. Itália: Narcissus, 2014. Edição Kindle, Posição 572. In: FERRIANI, Luciana de Paula Assis. O direito ao esquecimento como direito da personalidade. 2016. 245 f. (Doutorado em Direito). Pontífice Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2016.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Tatiana Manna Bellasalma e; SILVA, Ricardo da Silveira e. Direito ao esquecimento na era virtual: a difícil tarefa de preservação do passado. In: CORAZZA, Thais Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes de (Org.). *Um olhar contemporâneo sobre os direitos da personalidade*. Birigui: Boreal, 2015.

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Os direitos da personalidade no código civil: o conceito de vida e suas implicações ambientais. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 11, p. 52-74, fev. 2013.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1993.

STF. *Palestra da presidente do STF abre fórum sobre direito ao esquecimento e proteção à memória*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353151>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. *Aberta a audiência pública sobre direito ao esquecimento na esfera civil*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346318>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. *ADI nº 4.815 - DF*. Rel. Min. Carmen Lúcia. 10.06.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

STJ. *REsp nº 1.335.153 - RJ*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 04.09.2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THE ECONOMIST. *YouTube highlights problems with digital advertising*. Disponível em: <<https://www.economist.com/news/business/21719840-big-brands-protest-about-ads-next-offensive-content-youtube-highlights-problems-digital>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

TJ/RJ. *Apelação Cível 2002.001.07149*. Rel. Des. Carlos Lavigne de Lemos, 26.11.2002. Disponível em: <<http://bemvin.org/revista-eletronica-v6.html?page=55>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

TOBENÃS, José Castán. *Los derechos del hombre*. 4. ed. Madrid: Reus S.A., 1992. p. 30.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

Novos contornos de proteção ao direito à imagem a partir da interpretação conforme ao art. 20, do Código Civil, perpetrada à luz da ADI 4815/DF

*Marcos Duque Gadelho Junior*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

“As leis conservam o crédito não porque sejam justas,
mas porque são leis.”
(Montesquieu)

Introdução

Cuidava-se de lugar comum na doutrina constitucional a afirmação de que nenhum dos direitos fundamentais ostenta uma primazia apriorística, uma relação de preferência hierárquica com relação às outras liberdades fundamentais; e o propósito jurídico repousava em evitar a consolidação do excesso, da radicalização de uma posição jurídica violadora do núcleo essencial de algum direito fundamental. A construção jurisprudencial e a importação hermenêutica dos critérios da ponderação, enquanto ideia geral de sopesamento, e dos princípios da proporcionalidade² e da razoabilidade consolidaram na jurisprudência nacional a ideia da ausência de direito fundamental absoluto. É o caso,

¹ Mestre em Direito do Estado pela USP (2014). Professor assistente nos cursos de especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura/Sorocaba (2016). Autor de obra jurídica. Juiz de Direito no Estado de São Paulo desde 2006.

² “A ideia de proporcionalidade revela-se não só a um importante – o mais importante, como em seguida proporemos – princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro topos argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como correto, por justo e razoável, de um modo geral – logo, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 226.).

v.g., do ADPF HC 82.424 (caso Ellwanger), em que a Suprema Corte definiu a responsabilidade do editor, como incurso no crime de racismo, pela publicação de livros, próprios e de terceiros, de conteúdo antissemita, afastando a incidência, no caso concreto, do direito fundamental a liberdade de expressão.³

A constatação mencionada, no entanto, parece ter sido superada a partir da leitura de um conjunto de precedentes da Suprema Corte Brasileira, das quais se extraem a consolidação, deliberada ou não, da primazia de alguns direitos fundamentais⁴, o que motivou alguns teóricos a sustentar uma posição apriorística de preferência (*preferred position*⁵) de alguns direitos em relação a outros igualmente de estatura constitucional, malgrado, frise-se, a maioria dos julgadores na Corte Constitucional tenha feito esforço hermenêutico descomunal (numa tentativa malograda, diga-se) em obter que não se trata de expurgar (ou não aplicar) do mundo jurídico o princípio ou a norma fundamental afastada.

Firmou-se, neste sentido, o protagonismo da liberdade de informação (de informar e ser informado) e da liberdade de expressão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4815/DF, objeto deste ensaio, em que a Suprema Corte julgou procedente

³ Recomento a leitura da obra do Professor Celso Lafer: *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005, que trata pormenorizadamente sobre o julgamento; e também da obra da autora Samantha Roberio Meyer-Pflug, *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2009. Sem prejuízo, reproduzo, porque oportuno, trecho do voto do (ex) Ministro Carlos Veloso sobre a ausência do caráter absoluto das liberdades fundamentais neste julgamento: “É indubitável que a Constituição Brasileira consagra a liberdade de expressão, que se consubstancia nas liberdades de manifestação de pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e de liberdade de imprensa (C.F. art. 5º, IV e IX; art. 220). Não é menos exato, entretanto, que não há direitos absolutos. Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidades contra grupos humanos, manifestações racistas, considerado o racismo nos termos anteriormente expostos, manifestações atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição, manifestações racistas que a Lei Maior repudia (C. F., art. 4º, VIII; ART. 5º, XLII).”

⁴ É o caso da ADPF nº 130, precedente da Suprema Corte em que restou declarada a ausência de recepção integral da Lei nº 5.250/67 (denominada Lei de Imprensa) no ordenamento jurídico vigente, com a prevalência normativa das liberdades fundamentais de informação e de expressão.

⁵ Afirma Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz: “A doutrina da posição preferencial desenvolveu-se, inicialmente, nos EUA [...]. Poucos anos depois, em 1943, no julgamento do caso *Murdock v. Commonwealth of Pennsylvania* (319 US 105 - 1943), a Suprema Corte norte-americana aplicou a teoria da posição preferencial à liberdade de expressão afirmando que “*freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in preferred position.*” (KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 402.).

a ação proposta pela Associação Nacional de Editora de Livros para dar interpretação conforme aos artigos arts. 20 e 21, do Código Civil, sem redução de texto, para declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente à obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo prescindível também a anuência das pessoas reputadas como coadjuvantes. Os referidos dispositivos condicionavam à divulgação e a publicação de escritos e imagens, sobretudo em obras biográficas (para fins comerciais), a concordância do titular do direito da personalidade, com lastro jurídico na norma hipotética fundamental prevista no inc. X, do art. 5º, da Carta da República de 1988.

A liberdade de informação e de expressão foi elevada, ainda que de forma não proposital, a uma categoria de sobredireito com relação às demais liberdades fundamentais. Com efeito, após reproduzir ensaios sobre a cronologia histórica da nossa legislação e da doutrina referente à liberdade de expressão e o direito à privacidade e a intimidade, a Ministra Relatora, Carmen Lúcia, assentou em seu voto na ADI 4815/DF:

A autorização prevista na legislação civilista talvez tenha sido pretensão de se constituir em proteção jurídica asseguradora da inviolabilidade constitucionalmente prevista e sem a qual o rol de direitos fundamentais não tem plena eficácia relativamente ao Estado e aos particulares. Não há, entretanto, como compatibilizar o que o direito garante como liberdade, assegurando a plena expressão, proibindo expressa e taxativamente qualquer forma de censura, definindo como direito fundamental a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da privacidade e, para descumprimento dessa norma, prescrevendo a forma indenizatória de reparação, e norma de hierarquia inferior pela qual fixada regra para o exercício dessa liberdade, iniciando-se com a ressalva “salvo se autorizadas”.

E, neste sentido, de maneira mais evidente, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no referido julgado:

A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima*

facie destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Tal posição de preferência – *preferred position* – foi consagrada originariamente pela Suprema Corte norte-americana, que assentou que ela “confere a estas liberdades uma santidade e uma autoridade que não admitem intrusões dúbias. [...] Apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis. Referida doutrina tem sido admitida no direito brasileiro e já foi adotada em diversos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 130 e a ADPF 187”.

Tendo este cenário de pano de fundo, cai por terra o entendimento jurisprudencial consolidado no STJ, e constante do enunciado da súmula 403 (“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”), sobre a necessária autorização do titular do direito subjetivo à imagem. Evidente também a redução substancial do âmbito de proteção do direito à privacidade⁶, e sua projeção no direito à imagem⁷, fenômeno este que consolidou a hierarquização dos direitos da personalidade, tornando praticamente letra morta a ponderação de interesses realizada pelo legislador no texto de lei em vigor (aprovado após a vigência da CF/88), que possuía substrato jurídico na Carta da República de 1988 (inc. X, do art. 5º), substituindo-o, ao final, pela interpretação dos juízes.

Cabe aqui reproduzir à crítica assinalada por Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz sobre a proibição ao legislador em ponderar valores constitucionais na aprovação das leis: além de antidemocrático, e constituir um descrédito à vontade racional do povo, maximizada na fórmula da lei, há um contrassenso positivista entre a proscrição, por parte do

⁶ “O direito à privacidade consiste na faculdade de se optar por estar só e não ser perturbado em sua vida particular, formando uma esfera de autonomia e exclusão dos demais e evitando que, sem o consentimento do titular ou por um interesse público, nela se intrometam terceiros. Assim, o direito à privacidade é um direito fundamental que permite que seu titular impeça que determinados aspectos de sua vida sejam submetidos, contra a sua vontade, à publicidade e a outras turbações feitas por terceiros. O direito à privacidade ou vida privada engloba, de acordo com a doutrina, o direito à intimidade”. (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 565.).

⁷ “O direito à imagem consiste na faculdade de controlar a exposição da própria imagem para terceiros”. (RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 466.).

legislador, em mediar o conflito entre valores e direitos fundamentais, e a autorização aos juízes a fazê-lo no caso em concreto.⁸

Lembro ainda, porque oportuno, que os direitos da personalidade estão integrados no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, e constituem espécie do gênero dos direitos fundamentais.⁹ Não é à toa a máxima de Pontes de Miranda, reproduzida em massa pela doutrina, no sentido “Com a teoria dos direitos da personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito.”¹⁰

Logo, a posição de prevalência assentada no resultado do julgamento da ADI 4815/DF, conferindo primazia à liberdade de informação e à liberdade de publicação de quaisquer obras biográficas, independentemente da atividade ou função profissional do sujeito biografado (“e de pessoas retratadas como coadjuvantes”) – conquanto a Ministra Relatora tenha feito breves considerações sobre a distinção (quase “*obter dictum*”) – além de ignorar o aspecto econômico da comercialização da obra em manifesto prejuízo do biografado, importará em grave violação aos direitos fundamentais (sobretudo os direitos da personalidade), porquanto é natural a abordagem de aspectos da vida privada e da intimidade do biografado, que, não raro, não mantenha correlação alguma com a sua atividade ou função que lhe assegura a notoriedade e será utilizado, como se extrai da realidade, como instrumento atrativo de divulgação para a comercialização da obra.

É verdade que o direito alienígena tem restringido o âmbito de proteção do direito de intimidade e de privacidade, mas o fez inicialmente com relação aos agentes políticos, conforme se depreende do famoso precedente *New York Times vs. Sullivan (376 US 254-1964)*, em que restou assentada uma profunda transformação na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos¹¹. Os julgadores decidiram, em

⁸ Afirma: “O fato de outorgar ao legislador a possibilidade de realizar uma pré-ponderação a respeito do tema não significa, obviamente, que os juízes deverão aplicar a lei cegamente. As escolhas realizadas pelo legislador estarão sujeitas, sempre, à revisão judicial. Neste caso, no entanto, o ônus argumentativo será maior. Ou seja, superar a regra jurídica demanda a apresentação de argumentos razoáveis que justifiquem a desconformidade do caso concreto com as escolhas prévias realizadas pelos legítimos representantes do povo.” (KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. Op. cit., p. 145.).

⁹ Lembra Paulo Lôbo: “Os direitos da personalidade são os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade. Os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil.” (LÔBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.).

¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 7, p. 6.

¹¹ Enfatizou Dworkin: “O caso Sullivan entrou para a história não só porque nele foi revisto o direito constitucional sobre a calúnia e a difamação, mas também porque a linguagem e as imagens de

breve síntese, que a demonstração da verdade das informações desabonadoras aos agentes políticos se mostra insuficiente para gerar o dever de indenizar, porquanto, no limite, poderá inviabilizar o próprio exercício da atividade jornalística, na medida em que nem sempre se mostra possível à demonstração tempestiva da veracidade das informações no mundo contemporâneo. Assim sendo, restou assentado pelo voto do Juiz Brennan que as “pessoas ‘públicas’” só poderão receber indenização por calúnia ou difamação se comprovarem que não só o que foi publicado é falso, mas também que foi propalado com malícia efetiva (*reckless disregard*), ou seja, com ciência de que a informação era falsa ou com temerária desconsideração pela sua veracidade.

Ocorre que, repise-se, o resultado proclamado no julgamento da ADI 4815/DF autoriza a publicação de obras biográficas de qualquer pessoa, ainda que não exerça cargo público ou tenha atuação profissional de destaque e notoriedade no corpo da sociedade, além das “pessoas retratadas como coadjuvantes”. Ora, o simples fato de ter vínculo de parentesco, ou qualquer espécie de relação com o agente público ou pessoa reconhecida no cenário público (em razão da sua atividade ou função) é suficiente agora para assegurar a publicidade de atos da vida privada e da intimidade na obra biográfica. As inquietações jurídicas e políticas, a partir da decisão do STF, remanescem (ao menos no campo acadêmico) em perquirir a legitimidade da solução jurídica uniforme conferida a situações distintas, inclusive em relação às pessoas que não exercem função pública ou atividade de destaque na sociedade, ou, ainda, que jamais autorizaram a divulgação da sua imagem mediante retribuição monetária.

Tendo este cenário de pano de fundo, a reflexão deste breve ensaio recai na análise sobre os contornos jurídicos atuais de proteção ao direito de imagem.

2. Breves proposições normativas sobre os direitos de personalidade, em especial o direito à privacidade e sua projeção ao direito à imagem

A localização topográfica dos direitos da personalidade no texto da Carta da República¹², antecedendo, pela primeira vez em nossa história

Brennan passaram a definir todo o conjunto do direito relacionado à Primeira Emenda.” DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 317.).

¹² Art. 5º, incisos IV, V, VI, IX, X, XI.

constitucional, às normas de estruturação do Estado, revela sobremaneira a dimensão da importância conferida pelo legislador constituinte, fruto do processo histórico da redemocratização do país e do reconhecimento do marco fundamental civilizatório e da própria dignidade da pessoa humana. E mais, o Código Civil reproduziu a técnica do legislador constituinte ao trazer a lume e discriminar, logo no capítulo II, do Livro I, da Parte Geral, algumas espécies de direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade têm por essência direitos próprios do homem racional, que decorrem da condição de ser humano que integram o próprio ser da pessoa.¹³ Não se ignora, no entanto, a divergência na doutrina sobre a natureza jurídica dos direitos da personalidade, se inatos ao homem¹⁴ ou se somente reconhecidos positivamente pelo Estado. Ao preconizar a historicidade dos direitos humanos (que incorporam, por corolário lógico, a integralidade dos direitos da personalidade), Norberto Bobbio assinalou que os direitos humanos constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente.¹⁵

Também há desinteligência na doutrina sobre o catálogo e os atributos destes direitos. Carlos Alberto Bittar classifica-os como:

a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais; os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade, a intimidade; o sigilo) e os últimos, respeitantes a atributos

¹³ “Considera-se, atualmente, que o objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos e se apoiam no direito positivo. Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito, diferente dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Por meio dos direitos da personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos da personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano.” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.).

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 4-5.

¹⁵ Narra o autor “O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et involable foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas.” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18.).

valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto).¹⁶

A ausência de patrimonialização, a concepção repersonalizante dos direitos¹⁷, a intransmissibilidade, à irrenunciabilidade (estes dois últimos reconhecidos positivamente pelo legislador no art. 11, do Código Civil) e a imprescritibilidade, constituem os principais atributos dos direitos da personalidade. Lembro ainda, porque oportuno, que o ordenamento jurídico autoriza a transmissibilidade da projeção e efeitos de alguns destes direitos, como, v.g., na divulgação do direito à imagem em obras biográficas audiovisuais. Ocorre que, a partir da decisão prolatada na ADI 4815/DF, precedente que acolheu o pedido inicial para autorizar a divulgação e a comercialização de obras biográficas (incluindo aspectos na vida privada), independentemente da autorização do titular, colhe-se a mitigação definitiva dos caracteres destes direitos.

O direito à privacidade incorpora e resguarda os fatos relacionados à tutela da intimidade¹⁸ e o direito à imagem¹⁹, sendo aquela consagrada na expressão de “*the right to be let alone*”, no artigo de Warren e Brandeis publicado em 1850, conforme propalado pela doutrina²⁰. O legislador reconheceu a premente necessidade de assegurar proteção à esfera privada do sujeito de direito de toda intromissão e curiosidade (arts. 20 e 21, do Código Civil), promovendo juízo de ponderação com os demais direitos fundamentais, além de proteger a divulgação do “conhecimento

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 17.

¹⁷ Ensina Paulo Lôbo: “Na atualidade, a pessoa deve ser encarada em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato polo de relação jurídica. Nos direitos da personalidade a teoria da repersonalização atinge seu ponto máximo, pois, como afirmou San Tiago Dantas, não interessam como capacidade de direitos e obrigações, mas como conjunto de atributos inerentes à condição humana.” (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 142.).

¹⁸ “O direito à intimidade diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra. É a parte interior da história de vida de cada um, o que singulariza, e que deve ser mantida sob reserva. [...] O conceito de intimidade varia de pessoa para pessoa, mas acima de tudo depende da cultura de onde emergiu sua formação, em cada época e nos diferentes lugares onde desenvolva seu projeto essencial”. (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 154.).

¹⁹ Explica novamente Paulo Lôbo que: “Sob a denominação ‘privacidade cabem os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espeço público. Incluem-se os direitos à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem. [...] O direito à imagem diz respeito a toda forma de reprodução da figura humana, em sua totalidade ou em parte.” (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 152-158.).

²⁰ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 565.

alheio o modo de ser da pessoa²¹, com amparo normativo no inc. X, do art. 5º, da Carta da República de 1988, inclusive de agentes ou pessoas públicas que preservam o mínimo ao direito à vida privada.²²

3. Direito à imagem e os resquícios dos contornos de proteção no ordenamento jurídico. Conclusão

O direito à imagem ocupa papel importante no âmbito da teoria dos direitos da personalidade²³, tanto assim que, além da previsão constitucional (art. 5º, inc. X), a legislação civil e a penal²⁴ materializaram expressamente o seu âmbito de proteção normativa. A abordagem deste ensaio, por razões óbvias, está restrita ao marco civil, campo do Direito em que o legislador tratou de disciplinar a tutela ao direito à imagem, nos termos dos arts. 20 e 21, do Código Civil, “salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. [...]”, bem como “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. [...]”.

Restou consolidado no ordenamento jurídico, de forma clara e inquestionável, a faculdade jurídica de controlar e divulgar a própria imagem para a arena pública, sobretudo por terceiros (no caso das obras biográficas), e que, a exemplo dos demais direitos da personalidade, reveste-se dos atributos intrínsecos e comuns a todos eles, guardando

²¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit., p. 163.

²² Paulo Lôbo defende que: “[...] há uma esfera mínima de proteção da privacidade que deve ser observada, independentemente da maior ou menor exposição pública dessas pessoas, inclusive nos espaços públicos. Ao contrário do senso comum difundido, as pessoas públicas não perdem o direito à intimidade e à vida privada, pois a tutela do art. 5º, X, da Constituição os inclui.” (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 155.).

²³ “Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadora da pessoa)”. (BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 94.).

²⁴ O art. 154, do Código Penal criminaliza a divulgação dos segredos da intimidade de quem, por função, ministério ou profissão, tem a obrigação de guardá-los.

também simbiose com outros direitos²⁵. E considerando a presunção de legalidade dos atos frutos competência primária do Poder Legislativo, é lícito presumir que o legislador tenha promovido, ao tempo do procedimento legislativo da elaboração da lei, a análise da constitucionalidade das normas em vigor (arts. 20 e 21, do Código Civil), bem como, repise-se, o respectivo juízo de ponderação com outros valores de estatura igualmente constitucional.

Não há, a meu ver, alijamento da liberdade de informação ou de expressão, uma vez que exegese correta do dispositivo legal (com redação confusa, é verdade) revela ser prescindível a autorização na divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem, quando necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, ou se não atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo, desde que não se revista, neste último caso, de finalidade econômica. *A contrario sensu* a autorização do titular seria imprescindível apenas nas hipóteses de a publicação violar os parâmetros acima mencionados ou se destinar a fins comerciais, caso das obras biográficas, em que não se pretende apenas o relato histórico da pessoa biografada, mas também auferir lucros, já que é desconhecido o caráter filantrópico da atividade editorial das empresas.

Descabida, portanto, a intervenção do Poder Judiciário no campo da atividade legiferante (e cuja opção política já tinha sido materializada), traduzida no caso da ADI 4815/DF na interpretação conforme conferida aos dispositivos em análise (art. 20 e 21, do Código Civil), para declarar inexigível a autorização da pessoa biografada e daqueles retratados como “*coadjuvantes*”. Oportuno destacar, neste sentido, uma das grandes ilusões dos Direitos Humanos (e que podem ser aplicadas aos direitos da personalidade), que Boaventura denominou “descontextualização”²⁶, para expressar que a linguagem dos direitos do

²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 97-98.

²⁶ Boaventura remata: “É geralmente reconhecido que direitos humanos, como linguagem emancipatória, provêm do Iluminismo do século XVIII, da revolução francesa e da revolução americana. O que normalmente não é referido é que, desde então até os nossos dias, os direitos humanos foram usados, como discurso e como arma política, em contextos muitos distintos e com objetivos contraditórios. No século XVIII, por exemplo, os direitos humanos eram parte integrante dos processos revolucionários em curso e forma uma das suas linguagens. Mas também foram usados para legitimar práticas que consideramos opressivas se não mesmo contrarrevolucionárias. [...] O mesmo se poderia dizer de Robespierre que fomentou o terror em nome do fervor beato e dos direitos humanos durante a revolução francesa. Depois da revolução de 1848, os direitos humanos deixaram de ser parte do imaginário revolucionário para passarem a ser hostis a qualquer ideia de transformação revolucionária da sociedade.” (SANTOS, Boaventura de Sousa, CHAU, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 47-48.).

homem foi utilizada, ao longo da história, como instrumento ideológico por diferentes intérpretes em contextos com propósitos frontalmente incompatíveis²⁷, e se mostra presente na dialética das sociedades modernas, passando a ser monopólio de produção do Estado, que, no entanto, nem sempre se revela capaz de conferir unidade, efetividade e apresentar soluções para a tensão surgida na efetividade dos direitos.²⁸

É possível também, como visto acima, a outorga precária dos direitos jurídicos e econômicos da projeção da imagem a terceiros, mas não do próprio direito da personalidade²⁹, conforme se extrai da leitura do art. 20, do Código Civil, prática bastante comum no meio publicitário e artístico, patrimonializando os ganhos econômicos do titular do direito, observado fielmente os parâmetros contratuais ajustados para a sua exploração.³⁰ Lembra Roxana Cardoso o consentimento para a devassa da privacidade, e sua projeção do direito à imagem, é uma “*pré-excludente da ilicitude*”. E invoca a doutrina de Pontes de Miranda no sentido de que:

o direito à privacidade, que ele chama de direito a à intimidade, à uma liberdade. Existe, para ele, um 'direito a velar a intimidade, que constituindo-se uma liberdade e não um dever, pode ser exercida de duas formas: “velando-se o que se passa na intimidade ou expondo-a ao público.”³¹

²⁷ Ao refutar a existência de fundamentos absolutos dos direitos humanos, Bobbio traz a lume a preocupação com a antinomia entre alguns direitos fundamentais. “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”. (BOBBIO, N. A era dos direitos. Op. cit., p. 21.).

²⁸ “Mas a verdade é que a efetividade da proteção ampla dos direitos de cidadania foi sempre precária na grande maioria dos países. E a evocação dos direitos humanos ocorreu sobretudo em situação de erosão ou violação particularmente grave dos direitos de cidadania. Os direitos humanos surgem como o patamar mais baixo de inclusão, um movimento descendente da comunidade mais densa de cidadãos para a comunidade mais diluída da humanidade”. (SANTOS, Boaventura de Sousa, CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. Op. cit., p. 50.).

²⁹ LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 144.

³⁰ “Em consonância com as regras que imperam na matéria, a interpretação é estrita, somente se possibilitando o uso dos direitos expressamente ajustados e nos fins e nas demais condições estipuladas no ajuste. Ficam sob reserva do titular os aspectos e os direitos não compreendidos, por expresse, no contrato. [...] Constituem, assim, atos ilícitos, não só o uso não consentido, como também o uso que extrapole os limites contratuais (em finalidade diversa, ou não expressamente ajustada), em qualquer situação que seja colhida, ou fixada a pessoa, para posterior divulgação, com ou sem finalidade econômica”.

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 95-96.

³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit., p. 164-165.

Como se vê, a partir do julgamento da ADI 4815/DF, com a declaração de inexigibilidade de autorização da pessoa biografada, o atributo da intransmissibilidade da projeção do direito à imagem, tanto no campo jurídico quanto no aspecto econômico, restou praticamente eliminado, em atendimento não apenas ao interesse histórico da pessoa biografada, e dos “*coadjuvantes retratados*”, mas, pelo contrário, albergando também o propósito natural do mercado (cuja atividade não se reveste apenas na nobreza na divulgação de dados biográficos, mas também o lucro), pouco importando a natureza da atividade, função ou cargo ocupado pela pessoa biografada.

Sendo assim, os contornos de proteção à imagem da pessoa biografada serão sempre posteriores a publicação da obra biográfica, sendo o risco de dano ou de violação dos demais direitos fundamentais (e da própria personalidade) “próprio do viver”³², expressão constante da ementa do acórdão do julgamento na Corte Constitucional.

Não se pode ignorar, no entanto, que para alguns teóricos, ainda hoje, não está justificada a diferença do tratamento jurídico conferido às restrições prévias (no caso, impedir a publicação de obras biográficas), por meio de tutela jurisdicional inibitória, e às penalizações e às responsabilidades ulteriores à publicação. Isto porque, segundo esta visão, há uma tendência do Poder Público de analisar os meios mais do que os fins dos métodos de controle da liberdade de informação, bem como há substancial dificuldade de se traçar definição do que seja censura prévia, que, muitas vezes, poderá constituir uma penalização subsequente ao fato; e o inverso (punição ulterior) também é igualmente verdadeiro, já que a responsabilidade civil ulterior poderá configurar embaraço preventivo à liberdade de expressão e de informação (de terceiros).³³ De fato, ao se prestigiar a responsabilidade e sanções

³² Votou a Ministra Relatora Carmen Lucia, independentemente de a pessoa biografada ser pessoa pública ou agente político: “Temem-se versões equivocadas da história. Temem-se enganos e fraudes. O risco é compreensível e concreto, mas viver é arriscar. Há que se permitir o erro, para buscar o acerto. E garante-se a reparação sem tolher-se o direito do outro. [...] O mais doce mel não seria comercializado nem produziria lucro se não houvesse alguém afoito a adquiri-lo.”

³³ Neste sentido, o Professor Fernando M. Toller destacou: “Nesta ordem de coisas, também há autores que até chamam censura prévia normas com sanções penais a posteriori, e até sentenças judiciais concretas que impõem, em virtude das mesmas, uma responsabilidade subsequente à difusão. É de se louvar, nesta linha, a decisão da Suprema Corte Americana que em *Alexander v. United States*, em que se sustentou que o termo “restrição prévia” não se podia expandir ilimitadamente, e que, como em sua jurisprudência existe maior proteção contra elas do que contra as penalizações subsequentes, ‘é importante para nós delinear com alguma precisão as características definidoras de uma restrição prévia’.” E destaca, como exemplo do campo de atuação das restrições preventivas desde a “[...] censura prévia administrativa de filme às medidas preventivas administrativas ou judiciais em razão da segurança nacional ou em tempo de guerra; às medidas tomadas pelos juizes

ulteriores à expressão ou publicação, corre-se o risco quando menos da punição do emissário da mensagem no caso concreto, e mais de incorrer no efeito dissuasório (esfriamento) sobre a futura manifestação de terceiros. É o que se denominou “*chilling effects*”³⁴, o que, para alguns, irá impedir a difusão de informações ou expressões em igual ou maior medida do que um sistema de medidas judiciais preventivas.³⁵

A reflexão é puramente acadêmica (e quiçá, retórica), já que a decisão da Suprema Corte, como é cediço, vincula todos os órgãos e juízes integrantes do Poder Judiciário, estando proscrita, por corolário lógico, qualquer decisão judicial que proíba a publicação ou divulgação de obra biografada, independentemente da autorização do titular do direito de imagem.

Remanesce, portanto, o direito de resposta e de indenização ulterior à pessoa biografada em caso de violação a outros direitos da personalidade, sendo desta última o ônus argumentativo e probatório sobre a presença dos elementos normativos da responsabilidade aquiliana do autor e da editora da obra biografada, do que resulta, por corolário lógico, na perda do objeto da súmula 403, do STJ (“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”). E mais, a Suprema Corte não proibiu a retirada posterior da obra biografada em caso de violação de direitos fundamentais, do que resulta ser lícito a concessão da tutela cominatória para fazer cessar lesão a direito da pessoa biografada, mas que, por óbvio, jamais eliminará os danos causados e os proveitos econômicos auferidos por alguns.

para prevenir danos à honra, à intimidade, à própria imagem, ao direito a um julgamento justo ou aos direitos do autor; às medidas administrativas ou judiciais para evitar publicidades enganosas ou nocivas; e às restrições piquetes, marchas ou outras formas de expressão simbólica ou conduta agressiva”. (TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Tradução de Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46-47.).

³⁴ Trata-se do efeito de esfriamento que constitui uma dissuasão a liberdade de informação de terceiro. E isso ocorre, segundo alguns teóricos, com maior ou menor frequência em toda norma que estabelece responsabilidades civis ou penais. O fenômeno ocorre justamente quando há imposição de penalidades severas (v.g., substanciais indenizações) ou quando as normas “padecem de algum dos defeitos constitucionais que no Direito estadunidense se denominam de *vaguee* – ‘vagueza’ – e *overbreadth* – ‘sobrecompreensão’”. (TOLLER, Fernando M. Op. cit., p. 51.).

³⁵ Id., *ibid.*, p. 57.

Referências

- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
- KOATZ, Rafael Lorenço-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.
- TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Tradução de Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.

Direito ao esquecimento

*Fernando França Viana*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1) Introdução

Vivemos em um planeta muito grande que, por conta dos avanços da tecnologia, sobretudo na área da informação, acabou por se tornar muito pequeno. Essa realidade faz com que um morador do local mais isolado do planeta possa ter conhecimento de qualquer fato ocorrido no lugar mais distante. A noção de proximidade deixa de ser “ali de frente” e alcança muito além de onde o “horizonte acaba”.

A internet talvez tenha sido a maior responsável pela “diminuição” do mundo em que vivemos. Trata-se da mais importante ferramenta de aproximação entre os fatos cotidianos e as pessoas. Quando bem usada, também se mostra fundamental para a transferência de conhecimento e um meio de aprendizagem valioso.

Por outro lado, essa facilidade de transmissão de informações expôs de sobremaneira o ser humano. Dados pessoais e interesses que antes se restringiam ao núcleo familiar ou de amigos podem ser colocados na rede e alcançar o mundo. O mero arrependimento posterior é insuficiente para bloquear ou apagar o que já foi veiculado. O direito de ter a postagem esquecida no mundo digital é um desejo cada vez mais comum, mas conquista de poucos.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seus artigos 1º e 2º, Direitos Fundamentais que garantem a privacidade e a dignidade da pessoa humana. A má utilização da internet e do seu conteúdo atinge esses direitos e dá início a grandes conflitos.

A constitucionalização do Direito Civil apresenta como grande marco uma preocupação maior com a pessoa humana. Principalmente após a revolução industrial e a Segunda Guerra Mundial, a atenção do operador do direito se aproxima cada vez mais do indivíduo e o reco-

¹ Pós-graduado em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura.

nhece como sujeito de direitos que exigem maior proteção. Há, portanto, um afastamento da visão patrimonialista do direito.

Contudo, a proteção do indivíduo não se resume aos dispositivos constitucionais acima mencionados. A Lei Maior apresenta outras garantias que também devem ser observadas para a adequada proteção do cidadão. O direito ao meio ambiente, ao trabalho, à informação entre outros. O que mais interessa ao presente estudo é o direito à informação e o de ser informado.

O artigo 220, da Constituição Federal, e seu § 1º, estabelece que não sofrerão qualquer restrição, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, difundidos sob qualquer forma, processo ou veículo.

Realmente, a liberdade de expressão também se mostra como instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana. Pensar o contrário significa reduzir o indivíduo a mero espectador de um poder maior, sem qualquer possibilidade de questionamento. Certamente, suprimir esse direito acarreta em uma diminuição do homem que contraria o propósito da sua própria existência.

Todavia, inúmeras perguntas surgem destas proposições. Por exemplo, como conciliar o direito à informação e a proteção da dignidade da pessoa humana? É possível estabelecer uma prevalência entre eles? Será que existe uma única resposta para todas e quaisquer hipóteses?

Este trabalho não tem a pretensão de resolver esse dilema, se é que isso é possível. Por meio deste breve texto apresento o direito ao esquecimento e como essa figura jurídica pode atuar como uma das possibilidades para solucionar os conflitos entre os direitos fundamentais acima mencionados.

De toda sorte, se conseguir apontar apenas um norte para fomentar a reflexão e o debate sobre o tema, considero que minha missão estará cumprida. Ao final, apresento uma conclusão a respeito do que penso, ao menos até agora, ser a melhor solução para a aplicação do direito ao esquecimento às hipóteses concretas.

II) Direito ao esquecimento

1) Fundamento

O instituto tem recebido cada vez mais atenção, sobretudo na atualidade em que a internet aproximou o mundo e permitiu o

compartilhamento de dados e informações de forma instantânea. Com isso, um fato praticado por alguém, ainda que em uma esfera privada, pode ser “lançado” na rede mundial de computadores e alcançar um número incalculável de pessoas.

E, quando isso acontece, esse fato se torna público e, praticamente, impossível de ser apagado. Conseguir apagar uma postagem é uma conquista de poucos. A internet é uma ferramenta de pesquisa e de informação fantástica quando bem utilizada. Contudo, como veremos, também pode servir como instrumento para atingir diversos direitos à personalidade das pessoas.

Trata-se de uma preocupação moderna. Nem sempre foi assim. Em um período anterior à era digital, a tendência era que os fatos fossem esquecidos com o passar do tempo. Afinal, o registro dos acontecimentos, quando feito, se limitava a papeis, fotografias, reportagens entre outros meios “palpáveis”. Em regra, os fatos permaneciam vivos em um determinado meio social e, aos poucos, eram esquecidos.

Isso mudou radicalmente com a era digital, sobretudo com a internet e com a preservação cada vez mais necessária do direito à informação e da liberdade de imprensa.

A meu ver, a origem do conceito do direito ao esquecimento remonta ao direito ao segredo e à vida privada/intimidade.

Nas palavras de Capelo de Souza:

É que, a dignidade da natureza de cada homem, enquanto sujeito pensante dotado de liberdade e capaz de responsabilidade, outorga-lhe autonomia não apenas física mas também mora, particularmente, na condução da sua vida, na auto-atribuição de fins a si mesmo, na eleição, criação e assunção da sua escala de valores, na prática dos seus actos, na reaviação dos mesmos e na recondução do seu comportamento. Ora, tal autonomia, face à complexidade da vida social, pressupõe nomeadamente que cada homem possua uma esfera privada onde possa recolher-se (right to be alone), pensar-se a si mesmo avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas, esferas essa que os demais sob pena de ilicitude não devem violar, v.g., intrometendo-se nela e

instrumentalizando ou divulgando os elementos que a compõem.²

Nos Estados Unidos da América, a tutela da vida privada recebeu, originalmente, o nome de “right of privacy”. Segundo Elimar Szaniawski, a controvérsia foi levada à Suprema Corte americana por meio de um trabalho doutrinário desenvolvido por Warren e Brandies. O autor afirma que Samuel Warren teve sua vida vitimada pela imprensa, que publicava artigos abordando sua vida pessoal e social de seus familiares. Após um estudo de decisões da jurisprudência, os referidos estudiosos propuseram a criação de um novo direito, o “direito de deixar ficar em paz”.

Em 1965, a Corte Suprema entendeu que o “right of privacy” estava implicitamente reconhecida pela Constituição daquele país.

O autor adverte que nos Estados Unidos da América o direito à informação, principalmente em relação às pessoas públicas, como artistas e esportistas, serve como limitador do direito à privacidade. Isso porque, naquele país, a liberdade de informação tem um peso maior quando atinge a figura do “homem público”.³

Na França, a tutela da intimidade e da vida privada tem origem na proteção da propriedade. Entendia-se que, uma vez protegida a propriedade, também estar-se-ia garantida a intimidade, tendo em vista que era o local em que se desenvolvia a vida privada. Elimar Szaniawski ensina que a ideia de vida privada foi introduzida na França em 1944 pela “Ordonnance”, que introduziu na Lei de Imprensa de 1881 disposição relacionada à verdade de fatos difamatórios quando passíveis de comprovação, salvo nas hipóteses em que a imputação fosse concernente à vida privada das pessoas.

A partir de 1965, as decisões dos tribunais franceses também começaram a resguardar a vida privada de pessoas públicas. Por conseguinte, a jurisprudência daquele país estabeleceu os “limites que separam o direito ao respeito à vida privada dos indivíduos, frente ao direito do público à informação e a liberdade de imprensa”.⁴

² SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *Direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 317.

³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 153-155.

⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 158-162.

Já na Itália, a proteção à vida privada ganhou a atenção do legislador e da jurisprudência após a Segunda Guerra Mundial. Isso porque, após o término do conflito, surgiram livros, publicações e filmes que relatavam a vida de pessoas que tiveram algum envolvimento com fatos ou pessoas importantes da guerra.

A doutrina cita o caso da família Pettacci. A sra. Clara (Claretta) Pettacci é conhecida por ter sido amante do ditador facista Benedito Mussolini. Os dois foram fuzilados em abril de 1945 e os corpos levados a Milão e colocados de cabeça para baixo, onde uma multidão de pessoas descarregava sua raiva sobre os corpos. A vida privada da família Pettacci foi alvo de ataques, especulações e de muita exposição.

Em 1953, o Tribunal de Milão reconheceu que a publicação denominada “Il Grande Amore”, que descrevia a relação amorosa entre Claretta Pettacci e Benedito Mussolini, lesava a intimidade da família e determinou que o editor suspendesse a divulgação da obra.

Em que pese este exemplo histórico, a doutrina e a jurisprudência italianas ainda se apresentam divididas em relação ao conflito entre este direito ao resguardo da vida íntima e o direito à informação.

Na Alemanha, o direito à intimidade e à vida privada encontra seu fundamento na teoria das esferas de Hubmann. Segundo Elimar Szaniawski, o autor alemão classifica “o direito geral da personalidade em três círculos concêntricos dentro dos quais se desdobraria a personalidade humana”.⁵

O primeiro círculo foi denominado como “esfera íntima” e consiste no âmbito da vida em que o titular do direito se mantém em total segredo diante da coletividade. O referido autor adverte, apenas, que aquele que concorda em expor as particularidades da sua esfera íntima não pode, posteriormente, invocar a proteção dedicada a esta informação.

A chamada “esfera secreta” é o segundo círculo e é mais ampla do que o primeiro. Isso porque, admite-se que determinados segredos sejam de conhecimento de pessoas que fazem parte do cotidiano do titular do direito da personalidade.

Por fim, o último círculo é aquele denominado “esfera privada”. Nesta, um número maior de pessoas conhece a privacidade do indivíduo. Apenas a coletividade que não tem qualquer relação com o titular do direito da personalidade fica de fora.

⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 176.

Com efeito, deve ser feita a análise do fato concreto e a sua classificação entre as esferas acima mencionadas para admitir a sua divulgação.

Por fim, no Brasil, o resguardo à vida privada e à intimidade alcançou o patamar de direito e garantia fundamental por meio da Constituição Federal de 1988. O artigo 5º, inciso X, da Lei Maior, dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Até esse momento, o Brasil viveu sob o controle de um Estado não democrático em que a violação à intimidade e à vida privada, sobretudo quando praticada pelo Estado, era justificada pela necessidade de segurança.

Felizmente, a Carta Magna elevou o Brasil a um estado democrático de direito em que se busca uma ponderação entre o direito à intimidade e à privacidade e o direito à informação e à segurança.

O artigo 20 do Código Civil também autoriza a proibição de “divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição, ou a utilização da imagem de uma pessoa”, salvo se autorizadas ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Portanto, o fundamento do direito ao esquecimento está relacionado à proteção da intimidade e da privacidade do titular do direito. É importante destacar que se trata de uma figura própria e com finalidade específica.

2) Conceito

O exemplo histórico mais citado pela doutrina, que deu origem às reflexões a respeito do direito ao esquecimento, é conhecido como “Caso Lebach – (Soldatenmord von Lebach)”, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão. Os fatos ocorreram em 1969, em um vilarejo a oeste da Alemanha chamado Lebach. Naquela localidade, quatro soldados que guardavam um depósito de munição foram assassinados e um quinto ficou gravemente ferido. Foram roubadas armas e munição. Após o processo, dois réus foram condenados à prisão perpétua e um terceiro a seis anos de reclusão.

Este último cumpriu toda a pena e tomou conhecimento que uma rede de televisão tinha produzido um documentário a respeito do caso que seria exibido pouco antes da sua soltura. No documentário seriam apresentados os nomes e as fotografias dos acusados, bem como uma

reconstituição dos fatos. Este réu promoveu uma medida judicial inibitória para impedir a exibição do programa. Argumentava que a transmissão dificultaria seu processo de ressocialização e que já tinha cumprido a pena imposta pelo sistema.

A medida não foi acolhida nas instâncias ordinárias, razão pela qual foi apresentada uma reclamação para o Tribunal Constitucional Alemão. O fundamento do pedido era a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na constituição alemã. O Tribunal decidiu que a rede de televisão não poderia transmitir o programa por entender que, naquela hipótese, a proteção ao direito da personalidade deveria prevalecer sobre a liberdade de informação. A corte sustentou que o crime já estava solucionado, os culpados julgados e condenados, de sorte que, dado o decurso do tempo, não haveria mais interesse social em recordar aqueles fatos, sobretudo diante da necessidade de reincidir o acusado na sociedade.

A ementa da decisão está disponível em <http://constitucional1.blogspot.com.br/2008/11/o-caso-lebach-o-sopesamento.html>.

Em verdade, o tema não é novo e já é objeto de estudos e controvérsias na Europa e nos Estados Unidos da América. O direito ao esquecimento também é conhecido como “direito de ser deixado em paz”. Em inglês, a expressão mais usada é “the right to be alone”.

Percebe-se que o tema vem ganhando cada vez mais relevância dado o avanço dos meios tecnológicos de informação. Atualmente, um fato ocorrido no passado dificilmente consegue ser esquecido, “apagado”, sobretudo se verdadeiro e de relevância social.

Anderson Schreiber assevera que:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito.⁶

⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 466.

Por conta desse excesso de informação e exposição, a doutrina tem voltado os olhos para o tema.

Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder definem o direito ao esquecimento como o direito à autodeterminação informativa, que confere ao titular o controle sobre suas informações e dados.⁷

Nelson Rosenthal afirma que é o direito de não ser lembrado eternamente por um equívoco do passado ou por situações constrangedoras, bem como de impedir que determinado assunto seja reavivado por membros da sociedade.⁸

Anderson Schreiber ensina que o direito ao esquecimento assegura a possibilidade de se discutir o uso, o modo e a finalidade de fatos pretéritos.⁹

Para Viviane Nóbrega Maldonado, o direito ao esquecimento pode ser “entendido como a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora seja verdadeira e que, preteritamente, fosse considerada relevante, não mais ostenta interesse público em razão de anacronismo”.¹⁰

É importante destacar que o direito ao esquecimento não está relacionado a um meio para apagar o passado. Na realidade, a ideia central é preservá-lo para impedir que seja utilizado de forma leviana e prejudicial à pessoa.

Em um primeiro momento, o instituto foi abordado na área criminal. Seu principal objetivo era proteger os dados daqueles que figuraram como réus em ações penais, sobretudo aqueles que foram absolvidos. Conforme acima mencionado, os avanços dos meios de comunicação e pesquisa na internet fizeram com que essas informações continuassem disponíveis na “rede”, podendo ser acessadas por qualquer um.

Contudo, assim como ocorreu no “caso Lebach”, a disposição dessas informações sem qualquer limite pode prejudicar a ressocialização do culpado e a continuidade da vida daquele que foi declarado inocente.

A nosso ver, o direito ao esquecimento é o direito de alguém em não permitir que fatos ocorridos em algum momento da sua vida, ain-

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 287.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 196.

⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 174.

¹⁰ MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. Barueri: Novo Século, 2017. p. 97.

da que verdadeiros, não sejam expostos ao público indefinidamente, tendo em vista a possibilidade de provocar danos ou transtornos.

Evidentemente, o tema/instituto não está isento de críticas. Daniel Sarmiento, em artigo publicado na revista *Alphadog*, assevera que “ao menos em relação a fatos que envolvam interesse público - o que inclui aqueles ligados ao conhecimento do nosso passado e da nossa história -, o direito ao esquecimento não deve ser reconhecido. Isso porque, nessa hipótese, a imposição do esquecimento não se compatibiliza com a proteção constitucional conferida à liberdade de expressão e ao direito fundamental de acesso a informação”.

O autor esclarece que a Constituição Federal assegura a proteção à liberdade de expressão e de informação e compara o direito ao esquecimento com uma forma de censura. Reconhece que as pessoas desejam esquecer os seus erros, mas adverte que erigir esse desejo à condição de direito significa impedir o conhecimento da história e a preservação da memória coletiva.

O Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, em notícia veiculada pelo <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/07/19/para-janot-direito-ao-esquecimento-fere-livre-expressao.htm>, se manifestou contrário ao reconhecimento do direito ao esquecimento.

Trata-se de um recurso interposto em ação de indenização movida pela família de Aída Curi contra a TV Globo. Veiculado pela emissora no programa “Linha Direta” como o caso Aída, a reportagem conta a história da morte de Aída Curi ocorrida em julho de 1958. Segundo as investigações, dois rapazes, ajudados pelo porteiro do prédio onde a vítima morava, abusaram sexualmente da sra. Aída Curi e depois jogaram o corpo do 12º andar com a intenção de simular um suicídio.

Um dos acusados foi condenado a pena de oito anos e nove meses, e o outro, menor de idade, foi encaminhado à instituição para menores competente na época. O pedido foi julgado improcedente nas instâncias ordinárias e agora aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Para o Procurador-Geral, o direito ao esquecimento não foi ainda reconhecido no âmbito civil e não há como reconhecer a indenização pela lembrança de fatos pretéritos. Também destaca que a Constituição Federal proíbe a censura ou licença prévia nos meios de comunicação. Conclui o procurador que:

Com essas considerações, não se pretende negar a existência do direito ao esquecimento nem

apontar sua incompatibilidade com a Constituição. Pretende-se apenas apontar que o reconhecimento de um suposto direito a esquecimento, tanto no âmbito penal como no civil, não encontra na jurisprudência nem na doutrina parâmetros seguros de definição, sem atuação do legislador.

3) Natureza jurídica

A despeito da controvérsia, entendo que o direito ao esquecimento deve ser classificado como uma figura dos direitos da personalidade. É importante destacar que o tema ainda não é muito explorado pela doutrina, de sorte que é difícil apontar uma posição predominante, muito embora grande parte dos autores venha se inclinando para esse entendimento.

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, em artigo intitulado “O direito ao esquecimento na internet e o Superior Tribunal de Justiça”, in *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 335-355, assevera que o direito ao esquecimento há de ser interpretado como um direito da personalidade decorrente dessa reinvenção da privacidade. Onde ser o direito ao esquecimento lido num conceito unívoco, evolutivo e de indeterminação semântica de privacidade, pela conjugação do âmbito de proteção do inciso III, do art. 1º (dignidade humana) e do inciso X (vida privada, intimidade, honra, imagem) do art. 5º da CF/88. Argumenta que ser reconhecido tal direito com a inteligência do art. 5º, § 2º, da CF/88, como direito fundamental não expressamente previsto.

Trata-se de uma “concepção negativa” do direito da personalidade, uma vez que garante ao titular a possibilidade de exigir de toda e qualquer pessoa respeito à sua memória, à sua honra e à sua privacidade.

O direito ao esquecimento também deve ser reconhecido como um instrumento para atingir esta dignidade humana, sobretudo por conta da necessidade de preservação da vida privada, da honra e da imagem do titular.

Em março de 2013, foi aprovado pela VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal o Enunciado 531 com a seguinte redação: “A tutela da dignidade humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento.”

A justificativa exposta na aprovação do referido Enunciado foi:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Com efeito, não há como dissociar o direito ao esquecimento dos direitos da personalidade e da garantia à dignidade humana.

De fato, não há lei ou dispositivo constitucional que regulamente o direito ao esquecimento.

O artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

É a hipótese em debate. Conforme já explicitado, o direito ao esquecimento remonta ao direito à intimidade e à vida privada. Por conseguinte, garante ao titular a liberdade de dispor sobre quais dados e fatos da sua vida particular gostaria que não viessem a público.

O Código Civil também não faz menção expressa ao direito ao esquecimento. Contudo, o referido Diploma Legal protege o nome, a honra e a privacidade, todos no capítulo dos direitos da personalidade.

Portanto, com todo o respeito a entendimentos em sentido contrário, não há como deixar de identificar o direito ao esquecimento como um dos direitos da personalidade.

4) Liberdade de informação e liberdade de imprensa

Uma sociedade democrática tem como uns dos seus pilares o direito à informação e à liberdade de imprensa. A importância destes institutos pode ser compreendida pelos dispositivos constitucionais que os asseguram de forma direta e indireta.

Os incisos IV, IX e XIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, garantem a livre manifestação do pensamento; a liberdade de expressão de

atividade intelectual, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; e o acesso à informação.

O artigo 220, da Lei Maior, estabelece que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

E o § 1º, do artigo 220, acima mencionado, assegura que “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

As normas constitucionais buscam garantir ao cidadão o direito de ter uma opinião formada sobre qualquer assunto e de manifestar esta opinião livremente.

O direito à informação também tem como característica o direito de ser informado. Cláudio Luiz Bueno de Godoy ensina que este direito de informação e de ser informado foi, em um primeiro momento, concebido como um direito individual que encontrava fundamento na liberdade de manifestação e expressão.¹¹

Contudo, a era moderna e os inúmeros veículos de comunicação com condições de transmitir informações ampliaram essa visão que passou a ter uma conotação coletiva.

É importante destacar que essa visão coletiva não afasta o direito individual de cada cidadão em expressar o livre pensamento.

O direito ao esquecimento, conforme acima conceituado, é o direito de alguém em não permitir que fatos ocorridos em algum momento da sua vida, ainda que verdadeiros, não sejam expostos ao público, tendo em vista a possibilidade de provocar danos ou transtornos. É intuitivo constatar que, no caso concreto, o direito ao esquecimento entra em rota de colisão direta com o direito à informação.

Diretamente ligada ao direito à informação é possível identificar a liberdade de imprensa. De fato, a imprensa revela-se como o instrumento para exercer o direito de informar e de ser informado.

De proêmio, é importante destacar que a imprensa não se limita aos jornais de papeis. Nos dias atuais, o conceito deve ser ampliado para atingir todos os meios de comunicação, sobretudo as técnicas de transmissão de dados que se valem de internet.

¹¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 51.

Por conta desta amplitude de instrumentos para informar e ser informado, José Afonso da Silva, valendo-se da expressão adotada no artigo 220, § 1º, da Constituição Federal, entende que a denominação mais adequada é a “liberdade de informação jornalística”.¹²

Em verdade, uma imprensa livre é um dos pilares de uma sociedade democrática. Nos tempos atuais, a importância deste instituto se reflete pelas garantias expostas na Carta Magna nos já mencionados artigo 5º, inciso IX e artigo 220, § 1º que garante a liberdade de expressão e de comunicação independentemente de censura ou licença, bem como a liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.

A imprensa que não é livre para expor fatos e expressar opiniões se transforma em um veículo de informação direcionada e veiculada a determinados grupos. A consequência é uma sociedade incapaz de questionar e de se desenvolver com dignidade. Como exemplo histórico do perigo de se limitar a liberdade de imprensa basta voltar à Alemanha pouco antes da Segunda Guerra Mundial. Assim que assumiu o cargo de chanceler, Hitler passou a perseguir opositores o que, certamente, o auxiliou na formação do estado nazista que, ao final, conduziu o mundo para o maior conflito bélico já registrado.

Como princípios da liberdade de imprensa, José Afonso da Silva ensina, em síntese, que: a) a liberdade de comunicação não pode, observado o disposto na Lei Maior, sofrer qualquer restrição, independente do processo ou veículo pelo qual se exprime; b) nenhuma lei contera disposição que possa constituir embaraço à liberdade de informação jornalística; c) é proibida a censura de natureza política, ideológica e artística; d) independe de licença de autoridade a publicação de veículo de comunicação; e) os meios de comunicação não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio.¹³

A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em respeito a este entendimento e ao disposto na Constituição Federal, reiteradamente garante a liberdade da imprensa e da informação, sem prejuízo da análise de eventuais abusos e suas consequências.

A título de exemplo, permito-me citar apenas duas decisões entre tantas outras encontradas por meio de simples pesquisa realizada junto

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 249.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 246.

ao site do Tribunal de Justiça, até mesmo para não tornar este trabalho cansativo.

Por força de matéria veiculada em um blog de jornalista, o interessado moveu ação de indenização contra o autor e contra o veículo de imprensa responsável. Sustenta que o artigo o trata de forma injuriosa e caluniosa, rebaixando sua vida pública, de modo a constituir ato ilícito passível de indenização por danos morais, pois foram ultrapassados os limites impostos pela boa-fé e bons costumes.

Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça manteve a sentença. O V. Acórdão tem a seguinte ementa:

Liberdade de informação – Matéria jornalística que expõe fatos e veicula opinião em tom de crítica – Ausência de ilicitude no comportamento do profissional de imprensa – Inocorrência de abuso da liberdade de manifestação do pensamento – Caracterização, na espécie, do regular exercício do direito de informação – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido (TJSP – Apel no 0008251-57.2012.8.26.011 – 5ª Câmara. Dir. Priv. – rel. Des. Moreira Viegas – j. 08.03.2017).

A decisão reforça a liberdade de imprensa e de pensamento do autor do blog, sem prejuízo de ter analisado o alegado abuso.

Em outro julgamento em que o interessado alegou o abuso do direito de informar e pretende o reconhecimento do seu direito de resposta. Contudo, a turma julgadora entendeu, de forma correta, que a matéria se limitou a informar uma investigação em curso.

Essa foi a ementa do julgado:

Direito de resposta – Publicação de matéria jornalística a respeito de suposto esquema de corrupção e tráfico de influência no âmbito das entidades de previdência complementar, com referência ao envolvimento do autor (membro do Conselho Nacional de Previdência Complementar e vice-presidente da ANAPAR – Associação Nacional dos Participantes de Fundos de Pensão) – Notícia que teve por base informações acerca de investigações em curso oriundas da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Fundos de Pensão – Liberdade de

imprensa assegurada pela Constituição Federal – Caráter informativo da notícia – “*Animus narrandi*” – Empresa jornalística que não extrapolou aos limites do direito de informar – Segura prova a demonstrar a regularidade da divulgação – Ausência da prática de ato ofensivo na veiculação da matéria a afastar a pretensão do direito de resposta – Sentença mantida – Recurso não provido.

O direito ao esquecimento mostra-se como um elemento limitador da liberdade de imprensa. Isso porque o titular poderá invocar o seu direito de ser esquecido em determinadas circunstâncias como forma de garantir a sua própria dignidade.

O grande problema nessa matéria se revela no momento do confronto entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação e a liberdade de imprensa.

5) Conflito entre o direito ao esquecimento, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa

De prêmio, observo que o direito ao esquecimento não se aplica às hipóteses em que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa são utilizadas para a publicação de fatos inverídicos. Quando isso acontece, o lesado pode se valer dos meios processuais próprios para que cesse a publicação do fato falso, sem prejuízo de eventual reparação pecuniária.

Por identidade de razões, o direito ao esquecimento não pode ser utilizado como fundamento para impedir eventual abuso no direito de informar. É importante destacar que a imprensa é composta de seres humanos e, portanto, falíveis. Logo, a garantia da sua liberdade pode ser utilizada, infelizmente, por pessoas com a intenção apenas de prejudicar e perseguir terceiros.

Nas palavras de Ênio Santarelli Zuliani: “a liberdade, que é um poder a ser exercido com critério, com lealdade e boa-fé, passa a ser um perigo quando confiada a imprudentes, a maliciosos e mal-intencionados, servindo de caminho curto para a prepotência, para a lesão de direitos, causa de danos gravíssimos, alguns irreparáveis.”¹⁴

Logo, o direito ao esquecimento não pode ser utilizado pelo mau exercício da liberdade de imprensa.

¹⁴ ZULIANI, Ênio Santarelli. *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 433.

Todavia, como conciliar o direito ao esquecimento com a liberdade de informação e a liberdade de imprensa? Será que alguém é obrigado a conviver com a repercussão de um erro do passado que sempre lhe provocou diversos problemas e transtornos sociais? Seria admissível a proibição da publicação e, por conseguinte, uma limitação no direito de informar e ser informado? São questões difíceis de serem respondidas que levantam debates e controvérsias.

De início, é importante destacar que, conforme já visto, o direito à honra, à vida privada e à intimidade, assim como a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa têm proteção na própria Constituição Federal.

O caso concreto pode colocar em rota de colisão esses direitos. Por conseguinte, a solução desse conflito não pode se valer das regras tradicionais para resolver as antinomias jurídicas. É certo que a análise pelos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade mostra-se insuficiente. Até porque, este método apresenta uma lógica de “tudo ou nada”.

Desse modo, por essa lógica, aquele direito que “sucumbir” após a colisão fica afastado do sistema jurídico, o que não se pode admitir quando se fala em princípios assegurados pela Constituição Federal.

Com efeito, a meu ver, nas hipóteses de conflitos de princípios a melhor solução encontra-se no exercício de uma ponderação entre estes com base no caso concreto.

Ronald Dworkin, citado por Virgílio Afonso da Silva, em artigo publicado na *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003, ensina que, no caso de colisão de princípios, não se indaga a respeito da validade de cada princípio, mas somente de peso.

A regra da proporcionalidade é aquela mais adequada para ilustrar, na prática, esta fórmula de sopesamento entre os princípios constitucionais colidentes.

A doutrina divide a regra da proporcionalidade em três sub-regras: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Para Virgílio Afonso da Silva a ordem de aplicação destas sub-regras deve ser respeitada, tendo em vista que “relacionam-se de forma subsidiária entre si”. Segundo o autor, o jurista somente deve analisar a necessidade se o problema/conflito de princípios não tiver sido solucionado pela adequação. Do mesmo modo, a proporcionalidade em sentido estrito será adotada na hipótese do conflito não ter sido resolvido pela adequação e pela proporcionalidade.

Superada essa ideia inicial, passa-se à análise de cada sub-regra.

O meio será considerado adequado se for apto a alcançar um resultado e a fomentar um objetivo, ainda que não alcançado. Virgílio Afonso da Silva ensina: “Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.”¹⁵

No tocante à necessidade, Fernanda Nunes Barbosa assevera que “pelo teste da necessidade, tem-se que ‘um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite em menor medida, o direito fundamental atingido’”.

Para Virgílio Afonso da Silva, o exame da necessidade é uma análise comparativa, ao passo que a adequação é um exame absoluto.

Por fim, não sendo possível solucionar o impasse do conflito entre os direitos fundamentais - direito à intimidade e à honra e a liberdade de imprensa (liberdade de expressão) por exemplo - passa-se a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Por meio desta sub-regra, mais uma vez nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, faz-se um “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.¹⁶

Fernanda Nunes Barbosa cita, como exemplo, a análise do conflito existente entre o direito à intimidade e a liberdade de expressão nas hipóteses das biografias não autorizadas. Segundo a autora, “deve ser questionado se a proteção da privacidade e dos demais direitos da personalidade do biografado justificaria a limitação à liberdade de expressão e, mais especificamente, a restrição do gênero biografia”.¹⁷

Para fins de solução destes conflitos entre os direitos fundamentais por meio da aplicação do direito ao esquecimento, também se mostra necessária uma análise do interesse público da informação, sobretudo por conta do decurso do tempo.

Deve-se questionar se o fato constrangedor a ser divulgado tem alguma relevância social para justificar a violação do direito à intimidade e/ou da honra do envolvido.

¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23-50, 2002.

¹⁶ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Biografias e liberdade de expressão* – critérios para a publicação de histórias de vida. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016. p. 206.

¹⁷ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Biografias e liberdade de expressão* – critérios para a publicação de histórias de vida. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016. p. 207.

Portanto, sempre que o caso concreto exigir a análise do conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito ao esquecimento, o jurista deve-se valer da regra da proporcionalidade acrescida da verificação do interesse público e social à informação.

III) Conclusão

Ao longo desta breve exposição, constata-se que não há como afastar o direito ao esquecimento do direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade são aqueles inatos ao homem, inerentes à sua condição humana com a finalidade de garantir seu adequado desenvolvimento com dignidade. São direitos absolutos, extrapatrimoniais, intrasmisíveis, imprescritíveis e indisponíveis.

O Código Civil dedicou um capítulo aos direitos da personalidade. Trata-se de uma inovação que mereceu elogios da doutrina, muito embora também seja unânime a opinião de que a abordagem foi tímida.

Por meio desta nova disciplina busca-se proteger elementos da personalidade que já tinham uma proteção geral na Constituição Federal. Por essa razão, o Código Civil protege expressamente o nome, a imagem e a honra do indivíduo.

O problema é que, na condição de humanos, por muitas vezes ao longo da vida, fazemos coisas das quais nos arrependemos. Vivemos na era digital e da informação de massa, de sorte que esses atos constrangedores tendem a permanecer à disposição de todos por tempo indeterminado.

Tentei expor o grande problema da proteção dos direitos da personalidade na atual realidade virtual. A internet e a ampliação dos meios de comunicação expôs o indivíduo ao mundo, sobretudo por conta do alcance que estes instrumentos oferecem.

O direito ao esquecimento surge como importante figura para fundamentar a pretensão de ver esse ato constrangedor suprimido dos meios de comunicação e informação.

É importante destacar que o direito ao esquecimento não pode ser adotado como fundamento para cessar uma agressão pelo mau jornalismo.

O direito ao esquecimento é o direito de alguém em não permitir que fatos ocorridos em algum momento da sua vida, ainda que verdadeiros, não sejam expostos ao público, tendo em vista a possibilidade concreta de ofensa à sua dignidade.

Trata-se de uma figura autônoma dentro do direito geral da personalidade.

Não se trata de um tema novo, especialmente quando analisado o direito comparado. Contudo, no Brasil ainda há muita controvérsia até mesmo a respeito da existência do instituto.

De fato, ao menos até o momento, parece-me que há uma tendência em conduzir o debate a respeito do direito ao esquecimento pelo caminho perigoso do tudo ou nada. Explico.

Por ora, discute-se se existe ou não o direito ao esquecimento.

Com todo o respeito aos entendimentos em sentido contrário, não há como negar a existência dessa figura jurídica. Ressalto que o direito ao esquecimento não busca apagar os registros da história e tão pouco a memória sobre fatos ocorridos.

O debate deve reconhecer que essa etapa inicial já está superada. A controvérsia deve seguir para o caminho da forma de aplicação do instituto.

Não acredito que deva existir uma regulamentação sobre o tema, tendo em vista que não há como delimitar todas as situações em que o direito ao esquecimento deve ser aplicado.

Por essa razão, foi exposta neste trabalho uma das formas de solução do conflito entre os diversos direitos da personalidade e o direito à informação, tendo como fundamento o direito ao esquecimento.

Talvez alguma alteração legislativa prevendo o direito ao esquecimento fosse bem-vinda, até mesmo para superar de uma vez por todas as resistências daqueles que negam a sua aplicação. Uma cláusula geral talvez fosse mais adequada para permitir ao juiz maior liberdade para sua aplicação ao caso concreto.

É evidente que esta solução deve ser objeto de muita reflexão, especialmente porque atingirá outros direitos fundamentais, como o direito à informação e a liberdade de imprensa.

De toda sorte, não tenho a pretensão de apresentar uma solução para a controvérsia que está apenas começando. Busco apenas fomentar a discussão.

Por ter certeza de que não sou dono da verdade, tenho a humildade de continuar estudando o tema e admito, no futuro, reconhecer equívocos e adotar posicionamentos diversos.

Enfim, o tema é fascinante e pouco explorado na doutrina brasileira. Espero, apenas, ter contribuído de alguma forma para a evolução da matéria, com uma proposta de reflexão para o aperfeiçoamento do direito ao esquecimento.

IV) Bibliografia

- BARBOSA, Fernanda Nunes. *Biografias e liberdade de expressão – critérios para a publicação de histórias de vida*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1: Parte geral.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1: Parte geral (arts 1º a 232).
- MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. Barueri: Novo Século, 2017.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo. Malheiros, 1999.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23-50, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípio e regras: mitos e equívocos de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. I, p. 607-630, 2003.
- SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *Direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- STOCO, Rui, *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013. t. II.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade/aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ZULIANI, Ênio Santarelli. *Reponsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A hermenêutica constitucional como forma de conferir efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana na temática da pessoa transexual

Frederico dos Santos Messias¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Antes de iniciar a abordagem deste tema, admito polêmico, é preciso um exercício de afastamento de nossas convicções pessoais sobre moralidade e religião, fincando nossa análise em uma direção estritamente jurídica, sob as luzes, principalmente, da Constituição Federal.

Para o Magistrado Paulista Luis Fernando Cirillo, a interpretação é entendida como obtenção do sentido verdadeiro, ou seja, como a apresentação de sinônimos ou a descoberta de uma verdade representativa.

E, citando Carlos Maximiliano, afirma que a Hermenêutica é entendida como sistema de interpretação. É apresentada como a teoria científica da arte de interpretar; subordinada ao Direito como ciência geral, e com o auxílio da Sociologia e da Filosofia Jurídica, oferece os processos de interpretação articulados num sistema.^{2,3}

Nessa quadra, inegavelmente, estamos vivenciando uma revolução, não de armas, mas de conceitos.

Proposições antigas cedem espaço a uma nova realidade, agora alicerçada no direito fundamental à diferença.

Peço licença para citar um trecho de voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Aliomar Baleeiro, proferido no ano de 1968:

¹ Titular da 4ª Vara Cível da Comarca de Santos, Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura, Corregedor dos Cartórios de Registro Civil da Comarca de Santos.

² CIRILLO, Luis Fernando. Richard Rorty e Carlos Maximiliano: uma leitura pragmatista da interpretação jurídica. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 15, n. 2, 2015.

³ Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas. A enorme dificuldade do velho modelo tecnicista não desconfia do mundo e prende-se nas suas certezas. (FEDRIGO, Camila Paese; DIAS, Maria Berenice; NOVAES, Rosângela. *Multiplidade e direito: As novas cores do ordenamento jurídico brasileiro: artigos e fotos selecionados*. Bento Gonçalves: Associação Refletindo Direito, 2015. p. 89.).

[...] Mas o conceito de “obsceno”, “imoral”, “contrário aos bons costumes” é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A polícia do Rio há 30 ou 40 anos não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-rei Eduardo VIII, então príncipe de Gales, assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado bikini (ou duas peças) seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental há 30 anos. Negro de braço dado com branca em público ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários estados norte-americanos do sul, até tempo bem próximo do atual [...]⁴.

De se anotar que nesta fase de transição entre realidades diferentes, não se consegue identificar o exato momento da ruptura, as alterações são contínuas, de modo que haverá um tempo em que ambas conviverão, fazendo aflorar, em maior escala no início da transição e em menor escala no seu final, momentos de conflito entre ambas.

Avançando, pois, na análise jurídica do tema, afastado de início a ideia de que haveria uma lacuna no sistema capaz de não reconhecer os direitos perseguidos legitimamente pelos transexuais.

A Constituição Federal fornece, com sobras, o suporte necessário para amparar a tese.

No entanto, tendo como ponto de partida a Constituição, afigura-se fora de dúvida o predomínio da ideia de dignidade como autonomia. Dentro de uma perspectiva histórica, a Carta de 1988 representou uma ruptura com o modelo ditatorial, intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil. Daí sua ênfase nas liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais.⁵

⁴ Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, Recurso em Mandado de Segurança 18.534, 2ª TURMA, JULGADO EM 01 DE OUTUBRO DE 1968.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Parecer. Rio de Janeiro. Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

No seu preâmbulo, há afirmação expressa de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo como um valor supremo a sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Ainda, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República, conforme artigo 1º, da Constituição Federal.⁶

Na lição do Ministro Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana funciona, assim, como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral. Tais considerações não minimizam a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica, que funciona, de certa maneira, como um espelho: cada um nela projeta a sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos. Onde não há consenso, impõem-se escolhas justificadas e convenções terminológicas.

E continua o Professor para dizer que na sua expressão mais essencial, a dignidade exige que toda a pessoa seja tratada como um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano. A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade da pessoa humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade da pessoa humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela. No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, fonte dos direitos materialmente fundamentais.

Para arrematar, o Mestre afirma com precisão que integram o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas.⁷

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Parecer. Rio de Janeiro. Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

Mais à frente, em seu artigo 3º, inciso IV, a Constituição Federal estabelece como objetivo fundamental da República promover o bem de todos, sem preconceitos, entre outros, de sexo, terminando com a cláusula aberta “quaisquer outras formas de discriminação”.⁸

De se lembrar, também, que a Constituição Federal é, na sua essência, um diploma normativo inclusivo, donde não se deve admitir qualquer interpretação do seu texto capaz de reconhecer e admitir alguma forma de discriminação, protegendo o cidadão de sofrimentos evitáveis na sua esfera social de relacionamentos cotidianos.

Importante perceber que o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido, como vimos, em pilar do eixo central de garantias da Constituição Federal, comporta uma dimensão existencial capaz de permitir que os cidadãos busquem a própria felicidade, fazendo livremente as escolhas que lhe pareçam mais acertadas.

Aliás, a evolução da doutrina dos direitos humanos caminha para reconhecer sujeitos específicos de direitos, dando ao indivíduo uma visão particularizada, o que importa, como consequência, na hipótese de ocorrência de alguma violação dos seus direitos, em uma resposta individual, própria para uma determinada categoria tida como vulnerável no meio social, as chamadas minorias.

Então, cabe indagar: Quem é o transexual? Quem é essa pessoa que está a merecer essa especial proteção do Estado enquanto integrante de uma minoria, exigindo uma visão particularizada no meio social em que vive?

O transexual é o indivíduo que nasceu homem ou mulher, segundo os critérios então vigentes para a definição do sexo, porém cresceu e se desenvolveu no seu íntimo como um indivíduo do sexo oposto, com hábitos, reações e aspecto físico diverso do seu sexo morfológico.

Ser transexual no Brasil, atualmente, é pertencer a um grupo invisível ou cuja visibilidade é ínfima. Transexuais são, na maioria das vezes, subcategorizados através de conceitos ligados à orientação sexual (como gay ou homossexual) que não se mostram aptos a enquadrá-los. O termo define identidade de gênero, mas as confusões conceituais são significativas dada a falta de conhecimento que os indivíduos da sociedade, em geral, possuem acerca das pessoas transexuais. No âmbito

⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

jurídico, trata-se de pessoas que, muito embora se identifiquem como homens ou mulheres, não são vistas da forma como se apresentam. O binarismo baseado na genitália (possuir pênis para ser identificado como homem e vagina para ser identificada como mulher) acarreta consequências significativamente negativas na vida de tais indivíduos.⁹

Há, no indivíduo transexual, e isto se revela extremamente importante, um repúdio ao sexo morfológico. Inclusive, o transexual não se enxerga como uma pessoa homossexual.

Ele estranha o próprio corpo que a natureza lhe deu ao nascer, gerando uma perigosa frustração, um desconforto que conduz à aut mutilação e ao autoextermínio.

A ambiguidade sexual decorrente do fenômeno da transexualidade é meramente biológica porque, no sentido psicossocial, o transexual tem a convicção de pertencer ao sexo oposto, com sentimentos, percepções, índole e conduta assim condizentes, em contraposição à sua genitália, que avilta o seu espírito.

Avançando na ideia de reconhecimento de direitos ao transexual, em que pese tratar-se de formalidade administrativa que não interfere no direito constitucional de escolha do seu projeto de vida, o registro público torna-se importante ante a sua natureza jurídica.

Registro é o conjunto de atos autênticos tendentes a ministrar prova segura e certa do estado das pessoas. Ele fornece meios probatórios fidedignos, cuja base primordial descansa na publicidade que lhe é imanente. Essa publicidade de que se reveste o registro tem função específica: provar a situação jurídica do registrado e torná-la conhecida de terceiros.¹⁰

A Lei de Registros Públicos (Lei 6015/1973), cuja finalidade é conferir autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos da vida civil, adotou como critério distintivo dos sexos a conformação da genitália, ou seja, pênis para o sexo masculino e vagina para o sexo feminino.

Esclarece Walter Ceneviva, sobre esse ponto, que a autenticidade é qualidade do que é confirmado por ato de autoridade. A segurança, como libertação de riscos é, em parte, atingida pelos registros públicos. Eficácia é a aptidão de produzir efeitos jurídicos, calcada na

⁹ FEDRIGO, Camila Paese; DIAS, Maria Berenice; NOVAES, Rosângela. *Multiplicidade e direito: as novas cores do ordenamento jurídico brasileiro*: artigos e fotos selecionados. Bento Gonçalves: Associação Refletindo Direito, 2015. p. 74-75.

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 81.

segurança dos assentos, na autenticidade dos negócios e declarações para eles transpostos.¹¹

Ocorre, porém, que, nos dias atuais, o critério do sexo aparente estabelecido pela Lei de Registros Públicos não é suficiente para a definição do gênero, impondo-se a consideração das condições psicológicas e sociais do indivíduo, definidoras da sua real sexualidade.

O transtorno de identidade sexual é doença catalogada na 10a Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde (CID 10), vindo a cirurgia de redesignação de sexo como solução terapêutica para estes casos.

Aqui, cabe abrir um parêntese para afirmar que, em que pese a catalogação da OMS servir como fundamento para a superação do óbice previsto no Artigo 13, do Código Civil, que somente autoriza a disposição de parte do próprio corpo por exigência médica, ousar dizer que, 1) não estamos diante de hipótese patológica, 2) o procedimento médico não é ato essencial para a definição do gênero.

A identidade sexual integra, ao meu sentir, os direitos da personalidade.

Vale, aqui, lembrar que o Brasil é signatário da Carta de Princípios de Yogyakarta (2006), documento universal que estabelece o claro afastamento de qualquer preconceito de gênero ou orientação sexual.

Afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da sua real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

Nesse diapasão, é absolutamente irrelevante para a definição do direito de alterar o gênero e o prenome que constam do registro civil a realização do procedimento cirúrgico de redesignação sexual.

O transexual já sente, em seu íntimo, pertencer ao sexo oposto, de modo que a realização ou não do procedimento de redesignação sexual se mostra irrelevante para a definição do gênero e, por consequência, do direito de alteração do prenome.

O Poder Judiciário avançou bastante no tema, mesmo que o caminho ainda seja longo para a integral concretude dos direitos dos transexuais.

Walter Ceneviva, citando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, lembra que o Poder Judiciário Bandeirante decidiu ser impossível retificar assento de nascimento para o fim de ficar constando

¹¹ CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-5.

mudança de sexo decorrente de ato cirúrgico errado, quiçá até criminoso, para atribuir ao interessado sexo que na realidade não tinha, nem poderá jamais ter.

Prossegue o autor para dizer que o caso cuidou de pessoa registrada, ao nascer, como do sexo masculino. Todavia, os órgãos genitais caracterizadores de tal sexo ficaram atrofiados. Passou a ter mamas salientes e outros sinais femininos. Submetido a exames e tratamento psicoterápico, mais tarde, veio a ser operado, quando lhe foram tirados aqueles órgãos, abrindo-se-lhe espécie de vagina, embora não tivesse útero nem ovários. O processo decorreu de seu pedido de retificação do registro, a fim de ficar constando que seu sexo era o feminino.

Por fim, afirma que concluiu o acórdão ser lamentável a situação criada pela operação, mas afirmou não ser possível dar-lhe sexo que não tem e que poderá levar pessoas a se unirem, em matrimônio, ao apelante, quando um dos fins do enlace (a procriação) jamais poderá ser atingido. Aliás, tivesse tido o apelado tratamento adequado, em tempo mais remoto, e poderia, tudo faz crer, ter chegado a ser um homem praticamente normal.¹²

Importante lembrar que, para os casos de indivíduos transexuais que realizaram a cirurgia de redesignação, a jurisprudência aceita com certa tranquilidade, quiçá de forma pacífica, a alteração do gênero e do prenome, inclusive com dois precedentes no Superior Tribunal de Justiça.¹³

Em ambos os casos, o fundamento usado para permitir as alterações do registro civil, na essência, foi a desconformidade entre o sexo biológico imposto ao nascer (critério legal) e o psicológico que vive no íntimo do indivíduo.

Nessa quadra, ao meu sentir, não há fundamento jurídico outro que possa impedir a autorização para mudança de sexo e prenome para os transexuais não operados.

Não há, portanto, adotando-se o fundamento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, razão jurídica diversa que possa obstar o mesmo direito para os indivíduos transexuais não operados, pois estes também sentem, no seu íntimo, como pertencentes ao sexo oposto.

A cirurgia de redesignação, na minha visão, é mera etapa complementar de todo um procedimento que inclui também, por exemplo, outras espécies de procedimentos cirúrgicos e a terapia hormonal.

¹² CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 218-219.

¹³ Superior Tribunal de Justiça, Recursos Especiais 1.008.398/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, e 737.993/MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha.

Não é demais lembrar vários casos de pessoas que não podem se submeter ao ato cirúrgico ou que são temerosas em relação a qualquer espécie de intervenção médica.

Além disso, some-se que a redesignação do sexo feminino para o masculino constitui procedimento não comum e sujeito a maiores riscos do que a redesignação do sexo masculino para o feminino, além do que a eficácia do membro construído ainda é duvidosa no primeiro caso.

Lembro, por oportuno, que no caso da redesignação do sexo feminino para o masculino até mesmo o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) aceita a realização do procedimento.

Havendo, assim, e dessa exigência não há como se afastar, laudo técnico psicológico que ateste a condição de transexual (convicção íntima de pertencer ao sexo oposto), tal prova já é suficiente para permitir a alteração do gênero e do prenome, independentemente do ato cirúrgico.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de decisão monocrática, amparada na jurisprudência dominante da Corte, homologou sentença estrangeira que havia reconhecido o direito à alteração de gênero e prenome de pessoa transexual.^{14,15}

¹⁴ SENTENÇA ESTRANGEIRA Nº 13.233 - ES (2015/0020486-7) RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ REQUERENTE: L L DE S ADVOGADO: WILLIAN VILELA DONIZETE DECISÃO L L DE S, brasileiro, qualificado na inicial, formulou pedido de homologação de sentença estrangeira proferida pelo Juizado de Primeira Instância N. 3 de Arrecife, Espanha, de autorização de mudança de sexo e de retificação de registro para mudança de prenome (e-STJ fls. 24/29). Tendo em vista a alteração do nome do requerente, foram citados terceiros possíveis interessados, não tendo havido contestação (e-STJ fl. 75). O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Edson Oliveira de Almeida, por sua vez, manifestou-se favoravelmente ao pedido (e-STJ fl. 83). É o breve relatório. Decido. Sobre o tema em análise, o Exmo. Ministro Barros Monteiro, nos termos da decisão monocrática proferida na SE n. 2.149/IT, assim se manifestou: a jurisprudência brasileira vem admitindo a retificação do registro civil de transexual, a fim de adequar o assento de nascimento à situação decorrente da realização de cirurgia para mudança de sexo. In casu, extrai-se da r. sentença homologanda o seguinte trecho, litteris: Assim, no caso dos autos, temos que LEUMISON RIBEIRO LEANDRO, conforme os relatórios médicos apresentados, entre eles e do médico forense, foi diagnosticado o transtorno de gênero, submetendo-se a tratamento há mais de dois anos sim [sic] que tenha nenhuma alteração psíquica que possa influenciar no transtorno de gênero (e-STJ fl. 21). O entendimento adotado na sentença homologando coaduna-se, portanto, com a jurisprudência firmada por este Superior Tribunal de Justiça, revelando-se, assim, ausência de violação à ordem pública, à soberania nacional ou aos bons costumes (art. 17 da LINDB e art. 216-F do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça). No mesmo sentido, confirmam-se algumas decisões monocráticas proferidas: SE n. 11.387/DE, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 12/08/2014; SE n. 9.836/ES, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 14/03/2014; SE n. 9.101/IT, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 12/04/2013; SE n. 8.771/PT, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 13/03/2013; SE n. 4.241/IT, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 16/12/2011 e SE n. 6.442/IT, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 31/05/2011. Por fim, insta salientar que os documentos necessários à homologação foram devidamente apresentados: inteiro teor da sentença estrangeira autenticada por

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo há três importantes precedentes.

Em Apelação da Relatoria do Desembargador Donegá Morandini, foi autorizada a alteração somente do prenome.¹⁶

Mais abrangente, na Apelação de Relatoria do Desembargador Vito Guglielmi e na Apelação da Relatoria do Desembargador Beretta da

autoridade consular brasileira (e-STJ fls. 24/29), sua respectiva tradução por profissional juramentado no Brasil (e-STJ fl. 19/23), bem como a comprovação do seu trânsito em julgado, ocorrido em 10 de junho de 2014 (e-STJ fl. 19). Sendo assim, é possível concluir que os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito foram observados (arts. 216-C e 216-D do RI/STJ), pelo que homologo o título judicial estrangeiro. Expeça-se a carta de sentença. Brasília (DF), 11 de setembro de 2015. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO Presidente.

¹⁵ SENTENÇA ESTRANGEIRA No 11.942 - IT (2014/0116950-3) RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ REQUERENTE: E D L ADVOGADO: CRISTIANI MAYER REQUERIDO: O MESMO DECISÃO E D L, brasileiro, qualificado na inicial, formulou pedido de homologação de sentenças estrangeiras proferidas pelo Tribunal de Rimini, República Italiana, de autorização de tratamento médico-cirúrgico necessário para adequar os seus caracteres sexuais à condição feminina (e-STJ fls. 64/65) e de retificação de registro para mudança de gênero e de prenome (e-STJ fls. 66/67). Tendo em vista a alteração do nome do requerente, foram citados terceiros possíveis interessados, não tendo havido contestação (e-STJ fl. 86). O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Edson Oliveira de Almeida, por sua vez, manifestou-se favoravelmente ao pedido (e-STJ fl. 92). É o breve relatório. Decido. Sobre o tema em análise, o Exmo. Ministro Barros Monteiro, nos termos da decisão monocrática proferida na SE n. 2.149/IT, assim se manifestou: a jurisprudência brasileira vem admitindo a retificação do registro civil de transexual, a fim de adequar o assento de nascimento à situação decorrente da realização de cirurgia para mudança de sexo. In casu, extrai-se da r. sentença homologando de retificação de registro o seguinte trecho, litteris: As afirmações conclusivas do auxiliar do Juiz, que conclui a subexistência [sic] de indubitáveis e inequívocas condições psicosexuais e somato-genitais de evidente marca feminina, depõem, com certeza, para o acolhimento da instância, fundada na tenaz convicção do recorrente de pertencer ao sexo feminino, condição já completamente realizada com a conversão dos seus caracteres sexuais primários e secundários, como se lê no relatório do perito. Perante a tais emergências processuais, não há nada a ser feito além de colocar em ação tais modificações intervindas e dar andamento ao seu pedido de atribuição do sexo feminino, o qual deve conseguir na sua íntegra, a atribuição de um primeiro nome que não haja obstáculo ao ser determinado como o assinalado 'Michelle' (e-STJ fl. 67). O entendimento adotado na sentença homologando coaduna-se, portanto, com a jurisprudência firmada por este Superior Tribunal de Justiça, revelando-se, assim, ausência de violação à ordem pública, à soberania nacional ou aos bons costumes (art. 17 da LINDB e arts. 5o e 6o da Resolução n. 9/2005 do STJ). No mesmo sentido, confirmam-se algumas decisões monocráticas proferidas: SE n. 11.387/DE, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 12/08/2014; SE n. 9.836/ES, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 14/03/2014; SE n. 9.101/IT, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 12/04/2013; SE n. 8.771/PT, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 13/03/2013; SE n. 4.241/IT, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 16/12/2011 e SE n. 6.442/IT, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 31/05/2011. Por fim, insta salientar que os documentos necessários à homologação foram devidamente apresentados: inteiro teor das sentenças estrangeiras autenticadas por autoridade consular brasileira (e-STJ fls. 6/9 e 15/21), suas respectivas traduções por profissional juramentado no Brasil (e-STJ fls. 64/65 e 66/67), bem como comprovação do trânsito em julgado das decisões. Sendo assim, é possível concluir que os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito foram observados, pelo que homologo os títulos judiciais estrangeiros. Expeça-se a carta de sentença. Brasília (DF), 10 de dezembro de 2014. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO Presidente.

¹⁶ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 990.10.115057-3, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Donegá Morandini.

Silveira, o Tribunal admitiu, além do prenome, a alteração do gênero.¹⁷

Consta da primeira Apelação a observação no sentido de que a alteração deverá ser averbada no registro civil, informando que se deu por decisão judicial. Na visão da Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, de um lado assegura-se o direito de terceiros, pois não há rompimento com a vida civil anterior e, de outro, preserva-se a dignidade e a privacidade do interessado, pois a informação não constará dos documentos de uso diário, constando, segundo a decisão, apenas da certidão de nascimento.

Sobre esse ponto, penso que melhor se revela o decidido pela Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que a informação seja anotada no livro registral, ao exclusivo conhecimento do interessado ou constando apenas das certidões de inteiro teor, somente expedidas com autorização judicial, nos moldes do que já acontece com os casos de adoção.

A vingar a tese de que se pode admitir nas certidões do registro público qualquer referência, ainda que genérica, sobre a alteração do gênero e do prenome, estar-se-ia perpetuando o constrangimento, em clara afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nessa mesma linha, em sede Recurso Especial, com origem em Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Ministro Marco Buzzi decidiu que:

[...] 1. Quanto à averbação, no livro cartorário, à margem do registro, de que a retificação do prenome e do sexo da requerente se deu em virtude de decisão judicial, infere-se que a temática já foi objeto de manifestação por esta Corte, orientando-se no sentido da tese defendida pelo ora recorrente, com as devidas mitigações. Nesse contexto, destacam-se os seguintes julgados, o primeiro, resalte-se, colacionado como paradigma no presente apelo extremo, e cujo entendimento fora mitigado pela jurisprudência mais recente da Segunda Seção desta Corte: Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada

¹⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 0008359-56.2004.8.26.0505, 6ª Câmara de Direito de Privado, Relator Vito Guglielmi. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 0028083-77.2009.8.26.0562, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Beretta da Silveira.

do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp no 678.933/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, Terceira Turma, DJ 21/05/2007). REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO. 1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional. 2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo. 3. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC. 4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. 5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prer-

rogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. 6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial. 7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 737.993/MG, Relator Ministro João Otávio Noronha, Quarta Turma, DJe 18/12/2009; grifou-se). Acerca do tema e perfilhando do mesmo entendimento, destaca-se ainda a decisão unipessoal proferida em sede de homologação de sentença estrangeira (SE no 4179/IT), da lavra do Ministro Cesar Asfor Rocha, publicada em 15/04/2009, de cuja parte dispositiva assim constou: Posto isso, homologo o título judicial estrangeiro, observando, no entanto, que, conforme ressaltado em precedente desta Corte (REsp 678.933/RS) e nos termos dos parágrafos 4o e 6o do art. 109 da Lei 6.015/1973, deverá ficar consignado às margens do registro civil do requerente que as modificações do nome e do sexo decorreram de decisão judicial. Expeça-se a carta de sentença. O entendimento acima explicitado [possibilidade de averbação] fundamenta-se na necessária correlação entre o teor do registro e a realidade/veracidade fática, conforme destacado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, no precedente supramencionado: Não se pode esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo. Trata-se de registro imperativo e com essa qualidade é que se não pode impedir que a modificação da natureza sexual fique assentada para o reconhecimento do direito do autor. (cf. REsp nº 678.933/RS). E ainda, segundo o Ministro João Otávio Noronha: Vale ressaltar que os documentos públicos devem ser fiéis aos fatos da vida, além do que deve haver segurança nos registros públicos. Dessa forma, no livro cartorário, à margem do registro das retificações de prenome e de sexo do requerente, deve ficar averbado que as modificações procedidas decorreram de sentença judicial em ação de retificação de registro civil. Tal providência decorre da neces-

tidade de salvaguardar os atos jurídicos já praticados, objetiva manter a segurança das relações jurídicas e, por fim, visa solucionar eventuais questões que sobrevierem no âmbito do direito de família (casamento), no direito previdenciário e até mesmo no âmbito esportivo. (Cf. REsp 737.993/MG). Neste particular, portanto, merece acolhimento a pretensão recursal, com as ressalvas a seguir expostas. 2. No que concerne ao teor das futuras certidões, requer o Ministério Público Estadual, ora recorrente, que sejam expedidas com a menção genérica da existência de elementos de averbação à margem do termo, que somente poderão ser solicitadas mediante requerimento do interessado ou por requisição da autoridade judicial (fl. 207, e-STJ). No entanto, referido entendimento não merece prosperar, porquanto não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, orientada em sentido oposto. A fim de ilustrar, cumpre transcrever excerto do voto do Ministro João Otávio Noronha, ao enfrentar questão idêntica a que ora se analisa, em precedente cuja ementa foi acima transcrita: [...] tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar nas certidões do registro público competente nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, sob pena de manter a exposição do indivíduo a situações constrangedoras e discriminatórias. (cf. 737.993/MG). Nesse sentido se destaca, outrossim, o acórdão proferido no julgamento do REsp nº 1.008.398/SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi (Terceira Turma, DJe 18/11/2009), cuja discussão se referia à hipótese muito semelhante ao presente caso, em que se determinou [...] que das certidões do registro público competente não conste que a referida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual. Ademais, no caso em tela, consoante se depreende dos autos, houve a apresentação de certidões expedidas por diversos órgãos estaduais e federais, de modo a resguardar eventuais direitos de terceiro. Desse modo, embora se admita a averbação, no livro cartorário e à

margem do registro, de que alteração se deu em função de decisão judicial, a existência da mencionada averbação não deverá constar das futuras certidões do registro público, como imperativo da proteção à intimidade. 3. Do exposto, com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso especial, a fim de autorizar a averbação, apenas no livro cartorário e à margem do registro, de que a retificação do prenome e do sexo da requerente é oriunda de decisão judicial, sendo vedada, nos termos da fundamentação, qualquer menção a este fato nas certidões do registro público.¹⁸

Por fim, cabe dizer que, sobre esse tema, estamos atrasados, ao menos no aspecto legislativo.

É que, enquanto em países, como a Alemanha, há legislação que permite aos pais, quando do nascimento do filho, adotar o sexo como indefinido, e a Argentina que editou a Lei de Identidade de Gênero, no Brasil, não há qualquer perspectiva nesse sentido.

O Brasil ainda sedimenta seu caminho, em passos lentos, com o reconhecimento por órgãos estatais do direito ao uso do Nome Social, ou seja, aquele pelo qual o transexual pretende ver-se chamado no meio social em que vive, sem alteração no assento de nascimento.

Algumas entidades de caráter privado, caso de escolas e universidades, avançam ao criar banheiros sem identificação de gênero ou extinguindo comemorações ligadas ao gênero, substituindo, por exemplo, o dia das mães e dos pais pela festa da família.

Não há mais espaço para meia dignidade. Ou aplicamos a Constituição Federal em sua inteireza ou rasgamos o seu texto. Não se pode admitir mais que o cidadão transexual seja colocado à margem da sociedade.

O Poder Judiciário, atento à evolução do fato social, tem cumprido o seu papel. Cabe agora ao legislador, representante dessa sociedade plural, fazê-lo.

¹⁸ RECURSO ESPECIAL Nº 1.043.004 - RS (2008/0064846-9) RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL RECORRIDO: HORACILDO MARTINS VEIGA ADVOGADO: EDUARDO S MENDONÇA E OUTRO(S). Brasília (DF), 1º de agosto de 2013.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto Davi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue: mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros*. Parecer. São Paulo. Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Parecer. Rio de Janeiro. Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CIRILLO, Luis Fernando. Richard Rorty e Carlos Maximiliano: uma leitura pragmatista da interpretação jurídica. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 15, n. 2, 2015.

FEDRIGO, Camila Paese; DIAS, Maria Berenice; NOVAES, Rosângela. *Multiplicidade e direito: as novas cores do ordenamento jurídico brasileiro: artigos e fotos selecionados*. Bento Gonçalves: Associação Refletindo Direito, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

LOPES, M. M. Serpa. *Tratado dos registros públicos*. 6. ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1960.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová: como exercício harmônico de direitos*

fundamentais. Parecer. São Paulo. Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, 2009.

SARMENTO, Eduardo Sócrates C. *A dúvida na nova Lei de Registros Públicos*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

III

Direito das obrigações

Dever de informação decorrente do princípio da boa-fé objetiva

*Alfredo Gehring Cardoso Falchi Fonseca*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. A origem do princípio da boa-fé objetiva. 2. A noção de boa-fé objetiva. 3. As funções da boa-fé objetiva. 4. A incidência do princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo. 5. A incidência do princípio da boa-fé objetiva nas três fases do contrato. 6. A importância do dever de informação na contemporaneidade. 7. O dever de informação e a eficácia do negócio jurídico. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Antoine Lavoisier, químico francês e pai da química moderna, tornou mundialmente consagrada a “Lei da Conservação das Massas”, de Mikhail Lomonosov, mais conhecida como a “Lei de Lavoisier”, segundo a qual não se cria e não se elimina matéria, não se cria algo do nada, e tampouco se transforma algo em nada, apenas ocorre a permanente transformação da matéria.

Tal princípio pode ser aplicado a qualquer ciência, inclusive à ciência jurídica, porque é vigente no nosso mundo, na vida das pessoas, nas sociedades e na história da própria humanidade, na medida em que, ao longo da história da vida das pessoas, das instituições, dos países, e da própria humanidade, muito embora exista uma persistente intenção de se manter tudo na forma atual, premidos pela necessidade

¹ Pós-graduado em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura.

de se encontrar soluções para problemas que atingem a vida de cada indivíduo e da sociedade, mudanças são feitas, e tudo aquilo que foi construído para durar para sempre muda para melhor ou para pior, e, a partir desta transformação, novos questionamentos são feitos, com novas alterações.

Do mesmo modo, o estudo e a compreensão da boa-fé objetiva não prescindem da análise da dinâmica da evolução do Homem, dos fatos históricos anteriores à sua elaboração, porque somente assim a entendemos como instrumento decorrente do aperfeiçoamento e da transformação da Ciência do Direito, e, a partir da justificativa de sua existência, do papel por ela desempenhado no nosso ordenamento jurídico, e, firmes nas bases que possibilitaram seu surgimento e sua conformidade atual, poderemos compreender que, como qualquer instituto e princípio, estará em constante evolução.

No presente artigo, pretende-se estudar um viés específico do princípio da boa-fé objetiva, qual seja, o dever de informação. Conforme será devidamente exposto, ele é essencial para que se tenha uma relação jurídica razoavelmente equilibrada, quer na constituição do vínculo jurídico-contratual, quer depois de executado o contrato, consoante se extrai do artigo 422 do Código Civil brasileiro.

1. A origem do princípio da boa-fé objetiva

Em Roma, já havia noções de boa-fé objetiva, tal como ocorria na exigência de assistência e colaboração entre o *paterfamilias* e as pessoas que se estabeleciam ao seu redor, as quais o acompanhavam à guerra e lhe deviam respeito. Entretanto, nessa época, a fides romana tinha um forte traço subjetivo e assim permaneceu por muito tempo, perpassando a época de influência do direito canônico e chegando até a época da Revolução Francesa.

Com a queda do Império Romano do Ocidente o direito romano praticamente desapareceu nessa parte do globo, ficando restrito seu estudo aos religiosos, mesmo porque a população, em sua grande maioria, não era alfabetizada. A propósito dessa relação entre a Igreja e a preservação do direito romano, ensina Franz Wieacker o seguinte:

através do cristianismo, todo o direito positivo entrou numa relação ancilar com os valores sobrenaturais, perante os quais ele tinha sempre que se legítimar. A partir do momento em que Santo Agostinho

pensou a comunidade jurídica terrena do império romano como cópia da cidade divina, a metafísica do direito – ainda que sob a forma da sua negação – tornou-se o tema condutor de todo o pensamento jurídico até o século passado. Esta metafísica, inteiramente estranha às origens da cristandade, bem como às do direito romano, foi a descoberta de Platão, descoberta que os Padres da Igreja receberam e a teologia da Alta Idade Média renovou. Ainda que ela seja considerada uma descoberta do espírito grego, o certo é que, para o pensamento europeu, até ao início da época moderna, foi quase exclusivamente mediada pela teologia.²

Por conta dessa vinculação entre o direito romano e a Igreja, alguns critérios utilizados apenas no âmbito da teologia moral passaram a ser úteis também para resolver questões envolvendo deveres jurídicos em geral, tais como a *aequitas (canonica)*, a *bona fides*, a *conscientia*, a *honestas* e a *miserericordia*. Eles tiveram especial significado em matéria de juros e usura, justo preço (*justum pretium*), proteção contra o dolo e coação no direito negocial.³

O caráter fortemente subjetivo desses critérios, entre os quais o da boa-fé, não se alterou no Código Civil francês de 1804. Embora constasse desse diploma legal o dever de boa-fé, ele não tinha qualquer aplicação, na medida em que vigorava o legalismo, o apego à lei escrita, à norma, e sua aplicação estrita, sem qualquer margem de interpretação reservada aos juízes.⁴

Cerca de um século depois, diante de inúmeros problemas decorrentes do positivismo e do legalismo, a boa-fé objetiva foi positivada no Código Civil alemão e passou a ser amplamente estudada e aplicada na Alemanha.⁵

² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. p. 18.

³ WIEACKER, Franz. Op. cit., p.75.

⁴ “D’autre part, le respect de cette loi créée par la volonté des interesses s’impose aux juges charges de l’interpréter. Ces derniers ne peuvent pas modifier les termes de la convention, ni en charges les éléments, qu’ils ne pourraient modifier le texte de la loi dont ils ont mission d’assurer l’exécution”. (COLIN, Ambroise; CAPITANT, H. *Cours élémentaire de droit civil français*. Paris: Dalloz, 1915. tome deuxième, p. 323.).

⁵ § 242 “Leistung nach Treu und Glauben Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

§ 242 Prestação de acordo com a boa-fé

O devedor está obrigado a executar a prestação como a boa-fé o exige, em atenção aos usos e costumes. (tradução livre)

Essa exigência de observância de boa-fé objetiva como um dever de lealdade para com a outra parte da relação jurídica veio à tona em uma época em que o direito iniciava uma nova era, uma era em que o sistema jurídico não era mais fechado, devendo o aplicador extrair a solução da questão apenas e tão somente a partir do texto legal, de forma literal. Era permitido ao intérprete e aplicador extrair valores sociais que não necessariamente estavam previstos em lei para que a solução mais adequada ao caso concreto fosse dada.

2. A noção de boa-fé objetiva

Segundo Miguel Reale, a boa-fé objetiva consiste na:

exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter e conta, como lembra Judith Martins-Costa, “a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como normativa de comportamento leal. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de “honestidade pública.”⁶

Cláudio Luiz Bueno de Godoy segue a mesma linha de raciocínio acima ao afirmar que a “boa-fé objetiva significa um standard, um padrão de comportamento reto, leal, veraz, de colaboração mesmo, que se espera dos contratantes”.⁷

3. As funções da boa-fé objetiva

A Professora Judith Martins-Costa⁸ fez profícua sistematização do princípio da boa-fé objetiva, dividindo-a em três setores: o primeiro de “função de otimização do comportamento contratual”; o segundo

⁶ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 248-249.

⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 72.

⁸ Op. cit., p. 357.

referente à “função de reequilíbrio” do contrato; e o terceiro correspondente à “função de limite” no exercício de direitos subjetivos.

Ela ensina que a função otimizadora do comportamento contratual é obtida por dois modos diversos: de um lado, pela imposição de deveres de cooperação e de proteção dos recíprocos interesses, deveres instrumentais de conduta, pois visam ao exato processamento da relação obrigacional, a satisfação dos interesses globais envolvidos, auxiliando na realização positiva do fim contratual e na proteção à pessoa e aos bens da contraparte. De outro, pela utilização do princípio da boa-fé como cânone de interpretação e integração do contrato consoante à função econômico-social que concretamente é chamado a realizar.

Atendendo a função de reequilíbrio contratual, há previsão do instituto da lesão e excessiva onerosidade, ambas com previsão no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil.⁹

Por fim, a função de limite no exercício de direitos subjetivos que a boa-fé objetiva tem pode ser encontrada nas suas vertentes do “venire contra factum proprium”, “surrectio” e “suppressio”.¹⁰

4. A incidência do princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo

Na vida cotidiana, e na maior parte dos casos, os contratantes são pessoas físicas, têm horários de trabalho a serem cumpridos, têm períodos certos do dia para levarem e buscarem as crianças na escola, possuem obrigações sociais, como a festa de aniversário do amigo, querem utilizar um período do dia para atividades físicas, não raro, além do trabalho, frequentam cursos técnicos ou universidades e, entre uma obrigação e outra, contratam.

Poder-se-ia argumentar que essa pessoa descrita é um consumidor, o destinatário final de um produto ou de um serviço, logo sob a proteção do Código de Defesa do Consumidor.

É bem verdade que a maior parte dos negócios buscados pelo “cidadão comum” está sob a égide da legislação consumerista, e, nestes termos, existe previsão expressa do dever de informação no art. 6º, inc. III (“São direitos básicos do consumidor [...] a informação

⁹ Op. cit., p. 367.

¹⁰ AGUIAR, Ruy Rosado de. *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 240 e ss.

adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...]”), mas, ainda que tal assertiva seja verdadeira, não se duvida que o princípio da boa-fé objetiva seja aplicado no âmbito das relações de consumo com os consectários lógicos, como a responsabilidade pós-contratual, cujas diferenças, em relação à responsabilidade pós-contratual cível, serão estudadas de forma mais detalhada adiante.

Além do que se discorreu, não há qualquer dúvida de que o princípio da boa-fé objetiva é aplicável às relações abrangidas pelo Código Civil, como vimos exaustivamente, seja para relações em que o adquirente ou o tomador de serviços seja um microempresário ou um empresário de pequeno porte, seja porque é uma grande pessoa jurídica, e, da mesma forma, devem receber informações adequadas e claras acerca do produto ou do serviço, e não se pode presumir seja o adquirente, abrangido pelo Código Civil, “expert” ao ponto de ter todos os conhecimentos exigidos para a destinação do bem ou do serviço.

Na realidade, importa demonstrar que nem sempre a contratação engloba todos os aspectos do fornecimento de um produto ou de um serviço, isso porque, embora haja consenso em torno da coisa e do preço, do prazo e da forma de entrega, bem como da forma de pagamento (espécie e lugar), a pressa em contratar e em vender, frequentemente, não possibilitam o esclarecimento de questões relevantes para ambas as partes, em especial, para o adquirente do produto ou do tomador do serviço, eis que hipossuficiente.

É o caso do dono da casa que quer colocar papel de parede, mas não sabe que o local de aplicação deve ter massa corrida, pois, se estiver somente no reboque, o produto a ser aplicado se soltará; ou do proprietário de uma construção que quer colocar calha, mas não sabe que, devido aos períodos de fortes chuvas, a largura da peça deve ser maior, sob pena de ingressar água no interior da residência; ou da situação em que a parede tem sérios problemas de infiltração e, procedida uma análise por profissional, este conclui bastar a colocação de pingadeira entre o muro e a parede, mas na realidade as pequenas trincas são a causa da infiltração e o gasto com pingadeira de nada adiantará; ou, ainda, do fornecedor de serviço que recomenda a aplicação de determinado produto para remoção da sujeira incrustada no piso, mas não avisa que a camada protetora também será removida, e o revestimento poderá ser facilmente marcado com o simples uso cotidiano, o que obriga o proprietário a quebrar todos os pisos e fazer a substituição por novos.

Esses casos apontam para a existência de uma relação de consumo, já que o tomador é destinatário final dos serviços, incidindo então as regras do Código de Defesa do Consumidor.

O consumidor, evidentemente, é a parte fraca da relação, pois é ele hipossuficiente dos pontos de vista técnico, financeiro ou probatório. A hipossuficiência financeira é a menos relevante, uma vez que as hipossuficiências técnica e probatória trazem prejuízos maiores se nenhuma medida for adotada para se romper essa desigualdade da relação.

Ora, quer o adquirente ou o tomador de serviços alcançar determinado fim, mas somente o fornecedor dos produtos ou dos serviços tem condições de dizer se aquele produto ou serviço servirá à finalidade almejada. Se eventualmente o fim visado não for atingido, para piorar, em muitos casos o consumidor não terá condições de demonstrar o vício ou o defeito do produto ou do serviço, em grande parte decorrente da falha do dever de informação.

Por tal razão, o Código de Defesa do Consumidor presume ser o consumidor hipossuficiente e possibilita ao magistrado a inversão do ônus da prova.

Ensina a Prof^a Judith Martins-Costa que o agir *segundo a boa-fé* objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico *campo de atuação* em que situada a relação obrigacional. Porém, no plano concreto das relações de vida que o Direito é chamado a ordenar, nem sempre é fácil saber quais são essas exigências de probidade, correção e lealdade; o que é um tráfico negocial adequado à finalidade e utilidade do negócio jurídico, em suma, o que caracteriza um comportamento segundo a boa-fé.¹¹

Nos exemplos acima, o tomador de serviços queria uma parede bonita, no caso do papel de parede, e não um papel que devesse ser constantemente recolocado; uma casa cujo interior estivesse preservado das chuvas; a eliminação das infiltrações na parede, não a mera colocação de uma pingadeira sem finalidade; ou um piso limpo, não um piso que precisasse ser tratado a todo o momento.

Em todos esses casos, faltou a informação necessária e adequada ao tomador dos serviços, mas o problema é que o prestador dos serviços, embora até houvesse eventualmente fornecido o produto pro-

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 41.

metido, a um bom preço, tivesse cumprido rigorosamente os prazos, e até mesmo tratado com cortesia o tomador de serviços, seja por entender desnecessário, seja por sequer ele próprio ter conhecimento técnico, ou até mesmo por dolo, forneceu o produto/serviço contratado, da forma contratada, mas nem um pouco útil para o outro contratante.

5. A incidência do princípio da boa-fé objetiva nas três fases do contrato

Poder-se-ia argumentar que, nos termos do artigo 422 do Código Civil, o princípio da boa-fé objetiva não teria aplicação à fase pós-contratual, pois ele dispõe que as partes devem guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, o princípio da boa-fé, nada mencionando acerca da fase pós-contratual.

Entretanto, tal conclusão colidiria frontalmente com a própria definição de boa-fé, pois frustraria a finalidade almejada pelas partes, tornaria inócuo o próprio contrato celebrado e incentivaria a deslealdade comportamental dos contratantes, se fosse viável o pleno desligamento, sem qualquer consequência, daquele que executou o pacto nos termos avençados, a despeito da inocuidade do bem fornecido ou do serviço prestado.

Conforme ensina Marcos Ehrhardt Júnior, a exigência de boa-fé no comportamento das partes impõe limites objetivos ao tráfego jurídico, desde o período pré-contratual (*in contraendo*) e até mesmo após o encerramento do negócio (*deveres pos factum finitum*), ensejando uma verdadeira transeficácia da relação contratual, cuja intensidade é inversamente proporcional ao espaço de autonomia privada reservado aos contratantes.

Segundo Rogério Ferraz Donnini, a responsabilidade pós-contratual corresponde ao dever de suportar os danos decorrentes da extinção do contrato, e sua ocorrência se dá quando do descumprimento dos deveres acessórios, decorrentes da boa-fé, entre os quais o da informação.¹³

Com base nas lições de Menezes Cordeiro, Rogério Ferraz Donnini enumera alguns exemplos, todos eles na Alemanha da década de 1920,

¹² EHRHARDT JÚNIOR, Marco. *Deveres gerais de conduta nas obrigações civis*: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais. Disponível em: <<http://do-cplayer.com.br>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

¹³ DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 129.

como o caso de compra e venda de terreno com vista para um monte, tendo o comprador sido convencido de que a maravilhosa visão não se perderia em razão de alguma construção, entretanto, o vendedor, posteriormente, aproveitando-se das mudanças no plano diretor, adquiriu o terreno e fez edificação; o segundo, também bem conhecido, o da venda de casacos de pele idênticos para duas lojas; ou o da venda do tapete, com omissão de informações de como instalá-lo, razão dos danos na peça.¹⁴

Oportuno deixar consignado que, com o fim de dirimir qualquer dúvida acerca da existência da responsabilidade pós-contratual no Código Civil, o Deputado Ricardo Fiúza apresentou o Projeto de Lei nº 6.960/2002¹⁵, para alteração do artigo 422 do Estatuto Civil, que passaria a possuir a seguinte redação:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios da probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.

6. A importância do dever de informação na contemporaneidade

O problema da informação é um grande mal que atinge a sociedade moderna porque, quando alguém quer adquirir um produto ou contratar um serviço, não tem ideia exata e clara do que está comprando ou avençando, ele apenas tem em mente as qualidades daquele produto ou serviço que são amplamente divulgadas pelos meios de comunicação.

É evidente a indispensabilidade da cautela do adquirente ou do tomador de serviços, mas este somente investiga nos limites do seu conhecimento, adquirido da experiência cotidiana ou das orientações de terceiros próximos, logo, deve o fornecedor do produto ou do serviço prestar todas as informações necessárias ao funcionamento do produto ou à eficácia do serviço.

Existem algumas profissões que somente podem ser exercidas mediante autorização do Estado, como médico, advogado e farmacêutico.

¹⁴ DONNINI, Rogério Ferraz. Op. cit., p. 91-94.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

Nesses casos, o profissional obtém aprovação em um curso superior e, ao menos no caso do advogado, ainda deve submeter-se a uma prova para demonstrar seus conhecimentos e assim conseguir o necessário reconhecimento da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para o exercício da profissão.

De outro lado, existem inúmeros prestadores de serviços que não se submetem a qualquer curso, não recebem avaliação de uma entidade, apenas aprendem determinado ofício na prática e se lançam no mercado na busca de clientes, muitas vezes adquirindo conhecimentos e experiências à custa de serviços mal feitos custeados por adquirente de produtos ou tomadores de serviços.

Esse problema ganha contornos especialmente graves em momentos de crescimento da economia, quando o mercado está aquecido as pessoas consomem, contratam, e, por óbvio, os profissionais reconhecidos pela qualidade de seus trabalhos estão sobrecarregados e pessoas sem experiência se lançam ao trabalho, sem qualquer respaldo técnico.

Tratando-se de profissão, não se pode esquecer que o prestador de serviços ou o fornecedor de produtos deve fazê-lo em grande quantidade para que possa obter lucro, auferindo assim o seu sustento e obtendo recursos que serão investidos na sua empresa, e, seja em parte por possuir outras obrigações, seja por costume, grande parte deles pensa que, fornecido o serviço ou prestado o serviço, está encerrado o vínculo com o adquirente, não há qualquer obrigação pendente e o retorno depende de novo contrato e nova remuneração.

As contratações, no mais das vezes, são feitas por telefone, por WhatsApp, por e-mail, nem sempre há o devido esclarecimento do que se está por contratar, e as informações não são prestadas de forma eficiente, com consequentes problemas para o contratante.

Há, aqui, quebra da confiança depositada na outra parte e, segundo José Tadeu Nevez Xavier, se no passado a simples proteção da liberdade era suficiente para o alcance da segurança almejada pelos indivíduos em seu convívio comunitário, hoje, esse objetivo é atingido pela tutela da confiança nas suas mais variadas dimensões, pois ela é uma verdadeira ferramenta jurídica, no sentido de potencializar a necessidade de coerência nos comportamentos que constroem as relações jurídicas.¹⁶ Ainda de acordo com esse autor, “a confiança chega a

¹⁶ XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Universidade do Rio Grande do Sul. p. 148. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13169>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

representar uma nova fonte de direito”, “agregando-se aos valores tradicionalmente apontados como criadores de relações jurídicas, como ocorre em relação à boa-fé objetiva”.¹⁷

Existe o dever de prestar todas as informações necessárias, verdadeiro dever de assessoria, até mesmo eventualmente mediante contraindicação do produto ou do serviço pretendido pela outra parte, ainda que fosse do interesse financeiro do fornecedor o atendimento do pedido do cliente, porque do lucro auferido da venda é que extrairia sua subsistência e o dinheiro para ampliação de seu comércio.

Veja-se o seguinte exemplo, extraído da vida cotidiana. Determinado proprietário de escola de natação teve problemas com o aquecimento da piscina; após contratação de profissional especializado, conclui-se que o defeito é no motor, que deve ser substituído. Já na loja, o vendedor oferece dois motores de fabricantes diversos, um melhor, porém mais caro, e outro, de pior qualidade a um preço mais acessível, entretanto o fornecedor olha para o antigo motor e lembra que é possível a retífica. Pesquisa feita demonstra que o custo de conserto do antigo motor é pouco inferior ao preço do motor novo de baixa qualidade, mas que, uma vez livre do vício que impede seu funcionamento, os benefícios que ele proporcionará serão superiores inclusive aos do motor novo, de melhor qualidade disponível, e de preço superior. Assim, o vendedor deixa de vender um motor novo e o encaminha a um técnico, que colocará o antigo motor em condições de funcionamento. Ora, o vendedor tinha todo o interesse em vender, pois é da venda que obtém o lucro do qual extrai numerário para sua subsistência e para investimentos em sua empresa, mas percebeu que aquela não era a melhor opção para o comprador, razão pela qual o alertou e o encaminhou a um profissional especializado.

É exatamente esse tipo de comportamento que faz fluir, de forma mais natural, a vida, as relações jurídicas, e põe os seus participantes em situação de colaboração mútua, ambos contribuindo um com o outro na consecução das obrigações.

7. O dever de informação e a eficácia do negócio jurídico

Ao se estudar a estrutura do negócio jurídico, dentro do sistema tradicional de classificação, verifica-se a existência de elementos essenciais genéricos e específicos, naturais e acidentais.

¹⁷ XAVIER, José Tadeu Neves. Op. cit., p. 148.

Os elementos essenciais genéricos do negócio jurídico, nos termos do artigo 104 do Código Civil de 2002, são agente capaz, objeto lícito, e forma; os elementos essenciais específicos decorrem de determinado negócio jurídico, como a compra e venda, que possui como elementos essenciais a coisa, o preço e o consentimento.

Os elementos naturais decorrem do próprio ato, como, na compra e venda, a garantia pelos vícios redibitórios e pelos riscos da evicção.

Por fim, os elementos acidentais, como o próprio nome indica, são acrescentados ao negócio jurídico para alteração de alguma característica natural, a exemplo da condição, do termo e do encargo.

Na análise dos elementos do negócio jurídico e dos seus defeitos, avulta a importância de se estudar a teoria desenvolvida por Pontes de Miranda, também conhecida como “Escada Ponteana”, segundo a qual há três planos: existência, validade e eficácia.

No plano da existência são indispensáveis a manifestação da vontade, o agente emissor dessa vontade, o objeto e a forma; no plano da validade, considera-se os mesmo elementos do plano da existência, porém com adjetivos, assim, a vontade deve ser livre, sem vícios; o agente deve ser capaz; o objeto deve ser lícito; e a forma deve ser a prescrita ou não defesa por lei; no plano da eficácia, analisa-se se o negócio jurídico é eficaz perante as partes, se não incidem aqui o termo, a condição ou o encargo.

Conquanto haja discussão na doutrina e na jurisprudência acerca de qual dos planos deve se inserir o dever de informação, compreende-se que a sua ofensa gera a ineficácia do negócio. Isso porque não parece haver qualquer sentido em se equiparar a ausência da manifestação de vontade à manifestação de vontade equivocada porque fundada em informação deficiente da parte contrária. Também não há lógica em se equiparar essa manifestação de vontade equivocada com a manifestação decorrente de dolo ou de coação moral irresistível. À vista disso, a ausência de eficácia seria a resposta mais adequada para o caso de manifestação de vontade equivocada porque decorrente de falha no dever de informação da parte contrária.

O artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor veio à tona com redação que sugere ser também essa a *mens legis*, pois ao dispor que os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance,

sinaliza que o dever de informação está no plano da eficácia porque gradua a manifestação de vontade livre.

A despeito de, tradicionalmente, o dever de informação estar regulado apenas no Código de Defesa do Consumidor, tratamento semelhante deve ser dispensado no campo das relações paritárias entre particulares, sobretudo depois de o novo Código Civil ter explicitado os deveres de probidade e honestidade no trato negocial (art. 422).

Conclusão

Não é possível prever quais serão os caminhos a serem trilhados pela ciência jurídica nos próximos anos, mas uma coisa é certa, a partir da abertura do sistema, o ordenamento jurídico nunca mais será o mesmo.

Impulsionado que foi pela necessidade de evolução, de transformação, decorrente das novas necessidades e do embate de ideias, o Direito continua a cumprir a jornada que lhe é proposta, que é atender o ser humano naquele pedaço de terra de uma determinada época, à luz dos valores abrigados por essa sociedade.

Referências bibliográficas

AGUIAR, Ruy Rosado de. *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

BRASIL. Código Civil brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Suplemento, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, n. 191-A, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, H. *Cours élémentaire de droit civil français*. Paris: Dalloz, 1915. tome deuxième.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Nestor et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. Coordenação de Cezar Peluso. 7. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2013.

EHRHARDT JÚNIOR, Marco. *Deveres gerais de conduta nas obrigações civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais*. Disponível em: <[http:// docplayer.com.br](http://docplayer.com.br)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale)*. In: *A boa-fé objetiva no sistema con-*

tratual brasileiro. p. 194. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewFile/49203/30834>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS, Raphael Manhães. *Análise paradigmática do direito das obrigações: boa-fé, deveres laterais e violações positivas do contrato*. Revista da EMERJ, v. 11, n. 44, 2008.

MATHIAS, Carlos Fernando. O culturalismo jurídico e a teoria tridimensional de Reale. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, DF, v. 18, n. 4, p. 44-47, abr. 2006. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 28. abr. 2009. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20976>>

NASCIMENTO, Fábio Calheiros. *As cláusulas gerais e o dever de fundamentação dos juizes*. (não publicado).

PROJETO de Lei nº 6.960/2002, autoria Dep. Ricardo Fiúza. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

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

REIS, João Emílio de Assis. *Boa-fé objetiva: Historicidade e contornos atuais no direito contratual*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano XIII, n. 80, set. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8281>. Acesso em: set. 2016.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

ROSENVALD, Nélson. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, Brasília, DF, v. 15, n. 10, out. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspuiq/bitstream/2011/21777/foro_prerrogativa_funcao.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. São Paulo: Manole, 2004.

SILVA, Almiro do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro:FGV, 2006. (Prefácio).

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJSP. 5ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Apelação nº 9152005-39.2009.8.26.0000. Partes: Omini Internacional Brasil Comércio Importação e Exportação Ltda e Márcio Azevedo dos Santos. Rel. Ênio Zuliani. J. em 13 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7781642&cdForo=0>> Acesso em: 22 mar. 2017.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Universidade do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13169>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

Pagamento

Frederico da Costa Carvalho Neto
Advogado

O pagamento representa o fim da obrigação, com o cumprimento voluntário da prestação por parte do devedor. A obrigação pode também ser liquidada compulsoriamente, nos casos da execução e cobrança do crédito. Mas o pagamento é o meio mais comum de encerramento da relação jurídica, que é de caráter transitório¹. Paulo Lôbo² prefere falar em adimplemento ao invés de pagamento e pondera que aquele cessa a obrigação com o devedor prestando o que se obrigou a prestar. Hamif Charaf Bdine Jr.³ observa que o adimplemento pode ser direto, indireto ou anormal. O primeiro, com o cumprimento voluntário do contrato, o indireto sem o pagamento, nas hipóteses de dação em pagamento, compensação e novação e o anormal quando a obrigação for extinta antes de seu cumprimento. Silvio Luís Ferreira da Rocha prefere falar em cumprimento e que este é o fim da obrigação.⁴ O Código Civil português também adota este termo. José Roberto de Castro Neves⁵

¹ Neste sentido, caráter transitório da obrigação, apontam: Clóvis Bevilacqua: “relação transitória de direito que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém, que, por ato nosso ou alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.” (*Direito das Obrigações*, 3. ed., Freitas Bastos, p. 14); Washington de Barros Monteiro: “Obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre o devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio” (Curso de Direito Civil, 29. ed., 4, Direito das obrigações, 1ª parte, Saraiva, p. 8); Roberto Senise Lisboa: “Obrigação Jurídica é um vínculo de direito de natureza transitória que necessariamente compele alguém a solver aquilo a que se comprometeu, garantindo o devedor que pagar a prestação economicamente apreciável, seja por meio do seu próprio patrimônio ou de outrem.” (*Manual de Direito Civil* 2, 4. ed., Obrigações e Responsabilidade Civil, Saraiva, p. 17); Álvaro Villaça Azevedo: “Obrigação é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação pessoal positiva ou negativa, cujo implemento enseja a este executar o patrimônio daquele para satisfação de seu interesse.” (*Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil*, 12. ed., Atlas, p. 13); Rosa e Nelson Nery Jr., dizem: “As relações obrigacionais sempre surgem para se extinguirem após determinado tempo; o direito não convive com obrigações perpétuas, sendo o tempo parte integrante da essência da obrigação.” (*Instituições de Direito Civil*, Revista dos Tribunais, v. II, p. 280).

² *Direito Civil*, Obrigações, 2. ed., Saraiva, p. 169.

³ *Código Civil Comentado*, Coordenação de Cezar Peluso, 11. ed., Manole, p. 250.

⁴ *Direito Civil* 2 – obrigações, Malheiros, p. 99.

⁵ *Direito das Obrigações*, 6. ed., GZ, p. 167

diz que o adimplemento é mais abrangente e tem relação ao cumprimento pleno da obrigação enquanto o pagamento é o oferecimento da prestação principal. Carlos Roberto Gonçalves⁶, entretanto, diz que o termo pagamento foi acolhido pelo legislador brasileiro no sentido técnico-jurídico de execução de qualquer obrigação. Orosimbo Nonato, no mesmo sentido observa⁷:

Incontendível, porém é haver o Código Civil brasileiro estreitado o panorama dos efeitos das obrigações abalizando-os no pagamento em sua forma direta e em suas variedades ou formas indiretas, incluindo aliás, com critério discutível, o pagamento indevido. Houve o legislador em vista, na sua sistematização, o vínculo que se desata natural e normalmente com a execução da *obligatio*, com o seu cumprimento, com o seu pagamento.

O Código Civil encampa a ideia de pagamento como o fim da obrigação podendo ser considerado como negócio jurídico⁸ ou ato jurídico⁹. Será tido como negócio quando para seu cumprimento for necessária a participação direta do credor para aceitá-lo. Para ser considerado como tal, será necessariamente bilateral, e quando não depender do credor será unilateral¹⁰. Orlando Gomes observa que a qualificação do pagamento depende da qualidade da prestação e de quem o efetua¹¹.

⁶ *Direito Civil Brasileiro – teoria geral das obrigações*, 7. ed., Saraiva, p. 251.

⁷ *Curso de Obrigações*, v. I, segunda parte, Forense, p. 12.

⁸ Arnold Wald observa sobre a natureza da jurídica do pagamento: “A natureza jurídica do pagamento é muito discutida pela doutrina, entendendo a lei e os autores que se trata, na realidade, de negócio jurídico para o qual se exige a capacidade de direito e de fato, assim como a livre manifestação da vontade por parte dos interessados.” (*Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 21. ed., Saraiva, p. 101-102.).

⁹ César Fiuza é categórico ao afirmar: “O que interessa, na realidade, é que o pagamento é ato jurídico. Se é negócio ou ato em sentido estrito, não faz a menor diferença. É ato jurídico lícito, a ele se aplicando todo o regramento da Parte Geral do Código Civil (arts. 104 a 185).” (*Direito Civil Curso Completo*, 18. ed., Revista dos Tribunais, p. 475.).

¹⁰ Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira observa: “No rigor dos princípios não se pode dizer, de maneira categórica e formal, nem que é um negócio jurídico nem que não o é, parecendo mais correta a opinião eclética de Enneccerus, Oetermann, Lehmann, entre nós adotada por Serpa Lopes e Orlando Gomes, para os quais às vezes tem todos os característicos de um negócio jurídico quando o direito de crédito objetive uma prestação que tenha caráter negocial (exemplo: a emissão de uma declaração de vontade), mas outras vezes não passa de mero fato, quando o conteúdo da obrigação não passa de mero fato, quando o conteúdo da obrigação não tem tal sentido, ou objetive simples abstenções ou prestações de serviços.” (*Instituições de Direito Civil*, 29. ed., v. II, p. 164-166).

¹¹ *Obrigações*, 18. ed., atualizado por Edvaldo Brito, Forense, p. 96.

Mas para existir o pagamento deve preexistir uma obrigação e para ser considerado como adimplemento tem que ser exato, nos termos constantes do vínculo jurídico legal ou contratual.

E o pagamento pode implicar, além da hipótese mais recorrente de entrega de dinheiro, na obrigação de restituir coisa certa ou incerta, dar ou fazer e ainda deixar de fazer na obrigação negativa. Fábio Henrique Podestá,¹² aponta a tradição na obrigação de dar, a prestação de fato na de fazer e abstenção na de não fazer. No mais comum, em dinheiro, devemos considerar que vem sendo simplificado com o avanço do sistema de pagamentos e o crescimento do setor bancário, notadamente a partir de 1964 com a Lei nº 4.595¹³ e principalmente com o desenvolvimento do sistema de informações, que facilitou a liquidação das obrigações em dinheiro, dispensando, na maioria absoluta das vezes, a participação do credor, que na prática apenas providencia a cobrança do crédito por boleto bancário, débito em conta ou cartão de crédito. Nesse aspecto, a discussão que abordaremos adiante acerca do pagamento quesível ou portátil¹⁴ perdeu senão a importância, relevância em razão da facilidade em receber e pagar débitos, inclusive os vencidos, que são atualizados pelo próprio devedor em sites de bancos, que hoje, ao contrário do que acontecia até bem pouco tempo, podem receber boletos em atraso de qualquer instituição financeira.

Assim, esse pagamento cada vez menos exige a participação do credor e está mais acessível ao devedor, perdendo na maioria das vezes caráter bilateral. Em seguida, discutiremos sobre o pagamento e seu regramento no Código Civil.

1. Quem deve e quem pode pagar

A primeira questão referente ao pagamento consiste em quem pode fazê-lo. Qualquer interessado na sua extinção, segundo a regra do artigo 304 do Código Civil, que também admite a possibilidade do adimplemento por parte do terceiro não interessado, mas em nome do devedor e desde que não haja oposição deste. O credor não é obrigado a aceitar o pagamento de qualquer pessoa, somente do devedor e do interessado no fim da obrigação, aquele que ou está vinculado ao

¹² *Direito das Obrigações* – teoria geral e responsabilidade civil, 6. ed., Atlas, p. 156.

¹³ Lei que dispôs sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias e criou o Conselho Monetário Nacional.

¹⁴ “querable” ou “portable”.

¹⁵ *Idem*, p. 171.

crédito ou pode ser atingido pelo inadimplemento, como, por exemplo, do condômino que não quer ver penhorada a parte ideal do coproprietário. Caio Mario da Silva Pereira entende como terceiro interessado aquele vinculado a obrigação ou àquele em que o inadimplemento pode repercutir¹⁵. Flávio Tartuce observa que interesse afetivo não equivale a interesse patrimonial, o que exclui os parentes da categoria de terceiro interessado¹⁶. Mas os parentes (cônjuges, companheiros, descendentes e ascendentes do executado) podem remir o bem penhorado na Execução¹⁷. Pontes de Miranda, discorrendo sobre o terceiro interessado, aponta como tal o titular de direito real, o possuidor, o locatário, o condômino, o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário, o credor hipotecário, o promitente comprador e outros detentores de direitos que podem vir a ser prejudicados pelo inadimplemento do devedor principal ou mesmo do garantidor¹⁸. Nelson e Rosa Nery apontam também a hipótese de remissão¹⁹, hoje restrita ao Executado²⁰.

Difícilmente o credor deixará de receber seu crédito e normalmente quem paga é o devedor, ou na impossibilidade dele, o garantidor. Se o credor recusar o pagamento do terceiro interessado, este poderá se valer dos meios extintivos do pagamento ao alcance do devedor original, como, por exemplo, da consignação em pagamento. Quando feito pelo terceiro não interessado, não gera a sub-rogação, não pode ser cobrado antes do vencimento, bem como o recebimento pode ficar sujeito ao exame de eventual oposição ou exceção que o devedor teria em relação ao credor²¹.

Mas há uma questão referente ao pagamento feito pelo terceiro não interessado, que Álvaro Villaça Azevedo chama de intruso²², que diz respeito ao sigilo bancário e o de correspondência, este garantido na Constituição Federal²³, aquele na legislação infraconstitucional²⁴.

¹⁶ *Direito Civil*, 8. ed., Método, v. 2, p. 121.

¹⁷ Artigo 876, § 5º do Código de Processo Civil.

¹⁸ *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XXIV, Direito das Obrigações, atualizado por Nelson e Rosa Nery, Revista dos Tribunais, p. 158.

¹⁹ *Idem*, *Tratado de Direito Privado*, t. XXIV, p. 164.

²⁰ Art. 877, § 3º do Código de Processo Civil.

²¹ Pelas disposições dos artigos 305, § único e 306 do Código Civil.

²² *Idem*, p. 106.

²³ No artigo 5º, inciso XII: “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

²⁴ Na Lei Complementar nº 105/2001, que prescreve em seu artigo primeiro: “Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.”

O terceiro não interessado, aquele que não tem nenhum vínculo com a obrigação, só pode pagar, por sua conta e risco, pelas razões acima apontadas, débito a que se tenha dado publicidade, seja por protesto extrajudicial ou ação judicial, ou por autorização, entrega de título para pagamento pelo devedor. Por que não há outra forma de terceiro ter acesso a obrigação que quer pagar senão essas. Portanto, aquele que pagar obrigação que não deveria ter tido acesso pode vir a responder por violação ao sigilo bancário e/ou de correspondência.

Por outro lado, quando o pagamento envolver a transmissão da propriedade de bem com registro ou direito, na cessão de direitos passíveis de titularidade, a satisfação só será eficaz na exata medida da capacidade dispositiva daquele que o efetuar, consoante a regra do artigo 307 do Código Civil, relativamente ao objeto ou direito que está transmitindo.

2. Daqueles a quem se deve pagar

Com relação a quem se deve pagar, o Código regula nos artigos 308 a 312. O pagamento é sempre feito ao credor ou a quem o represente, e se tem como válido o feito em proveito do credor e aí a verificação dependerá de prova neste sentido. As representações podem ser de origem legal, judicial ou extrajudicial e convencional. A primeira recorrente nas hipóteses de poder familiar, tutela, curatela, inventariança e outros que sempre dependem da autorização judicial geral ou específica quando envolverem a quitação. A segunda que se aplica também à tutela e curatela e eventualmente a inventariança quando a nomeação ocorrer em inventário judicial, e principalmente nas hipóteses de designação de administradores judiciais em processos falimentares e extrajudiciais que envolvam liquidação extrajudicial ou sucessão extrajudicial, mas a mais comum das representações é a convencional, seja de origem societária ou decorrente de mandato. O pagamento feito a um dos credores solidários é tido como válido nos termos do artigo 268 do Código Civil e o pagamento realizado a um dos credores na obrigação indivisível valerá se feito com a caução de retificação pelo (s) outro (s) por parte do que recebeu²⁵.

Também valerá o pagamento de boa-fé feito ao credor putativo. Esse pagamento exige de um lado a boa-fé por parte de quem está

²⁵ Artigo 260, inciso II do Código Civil.

pagando, e de outro, a inequívoca aparência de credor. E quem pode ser tido como credor aparente? Cláudio Luiz Bueno de Godoy explica²⁶:

Credor putativo, como sabido e decorrente da origem do termo *putare* (imaginar), é o credor imaginário, aparente, suposto. Parece ser credor, mas não é. Pois o pagamento que a ele se faz produz efeito extintivo da obrigação mediante o atendimento simultâneo a dois requisitos. Primeiro, a situação de putatividade deve ser tal que qualquer pessoa de mediana diligência acreditaria que aquele a quem se paga fosse o verdadeiro credor. Segundo, e o que raro não se olvida, é preciso que o real credor de algum modo tenha contribuído para essa situação de justificada aparência.

Renan Lotufo, no mesmo caminho, diz que o credor putativo deve assim parecer a todos²⁷. Arnold Wald aponta ainda a aparência de credor àquele que se apresenta com um título aparentemente válido, mesmo que posteriormente seja tido como inválido²⁸.

Por outro lado, por razões óbvias os incapazes não têm poder de dar quitação e o pagamento a eles feito não tem eficácia liberatória para o devedor, exceto se este provar que o pagamento reverteu em favor do que não tem capacidade.

O pagamento pode ser feito ao portador do título ou da quitação, exceto se as circunstâncias evidenciarem alguma irregularidade relativa a posse tanto do título como da quitação. Hamif Charaf Bdine Jr. observa neste sentido²⁹: “O exame das circunstâncias de cada caso concreto é que autoriza a inversão da presunção de que o portador do instrumento não está autorizado a receber.”

O sistema de informações evolui numa progressão geométrica e na mesma velocidade segue a indústria do crime, sendo, senão comum, frequente a emissão de boletos falsos enviados por correio ou por e-mail ao devedor que de boa-fé paga e depois constata que está inadimplente, porque pagou ao falso credor. Dificilmente isto é percebido

²⁶ Adimplemento e extinção das Obrigações, Pagamento, em *Obrigações*, coordenação de Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, Atlas, p. 317.

²⁷ Apud Hamif Gharad Bdine Júnior, em *Código Civil Comentado*, Coordenador Cezar Peluso, 11. ed., Manole, p. 263.

²⁸ Idem, p. 107-108.

²⁹ Idem, p. 266.

pelo devedor e muitas vezes decorre de um defeito do serviço de bancos e instituições congêneres. Se a relação é de consumo, impõe-se ao credor provar que não houve defeito no seu serviço de cobrança e que o fato se deu por conduta exclusiva de terceiro, sem que tenha havido supressão de dados de suas operações diante das disposições do parágrafo terceiro, do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor. Em 2016, vários proprietários de veículos receberam boletos falsos para o pagamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores no Estado de São Paulo. Assim, a ineficácia da regra do artigo 311 do Código Civil deve ser vista com reservas, porque, eventualmente, o devedor não terá como duvidar da autenticidade da cobrança, observando-se, no caso, a regra do parágrafo único do artigo 320 do Código Civil³⁰.

Se é certo que o pagamento deve ser feito ao credor, também é certo que na dúvida razoável sobre a titularidade do crédito, ou se sobre ele incidir penhora ou impugnação de terceiro, a liquidação do débito eficaz se dará pela via da consignação em pagamento³¹. Se não é exata a afirmação de que quem paga mal paga duas vezes, diante da possibilidade de repetição, certa é a possibilidade de ser cobrado pelo prejudicado na desatenção à regra do artigo 312 do Código Civil.

3. Do objeto do pagamento e sua prova

Com relação ao objeto do pagamento e sua prova, é preciso de antemão frisar que o credor tem direito de receber exatamente o que foi pactuado, sem prejuízo de discussão pelo devedor acerca de eventual lesão, onerosidade excessiva, modificação e revisão de cláusulas na relação de consumo³². Não se pode impor ao credor o recebimento de coisa diversa, maior ou menor ou ainda recebimento fracionado. Sem concordância de alteração na forma, quantidade ou qualidade pelo titular do crédito não há quitação nem está ele obrigado a receber. Com relação ao pagamento em numerário, ele deve ser efetuado na data do vencimento e sempre em moeda corrente nacional, não estando o credor obrigado a aceitar o pagamento em cheque³³.

³⁰ “Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante. Parágrafo único. Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.”

³¹ Nos termos do artigo 539 e seguintes do Código de Processo Civil.

³² Artigos 157, 317, 478 e 480 do Código Civil e artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor.

³³ Nas relações de consumo, em razão da regra do artigo 30 do CDC, o fornecedor tem que avisar prévia e ostensivamente a não aceitação de pagamento com cheque.

Nos contratos de execução continuada, de trato sucessivo, admite-se cláusula de reajuste das prestações. Embora o artigo 316 fale em aumento progressivo das prestações, na verdade o dispositivo diz respeito a desvalorização da moeda podendo-se creditar a possibilidade a reajuste e não em alteração do tamanho da prestação propriamente, a não ser que assim expressamente conste no título e esteja de acordo com a natureza e as condições do negócio. Mesmo essa possibilidade de reajuste deve ser tida como uma condição suspensiva, na medida em que a defasagem monetária não deixa de ser futura e incerta, podendo inclusive ser negativa, embora Hamid Charaf Bdine Jr., comentando o artigo 316, aponte a defasagem monetária³⁴:

É assente na doutrina e na jurisprudência que a correção monetária não aumenta o valor da dívida, pois representa mero mecanismo destinado a evitar o aviltamento do valor da moeda – assim, apenas atualiza e recompõe esse valor – de modo que aparentemente, a correção monetária não seria o objeto desta regra. No entanto, o que o presente dispositivo contempla é o valor nominal referido no artigo anterior, de maneira que o aumento deste não significa acréscimo do valor substancial da dívida em dinheiro, mas apenas seu aumento nominal, com conseqüente manutenção do valor real, de modo a se destinar também a correção monetária.

Reajuste que deve refletir efetivamente a eventual variação da moeda, tornando a prestação novamente justa. E a variação pode ensejar a revisão do valor do crédito pela regra do artigo 317, que fala em motivos imprevisíveis e em desproporção manifesta entre o valor da prestação e o momento da execução. Esses motivos imprevisíveis não podem dizer respeito às partes, não podem decorrer de fato do devedor ou do credor, mas de fatores externos. Se o devedor perdeu emprego, renda, sua situação não se encaixa na regra do artigo 317, nem na hipótese de modificação e revisão de cláusula contratual do Código de Defesa do Consumidor. Questões pessoais só afetam as obrigações de alimentos, jamais podem alterar os contratos. E a regra da revisão do artigo 317 é aplicável em qualquer modalidade de obrigação contratual e, excepcionalmente, em obrigação judicial, como observa

³⁴ Idem, p. 273.

Hamid Charaf Bdine Jr. que também vê na arbitragem a possibilidade da revisão prevista no aludido dispositivo³⁵.

Paulo Lôbo adverte, entretanto, que a modificação exige um lapso de tempo entre a criação e a execução da obrigação, desproporção manifesta e causa decorrente de motivos imprevisíveis³⁶. César Fiuza considera que a imprevisibilidade não precisa ser absoluta, bastando que fato fortuito atinja a base do negócio³⁷. Na verdade, em ocorrendo variação que leve à desproporção, ela deve ser apreciada para restabelecer o equilíbrio do contrato, não se podendo aplicar ao pé da letra os rígidos requisitos do artigo 478 do Código Civil, que são aplicáveis às rescisões contratuais por onerosidade excessiva. Mesmo nessa hipótese, a doutrina tem flexibilizado o rigor do artigo 478 abordando a hipótese de revisão sem imprevisibilidade³⁸.

Também são vedadas as cláusulas que de alguma forma atrelem a variação da prestação à cotação de moeda estrangeira ou mercadoria, exceto em casos especiais, contratos de câmbio, exportação e importação, relativas a uma determinada mercadoria e sua cotação, nas obrigações alternativas de crédito rural. A história recente mostra a inadequação de reajuste atrelada à possibilidade de especulação, como nos casos de *leasing* financeiro com base na variação cambial. A regra inserida no artigo 318 não existia no Código anterior, que inicialmente permitia o pagamento em moeda estrangeira ou o pagamento em moeda nacional atrelada ao valor da moeda estrangeira³⁹.

E se por um lado, o credor tem o direito de receber, por outro, quem paga tem o de liquidar a obrigação com o pagamento, tanto que a recusa do credor em dar a quitação gera o direito ao devedor de consignar o pagamento numa verdadeira execução invertida. E a quitação deve ser precisa de acordo com a disposição do artigo 320, contendo todos

³⁵ Nesse sentido ensina: “Também não se restringe aos casos de obrigação oriunda de contrato, sendo significativos os casos em que o desequilíbrio identifica-se em prestações impostas por decisão judicial – por exemplo, nas sentenças que condenam o responsável pela indenização a pagar alimentos a quem o defunto devia –, ou decorrentes da redução de capacidade de trabalho.” (Idem, p. 274-275).

³⁶ Idem, p. 184.

³⁷ Idem, p. 481.

³⁸ DONNINI, Rogério Ferraz. Revisão contratual sem imprevisão. *Revista do Advogado*, v. 98, p. 212-221.

³⁹ No artigo 947: “Art. 947- O pagamento em dinheiro, sem determinação da espécie, far-se-á em moeda corrente no lugar do cumprimento da obrigação. § 1º É, porém, lícito as partes estipular que se efetue em certa e determinada espécie de moeda nacional ou estrangeira. § 2º O credor, no caso do parágrafo antecedente, pode, entretanto, optar entre o pagamento na espécie designada no título e o seu equivalente em moeda corrente no lugar de prestação, ao câmbio do dia do vencimento. Não havendo cotação nesse dia, prevalecerá a imediatamente anterior.” O § 1º do artigo 947 teve suspensão a incidência pelo Decreto-Lei 857/69 e foi revogada pela Lei nº 10192/2001, que também revogou o § 2º do mesmo artigo.

os elementos essenciais para a identificação da obrigação. Mas se em todos os elementos for possível, diante das circunstâncias, concluir-se que o pagamento foi efetuado, a obrigação será considerada cumprida. Mas como anotam Rosa e Nelson Nery, a interpretação nestes casos deve ser restritiva⁴⁰. A prova do pagamento compete ao devedor como nas obrigações de forma geral a comprovação do cumprimento é carreada ao obrigado, tanto na obrigação que deriva da lei como na do contrato.

A prova do pagamento de impostos, por exemplo, compete ao contribuinte. A prova de adequação de produtos e serviços compete aos fornecedores no Código de Defesa do Consumidor, a prova de cessão do imóvel compete ao locador na locação, assim como a da conservação do bem e do pagamento do aluguel ao locatário. Então a prova do cumprimento da obrigação sempre vai competir ao obrigado, claro que dependendo da relação, como no caso do CDC, ou da dificuldade de produção da prova poderá ser deferida a inversão do ônus da prova⁴¹. Mas a regra é que a prova seja produzida pelo obrigado.

Quando o pagamento implicar na entrega do título por parte do credor e este não o fizer, terá o devedor direito de reter o pagamento até a entrega da cambial ou declaração de sua inutilização e quitação do débito por ele representado. A entrega do título presume o pagamento, mas esta presunção pode ser elidida se em 60 (sessenta) dias o credor provar que o pagamento não foi efetuado. Se no pagamento não se efetuar a imputação (art. 352 do Código Civil), considerar-se-ão quitados o capital e os juros, salvo também neste caso, prova em sentido contrário.

No pagamento de débitos sucessivos, periódicos, o pagamento do último pressupõe o recebimento dos anteriores até prova em contrário, porque neste caso a presunção é relativa. Essa regra não se aplica a cotas de condomínio, que são consideradas como obrigações autônomas. As despesas relativas ao pagamento correm por conta do devedor. Entretanto, quando essa despesa tiver relação com a quitação que é de responsabilidade do credor, ela não poderá ser carreada ao consumidor⁴². Quando o pagamento envolver medida ou peso, a lei determina que no silêncio do contrato valerão os do local do pagamento. No Brasil, não há variação significativa de critérios de medição, muito embora, na medição de terras haja diferença, por exemplo, entre hectares

⁴⁰ *Código Civil Comentado*, 12. ed., Revista dos Tribunais, p. 829.

⁴¹ CDC, artigo 6º, inciso VIII e CPC artigo 373, § 1º.

⁴² Neste sentido Rosa e Nelson Nery Jr. anotam julgado proferido pelo STJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi (3ª T., REsp. 1161411-RJ).

e alqueires e regionais, neste último, com diferença entre alqueire paulista e mineiro. Na prática, o artigo 326 vai incidir em contratos internacionais em que os critérios de medição e peso são diferentes.

4. Do lugar do pagamento

Com relação ao lugar do pagamento, a regra é de que deve ser feito no domicílio do devedor, o que significa dizer que o recorrente, ordinário é o pagamento quesível (quérable) e a exceção a do portátil (portable). No primeiro, é o credor que busca o pagamento, no segundo, compete ao devedor oferecer o pagamento ao credor. O Código abre a possibilidade de escolha pelas partes e no silêncio prevalece a regra. A importância relativamente à dívida ser portátil ou quesível, diz respeito ao cumprimento da obrigação, a verificação de eventual inadimplência e quem a ela deu causa. Mas a possibilidade de escolha do local do pagamento, nem sempre prevalecerá levando-se em consideração a natureza da obrigação, porque se ela consistir na tradição de um imóvel o cumprimento do contrato necessariamente ocorrerá no local do imóvel, pela disposição do artigo 328 do Código Civil que, embora também estipule o local como o do pagamento das prestações, não impede as partes de estipularem de outra forma, com o pagamento no domicílio de um deles, por exemplo. Aqui, como exposto inicialmente, a questão de quem deve procurar o pagamento perde relevância em razão do nosso moderno sistema de pagamentos.

Se o pagamento não puder ser feito no local convencionado, tem o devedor a possibilidade de cumprir a obrigação em local diverso, de acordo com a disposição do artigo 329. Muitas vezes, duramente o cumprimento da obrigação, as partes modificam tacitamente o contrato, relativamente ao local do pagamento. Se o comportamento for reiterado, há a presunção de que a mudança se deu com a anuência do credor.

5. Do tempo do pagamento

Com relação ao tempo do pagamento, a regra é a de ser feito no prazo estipulado no contrato e quando nada for fixado, estabelece o Código Civil o vencimento imediato, sujeito a cobrança pelo credor. Nas obrigações condicionais vence a obrigação com o implemento da condição. No artigo 333, o Código estabelece três possibilidades de o vencimento ser antecipado. Mas essas hipóteses são raras. A primeira

delas, quando ocorrer falência do devedor ou concurso de credores na insolvência civil. Nesse caso, perfeitamente justificável a antecipação diante da insolvência, equiparando-se os credores com créditos vencidos e vincendos e nem teria sentido ser diferente, pois não se poderia apurar com certeza o débito total do falido ou do insolvente. Nesse sentido, a própria Lei de Falências e Recuperação Judicial determina em seu artigo 77 a antecipação das dívidas vincendas do falido⁴³. Sobre essa hipótese, Fábio Ulhoa Coelho⁴⁴ observa, entretanto, que na hipótese de falência, a antecipação apenas dá ao credor o direito de habilitar seu crédito, pois o pagamento do débito ficará sujeito à tramitação do processo falimentar e à existência de recursos para saldá-lo.

Nas hipóteses tanto do inciso II como do III, somente as dívidas garantidas, por garantia pessoal ou real, é que podem se vencer antecipadamente. Mas em se tratando de negócio jurídico não alcançado por legislação diferenciada, como Código de Defesa do Consumidor e Consolidação das Leis do Trabalho, as partes poderão, eventualmente, estipular outras hipóteses de vencimento antecipado.

Importante também abordar a questão referente ao termo, ao prazo se essencial ou não. Essencial é aquele fatal e após ele não há a obrigação de recebimento por parte do credor, ao passo que no não essencial, deve receber a prestação em atraso a qualquer tempo. Como exemplo de termo essencial temos o caso dos seguros de saúde em que o inadimplemento posterior a 60 (sessenta) dias, e desde que caracterizada a mora *ex persona*, implica na rescisão do contrato. Mas, na maioria das vezes, mesmo o pagamento tardio é benéfico ao credor que não pode recusá-lo se acompanhado dos encargos legais da mora.

6. Conclusões

Evidentemente, o Código Civil regra o pagamento de modo geral, abrangendo todas as formas de liquidação de débitos e para todas as modalidades de obrigações. É certo que o pagamento em dinheiro encerra a maior parte dos vínculos obrigacionais e que o sistema de pagamentos brasileiro é muito eficiente, mas nem todos a ele têm acesso. Muitos ain-

⁴³ “Art. 77. A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta Lei.” (Lei nº 11.101/2005).

⁴⁴ Fábio Ulhoa Coelho em *Curso de Direito Civil – obrigações e responsabilidade civil*, 4. ed., Saraiva, p. 143.

da não têm acesso à internet, sequer têm conta corrente, cartão de crédito ou de débito. Não é à toa que os correspondentes bancários, como lotéricas e outros, vivem lotados com pessoas que não têm outra forma de cumprir suas obrigações. Mas, mesmo para essas pessoas, ficou bem mais fácil pagar os débitos, por conta da facilidade de recebimento tanto pelos bancos como por seus correspondentes, que não perdem mais tanto tempo na conferência de dados, hoje identificados por códigos numéricos ou de barras. Por outro lado, para os credores também ficou mais ágil e barato cobrar seus créditos, e as questões relativas ao lugar do pagamento, senão foram eliminadas, foram certamente atenuadas em razão do avanço tanto do sistema bancário como do sistema de informações, que agilizaram não só o pagamento, mas o crédito, a verificação de mora e a própria purgação da mora.

Bibliografia

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BDINE JR., Hamif Charaf. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 11. ed. Barueri: Manole, 2017.

BEVILACQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONNINI, Rogério José Ferraz. Revisão contratual sem imprevisão. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 98, p. 212-221, 2008.

FIUZA, César. *Direito civil curso completo*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Adimplemento e extinção das Obrigações. Pagamento. Noção. Aspectos subjetivos. De quem deve pagar. Daqueles a quem se deve pagar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizado por Edvaldo Brito. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – teoria geral das obrigações*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. v. 2: Obrigações e responsabilidade civil.

- LÔBO, Paulo. *Direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. v. 2: Obrigações.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – parte especial*. Atual. e rev. por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXIV: Direito das obrigações.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 4: Direito das Obrigações, pt. 1.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.v. II.
- _____. *Código Civil comentado*. 12. ed. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2016.
- NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. I, pt. 2.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 29. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II.
- PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito das obrigações – teoria geral e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Em Direito civil 2 – obrigações*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, v. 2.
- WALD, Arnold. *Direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 21. ed. São Paulo: Saraiva.

Assunção de dívida

Fabio Calheiros do Nascimento
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Escorço histórico acerca da obrigação

A noção jurídica de obrigação somente se incorpora à história dos povos quando resta superada a limitada noção de poder imediato sobre pessoas e coisas, sendo acrescida ideia de tempo.¹

Em termos históricos, a *obligatio* é compreendida a partir de duas sentenças clássicas, quais sejam:

a) *Obligatio est iuris uinculum, quo necessitate adstringimur alicuius soluendae rei secundum nostrae ciuitatis iura* (A obrigação é um vínculo jurídico pelo qual estamos obrigados a pagar alguma coisa, segundo o direito de nossa cidade.) (l. III, 13, pr.)

b) *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut seruitutem mostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid uel faciendum uel praestandum* (A essência da obrigação não consiste em nos tornar proprietário ou em nos fazer adquirir uma servidão, mas em obrigar alguém a nos dar, fazer ou prestar alguma coisa.) (Digesto XLIV, 7, 3, pr.)

Da leitura dessas sentenças se poderia inferir que a *obligatio* romana era um vínculo jurídico entre duas pessoas, na qual uma delas tinha de dar, fazer ou prestar alguma coisa em favor da outra. No entanto, em termos doutrinários, não é esse o pensamento predominante acerca do instituto de outrora.

A *obligatio* não consistia em um vínculo jurídico, puramente abstrato, entre credor e devedor. Na verdade, tratava-se de vínculo material, “em virtude do qual o devedor respondia pela dívida com o seu próprio corpo”.² Em razão disso, a *obligatio* era intransmissível, como

¹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 31. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 167.

² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho civil*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. v. I: Obligaciones: el contrato, la promesa unilateral, pt. 2, p. 11.

regra geral, em caso de sucessão *inter vivos*, e, em se tratando de sucessão *causa mortis* ela era transmissível aos herdeiros, a não ser que a fonte fosse um delito ou se a prestação fosse personalíssima.³

Ademais, não existia um conceito genérico de *obligatio*. Havia várias *obligationes* específicas, oriundas de contratos ou de delitos, as quais eram reconhecidas pelo *ius civile*.⁴ Ao lado delas havia outras relações que os romanos chamavam de *debita*, que não eram reconhecidas pelo *ius civile* como contratos ou delitos e que não permitiam ao pretor criar o *dominium* ou a *hereditas*.⁵

Somente nos direitos pós-clássico e justinianeu é que surgiu o conceito genérico de *obligatio*. Nesse período, se desenvolveu e se consolidou a fusão entre as relações jurídicas denominadas *obligatio* e *debitum* no conteúdo da primeira. A *obligatio* passou então a ser a “relação jurídica pela qual alguém deve realizar uma prestação, de conteúdo econômico, em favor de outrem”.⁶

2. Noção contemporânea de obrigação como relação jurídica complexa

A noção de obrigação extraída do referido esboço histórico sedimentou-se como o conceito contemporâneo do instituto. Orlando Gomes afirma que obrigação é o “vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra.”⁷ Clovis Bevilacqua sustenta que ela é a:

relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em geral economicamente apreciável, em proveito de alguém, que, por acto nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa acção ou omissão.⁸

³ BETANCOURT, Fernando. *Derecho romano clásico*. 2. ed. rev. e aum. Utrera: Universidade de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2001. p. 562.

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. Op. cit., p. 7-8.

⁵ A propósito da “responsabilidade” pessoal de que se tratou acima e do caráter “civil” dessa mesma responsabilidade, a “*obligatio*” se diferenciava de outras categorias jurídicas (BETTI, Emilio. *Teoria Geral das Obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006. p. 231.

⁶ ALVES, José Carlos Moreira. Op. cit., p. 9.

⁷ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 11.

⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 5. ed. rev. e acres. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. p. 14.

Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf, por sua vez, aduzem que a obrigação é:

a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.⁹

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, a seu turno, assevera que a obrigação é o “vínculo pessoal entre dois sujeitos, através do qual um deles pode exigir que o outro adopte determinado comportamento em seu benefício”.¹⁰

Esses conceitos são corretos e não merecem reparos, mas não deixam entrever toda a complexidade existente nas obrigações contemporâneas. Como explica Clóvis do Couto e Silva, existem duas maneiras de se encarar uma situação jurídica obrigacional, da vida real:

[...] uma, vendo nela apenas o que se chama de relação obrigacional simples, isto é, somente olhando o vínculo entre credor e devedor, que se traduz no poder do primeiro de exigir uma prestação, que o segundo tem o dever de realizar; outra, encarando-a na perspectiva da pluralidade de direitos, deveres, poderes, ônus e faculdades interligados e nascidos de um determinado fato (por exemplo, um contrato ou um ato ilícito) digam ou não respeito a prestações exigíveis de uma outra parte.¹¹

Ainda tratando desse tópico, prossegue o referido autor dizendo o seguinte:

A compreensão da relação obrigacional com totalidade ou como sistema de processos permite uma melhor e mais adequada inteligência dos elementos que a compõem, unindo-os todos por um

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4, pt. 1, p. 8.

¹⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. I: Introdução da Constituição das obrigações, p. 86.

¹¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92.

laço de racionalidade. O número desses elementos foi expressivamente ampliado, no século XIX, especialmente pela doutrina alemã, ao nos legar “o exame minucioso dos componentes estruturais da eficácia jurídica, colocando, ao lado do direito propriamente dito, a pretensão, a ação em sentido material, assim como os direitos formativos e as posições jurídicas, correspondendo aos primeiros o dever, a obrigação e a exceção em sentido material”. A esse elenco o princípio da boa-fé agregou ainda os deveres anexos (Nebenpflichten), secundários ou instrumentais, que podem surgir “durante o curso e o desenvolvimento da relação jurídica e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal.”¹²

Essa visão acerca da complexidade da relação jurídica obrigacional é importante para a compreensão do instituto da transmissão das obrigações, em geral, e da assunção de dívida, em especial, pois é o que explica por que antes não era possível ocorrer a referida transmissão, ao passo que atualmente isso não só é juridicamente aceitável, mas se mostra como algo comum.

Deixando a obrigação de ser um vínculo material entre duas pessoas e passando a ser um vínculo jurídico entre elas, e, mais do que isso, entrevendo-se nessa relação jurídica não só um vínculo momentâneo em que se contrapõem crédito e débito, mas algo maior, mais complexo, envolvendo inúmeras posições jurídicas ativas e passivas, despersonalizadas, ou, talvez, com mais precisão, abstratamente personalizadas, inexistente óbice à transmissão dessas posições a quem quer que seja, respeitadas as restrições legais ou convencionais.

3. As alterações subjetivas na relação obrigacional

A assunção de dívida coloca-se ao lado da cessão de crédito e da cessão de posição contratual como situações jurídicas semelhantes envolvendo a transmissão das obrigações. Pela semelhança existente entre os institutos, importante compreendê-los com algum detalhamento.

¹² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Op. cit., p. 10-11.

3.1. Cessão de posição contratual

Compreendida a complexidade da relação jurídica obrigacional, a cessão de posição contratual é a transmissão da supracitada pluralidade de direitos, deveres, poderes, ônus e faculdades atinentes com a posição de uma das partes do contrato. Toda a gama de direitos e deveres envolvidos com a posição jurídica contratual de que se trata é transferida para outrem.

Como diz Sílvio de Salvo Venosa, “a posição de parte em um contrato de execução continuada ou diferida, em princípio, passa a ter um valor de mercado” que pode ser transmitido a outrem.¹³

O Código Civil brasileiro de 2002 não prevê esse instituto jurídico, mas ele é juridicamente aceitável em nosso ordenamento, pois não há qualquer óbice a impedi-lo. Outros ordenamentos o preveem, tais como os códigos civis português e argentino, abaixo reproduzidos nos seus respectivos preceitos normativos:

Portugal
SUBSECÇÃO IV
Cessão da posição contratual
ARTIGO 424º
(Noção. Requisitos)

1. No contrato com prestações recíprocas, qualquer das partes tem a faculdade de transmitir a terceiro a sua posição contratual, desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão.
2. Se o consentimento do outro contraente for anterior à cessão, esta só produz efeitos a partir da sua notificação ou reconhecimento.

Argentina:
Capítulo 27. Cesión de la posición contractual
Artículo 1636. Transmisión

En los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultaneamente o después de la cesión.

Si la conformidad es previa a la cesión, ésta sólo

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. São Paulo; Atlas, 2014. v. 2, p. 162.

tiene efectos una vez notificada a las otras partes, en la forma establecida para la notificación al deudor cedido.

3.2. Cessão de crédito

Trata-se do negócio jurídico em virtude do qual o credor transmite a outrem o crédito existente em uma relação jurídica obrigacional. Não se trata da transmissão de toda a posição jurídica que lhe concede o crédito, mas apenas da pretensão de receber a prestação da outra parte contratual, o que é muito mais limitado que o instituto anteriormente analisado.

A cessão de crédito está prevista no Código Civil brasileiro de 2002, conforme se verifica do preceito normativo abaixo:

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

3.3. Assunção de dívida

3.3.1. Conceito

A mesma explicação dada por ocasião da análise sucinta da cessão de crédito é válida para o presente instituto, isto é, não se trata de transmissão de toda a posição contratual em que se insere o débito, mas algo muito mais limitado, pois consiste na transmissão da própria dívida, que é a obrigação de entregar ao credor a prestação.

Consoante Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf, a assunção de dívida é o “negócio jurídico bilateral através do qual um terceiro, estranho à relação obrigacional, assume a posição de devedor, responsabilizando-se pela dívida, sem extinção da obrigação, que subsiste com os seus acessórios”.¹⁴

A despeito da semelhança entre os institutos da assunção de dívida e da cessão de crédito, como se fossem os dois lados da mesma

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 280.

moeda, eles não são realmente institutos perfeitamente antagônicos, pois a mudança de devedor faz com que se altere também a solvência dele.¹⁵ Por isso é que a cessão opera sem anuência do devedor (art. 290, CC/02), ao passo que a assunção de dívida a exige por parte do credor (art. 299, CC/02).

Outro instituto que se assemelha à assunção de dívida, mas que precisa ser diferenciado com precisão, é a novação subjetiva passiva. A distinção entre os institutos fica clara a partir da verificação de que a novação implica extinção da obrigação anterior, o que, por conseguinte, dado que o acessório segue o principal, faz com que se sejam extintas também das garantias. De outro lado, a assunção não tem esse mesmo efeito, pois se mantém a obrigação original, sendo transmitida apenas a dívida.

3.3.2. Assunção de dívida como disposição de elemento do crédito por parte do credor

Pontes de Miranda ressalta que, a par da divergência surgida na doutrina, não prevaleceu o entendimento de que o instituto da assunção de dívida correspondia à disposição da dívida por parte do devedor, mas de disposição de crédito por parte do credor: “Êsse negócio jurídico é ato de disposição porque dispõe o credor de elemento de seu crédito.”¹⁶

Comentando o assunto, com bastante clareza, Marcel Edvar Simões diz que isso prevaleceu porque

o débito, enquanto posição jurídica subjetiva complexa passiva, integrada por posições jurídicas subjetivas elementares passivas, não traz em si (como que enxertada) uma posição jurídica elementar ativa do tipo poder formativo (um poder formativo de disposição sobre o débito).

O poder de disposição que se apresenta na construção em tela é aquele do credor; é o poder formativo que integra a posição jurídica ativa complexa crédito, corporificando o poder de disposição do credor sobre o seu crédito, mas que não se esgota

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008. v. IV: Direito das obrigações – arts. 233 a 420, p. 184.

¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. v. 23, p. 362.

na imagem mais corriqueira da disposição quanto ao crédito, englobando, também, o poder do credor de alterar o destinatário contra o qual se volta o crédito.¹⁷

3.3.3. Função social da assunção de dívida

Atualmente, em virtude da busca constante pela finalidade dos institutos jurídicos, é relevante não só tratar do instituto, mas também de sua função dentro do ordenamento jurídico e, por conseguinte, para a sociedade na qual ele se insere.

Segundo Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, a assunção de dívida tem função econômica e social semelhante à cessão de crédito, pois facilita o acerto de contas sem deslocamento de numerário, dinamizando a circulação de bens e permitindo a continuidade de relações econômicas.¹⁸

3.3.4. Espécies

A assunção de dívida pode ser classificada por dois critérios distintos, quanto à eficácia da operação (liberatória ou cumulativa) e quanto à estruturação subjetiva da operação (unifigurativa ou bifigurativa).¹⁹

¹⁷ SIMÕES, Marcel Edvar. *Transmissão em direito das obrigações: cessão de crédito, assunção de dívida e sub-rogação pessoal*. 2011. p. 51. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 183.

¹⁹ A assunção de dívida também pode ser classificada, quanto à participação do credor, em por expressão ou delegação. Por todos, vale a menção à doutrina de Orlando Gomes: “[...] a expressão distingue-se da delegação porque dispensa intervenção do devedor originário. O expromitente não assume a dívida por ordem ou autorização do devedor, como na delegação. Sua atitude caracteriza-se pela espontaneidade. Por ser proveitosa para o devedor, não se exige que ele intervenha no negócio. Tal como a delegação, a expressão pode ser: liberatória ou cumulativa. Na primeira forma, verifica-se perfeita sucessão no débito, pois o devedor é substituído na relação obrigacional pelo expromitente. Na expressão cumulativa, a chamada adpromissio, o expromitente entra na relação como novo devedor, ao lado do devedor originário. Mas, ao contrário do que ocorre com a delegação, passa a ser devedor solidário. A entrada do terceiro não libera o devedor originário. Por outro lado, não adquire prioridade para ser executado. Uma vez que expromitente e devedor originário são devedores solidários, o credor pode exigir o pagamento, indiferentemente, de qualquer deles.” (GOMES, Orlando. Op. cit., p. 261.). “É preciso, nesse ponto, fazer uma advertência: deve-se tomar cuidado com a utilização dos termos expressão e delegação para designar, respectivamente, a assunção de dívida unifigurativa e difigurativa, como faz parte da doutrina brasileira. E isso por duas razões. Em primeiro lugar, a expressão e a delegatio romanas eram dois institutos de feições muito próprias, e que podiam se prestar, inclusive, à realização de novação subjetiva. O recurso a essas figuras romanas para explicar a assunção de dívida entre nós não se justifica. Em segundo lugar, a adoção dessa terminologia implica séria confusão de conceitos com o sistema italiano de assunção de dívida”. (SIMÕES, Marcel Edvar. Op. cit., p. 55.).

No que diz respeito ao primeiro critério, ela pode ser classificada em:

a) Cumulativa, de reforço, coassunção ou adjunção: quando terceiro assume a obrigação ao lado do devedor primitivo.

A doutrina entende que não há solidariedade nessa hipótese, pois ela não se presume, decorre de lei ou de vontade as partes. Haveria, portanto, subsidiariedade do assuntor.²⁰ O Código Civil brasileiro de 2002 não prevê essa espécie de assunção de dívida, mas o projeto de lei n. 6.960 trata dela nos seguintes termos:

Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, podendo a assunção verificar-se:

I. Por contrato com o credor, independentemente do assentimento do devedor;

II. Por contrato com o devedor, com o consentimento expresso do credor.

§ 1º Em qualquer das hipóteses referidas neste artigo, a assunção só exonera o devedor primitivo se houver declaração expressa do credor. **Do contrário, o novo devedor responderá solidariamente com o antigo.** (grifo não original)

Só para fins de comparação com a posição adotada no supracitado projeto de lei, o artigo 595 do Código Civil português é claro no sentido de que há solidariedade.

b) De cumprimento ou liberatória: quando terceiro assume o lugar do devedor primitivo, o qual é liberado.

No tocante ao segundo critério de classificação da assunção de dívida, existem as seguintes espécies:

c) Bifigurativa: negócio jurídico é celebrado entre devedor e terceiro.

A propósito dessa espécie, é importante lembrar que a assunção de dívida é ato de disposição de elemento do crédito por parte do credor, mais precisamente no tocante a quem deve responder pela dívida. Justamente por isso é que antes da aprovação do credor esse negócio entre devedor e terceiro não passa de uma promessa de adimplemento

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26. ed. rev. e atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. II: Teoria geral das obrigações, p. 8. MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 282. JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Assunção de dívida. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 282-283. VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 158.

a terceiro (credor) por parte do assuntor ou assumente. Aliás, isso está previsto no Código Civil argentino:

Artículo 1635. Promesa de liberación
Hay promesa de liberación si el tercero se obliga frente al deudor a cumplir la deuda en su lugar. Esta promesa sólo vincula al tercero con el deudor, excepto que haya sido pactada como estipulación a favor de tercero.

Essa espécie de assunção de dívida é aquela tratada no artigo 299 do Código Civil brasileiro de 2002, salienta-se a previsão legal específica quanto à necessidade de concordância do credor quanto à transmissão da dívida para que ela gere efeitos para si.

d) Unifigurativa: negócio jurídico é celebrado entre o credor e o terceiro.

Esse negócio jurídico é unilateral receptício de disposição praticado pelo credor, que dispõe de elemento de seu crédito (o seu direcionamento contra determinado sujeito).²¹ Precisamente porque está a se tratar de elemento do crédito é que essa assunção, para gerar todos os seus efeitos, independe de manifestação do devedor, ocorrendo em um momento apenas, daí ser chamada de unifigurativa.²²

Essa espécie de assunção de dívida não encontra previsão no Código Civil brasileiro de 2002, mas existe a possibilidade de ela ocorrer no ordenamento jurídico porque o artigo 425 desse mesmo diploma legal dispõe sobre a legalidade dos contratos atípicos.²³ O mesmo projeto de lei citado acima, aliás, prevê a inclusão dessa espécie de assunção de dívida na lei, nos seguintes termos:

Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, podendo a assunção verificar-se:
I. Por contrato com o credor, independentemente do assentimento do devedor;
II. Por contrato com o devedor, com o consentimento expresso do credor.

²¹ SIMÕES, Marcel Edvar. Op. cit., p. 52.

²² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 258.

²³ Enunciado n. 16 do CJF: “O art. 299 do Código Civil não exclui a possibilidade da assunção cumulativa da dívida quando dois ou mais devedores se tornam responsáveis pelo débito com a concordância do credor.”

§ 1º Em qualquer das hipóteses referidas neste artigo, a assunção só exonera o devedor primitivo se houver declaração expressa do credor. Do contrário, o novo devedor responderá solidariamente com o antigo. (grifo não original)

O BGB regula essa espécie de assunção de dívida da seguinte forma:

§ 414 Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer
Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, dass der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.²⁴

Afora as quatro espécies de assunção de dívida supracitadas, existem outras, ainda, cuja simples menção aos respectivos nomes já permite que se entenda do que se trata, daí ser dispensável maiores explicações: de débito presente, de débito futuro, a termo e sob condição.

4. Escorço histórico

4.1. Estrangeiro

Como visto anteriormente quando se tratou da *obligatio*, em Roma o vínculo era pessoal e, por isso, não se permitia a assunção de dívida. Havia apenas figuras assemelhadas, tais como a novação e a *cognitio in rem suam*.²⁵

A origem do instituto da assunção de dívida remonta ao BGB (1900), mais precisamente nos §§ 414 a 419, os quais regulam, na língua alemã, o *Schuldübernahme*. Posteriormente, o instituto em comento também foi regulado no Código Suíço de Obrigações (1911), nos artigos 175 a 180.

²⁴ “§ 414 Contrato entre credor e cessionário

Uma dívida pode ser assumida por um terceiro por contrato com o credor de tal forma que o terceiro substitua o devedor anterior.” (tradução livre)

²⁵ Diz-se que eram figuras apenas assemelhadas porque na novação havia a extinção da dívida original e a *cognitio in rem suam* consistia na nomeação de representante processual (*cognitor in rem suam*), a fim de que ele assumisse economicamente a dívida. Ele era autorizado a deixar-se demandar em nome próprio pelo credor. Mas a *cognitio in rem suam* “tinha a fragilidade de não liberar o antigo devedor perante o credor, e também o inconveniente de não poder o credor obrigar o terceiro a ser parte em juízo. No caso de recusa deste, havia para o devedor, uma vez fosse demandado pelo credor, direito de regresso em virtude do contrato firmado com o terceiro”. (SIMÕES, Marcel Edvar. Op. cit., p. 50).

4.2. Brasil

O projeto de Código Civil de Caio Mário da Silva Pereira (1963) regulava o instituto da assunção de dívida entre os artigos 173 e 179.

De forma reflexa, pois meramente processual, o artigo 568, inciso III, do Código de Processo Civil de 1973 tratava da assunção de dívida em meio às possibilidades de alteração subjetiva passiva processual.

Em termos de direito material, a ausência de tratamento legal da assunção de dívida até o Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 299 a 303) não impedia que se aceitasse a validade e a eficácia do negócio jurídico de assunção de dívida. Inexistia obstáculo legal (regras ou princípios).

À guisa de exemplo, seguem abaixo ementas de dois julgados versando sobre a assunção de dívida. São os mais antigos encontrados, respectivamente, nos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Embargos de devedor. Ação de revisão de cláusula contratual. Crédito rural. Litispendência. Conexão. A propositura de ação ordinária para revisão de cláusula de contrato de financiamento e assunção de dívidas não impede o devedor de oferecer embargos de devedor a execução, que o credor depois veio a promover com base no mesmo título. Recurso conhecido e não provido.

(STJ - 4ª T., REsp 160998 / RS, rel. Min. Ruy Rosa de Aguiar, j. 07/05/1998)

Nota Promissória vinculada a compra e venda mercantil - Validade - Art. 2º, da Lei 5.474/68 refere-se à vedação de saque de título diverso da duplicata pelo vendedor - Nota Promissória - Título emitido pelo devedor-adquirente que representa assunção de dívida e promessa do seu pagamento por ele, comprador. Cerceamento de defesa - Inocorrência - Prescindibilidade de dilação probatória para o julgamento dos embargos - Recurso provido em parte.

(TJSP - 5ª Câmara Extraordinária do 1º TACSP - Apelação Cível n. 695.517-9, rel. Juiz Cunha Garcia, j. 27/11/1997)

As datas dos julgados não deixam dúvida de que antes da regulação do instituto da assunção de dívida no âmbito do direito material

a jurisprudência já se deparava com casos envolvendo-o, denotando a utilização prática dele de há muito.

5. Natureza jurídica

Por ser a única espécie de assunção prevista no Código Civil brasileiro de 2002, analisa-se a assunção de dívida bifigurativa liberatória neste momento. Quanto a ela, pode ser dito que se trata de negócio jurídico complexo, pois:

a) celebrado entre devedor e terceiro (assuntor) com a finalidade de fazer substituir aquele por este na posição jurídica de devedor na relação obrigacional, obrigando-se a prestar em favor do credor;

b) tem sua existência/eficácia condicionada à declaração de adesão do credor originário.

Quanto a essa espécie de assunção de dívida, também pode ser dito que se trata de negócio jurídico relativamente abstrato: abstrato porque desvinculado da dívida originária, e relativo porque a desvinculação não é completa, já que se a dívida anterior for inválida, a assunção também o será.²⁶

6. Aceitação do credor na assunção bifigurativa

De acordo com regra expressa no Código Civil brasileiro de 2002, a aceitação do credor quanto à assunção de dívida acertada entre o devedor e o terceiro deve ser expressa:

Art. 299. [...]

Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa.

Renan Lotufo critica esse parágrafo porque inútil. Segundo ele, não tem sentido poder ser fixado prazo se na ausência de manifestação do credor se considera que há recusa.²⁷

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 377.

²⁷ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: obrigações: parte geral* (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 173.

A despeito da regra acima, importa pensar se não seria cabível a aceitação presumida, notadamente de acordo com o comportamento do credor. Um exemplo poderia ser a aceitação de pagamentos por parte do novo devedor. O artigo 111 do Código Civil poderia servir de fundamento para dar eficácia à aceitação do credor de forma presumida.

A propósito da aceitação presumida, cabe observar a regra exposta no Código Civil acerca da assunção de dívida envolvendo imóvel hipotecado:

Art. 303. O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento.

Silvio Rodrigues critica essa possibilidade de o credor negar a assunção de dívida nos seguintes termos:

[...] a cessão de débito devia ser admitida, mesmo sem anuência do credor”, “por mero acordo entre devedor e cessionário, pois a oposição do credor não encontra outro esteio que não seu capricho, visto que se interesse não sofre ameaça, por força da excelência da garantia”.²⁸

Ainda tratando dessa hipótese excepcional de assunção de dívida em que se admite a aceitação presumida, cabe pensar um pouco acerca do abuso de direito do credor quanto à concordância ou não em relação à transmissão da obrigação. Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber sustentam que pode haver negação abusiva do consentimento:

[...] a finalidade da lei ao exigir o consentimento expresso do credor foi impedir que sofra ele prejuízo decorrente de alguma disparidade patrimonial a menor entre o devedor primitivo e o novo devedor. Se, todavia, no exame de certo caso concreto restar demonstrado que o novo devedor tem patrimônio superior e mais preparado à quitação

²⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2: Parte geral das obrigações, p. 107-108.

da dívida, ou que as garantias prestadas pelo novo devedor são mais aptas ao adimplemento da obrigação, o Poder Judiciário pode declarar a inexistência de razão legítima que justifique a negativa de consentimento.²⁹

Não parece ser diverso o posicionamento que prevaleceu nas Jornadas de Direito Civil acerca do tema, conforme se verifica do enunciado abaixo:

Enunciado 353 das Jornadas de Direito Civil: A recusa do credor, quando notificado pelo adquirente de imóvel hipotecado, comunicando-lhe o interesse em assumir a obrigação, deve ser justificada.

Para finalizar a análise desse tópico referente à aceitação do credor na assunção de dívida bifigurativa liberatória, duas observações ainda precisam ser feitas. A primeira é que o Código Civil argentino veda a aceitação do credor em contrato de adesão:

Artículo 1634. Conformidad para la liberación del deudor

En los casos de los dos artículos anteriores el deudor sólo queda liberado si el acreedor lo admite expresamente. Esta conformidad puede ser anterior, simultánea, o posterior a la cesión; pero es ineficaz si ha sido prestada en un contrato celebrado por adhesión.

A segunda, não menos interessante, é que, para esse negócio jurídico ser realizado é preciso que o devedor reconheça que deve para o credor, o que implica na interrupção da prescrição, nos termos do artigo 202, inciso VI, do Código Civil brasileiro de 2002.³⁰

²⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 185.

³⁰ “Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

[...]

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

7. Natureza da aceitação – requisito de existência ou de eficácia da assunção

O consentimento do credor é elemento de existência ou de eficácia da assunção de dívida? Em outras palavras, sem que ele ocorra, há assunção de dívida, mas que não gerou efeitos perante o credor, ou nem sequer há assunção de dívida?

Em favor da existência, na linha de Renan Lotufo, poderia ser dito que “pela redação do artigo em exame, enquanto não ocorrer o consentimento do credor, não temos a assunção de dívida, visto que o consentimento é elemento necessário ao nascimento da transmissão”.³¹

De outro lado, em favor da eficácia, com Marcel Edvar Simões e Pontes de Miranda poderia ser dito que a assunção de dívida bifigurativa ou expropriatória depende de consentimento do credor.³² O Código Civil brasileiro de 2002 não deixa isso claro, mas o § 415 do BGB o faz:

§ 415 Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer
(1) Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab. Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben.
(2) Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt. Fordert der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Genehmigung nur bis zum Ablauf der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.
(3) Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung erteilt hat, ist im Zweifel der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert.”³³

³¹ LOTUFO, Renan, p. 166. No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 184.

³² SIMÕES, Marcel Edvar. Op. cit., p. 54. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 258.

³³ § 415 Contrato entre o devedor e o cessionário

(1) Se for acordada a assunção da dívida entre devedor e terceiro, a sua eficácia depende da aprovação do credor. A aprovação só pode ocorrer se o devedor ou o terceiro informarem o credor da cessão. Até a aprovação, as partes podem alterar ou cancelar o contrato.

Parece que a melhor posição é a segunda, referente à eficácia, uma vez que tratar de existência não é tratada por lei. É a doutrina que trata do tema e o faz para classificar como pressuposto de existência apenas aquilo que, se ausente, desnatura o instituto. Na espécie, não se pode dizer isso da aceitação do credor, porquanto se ausente, na assunção de dívida bifigurativa, continua a existir assunção de dívida cumulativa; e na assunção de dívida unifigurativa, nem se faz necessária concordância dele.

8. Efeitos jurídicos da assunção:

8.1. Transmissão da mesma dívida para o novo devedor

A transmissão da dívida para o novo devedor, como indica o próprio nome do instituto, é o primeiro e mais importante efeito jurídico a se tratar. Sem embargo de estar a se tratar de assunção de dívida, não de cessão da posição contratual, é importante observar a lição de Antunes Varela acerca dos acessórios que seguem o principal, no caso, a dívida:

Para o assunto se transferem, por conseguinte, não só o dever principal de prestar a cargo do primitivo obrigado, mas também os deveres secundários de prestação (v.g., a obrigação de indemnizar, no caso de mora ou não cumprimento), os deveres acessórios de conduta (avisar o credor da verificação de certos factos, tomar determinadas precauções quanto ao objeto da prestação), os direitos potestativos inerentes ao dever de prestar (como o poder de escolha nas obrigações genéricas ou alternativas, o direito de exigir a modificação ou a redução do preço no caso da obrigação de pagamento de preço), os estados de sujeição correspondentes ao direito do credor, as prescrições acessórias da dívida (a fixação da data e do local do cumprimento, a cláusula penal, etc.).³⁴

(2) Se a aprovação for recusada, considera-se que a assunção da dívida não ocorreu. Se o devedor ou o terceiro solicitarem ao credor que especifique um período para a declaração de aprovação, ela só pode ser declarada até o termo do prazo; se não for declarada, é considerada negada.

(3) A menos que o credor tenha concedido a aprovação, em caso de dúvida, o cessionário é obrigado ao devedor em satisfazer o credor no devido tempo. O mesmo se aplica se o credor nega a aprovação. (tradução livre)

³⁴ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 382.

8.2. Exclusão do devedor primitivo do vínculo jurídico, salvo se a insolvência do novo devedor era desconhecida do credor

Trata-se do outro lado da moeda em relação ao primeiro efeito jurídico da assunção de dívida anteriormente tratado. A exceção à substituição está prevista expressamente no Código Civil brasileiro de 2002:

Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.

A propósito desse efeito jurídico, cabe observar que a lei não diz que o devedor primitivo sabia da insolvência do novo devedor para que não se opere a exoneração daquele. Sendo assim, pode-se questionar se ele tinha de saber para ocorrer a ineficácia do negócio ou se bastaria o requisito objetivo da insolvência do novo devedor de que não sabia o credor?

Sem delongas, compreende-se que o certo é pensar negativamente, ou seja, dispensando-se essa ciência do devedor primitivo acerca da insolvência do novo devedor, pois onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Não tendo a lei dito que o devedor primitivo tinha de saber da insolvência do novo devedor, tal como no dolo, não é cabível exigir-se isso para que a assunção de dívida não gere o efeito jurídico em comento.

Essa interpretação está em consonância com o melhor interesse do credor, que é quem está dispondo de elemento de seu crédito na assunção de dívida, afinal de contas (...) se tivéssemos de analisar a ciência ou não da insolvência do novo devedor por parte do devedor primitivo para que se operasse a exoneração deste, é claro que isso só teria relevância se fosse para diferenciar uma situação da outra. Haveria então exoneração do devedor primitivo se ele não soubesse da insolvência, mas ela não ocorreria se ele soubesse disso.

Pois bem, ocorre que sob essa ótica o interesse do credor no recebimento do crédito ficaria em segundo plano no caso do devedor primitivo não saber da insolvência do novo devedor. Está evidente que a lei não tratou desse requisito porque realmente o dispensou, dando ênfase apenas e tão somente ao referido interesse jurídico do credor.

Em suma, pouco importa para fins jurídicos se o devedor primitivo sabia ou não da insolvência do novo devedor, pois o que conta para que a exoneração daquele se opere é a ciência desse dado por parte do credor, que é quem está dispondo do elemento do seu crédito.

8.3. Extinção das garantias especiais prestadas pelo devedor primitivo

Considerando que a assunção de dívida de que se trata implica na substituição de um devedor pelo outro na entrega da prestação, natural que as garantias especiais prestadas pelo substituído sejam extintas. É o caso das garantias reais, por exemplo. Isso somente não acontece se ele mesmo concordar em mantê-las.

Art. 300. Salvo assentimento expresso do devedor primitivo, consideram-se extintas, a partir da assunção da dívida, as garantias especiais³⁵ por ele originariamente dadas ao credor.³⁶

De acordo com o projeto de lei n. 6.960, o preceito normativo acima deve passar a ter nova redação:

Com a assunção da dívida transmitem-se ao novo (sic) credor todas as garantias e acessórios do débito, com exceção das garantias especiais originariamente dadas ao credor pelo primitivo devedor e inseparáveis da pessoa deste. Parágrafo único. As garantias do crédito que tiverem sido prestadas por terceiro só subsistirão com assentimento deste.

³⁵ A garantia do pagamento de uma dívida, do cumprimento da prestação que é objeto da obrigação, é o patrimônio do devedor (art. 391, CC/02). Podem existir garantias especiais, que são aquelas que vão além disso, de caráter pessoal (fiança ou aval) ou real (hipoteca, penhor, anticrese).

³⁶ “A exceção se explica pelo fato de que conservar as garantias prestadas pelo devedor primitivo seria mantê-lo obrigado frente ao credor, como garantidor da solvência do novo devedor. Esta situação seria, entretanto, incompatível com a própria estrutura da assunção de dívida, que exige consentimento prévio e expresso do credor. Em outras palavras, se o credor consente com a assunção de dívida, o faz porque confia na solvência do novo devedor, e o seu ato tem como efeito liberar o devedor primitivo de forma plena”. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 187-188.).

8.4. Extinção das garantias especiais prestadas por terceiro ao devedor primitivo

O Código Civil brasileiro de 2002 não trata expressamente do que ocorre com as garantias prestadas por terceiros no caso de haver assunção de dívida, mas é possível inferir que elas são extintas. Há dois fundamentos para essa conclusão.

Em primeiro lugar, isso pode ser extraído do artigo 300 do referido diploma legal, pois se o terceiro prestou garantia em favor do devedor primitivo, e as garantias dadas pelo próprio devedor primitivo foram extintas com a assunção de dívida, as do terceiro também devem sê-lo. Em segundo lugar porquanto da leitura do artigo 301 do Código Civil brasileiro de 2002 se extrai que, se com a anulação do negócio jurídico da assunção de dívida, há restauração da garantia prestada por terceiro, é porque ela havia sido extinta com a assunção.

Art. 301. Se a substituição do devedor vier a ser anulada, restaura-se o débito, com todas as suas garantias, salvo as garantias prestadas por terceiros, exceto se este conhecia o vício que inquinava a obrigação.

8.5. Conservação das exceções preexistentes, salvo as de caráter pessoal do antigo devedor

Ocorrendo a substituição do devedor primitivo pelo novo devedor, as exceções pessoais daquele não podem ser alegadas por este. Trata-se de regra lógica, uma vez que ninguém pode exercer direito alheio: “Art. 302. O novo devedor não pode opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo.”

Não se tratando de exceção pessoal, entretanto, ela fica mantida após a assunção de dívida, de tal sorte que pode ser exercitada pelo novo devedor. É o caso, por exemplo, da compensação. Estando a dívida de que se trata na assunção extinta pela compensação, ou por qualquer outro meio indireto de extinção das obrigações, o novo devedor pode suscitar isto com vistas à sua dispensa quanto à realização da prestação.

9. Questão terminológica – cautela com o direito estrangeiro

Consoante apontado algumas vezes, no decorrer do presente artigo, a assunção de dívida é regulada no direito estrangeiro, em muitos

casos até de forma mais detalhada do que ele se encontra disciplinado no Código Civil brasileiro de 2002.

Um diploma que merece destaque é o Código Civil italiano, não só por conta da maior abrangência da regulamentação da assunção de dívida, mas, sobretudo, pela terminologia usada, o que faz sentido quando se compara com o diploma civil pátrio.

Explica Marcel Edvar Simões que o *Codice Civile* prevê três tipos diferentes de operações jurídicas concernentes à transmissão da dívida: o *accollo*, a *espromissione* e a *delegazione*.³⁷

A *espromissione* (art. 1.272) corresponde, aproximadamente, à assunção de dívida unifigurativa. O *accollo* (art. 1.273), por sua vez, corresponde, aproximadamente, à assunção bifigurativa, conforme se verifica abaixo:

Art. 1273 Accollo

Se il debitore e un terzo convengono che questi assuma il debito dell'altro, il creditore può aderire alla convenzione, rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore (1411).

L'adesione del creditore importa liberazione del debitore originario solo se ciò costituisce condizione espressa della stipulazione o se il creditore dichiara espressamente di liberarlo.

Se non vi è liberazione del debitore, questi rimane obbligato in solido col terzo.

In ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito, e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta (1413).

A *delegazione* (arts. 1.268-1.271), a seu turno, consiste na operação em que uma pessoa (delegante) incumbe outra (delegado) de realizar a prestação em favor de terceiro (delegatário). O art. 1.268 do diploma civil italiano dispõe que se trata da atribuição por parte do devedor original (o delegante) de um novo devedor (o delegado) ao seu credor (o delegatário), sendo que o sujeito passivo originário não se beneficia da eficácia liberatória, a menos que o credor assim o declare expressamen-

³⁷ SIMÕES, Marcel Edvar. Op. cit., p. 54-55.

te. “Trata-se de uma operação trilateral, inconfundível, por isso, com as outras duas modalidades de *assunzione del debito* na Itália”.³⁸

A explicação doutrinária acima é corroborada pela lição de Alberto Jorge Gosson Junior, que trata do tema com os seguintes dizeres:

O Direito italiano traz peculiaridades que necessitam de observação atenta, devendo-se evitar a equiparação de institutos que aparentemente teriam a mesma finalidade com os similares do Direito brasileiro, mas que operam de forma algo distinta. O Codice Civile de 1942 disciplina a matéria em três figuras: a delegação (*delegazione* – art. 1.268), a expromissão (*espromissione* – art. 1.272) e o *accollo* (art. 1.273). O *accollo* caracteriza-se por uma amplitude conceitual que propicia diversidade de entendimentos, no seio da própria doutrina italiana. Luiz Roldão de Freitas Gomes adverte: “A verdade é que o termo *accollo* como expressão da transferência de um ônus a outrem sempre se apresentou com o significado amplo, dando margem a que se entendesse compreender institutos diversos que, em comum, denotam a passagem de uma obrigação ou de um encargo de uma pessoa para outra.” Para Massimo Bianca, “*accollo* é o contrato mediante o qual o dever e um terceiro convencionam que este assumam a dívida do primeiro. O credor pode aderir ao *accollo*, tornando irrevogável a estipulação a seu favor (art. 1.273 CC)”.³⁹

Tudo isso é importante que seja compreendido para mostrar como não se pode fazer um estudo do direito estrangeiro de forma desatenta, inclusive quanto aos termos utilizados em cada um dos sistemas jurídicos.

10. Conclusão

Por orientação da comissão elaboradora do projeto de lei que instituiu o Código Civil de 2002, não seriam feitas modificações em relação ao que se encontrava no Código Civil de 1916 se isto não se mostrasse

³⁸ SIMÕES, Marcel Edvar. Op. cit., p. 55.

³⁹ JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Op. cit., p. 284-285.

realmente necessário, sobretudo em termos de redação. Uma das novidades do novel diploma civil foi justamente a assunção de dívida.

Conforme verificado no decorrer do presente artigo, há ainda alguns pontos omissos sobre os quais a doutrina já se debruçou em relação ao instituto, notadamente em relação aos seus efeitos jurídicos, que podem ser incorporados à lei.

A título de proposta de emenda ao Código Civil, inclusive por sua simplicidade, sugere-se que seja disposto em lei qual é a natureza da responsabilidade do assuntor no caso de assunção de dívida bifigurativa cumulativa, se solidário ou subsidiário.

Bibliografia

ALVES, José Carlos Moreira. *Instituições de direito romano*: B – Parte especial: Direito das obrigações; direito de família; direito das sucessões. 4. ed. rev. e acresc. Forense: Rio de Janeiro, 1986.

AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. (Curso de Direito Civil).

BETANCOURT, Fernando. *Derecho romano clásico*. 2. ed. rev. e aum. Utrera: Universidade de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2001.

BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 5. ed. rev. e acres. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 31. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2: Teoria geral das obrigações.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Assunção de dívida. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. I: Da Constituição das obrigações. Introdução.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: obrigações: parte geral* (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Lèon; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho civil*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. v. I: Obligaciones: el contrato, la promesa unilateral, pt. 2.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. v. 23.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1a pt, v. 4.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26. ed. rev. e atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. II: Teoria geral das obrigações.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

SIMÕES, Marcel Edvar. *Transmissão em direito das obrigações: cessão de crédito, assunção de dívida e sub-rogação pessoal*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

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

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008. v. IV: Direito das obrigações – arts. 233 a 420.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. São Paulo; Atlas, 2014. v. 2.

IV

Responsabilidade civil

Responsabilidade civil e solidariedade social: potencialidades de um diálogo

*Nelson Rosenvald*¹

Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

*Felipe Braga Netto*²

Procurador da República

Sumário: 1. Uma palavra introdutória: olhando para trás. 1.1. O individualismo jurídico e as liberdades clássicas do direito civil. 1.2. A tradição patrimonialista que historicamente permeou os institutos civis. 2. A revitalização do direito civil em múltiplas dimensões: o espectro normativo da dignidade e da solidariedade social. 3. Os ciclos evolutivos da responsabilidade civil: entre velhas estruturas e novas funções. 3.1. Os degraus da responsabilidade civil: um olhar através dos ciclos históricos. 4. Proposições conclusivas.

1. Uma palavra introdutória: olhando para trás

Para bem compreendermos o novo, é essencial conhecer o que havia antes. Seja para evitar o apego anacrônico a modelos teóricos que já não nos servem, seja para evitar que nos deixemos seduzir irrefletidamente pela (leviana) novidade. O novo não é necessariamente sinônimo de qualidade. O autenticamente novo é um fiel depositário

¹ Pós-Doutor em Direito Civil na Universidade de Roma Tre (Itália). Professor Visitante na Oxford University (Inglaterra). Professor Pesquisador na Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro do European Law Institute (ELI). Membro da Society of Legal Scholars (Inglaterra). Membro do Comitê Científico da Revista *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (Espanha). Coautor do *Curso de Direito Civil*, do Novo Tratado de Responsabilidade Civil, e do Volume Único de Direito Civil. Publicou 14 livros – um deles no exterior – e diversos artigos em revistas especializadas nacionais e estrangeiras. Site: nelsonrosenvald.info.

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Universitário (2002-2017). Coautor do *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, do Volume 3 do *Curso de Direito Civil* e do *Volume Único de Direito Civil*. Publicou capítulos de livros em 29 obras coletivas. Site: felipebraganetto.com.br.

da tradição. Pontes de Miranda certa vez frisou que um dos enganos da inteligência humana é crer na unilateralidade do verdadeiro. Exemplificou dizendo que entre duas ou mais pessoas que discutem, podem todos ter razão. A afirmação é ainda mais forte na ciência jurídica, cujo conhecimento é - e deve ser - pluralista. Cabe lembrar que a natureza da argumentação jurídica não é demonstrativa, e sim persuasiva³.

1.1. O individualismo jurídico e as liberdades clássicas do direito civil

Cabe, neste item, ampliar um pouco a visão do olhar. Alargaremos, conscientemente, o foco, para melhor contextualizar o sentido das mudanças que passam o direito civil dos nossos dias.

A propriedade sempre foi o direito por excelência dos códigos civis. Nesse sentido, “sempre foi muito firme a opinião de que o direito de propriedade representava o verdadeiro e único elemento de unificação das diversas matérias que compõem o direito civil”⁴. Os direitos de personalidade, hoje tão louvados, só recentemente receberam atenção dos civilistas (se compararmos tais direitos com a multissecular atenção dada à propriedade). Se hoje dizemos, em uníssono, que não há direitos absolutos – sendo todos socialmente condicionados –, é para contrastar com o caráter absoluto e exacerbado que a propriedade gozou através dos séculos, como algo praticamente sem limites.

Sob inspiração individualística, a liberdade se afirmou, nos códigos civis, sob a forma da propriedade (simbolizada pela autonomia para celebrar pactos vinculantes). Havia um respeito religioso à propriedade e aos contratos, considerados invioláveis em seu conteúdo. A liberdade então exercida era uma liberdade de proprietários. Os códigos civis regiam relações entre pessoas dotadas de patrimônio. Os códigos civis clássicos, que se propunham a ser a “Constituição” do direito privado, não atingiam as pessoas sem patrimônio, e já aí se vê que quão pobres eram tais “Constituições”⁵. Hoje, a função social da propriedade se re-

³ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 5.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição Cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369.

⁵ Aliás, em ficção risível, bem ao espírito oitocentista, concluiu-se que mesmo a pessoa que não tem patrimônio é considerada como se o tivesse, para que as categorias jurídicas pudessem continuar a funcionar. Rodotà, a propósito, constata que a abstração separava a vida do direito e como que liberava este último de se medir pelas situações reais. O direito parte, por exemplo, da distinção entre capazes e incapazes e confina os incapazes a uma indiferenciada área de exclusão, considerando

flete nas definições dos comportamentos possíveis. O proprietário, nesse sentido, não pode mais ser considerado senhor absoluto e arbitrário das escolhas relativas à utilização do bem⁶. O individualismo jurídico era muito bem representado por três liberdades básicas do direito civil: liberdade de contratar, de ser proprietário e de testar⁷. Obviamente, são liberdades que ainda persistem, que não desapareceram nem desaparecerão, mas sofrem os influxos dos novos valores deste século.

É certo que está havendo, no direito civil dos nossos dias, um progressivo decréscimo de autonomia da vontade, no que se refere às relações contratuais, decréscimo este inversamente proporcional à crescente liberdade das pessoas nas relações existenciais. Esse aumento de liberdade nas relações existenciais tem amparo no princípio da melhor realização do ser humano, princípio implícito em nossa ordem constitucional, princípio cuja estruturação teórico-normativa pode ser extraída da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (CF/88, art. 1º, III). Se os espaços se ampliam nas situações subjetivas existenciais, por outro lado, nas patrimoniais – superado o paradigma liberal – exigem atenta tutela estatal. O Estado não pode se manter alheio à brutal exclusão social, porque, com ela, as demais liberdades se convertem em quimeras. O exercício da liberdade pressupõe níveis mínimos de igualdade.

Os contratos são instrumentos para a consecução de finalidades sociais. Trata-se de instituto jurídico cujas feições se alteram de acordo com as funções que é chamado a exercer, bem como a partir do contexto econômico e social em que se insere. Perderam, atualmente, a cor puramente voluntarista, uma espécie de manto sagrado atrás do qual a vontade humana tudo podia (porque livremente manifestada). Não se trata, hoje, de buscar a vontade tácita para além da vontade expressamente declarada. É preciso absorver a imensa mudança havida: a Constituição confere força obrigatória aos contratos não porque voluntariamente queridos – na medida do querer egoístico das partes –, e sim porque seus efeitos são socialmente adequados, proporcionais, razoáveis e equitativos⁸.

apenas realmente relevantes as atividades com viés econômico (RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010. p. 43.).

⁶ BARCELONA, Pietro. *Proprietà costituzionale*. In: DIGESTO delle discipline privatistiche, Sezione Civile. Torino: UTET, 1993. v. XV, p. 459.

⁷ Cf. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Madrid: Briz, 1959. p. 20. Também: BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996. p. 115.

⁸ Antônio Junqueira de Azevedo, nesse sentido, ensina que “a perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a social. O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê

Tradicionalmente o direito civil ocupa-se com a validade e a eficácia dos negócios jurídicos. Isso, porém, a partir de um prisma voluntarista: conjugar aquilo que se desejou com aquilo que se declarou desejar. Hoje há uma tendência de analisar de modo mais objetivo as cláusulas contratuais e os comportamentos das partes. As perguntas são outras: houve quebra de confiança? (princípio da confiança). Houve comportamento contraditório? (princípio do *venire contra factum proprium*). Uma das partes adimpliu substancialmente a sua prestação? (princípio do adimplemento substancial). Há desproporção entre as prestações? (princípio da equivalência material entre as prestações). Uma parte frustrou as legítimas expectativas da outra? (princípio da boa-fé objetiva em uma de suas funções).

O contrato, em nossos dias, dialoga fortemente com os ventos constitucionais. Ele não perdeu, nem o poderia, o seu viés econômico. Esse viés, porém, já não é o único. Há, também, muito forte, a preocupação com as dimensões existenciais do ser humano e com a promoção da solidariedade social. O Código Civil, em mais de uma oportunidade, sublinha a relevância da dimensão funcional a respeito dos contratos. Nesse contexto, a função social passa a ser parâmetro de validade dos contratos. Há quem sustente que a função social é o mais importante princípio do Código Civil, e que a Constituição somente admite o contrato que realiza sua função social⁹. Seja como for, a função social permeia todas as formas de contratos e de propriedade, de bens imóveis e móveis, inclusive as novas e iconoclastas formas de circulação de riqueza, pela bolsa de valores, em transações instantâneas, ou pelo comércio digital.

A legitimidade da eficácia dos contratos transmutou-se da forma para o conteúdo. A forma permanece condição necessária, mas não suficiente. É fundamental que o conteúdo reflita, em alguma medida, a ordem dos valores constitucionais, sem o que não haverá validade no ajuste. Nessa ordem de ideias, a aferição de validade dos contratos deslocou-se do momento de formação do vínculo para, além dele,

como declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 21.).

⁹ Paulo Lôbo conclui que a “Constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes” (LÔBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 58.). O autor completa, mais adiante, afirmando: “O art. 421 – certamente o mais importante do Código –, quando imprimiu ao contrato a função social, e não apenas a função de autoregulação de interesses individuais, significou profundo redirecionamento da aplicação do direito civil” (Op. cit., p. 71).

espalhar-se pelos momentos posteriores à contratação¹⁰. A verificação da validade, à luz da Constituição, é dinâmica e flexível, e não estática e rígida. O princípio do equilíbrio material entre as prestações, cuja base normativa superior é o art. 3º, III, CF/88, impõe um contínuo acompanhamento da relação contratual, verificando, caso a caso, a existência de desigualdades reais que exijam correção.

Tivemos, historicamente, três fases: a) primeiro, na dicção clássica da *Lei de Maine*, a passagem do status ao contrato; b) depois, houve um largo período, a partir do século XIX, de consagração da liberdade formal, firmada pelos pactos vinculantes, expressões da liberdade contratual; c) vivemos, atualmente – com a grosseira inexatidão que marca qualquer sistematização histórica –, em que se busca, sobretudo, uma tutela da confiança, à luz de valores sociais como a boa-fé objetiva, a função social, o equilíbrio substancial entre as prestações.

Se assegurar a liberdade de contratar era a grande missão dos códigos civis oitocentescos¹¹, hoje, a grande missão das Constituições e dos códigos civis é assegurar uma tutela privilegiada à pessoa humana. Nesse contexto, os contratos são socialmente funcionalizados, o que impede uma utilização inconsequente da autonomia da vontade. A propriedade, cuja função social tem sede constitucional, restringe o espaço de ação do proprietário, que não pode agir em descompasso com a inserção social do bem que titulariza.

Há, além disso, a necessidade da tutela da confiança das partes e de terceiros. Busca-se, como veremos adiante, o equilíbrio material entre as prestações. A função social dos contratos desempenha relevantes tarefas, ao lado das múltiplas funções da boa-fé objetiva. Passa-se da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança¹².

¹⁰ Nesse sentido, “um contrato livremente pactuado pode ser, não obstante, um contrato injusto e, nesta medida, pode ser revisto, modificado judicialmente ou mesmo integralmente rescindido: à ênfase na liberdade sucede a ênfase na paridade. Trata-se, pois, de uma transformação profunda no conceito de justiça contratual. A dimensão de tal mudança dificilmente pode ser compreendida em função, apenas, do direito contratual, exigindo, complementarmente, uma contextualização filosófica”. (NEGREIROS, Teresa Negreiros. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 158.).

¹¹ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 38.

¹² Cf. FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 145; MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira et al. *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 35.

Há negócios jurídicos que têm um núcleo extrapatrimonial irreduzível – e nem estamos falando do direito das famílias. As empresas de plano de saúde, por exemplo, estão sujeitas a uma boa-fé qualificada, decorrentes da intensa função social do serviço prestado mediante remuneração. Não é qualquer bem jurídico que está em jogo. É a saúde humana. Não há possibilidade de realizarmos nossos projetos de vida sem saúde. Sem desconhecer os aspectos patrimoniais envolvidos, não é possível encarar esses contratos sob uma ótica puramente patrimonialista. A tutela da pessoa humana exige, cada vez mais, a atenção do direito. Isso redimensiona o sistema jurídico, faz com que os conceitos e as categorias sofram o impacto da ética, sem uma vinculação estreita com o patrimônio¹³.

1.2. A tradição patrimonialista que historicamente permeou os institutos civis

Já no item anterior pudemos vislumbrar o ponto. Cabe, aqui, apenas complementá-lo. Tradicionalmente, os institutos civis carregam forte dose de patrimonialidade. Se percorrermos o Código Civil – apesar dos princípios sociais que o dirigem e das cláusulas gerais que traz – não será difícil identificar fortes resíduos de um passado no qual a preocupação precípua era com o patrimônio¹⁴.

Hoje, os civilistas aludem, crescentemente, à despatrimonialização e à repersonalização das relações civis. Os juristas são instados a reler a legislação infraconstitucional com novos olhos, observando os valores constitucionalmente prestigiados¹⁵. Nesse contexto, dificilmente teríamos, hoje, no plano do direito civil, uma conduta agressora das convicções sociais como conforme ao direito. Em face da atual Constituição da República – que adotou, entre os princípios fundamentais da República, a cidadania, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III), e entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) – ampliou-se, de modo generoso, o panorama de análise da inconstitucionalidade das leis.

¹³ Em sentido semelhante, Rodotà lembra que “agora, não a propriedade, mas a personalidade se torna o contexto em cujo interior deve ser colocado o governo da vida” (RODOTÀ, Stefano. *Perché laico*. Bari: Laterza, 2010. p. 189-205.).

¹⁴ Houve até quem defendesse que o Código Civil de 2002 seria ainda mais patrimonialista que o de 1916 (FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo. Um projeto de código civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 243, set./dez. 2000.).

¹⁵ PERLINGIERE, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene, 1972. p. 155.

Vivemos, atualmente, em sociedades complexas e heterogêneas. Pronunciado pluralismo nos caracteriza. As amplas transformações ocorridas na sociedade exigem que o ordenamento jurídico incorpore a ética e não se mostre tão fechado como costumava ser no passado. Além disso, os desafios e ameaças que hoje nos afligem são, de certo modo, distintos daqueles dos séculos passados. Há quem sustente que vivemos numa sociedade de risco. Em boa medida, nossa sociedade é definida por eles¹⁶.

Durante o século XIX e boa parte do século XX, o direito civil orgulhava-se do rigor formal dos seus conceitos, em sistema logicamente impecável. Porém, paralelamente aos encadeamentos lógicos dos juristas, os poderes privados eram – e, de certo modo, ainda são – marcados por forte carga despótica¹⁷. O marido sobrepunha-se, social e juridicamente, à mulher; o pai sobrepunha-se ao filho; os empregadores a seus empregados. A igualdade material não inspirava os códigos civis. Os códigos civis clássicos não se preocupavam com esses desníveis de poder privado; antes os secundavam. Padrões de comportamento preconceituosos se repetiam, e a lei os incentivava.

Sob o prisma sociológico, um ponto sublinhado por muitos estudiosos dos padrões culturais brasileiros é o patrimonialismo. Ou – na dicção que se tornou clássica de Nelson Saldanha – a dificuldade, algo crônica, de distinguir o *jardim* da *praça*. Privado e público se misturam numa convivência nem sempre saudável. O público, tão frequentemente, confunde-se com o privado, e as categorias assépticas da lei nem sempre conseguem impedir certos usos promíscuos do que é (ou deveria ser) de todos em proveito próprio ou de alguns. Talvez, em parte, nosso conhecido traço patrimonialista – tão bem denunciado por Raymundo Faoro em *Os Donos do Poder* e por Sérgio Buarque de Holanda em *Raízes do Brasil* – que faz pensar que os bens do Estado não são de ninguém. O Brasil, como democracia constitucional recente, tem entre seus desafios o aprimoramento do sistema jurídico-institucional, buscando aplicar o

¹⁶ A referência teórica mais consistente, a propósito, é Ulrich Beck, que argumenta haver a globalização dos riscos civilizacionais, e que a concretude do risco não respeita fronteiras nacionais (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco - rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.). Há autores, sob diversa orientação teórica, que preferem dizer que vivemos numa “sociedade informacional”. (Cf. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.).

¹⁷ Pontes de Miranda, desde o início do século passado, vigorosamente se punha contra o conteúdo despótico no exercício dos direitos subjetivos, antecipando, em longas décadas, o conceito de função social da propriedade e dos contratos: “Tampouco se definiria o direito subjetivo como poder de mandar, de impor, de comandar. Aos séculos de pontiaguado individualismo foi grata tal concepção, que pôs o indivíduo no lugar dos déspotas. O ‘meu’ direito (subjetivo) significava a minha força, o meu poder, a minha violência, sucedâneos da força, do poder, da violência do príncipe” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes DE. *Tratado da ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 10.).

direito objetivo com isonomia e impessoalidade. A imprensa, com sua fiscalização permanente, exerce relevante função nesse campo.

É preciso lembrar que as relações entre particulares são, frequentemente, assimétricas e desiguais. Há poderes privados – aos quais não deve ser indiferente o Estado¹⁸. Bem por isso, os direitos fundamentais, hoje, no Brasil, não são apenas direitos de defesa em face do Estado. Exige-se uma postura ativa do Estado para proteger os direitos fundamentais. Essa constatação redefine muitas abordagens, sobretudo da responsabilidade civil do Estado por omissão. Peter Häberle, argutamente, verifica que não há *numerus clausus* das dimensões de proteção dos direitos fundamentais, nem *numerus clausus* dos perfis.

O conservadorismo que sempre timbrou o direito de família – baseado no poder do marido e do pai – refletia por certo a sociedade que tínhamos¹⁹. Hoje a sociedade é plural, com muitos modelos familiares aceitos, e o direito civil, como não poderia deixar de ser, também reflete isso. Não há dúvida que admitir um mais intenso diálogo do direito civil com a ética não significa dar passaporte para o voluntarismo. Não se trata de substituir a pauta de valores constitucionais pela pauta, pessoal e idiossincrática, de valores do intérprete. Bem por isso, uma linha de conduta hermenêutica se impõe com singular rigor: quanto mais semanticamente aberta for a norma, maiores e mais severos são os deveres argumentativos do intérprete. O dever de densidade argumentativa, portanto, é proporcional à flexibilidade dos signos normativos. Aliás, os estudos recentes têm frisado que a legitimidade de uma decisão numa democracia constitucional é mensurada tanto por seu conteúdo (*output*) quanto pelo seu procedimento (*input*)²⁰.

¹⁸ É inegável, sobretudo em nossos dias, que existem situações de opressão ou desnível entre particulares, algo semelhante com as relações assimétricas que lastrearam - ainda na concepção liberal - os direitos fundamentais em face do Estado. (UBILLO, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares* – análisis de la jurisprudencia del tribuna constitucional. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Consitucionales, 1997. p. 369.).

¹⁹ Não por acaso, os civilistas sempre simbolizaram o conservadorismo jurídico. Pierre Bourdieu, por exemplo, enxerga nos privatistas o “culto do texto, o primado da doutrina e da exegese, quer dizer, ao mesmo tempo da teoria e do passado” (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 252.). De modo semelhante, percebeu-se que “a permanência jurídica se manifesta, em toda sua plenitude, no setor específico das codificações. E, aí, especialmente em matéria de Direito Civil, tido por protótipo do conservadorismo jurídico” (VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 144.). Nesse contexto teórico, convém lembrar que o século XIX foi pródigo em generalizações, amplas construções teóricas e esquemas abstratos (MEAD, George H. *Movements of thought in the nineteenth century*. Chicago: The University of Chicago Press, 1972).

²⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56.

2. A revitalização do direito civil em múltiplas dimensões: o espectro normativo da dignidade e da solidariedade social

As muitas dimensões atuais do direito civil são revitalizadas pelo farto uso dos princípios e cláusulas gerais. O direito privado, nessa perspectiva, sofre mutação funcional, aceitando que seus conceitos, categorias e institutos sejam redefinidos à luz da solidariedade social (e da função social, dignidade, boa-fé etc.). Ganha também força e respeito a concepção teórica – idealizada por Luiz Edson Fachin – que postula um patrimônio mínimo para cada ser humano, como piso para o exercício dos demais direitos de modo digno²¹.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República (CF, art. 1º, III), e a solidariedade social (CF, art. 3º, III), passam a ser invocadas com frequência nos trabalhos acadêmicos e em decisões judiciais. Poderíamos, talvez, resumir a tendência que se observa nos estudos de direito civil em duas palavras: *repersonalização e despatrimonialização*. A doutrina, nesse sentido, tem-se mostrado atenta ao construir “parâmetros de diferenciação capazes de dar o relevo jurídico necessário aos interesses existenciais²²”.

Há, hoje, toda uma construção – normativa e conceitual – a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Não há setor da experiência jurídica que não tenha, de algum modo, sido atingido pela eficácia irradiante deste princípio. Direito público e direito privado, relações simétricas e relações assimétricas, com ou sem a participação estatal, é certo que a dignidade humana se projeta com singular força normativa por toda a ordem jurídica. Talvez não seja exagero afirmar que boa parte da abertura do sistema jurídico dos nossos dias se opera através da dignidade da pessoa humana – e suas múltiplas e transformadoras dimensões de eficácia. Trata-se de norma aberta que impõe não apenas omissões (dever de não agir contra a dignidade), mas também ações, prestações (dever de agir, positivamente, para realizá-la).

A dignidade – como de resto os demais princípios constitucionais – não é conceito que possa ser extraído a partir do ser humano isolado, em pobre (e irreal) compartimentalização. Trata-se de norma que supe e exige seres humanos em recíprocos contatos. Só daí será possível

²¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 300-311.

²² NEGREIROS, Teresa Negreiros. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 103.

extrair, material e dinamicamente, os contornos aproximados do princípio. A doutrina percebe que “há uma lógica evolutiva nas dimensões da dignidade humana [...]. Assim como outrora os direitos liberais e os direitos sociais formatavam o conteúdo da dignidade humana, hoje também os direitos de solidariedade, como é o caso especialmente da qualidade ambiental, passam a conformar o conteúdo da dignidade humana, ampliando o seu âmbito de proteção”²³.

A dignidade humana – assim como a solidariedade social – não constitui, obviamente, princípio de aplicação exclusiva do direito civil, mas de incidência em todo o sistema jurídico instaurado pela Constituição de 1988. A propósito da solidariedade, um primeiro ponto que pede menção é que, até a Constituição de 1988, a única acepção jurídica do vocábulo solidariedade era aquela que dizia respeito à multiplicidade de sujeitos em um dos polos da relação jurídica (aptos, por exemplo, a ser demandados pela integralidade da dívida)²⁴. O curioso é que muitos, ainda hoje, confundem os significados, ou os tratam como se fossem um só fenômeno. Em relação à acepção originária e tradicional, lembremos que a solidariedade é a regra na reparação civil no Brasil há cerca de um século. Desde o Código Civil de 1916, sempre que a ofensa tiver mais de um causador, todos respondem solidariamente.

No direito ambiental, essa solidariedade ganha notas particularmente severas – e talvez aí esteja a nota singular – ampliando-se, significativamente, em certos casos, a importância da participação indireta, como na conhecida hipótese de responsabilizar o novo proprietário pela degradação promovida pelo antigo dono (STJ, 222.349). Isso, de fato, é algo forte (à luz do nexu causal), digamos assim. Em se tratando de dano ambiental, a “continuidade delitiva é motivo bastante para a condenação atual da indústria poluente, não obstante tenha o dano sido provocado também por algum antecessor no tempo. É nisso que reside a indenização por responsabilidade objetiva solidária dos danos causados ao meio ambiente”²⁵. Embora seja importante frisar – como

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). *Direito ambiental atual*. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 86.

²⁴ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Filyrly (Coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 167-206.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In: BENJAMIN, Herman (Org.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 284. Elucidativo, nesse sentido, são os verbos usados em julgado que busca caracterizar quem são os responsáveis pelo dano ambiental: “quem faz, que não faz quando deveria fazer, quem deixa de fazer, quem não se importa que façam, quem

fizemos anteriormente – os dois significados possíveis da solidariedade (um digamos, mais tradicional, e outro de cores contemporâneas, traduzido pela solidariedade social), isso não quer dizer que eles sejam incompatíveis ou não dialoguem. Em muitos casos, a solidariedade clássica se põe como prestante mecanismo para otimizar e para concretizar a solidariedade social e a própria dignidade humana. Decidiu-se, por exemplo, em julgado recente, que a Igreja responde, civil e objetivamente, perante a vítima, pelo ato do padre que pratica pedofilia (STJ, 1.393.699). Responsabilidade solidária, portanto.

A dignidade da pessoa humana é um princípio – assim como os demais – que só socialmente pode ter sua carga significativa revelada. A solidariedade, hoje, como princípio jurídico, opõe-se vigorosamente ao individualismo que permeou as práticas jurídicas nos séculos passados. Paulo Lôbo percebe que o “*pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade, ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade”²⁶. Entre nós, o marco normativo da consagração da solidariedade social foi a Constituição de 1988.

Não estamos diante, decerto, da dimensão espiritual ou caritativa da solidariedade, mas numa dimensão essencialmente jurídica²⁷. Assim como a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas preceitua, de modo até mais amplo, o princípio da solidariedade não é oponível apenas ao Estado, mas também aos particulares²⁸.

financia para que façam, e que se beneficia quando outros fazem” (STJ, 650.728, Rel. Min. Herman Benjamin). Temos, portanto, de modo amplo, a responsabilidade civil não só de poluidores diretos, mas também indiretos.

²⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81-85. Adiante, conclui: “Assim, podemos afirmar que o princípio da solidariedade é um dos grandes marcos paradigmáticos que caracterizam a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social (por alguns, justamente denominado Estado solidário), com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou. É superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos”.

²⁷ Nesse sentido, “a solidariedade social, na juridicizada sociedade contemporânea, já não pode ser considerada como resultante de ações eventuais, éticas ou caridosas, pois se tornou um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de força normativa e capaz de tutelar o respeito devido a cada um” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 115-116.). Argumenta-se, de modo semelhante, que “a solidariedade social consubstancia-se, sem dúvida alguma, em um dos principais vetores do direito contemporâneo. A influência dos ideais solidários e do reconhecimento do caráter normativo do princípio da solidariedade social, por toda parte difundido, provocou efeitos revolucionários em diversos setores do direito privado, temperando sua histórica orientação liberal e individualista” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 234.).

²⁸ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Teoria dei diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 256.

Uma cosmovisão individualista da sociedade reconhece apenas a lógica da competição. O direito civil dos nossos dias – sem desconhecer que a sociedade é, também, o *locus* da competição – opera cada vez mais com a ideia de cooperação, de solidariedade.

Há, também, uma revalorização da equidade, no sentido aristotélico de justiça do caso concreto. Uma consequência até certo ponto óbvia dessas mudanças é a seguinte: quanto mais a ordem jurídica se vale de normas abertas, maior é o campo de atuação do intérprete. Porém, se sua liberdade de movimentação é maior ao lidar com princípios e cláusulas gerais, maiores também serão, proporcionalmente, seus deveres de argumentação, que se mostram mais rigorosos à medida que a norma se evidencia mais aberta. Está havendo um contínuo deslocamento do eixo estrutural do sistema jurídico: de um sistema fechado, autorreferente, composto exclusivamente por regras, para um sistema que, sem desprezar as regras, enfoca, com particular preponderância, os princípios e os conceitos abertos. As fontes normativas - em especial aquelas situadas no vértice do sistema - passaram a operar com um valor não absoluto de constância, o que possibilita uma atividade jurídica mais permeável aos valores²⁹. Ademais, gostemos ou não, trata-se de fenômeno dos nossos dias, com os quais devemos aprender a lidar e dele extrair as melhores potencialidades³⁰.

3. Os ciclos evolutivos da responsabilidade civil: entre velhas estruturas e novas funções

A responsabilidade civil traz consigo, em seus ciclos evolutivos, um potencial inovador considerável. No universo teórico do direito privado – historicamente tido como conservador e cioso das tradições e

²⁹ Teoriza-se a propósito: “Neste contexto, o Direito se torna um regulador de procedimentos cuja função é legitimar decisões de conteúdo indeterminado. Tal indeterminação não significa, no entanto, aleatoriedade. O sistema jurídico recolhe a núcleos de sentido como os valores, as pessoas, os papéis sociais e as ideologias para conferir conteúdo às normas” (RIBEIRO, Maurício Portugal. O direito contemporâneo e a metodologia de ensino do direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 96.).

³⁰ Percebe-se que “a utilização de princípios e cláusulas gerais sempre foi vista com muita reserva pelos juristas, ante sua inevitável indeterminação de conteúdo e, no que concerne ao hegemônico individualismo jurídico do Estado liberal, o receio da invenção do Estado nas relações privadas, por meio do juiz. Todavia, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da justiça social e para o trato adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e o novo Código Civil brasileiro*. RTDC, v. 27, p. 109, jul./set. 2006.).

do passado –, a responsabilidade civil aparece como um parente agitado, exótico, dado a ideias eventualmente desestabilizadoras. Há, nesse sentido, um componente iconoclasta na responsabilidade civil. Não que esteja presente em todos os períodos históricos, mas, de tempos em tempos, ele se faz sentir, talvez bem mais aqui do que em outras categorias do direito civil.

A explicação possível talvez possa ser encontrada no fato de que a responsabilidade civil tem uma estrutura orgânica que facilita a absorção – possivelmente mais rápida – das mudanças sociais. Para que possamos decidir um caso relativo à responsabilidade civil, precisamos analisar se há dano (lembramos que a valoração humana acerca *do que* é dano varia enormemente. Fatos que há algumas décadas não consideraríamos dano hoje poderíamos considerá-los como tal. Há, portanto, uma historicidade inerente ao conceito de dano, que varia temporal e especialmente)³¹. A responsabilidade civil lida, em boa medida, com conceitos abertos (princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados etc.). Isso, de certo modo, favorece a incorporação dos novos ventos que renovam as relações sociais, trazendo-as para o universo do direito dos danos. Não é exagero afirmar que a responsabilidade civil se redefine a partir das mudanças sociais³².

Aliás, hoje se aceita, de modo crescente, a ideia do sistema jurídico como um sistema (pelo menos relativamente) aberto. Canaris define o sistema jurídico como “ordem teleológica de princípios gerais de direito”. A atribuição de eficácia normativa dos princípios está associada à abertura do sistema jurídico, no sentido de aceitar mudanças de fora para dentro, isto é, aceitar que fontes não propriamente legislativas possam modificar o sentido e as possibilidades das normas jurídicas.

³¹ Percebe-se - como algo constatável, embora nem sempre desejável - que está havendo, nestas primeiras décadas do século XXI, um alargamento do conceito de dano indenizável. Isso “não quer dizer que estes danos sejam novos no sentido de não terem sua existência revelada em outras épocas, mas de que nestes momentos anteriores a sociedade - e o Judiciário, como consequência - teria algum grau de dificuldade em tutelar positivamente esta hipótese por se tratar de situações que requerem uma investigação mais apurada da função atribuída à responsabilidade civil, qual seja, a de possibilitar a proteção da pessoa humana contra violações geradas à sua dignidade (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 28.). Também se nota, atualmente, uma mudança na perspectiva da responsabilidade civil, do ato ilícito para o dano injusto (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 27.).

³² Cf. CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 101. Aliás, não por acaso, afirma-se que “a responsabilidade civil tem representado nos países ocidentais um papel verdadeiramente revolucionário” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 22.).

Inegavelmente, o direito civil se aproxima das normas abertas da Constituição e dialoga crescentemente com a teoria dos direitos fundamentais. As polêmicas restringem-se, em geral, à forma como deve se dar essa aplicação³³. A aplicação direta desses direitos, aliás, virou palavra de ordem entre os civilistas, entendendo-se, de modo largamente dominante, que no Brasil a eficácia dos direitos fundamentais se processaria de modo direto, e não de forma indireta como ocorre na Alemanha, berço teórico da concepção. Não só a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas ganha força, mas também – como dissemos antes – a percepção do sistema jurídico como um sistema aberto de princípios normativos. Por isso – mas não só por isso – a sulcada divisão entre direito público e direito privado perde relevância (lembramos que o princípio da dignidade da pessoa humana não conhece setores imunes às suas luzes).

Voltando, de modo específico, ao item que direciona o presente tópico, podemos afirmar que a responsabilidade civil se encontra em processo de abertura e refuncionalização, aceitando o pluralismo e assumindo certo tom menos dogmático. Não mais o sujeito de direito impessoal e abstrato, mas a pessoa humana, com seus projetos e suas dores bastante reais. O direito dos nossos dias reconhece as diferenças socioculturais. Não só as reconhece como as têm como relevantes para as soluções dos conflitos. Outro ponto é a funcionalidade. Aceita-se, atualmente, que a função social defina, internamente, os institutos, não se pondo apenas como limite externo. Em outras palavras: a funcionalidade define o que eles são e não só até aonde podem ir.

Conforme dissemos, a responsabilidade civil passa por um processo de refuncionalização. O instituto renova-se, de modo significativo, a partir das mudanças (não só normativas, mas sobretudo sociais). Houve, nas últimas décadas, intensa produção jurisprudencial a respeito do tema – o que permitiu renovar, criativamente, boa parte dos postulados teóricos aplicáveis à disciplina³⁴. Após a Segunda Guerra, muitos

³³ CAPITANT, David. *Lês effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Paris: L.G.D.J., 2001.

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 427. Maria Celina Bodin chega a dizer que é inegável que o Direito da Responsabilidade Civil, em nossos dias, está sendo criado pela jurisprudência (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49.). Assim, “ainda que na origem o direito da responsabilidade civil seja individualista e patrimonialista (pois seu objetivo é a reparação pecuniária e individual de um dano), sua interpretação e aplicação hoje levam em consideração outros fundamentos, de cunho solidarista, instrumentalizando uma ótica personalista do direito civil, especialmente no que se refere ao Direito de Danos”. (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 13.).

juristas europeus, sobretudo alemães e italianos, voltaram suas atenções teóricas para a jurisprudência, afastando-se da redoma conceitual de abstração e conceitualismo puro que por muito tempo marcou os estudos jurídicos, sobretudo na literatura civilística.

Neste nosso século, a responsabilidade civil é refuncionalizada, ou seja, é chamada a desempenhar novas funções³⁵. O instituto, além disso, ao lado de sua índole individualística, tem uma forte dimensão função coletiva. Caitlin Sampaio Mulholland percebe que a “responsabilidade civil passa a cumprir uma renovada função, qual seja, a de reparar os danos sofridos pela vítima, muito mais do que o de obrigar o agente a indenizar por conta de sua conduta culposa”. Diagnosticou ainda que “isso se deve à tomada de consciência e ao sentimento coletivo a respeito da injustiça de deixar a vítima em uma posição desfavorável em relação ao dano que lhe foi ocasionado, mesmo consciente de que o autor do dano pode não ter agido de forma a causá-lo culposamente”³⁶.

A maior proteção à vítima vem conjugada com um processo histórico-normativo que torna a responsabilidade civil cada vez mais objetiva. Isto é, os suportes fáticos das normas que determinam a indenizabilidade dos danos exigem, cada vez menos, a presença da culpa. Indeniza-se, mesmo sem culpa. É assim, por exemplo, em regra, na responsabilidade civil do Estado e na responsabilidade civil no direito do consumidor. Também no direito ambiental. Ampliam-se, fortemente, os espaços do dano injusto indenizável. Há danos individuais e danos coletivos, danos atuais e danos futuros. Indeniza-se, até, hoje, a perda da chance. Lida-se não mais com a certeza do dano clássico, mas com a probabilidade³⁷. Lembremos que a dimensão preventiva –

³⁵ Cf. ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁶ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 16. Conclui, no mesmo estudo, adiante que as “bases valorativas do Direito de Danos podem encontrar-se justamente na consagração de dois princípios em nosso ordenamento jurídico: o princípio da reparação integral e o princípio da solidariedade social” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 338.).

³⁷ Georges Wiederkehr, à luz da realidade europeia, alude ao “convite feito ao juiz de não ser muito exigente acerca da prova da causalidade e de não querer mais do que a probabilidade” (citado por MACHADO, Paulo Afonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 357). Na esfera do direito ambiental já se mostram aceitáveis e difundidas as presunções de causalidade. Aliás, os danos ambientais revestem-se de particularidades. Os danos ambientais raramente seguem uma lógica linear. A quantificação é difícilima. Como quantificar e ressarcir – por exemplo – a extinção de certa espécie da fauna? Ou mesmo a contaminação de lençóis freáticos? Trabalha-se, ademais, neste campo, com muita frequência, com o conceito de dano futuro. Pensemos na chamada poluição histórica, que resulta da acumulação, sucessiva e progressiva, de dejetos. Sem falar que há danos que nem sempre se situam no domínio das causas visíveis. Há, frequentemente, um largo espectro de causas e uma distância espacial (e também temporal) entre a ação e o resultado danoso. Não por acaso, Herman

eventualmente dialogando com os princípios da prevenção e da precaução – é fator relevante e essencial na responsabilidade civil atual³⁸.

O direito dos nossos dias – talvez melhor fosse escrever: o direito dos danos dos nossos dias – olha menos para a culpa e mais para o risco (não por acaso, título da clássica obra de Alvino Lima). Trata-se de linha de tendência que se esboça em nosso país sobretudo a partir de meados do século passado. Outro aspecto relevante é o seguinte: há uma filtragem ética – ou pelo menos há uma crescente preocupação doutrinária nesse sentido, ainda que, eventualmente, desconsiderada na solução de certos casos – que busca distinguir, para conferir respostas normativamente diferenciadas, entre bens patrimoniais e bens não patrimoniais (existenciais).

Aliás, a bipartição tradicional – que categoriza os ilícitos em absolutos e relativos, conforme o sujeito passivo, se determinado ou não – é neutra em relação aos valores. Incapaz, portanto, sob o prisma teórico, de oferecer uma consideração diferenciada para os bens jurídicos não patrimoniais. Poderíamos, atualmente, nesse contexto, dar um passo adiante em relação à classificação tradicional dos ilícitos em absolutos e relativos e – sem esquecer o dualismo clássico – enxergar os ilícitos civis *também* à luz das lentes atuais da repersonalização e da despatrimonialização. Nesse sentido, talvez nos ajude, hermeneuticamente, enxergar os ilícitos civis a partir de duas categorias contemporâneas: a) ilícitos patrimoniais; b) ilícitos extrapatrimoniais³⁹.

Benjamin aludiu, a propósito, ao “império da dispersão do nexa causal”. Por isso, como dissemos, há de certo modo um convite ao juiz a não ser muito exigente com o nexa de causalidade e não exigir mais do que a probabilidade.

³⁸ PERLINGIERE, Pietro. *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*. Rassegna di Diritto Civile, n. 4, p. 1061-1087, 2004.

³⁹ Cf. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Se a distinção entre ilícitos absolutos e relativos é neutra em relação aos valores, aqui ocorre o inverso. As categorias se opõem em função dos valores que os bens jurídicos traduzem. O tratamento conferido aos direitos patrimoniais, sejam reais ou obrigacionais, pode ser, em grandes linhas, semelhante. Porém os extrapatrimoniais exigem uma tutela qualitativamente diversa. Naturalmente, é um dualismo que só pode ser aceito em termos de preponderância. Será o caráter precipuo da lesão, se ao patrimônio ou à pessoa, que conferirá o *locus* na classificação. A rigor, e como intuitivamente se percebe, não existe agressão ao patrimônio que não atinja, reflexa e indiretamente, a pessoa. As agressões à pessoa, por seu turno, são quase sempre traduzíveis em padrões monetários, embora essa operação não seja, à luz dos dias atuais, a mais indicada, pelo menos em linha de princípio. Feitas essas ressalvas, e armando o espírito contra as cautelas epistemológicas excessivamente matematizantes, é possível e necessário operar com as categorias conceituais dos ilícitos *patrimoniais* e *extrapatrimoniais*. A diferenciação é, sob certo sentido, ética, e não poderia deixar de ser. A carga valorativa que o conceito de pessoa atualmente carrega é tão forte que impõe considerações próprias. O denso conteúdo axiológico dos direitos não patrimoniais exige formas de proteção específicas. Não se pode pretender proteger, igualmente, a propriedade e a pessoa. O direito

Talvez seja interessante sublinhar que – segundo cremos – ilícito civil não se confunde com responsabilidade civil. A doutrina nacional, em geral, os identifica. Imagina que ilícitos civis são aqueles previstos no Código Civil (arts. 186 e 187), cujo efeito é, sempre e apenas, o dever de indenizar (art. 927). Tal visão, segundo cremos, é parcial e não dá conta da realidade do mundo jurídico no que toca aos ilícitos civis (cuja eficácia poderá ser não apenas indenizante, mas também perfazer perdas de direitos ou outras categorias de eficácia; neutralização dos efeitos pretendidos pelo negócio jurídico; autorizações para o ofendido praticar determinados atos etc.). Na verdade, bem vistas as coisas, os ilícitos civis perfazem um rico gênero, variado e multiforme, cujos contornos não aceitam a tradução dogmática oferecida pela doutrina clássica, ainda hoje repetida nas novas edições de antigos livros.

3.1. Os degraus da responsabilidade civil: um olhar através dos ciclos históricos

Talvez possamos, historicamente falando, vislumbrar uma escada teórica da responsabilidade civil. Uma escada em que cada degrau não exclui o degrau anterior, mas o pressupõe. Os degraus convivem, não cabendo pleitear a existência exclusiva de determinados pisos, cada qual com funções específicas e relevâncias diferenciadas. No primeiro degrau, teríamos a responsabilidade subjetiva, descansando na sombra da culpa. Esse foi, por muito tempo, o único degrau conhecido, a única condição de possibilidade da existência da responsabilidade civil⁴⁰.

No segundo degrau, teríamos a culpa presumida – largamente usada em boa parte do século XX. Perceba-se que ainda estamos diante de uma hipótese de responsabilidade subjetiva. A culpa persiste importante, só que o ônus probatório não mais está com a vítima, e sim com o suposto ofensor. Na responsabilidade civil clássica, subjetiva, a vítima é que deverá provar a culpa do ofensor. O ônus da prova é dela. Já na culpa presumida, o ordenamento altera o ônus probatório, cabendo ao (suposto) ofensor provar que não agiu culposamente. Nos dois casos, entretanto, como se percebe, a discussão gira em torno da

contemporâneo repudia semelhante neutralidade. Sendo distintos os bens jurídicos, são naturalmente depositários de valores éticos variáveis. Por conseguinte, a proteção que o direito oferece não pode ser a mesma.

⁴⁰ Talvez o exemplo mais claro e paradigmático de defesa da culpa esteja na obra dos irmãos MAZEAUD. Ver MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Recueil Sirey, 1947. t. I, p. 723 e passim.

culpa. Passamos, portanto, da responsabilidade subjetiva, de índole clássica, descansando na sombra da culpa, para técnicas que, aos poucos, passaram a presumir o elemento subjetivo. Fomos, assim, da culpa clássica para a culpa presumida em muitos casos (foi o que aconteceu, legislativa e jurisprudencialmente, no século passado, em relação às estradas de ferro). A responsabilidade dos pais pelos filhos menores, no Brasil, foi uma hipótese de responsabilidade por culpa presumida até 2002, quando passou a ser objetiva (Código Civil, art. 932, I; art. 933).

No terceiro degrau, teríamos a responsabilidade civil objetiva. A objetivação da responsabilidade civil é uma tendência observável a partir sobretudo de meados do século passado, sendo possível registrar movimentações nesse sentido ainda mais recuadas no tempo. Hoje, a legislação brasileira é farta em hipóteses de responsabilidade objetiva, como ocorre, por exemplo, na legislação ambiental, no transporte de pessoas (aéreo ou terrestre), nas relações entre bancos e clientes, nas relações entre construtoras e adquirentes de unidades residenciais, nas relações entre usuários e planos de saúde, entre muitas outras situações possíveis⁴¹. A responsabilidade objetiva – ao contrário da responsabilidade

⁴¹ A responsabilidade objetiva, em nossos dias, ganha crescentemente força. Recentemente, mais uma hipótese foi incorporada à nossa ordem jurídica pela Lei n. 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (art. 1º). O art. 2º estatui: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. Temos, aí, mais uma hipótese, na ordem jurídica brasileira, de responsabilidade objetiva: a responsabilidade das pessoas jurídicas diante de atos danosos à administração pública. Em regra, como se sabe, é o Estado que responde sem culpa pelos danos que cause, seja a pessoas físicas, seja a pessoas jurídicas. Já se uma pessoa física causar um dano ao Estado (digamos que alguém, aluno de uma universidade federal, estragou um computador do laboratório de pesquisa), é preciso, para que haja responsabilidade civil, que lhe seja provada a culpa (negligência, imperícia ou imprudência). O mesmo acontecia, em regra, relativamente às pessoas jurídicas de direito privado nas relações com o Estado (perceba-se que não estamos falando das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, nas relações com os cidadãos). Se uma pessoa jurídica causasse um dano ao Estado, em princípio a culpa far-se-ia necessária para a responsabilização, a menos que intervisse uma legislação específica que impusesse a responsabilidade objetiva (por exemplo, uma empresa de transporte de cargas cujo caminhão destrói determinada balança de pesagem de cargas, responderá se tiver havido culpa, a menos que suponhamos uma situação em que possamos aplicar a teoria do risco, prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, de feição objetiva). Agora, porém, com o advento Lei n. 12.846/2013, temos uma nova hipótese de responsabilidade objetiva no direito brasileiro. As pessoas jurídicas - ou mesmo entidades não personificadas, já que o art. 1º, parágrafo único, é claro nesse sentido, além de mencionar que a lei se aplica àquelas entidades “constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente” – respondem pelas ações que lesionem “o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”. A lei em questão parece ter sido uma resposta a denúncias feitas pela imprensa em relação a fraudes nas licitações de hospitais públicos, sobretudo no Rio de Janeiro. Seja qual for sua origem, a intenção é louvável. Prevê que, em relação aos atos lesivos

civil por culpa presumida – não admite a prova de ausência de culpa. As discussões, aqui, devem orbitar em torno do nexo causal.

Talvez pudéssemos falar, no quarto degrau, em responsabilidade objetiva agravada⁴² (ou outra denominação equivalente, as denominações são, em parte, secundárias). Seriam situações em que se dispensa o nexo de causalidade adequada entre o fato e o dano. Exige-se, porém, que haja *estreita conexão* entre o dano e a atividade do ofensor. Os danos, nesse sentido, precisam guardar conexão com a atividade desenvolvida (os bancos, por exemplo, respondem objetivamente perante os clientes por fraudes praticadas por terceiros – fortuitos internos, consoante reconhece a Súmula 479 do STJ).

Ou talvez pudéssemos inserir, no quarto degrau, as presunções de causalidade, como propõe Caitlin Sampaio⁴³. Ou, ainda, com a aplicação de teorias acerca do nexo de causalidade com feição mais flexível, a exemplo da causalidade alternativa, recebida com entusiasmo no direito ambiental. E o quinto degrau ficaria para a responsabilidade objetiva agravada (aquela em que a presunção de causalidade *não é* necessária, porque se prescinde do próprio nexo causal). Qualquer das opções seria, cremos, uma escolha teórica legítima, que tenta descrever, esquematicamente, modelos historicamente utilizados pelo direito dos danos.

à administração nacional ou estrangeira (as organizações públicas internacionais são equiparadas à administração pública estrangeira, art. 5, § 2º), a responsabilidade civil (e administrativa) será objetiva (art. 2º). A lei, porém, parece ter optado por restringir os atos danosos – em relação aos quais a responsabilidade civil das pessoas jurídicas é objetiva – àqueles vinculados de algum modo a práticas corruptas. Imaginemos uma situação concreta: fornecimento de refeições para hospitais ou presídios. Um funcionário de determinada empresa oferece propina para ganhar a licitação. Nos termos da lei citada, a empresa não poderá alegar que desconhecia a conduta do funcionário. Desde que haja nexo causal, a empresa responderá. O benefício nem precisa ser exclusivo da empresa. Lembremos, a propósito, que à luz do Código Civil o empregador já responde sem culpa por ato do empregado (Código Civil, art. 932, II; art. 933).

⁴² Fernando Noronha argumenta: “Similarmente ao que acontece com a responsabilidade objetiva comum, a agravada também tem como fundamento um risco de atividade, mas agora o risco considerado é bem mais específico. Se na responsabilidade agravada se prescinde de nexo de causalidade adequada entre o fato do responsável e o dano, em contrapartida exige-se que este guarde estreita conexão com a atividade do responsável: não são todos os danos ocorridos que serão indenizáveis, serão apenas aqueles que possam ser considerados *riscos inerentes, característicos ou típicos da atividade* em questão” (NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 638.).

⁴³ Assim, “admitindo-se a possibilidade de presunção de causalidade quando presentes os critérios já expostos neste Capítulo, inúmeras situações de dano que em épocas passadas seriam consideradas como um fortuito ou um acidente infeliz, hoje seriam indenizáveis, realizando a função plena da reparação da vítima e efetivando o ideal da solidariedade social” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 340.).

4. Proposições conclusivas

Frisamos acima ser possível identificar, na caminhada histórica da responsabilidade civil, alguns conceitos que – venham da lei, da doutrina ou da jurisprudência – se impuseram, em determinados períodos históricos, com resultado de certas discussões e, afinal de contas, das necessidades sociais em constantes mudanças. A caminhada do direito dos danos, através dos séculos, se dá no sentido de uma crescente objetivação. Já esboçamos, anteriormente, de modo sumário – com algum grau de imprecisão e mesmo de voluntarismo que essas classificações carregam – uma espécie de escada histórica da responsabilidade civil.

Desse modo, e com as ressalvas antes feitas, na evolução histórica da responsabilidade civil através dos séculos é possível perceber a passagem por certas etapas, por assim dizer, certos degraus. Não é novidade a dimensão fortemente jurisprudencial da responsabilidade civil, o que possibilita que muitas de suas mudanças – até de suas revoluções, como talvez possamos dizer – sejam feitas no silêncio da lei (e até, às vezes, contra a lei, ou pelo menos contra o literalismo dela). Convém reavivar, com extrema brevidade, o que chamamos de escada histórica da responsabilidade civil: a) responsabilidade subjetiva clássica; b) culpa presumida (que, sabemos, é uma espécie de responsabilidade objetiva, cuja especificidade consiste em que o ônus da prova passa para o suposto ofensor, que poderá provar que não agiu culposamente); c) responsabilidade objetiva (esta, por certo, não admite a prova de ausência de culpa); d) responsabilidade objetiva agravada. Neste capítulo, interessa-nos especialmente esse último degrau.

Vejamos muito brevemente cada uma delas. A responsabilidade subjetiva clássica é, digamos assim, uma senhora com séculos de existência. Por muito tempo, foi a única forma de responsabilidade civil que tínhamos⁴⁴. Ou a vítima provava a culpa do ofensor, ou não haveria

⁴⁴ Cabe frisar que “não é de hoje que a culpa perdeu o *status* de centro do sistema da responsabilidade civil, dado o avanço da objetivação das regras reparatórias, e mudou o próprio papel que lhe incumbe desempenhar nas hipóteses residuais (subjetivas), a partir da justificativa finalística de sua releitura, a impor uma feição mais objetiva, normativa, e menos psicológica” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Desafios à concretização do princípio da reparação integral no Superior Tribunal de Justiça*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 261-262. No mesmo sentido: MONTEIRO FILHO, Carlos Edilson do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas (estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 757-796.).

dever de indenizar. Ainda hoje é relevante, embora com um campo de atuação substancialmente menor do que dispunha no passado. Está prevista, atualmente, no Código Civil, art. 186 (Código Civil, art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”). Assim, se alguém, dirigindo seu carro, colide com outro veículo, a vítima do dano deverá provar a culpa do ofensor, para que haja o dever de indenizar. A responsabilidade subjetiva abrange a culpa *stricto sensu* (negligência, imperícia e imprudência) e o dolo. Em regra, a indenização se mede pelo dano, não pelo grau de culpa (Código Civil, art. 944).

No degrau seguinte – responsabilidade civil por culpa presumida – *ainda estamos falando de responsabilidade subjetiva*. Aqui, a culpa continua como fator relevante. A diferença é que, neste degrau, ocorre uma inversão do ônus da prova. Trata-se de técnica muito usada, aqui e ali, na caminhada histórica da responsabilidade civil, principalmente diante do descompasso entre certas necessidades sociais e o lento conservadorismo da lei civil⁴⁵. Nem sempre o legislador entende ou acolhe as novas demandas sociais. Seja como for, aqui a vítima não mais precisará provar a culpa do ofensor. A culpa é presumida. Porém o ofensor poderá, se desejar, provar que *não agiu culposamente*. Essa a diferença relevante. O ônus da prova transfere-se da vítima para o ofensor. Mas a culpa continua importante, pois se o ofensor provar a ausência de culpa (ausência de negligência, imperícia ou imprudência, por exemplo), não haverá indenização. Gustavo Tepedino, a propósito, enfatiza que “muitas vezes se confunde, tanto nos manuais quanto na experiência pretoriana, a teoria da presunção da culpa, intensamente aplicada, mediante a qual, em termos práticos, se inverte o ônus da prova em favor da vítima de dano injusto”, com as teorias não subjetivistas, “próprias da responsabilidade objetiva, em que não se deve cogitar da culpa para a fixação da responsabilidade”⁴⁶. Um exemplo seria a responsabilidade dos

⁴⁵ Já se notou, argutamente, nesse sentido, que “se na virada do século XIX para o XX o problema dos acidentes de transporte era transformado pelo sistema jurídico em uma questão de prova que podia ser resolvido atrás de uma abordagem que recorria às normas de direito processual e à teoria da argumentação consagrada na técnica da presunção, na virada do século XX para o XXI o problema da violência no transporte exige uma abordagem que tome a sério as normas constitucionais e aceite o desafio de atualizar o sentido dado a conceitos do direito privado, buscando compreender os desdobramentos macro-sociais e econômicos decorrentes das opções dogmáticas construídas ao longo da história” (CORRÊA, André Rodrigues. Solidariedade e responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 386.).

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 179.

pais pelos atos dos filhos menores, à luz do Código Civil de 1916. Doutrina e jurisprudência brasileiras entendiam que se tratava de uma presunção de culpa, isto é, os pais ficariam livres de indenização caso provassem que não foram negligentes, imperitos ou imprudentes.

Podemos, atualmente, apontar como exemplo possível de aplicação da responsabilidade civil por culpa presumida as cirurgias plásticas com fins estéticos. Segundo jurisprudência dominante, trata-se, não de responsabilidade objetiva, mas por culpa presumida. Desse modo, “nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva”. Cabe ao médico, “contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia” (STJ, REsp 1.180.815, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, DJ 26/08/2010). No mesmo julgado se destacou que “em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica”, o que, segundo o julgado, “importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico”.

O degrau seguinte – talvez o mais frequente na sociedade atual – diz respeito à responsabilidade civil objetiva. Nesse caso, a culpa não entra como fator de consideração. Em outras palavras: a responsabilidade objetiva *não admite a prova de ausência de culpa*. Mesmo que o ofensor realize essa prova, ela será irrelevante, pois a culpa, aqui, não entra como elemento que possa ter importância jurídica. Basta o dano e o nexo causal, ligado à ação ou omissão de alguém (pessoa física ou jurídica ou mesmo ente despersonalizado, como o condomínio). Se alguém se hospeda em hotel e sofre um dano na piscina ou no elevador do estabelecimento, o hóspede não precisará provar a culpa do hotel ou de seus funcionários para ser indenizado. A responsabilidade civil será objetiva à luz do Código de Defesa do Consumidor (aliás, nesse caso, o hospede poderá: a) solicitar a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII); b) poderá retornar à sua cidade (se o hotel estava situado em outra) e propor a ação em seu domicílio (CDC, art. 101, I); c) poderá se valer de um prazo prescricional mais dilatado do que aquele do Código Civil (3 anos no Código Civil, art. 206, § 3º, V; e prazo de 5 anos no CDC, art. 27); d) o fornecedor de produtos e serviços não poderá se valer da denúncia da lide (CDC, art. 88, ampliado pela jurisprudência para qualquer caso de relação de consumo), entre outras vantagens que a legislação de consumo confere às vítimas de danos.

Por fim, como último degrau – o menos conhecido e mais atual – talvez possamos mencionar a responsabilidade objetiva agravada. Trata-se de modelo teórico ainda não consolidado, não exatamente definido em todos os seus contornos. Até mesmo sua terminologia pode ser substituída ou criticada. Temos, aqui, em linhas gerais, a responsabilidade civil sem nexos causal – uma heresia para os padrões clássicos –, desde que haja uma conexão próxima, estreita, entre o dano e a atividade desenvolvida pelo ofensor. Fernando Noronha argumenta: “Semelhantemente ao que acontece com a responsabilidade objetiva comum, a agravada também tem como fundamento um risco de atividade, mas agora o risco considerado é bem mais específico”. Se na responsabilidade agravada “se prescinde de nexos de causalidade adequada entre o fato do responsável e o dano, em contrapartida exige-se que este guarde estreita conexão com a atividade do responsável: não são todos os danos ocorridos que serão indenizáveis”, serão apenas “aqueles que possam ser considerados *riscos inerentes, característicos ou típicos* da atividade em questão”⁴⁷.

Fernando Noronha, em outra oportunidade, esclarece: “A responsabilidade objetiva agravada não é objeto de expressa previsão legal, ou pelo menos não existe nenhum dispositivo que a ela se refira, em termos gerais. À semelhança do que no final do século XIX e no começo do século XX aconteceu com a responsabilidade objetiva em geral (enquanto realidade contraposta à responsabilidade subjetiva), período em que a responsabilidade objetiva era imposta pela jurisprudência, que para o efeito recorria a presunções de culpa, mas sem permitir prova em contrário, atualmente a responsabilidade objetiva agravada é essencialmente construção jurisprudencial: afirma-se a necessidade de responder por determinados danos que na realidade a pessoa não causou, mas argumenta-se que são situações em que não é possível invocar a escusa do fato de terceiro ou do caso fortuito ou de força maior, ou simplesmente nega-se que estes tenham ocorrido”⁴⁸.

É possível, portanto, atualmente – dentro do campo conceitual da responsabilidade civil objetiva – distinguir a responsabilidade objetiva comum e a responsabilidade objetiva agravada. Na responsabilidade objetiva agravada, o dano não é alheio ao risco criado pela atividade do responsável (há conexão entre o dano e a atividade desenvolvida).

⁴⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 638.

⁴⁸ NORONHA, Fernando. *O nexos causal na responsabilidade civil*. Revista dos Tribunais, v. 816, p. 751, out. 2003.

Podemos até falar, nestes casos, em desconsiderar onexo causal⁴⁹. Mas para isso é fundamental que haja uma estreita relação entre o dano e a atividade desenvolvida pelo ofensor (*responsabilidade objetiva agravada*). Só assim seria justo e jurídico imputar algo tão grave – dever de indenizar semnexo causal – a alguém. Trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva que tem como fundamento o risco da atividade. Sua aplicação, porém, é restrita e excepcional: exige-se que o dano guarde estreita conexão com a atividade – ou estatal, ou empresarialmente organizada. O dano, desse modo, é indenizável, não cabendo alegar fato de terceiro ou fortuito externo. Porém, para isso, é fundamental que o dano perfaça um risco típico da atividade desenvolvida. Nesse contexto, “fica claro que as excludentes de responsabilidade apenas poderão ser consideradas como tal, para o fim de afastar a imputação, quando forem consideradas estranhas ao risco”⁵⁰.

Trata-se de solução mais harmônica com o século XXI, seus valores e suas relações sociais. Prestigia a proteção da vítima e a reparação integral sem esquecer que quanto maior for a desigualdade substancial, maior deve ser a proteção da parte vulnerável. A responsabilidade objetiva agravada – ou do risco agravado –, ademais, dialoga com o princípio da solidariedade social, prestigiando-o.

⁴⁹ Podemos – mais cautelosamente – falar, não na desconsideração do nexocausal, mas em sua presunção, o que significa dizer que ele continuará sendo relevante no caso discutido, apenas não precisará ser provado pela vítima, e sim afastado pelo ofensor. Convém repetir, no contexto desta tese: aludir, desse modo, à presunção do nexocausal significa que ele continuará a ser discutido, que ele não é desconsiderado como algo irrelevante. Porém, não caberá à vítima do dano provar sua existência. Ao Estado é que competirá demonstrar que ele não se formou. Embora essa posição não seja, em absoluto, corriqueira, algumas vozes – teoricamente consistentes – insinuam-se nesse sentido. Há a obra de referência no Brasil – tantas vezes citada nesta tese – de Caitlin Sampaio Mulholland (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.) e há, também, outros estudos, mais próximos da responsabilidade civil do Estado que caminham em sentido semelhante. Juarez de Freitas, por exemplo, que tem conduzido relevantes estudos acerca da responsabilidade civil do Estado, defende: “Dito de modo frontal, deve-se admitir a inversão do ônus da prova, em benefício da suposta vítima, tanto por ações como por omissões”. E continua argumentando que “ao Estado incumbe a prova da exclusão do nexocausalidade, independentemente da indagação de culpa ou dolo, individual ou ‘anonimamente’, sem que se converta em ‘segurador universal’, porque não se acolhe, nem de longe, a teoria do risco integral” (FREITAS, Juarez. *Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação do excesso e da omissão*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 32, 2005.). Estamos diante, portanto, de uma presunção relativa, não absoluta, à luz da visão exposta.

⁵⁰ FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. *Civilistica*, ano 5, n. 1, p. 23, 2016. A autora conclui, um pouco adiante, que “o presente artigo procurou demonstrar que, para efeitos da diferenciação entre o caso fortuito interno e o externo, há de se buscar parâmetros mais adequados do que o nexocausalidade. Há de se ampliar a reflexão para entender adequadamente o que é risco, qual é sua importância no cenário econômico e social e quais os fundamentos e propósitos da responsabilidade objetiva em razão dele”.

Creemos ser chegado o momento de buscar, concretamente, a diferenciação valorativa das respostas normativas. Não adianta, retoricamente, repetir a todo instante que a pessoa humana deverá ter uma tutela privilegiada, se não construirmos, através da interpretação, categorias que permitam avanços reais. Acreditamos que o modelo conceitual da responsabilidade objetiva agravada poderá ser um modelo conceitual relevante nesse cenário. Convém lembrar que a proporcionalidade deverá permear fortemente a análise, além da vulnerabilidade da vítima (e a dimensão existencial das relações jurídicas). De todo modo, ao impor, judicialmente, a responsabilidade objetiva agravada, são severos os ônus argumentativos para o juiz. A solidariedade social, convém repetir, deverá sempre iluminar os debates sobre a matéria⁵¹.

⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. *RTDC*, v. 31, p. 79, jul./set. 2007. Oportunidade em que o jurista destaca a solidariedade como função primária de um Estado moderno.

Responsabilidade civil na sociedade de risco¹

*Teresa Ancona Lopez*²
Advogada

Sumário: 1. Sociedade de Risco e Responsabilidade Civil. 2. Os princípios da prevenção e da precaução. 3. Fundamentos ético e jurídico do princípio da precaução e as funções da Responsabilidade Civil no Século XXI. 4. A aplicação e execução do princípio da precaução. Responsabilidade sem dano; 5. Conclusão: a solidariedade e o dilema entre a socialização dos riscos e a prevenção de danos. 6. Bibliografia.

1. Sociedade de risco e Responsabilidade Civil

O presente tema visa mostrar a evolução da Responsabilidade Civil diante da nova realidade produtora de danos, a chamada sociedade de risco. Como sabemos, esse termo foi cunhado, na Alemanha, por Ulrich Beck, que publicou, em 1986, a *Sociedade de Risco (Risikogesellschaft)*, um dos livros mais influentes na análise social da última parte do século XX e referência do problema do risco global.

Uma das mais acentuadas características da sociedade contemporânea é o acelerado progresso tecnológico e científico. Essas descobertas e transformações visam, obviamente, melhorar a vida de todos no planeta Terra. Porém, tudo isso traz, paradoxalmente, grandes riscos e perigos para a civilização. Vivemos a era do medo, sentimento conhecido de toda criatura viva conforme ensina Zygmunt Bauman³, e da incerteza. Não sabemos aonde podem nos levar esses avanços.

Esse medo e essa incerteza não vêm somente das grandes catástrofes ou desastres naturais, que também apavoram, como os tsunamis, terremotos ou furacões, mas principalmente dos riscos de danos morais e materiais que surgem das novas invenções como a *internet*

¹ Artigo baseado no livro da Autora *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

² Professora Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

³ *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 9.

e toda informática, porquanto somos permanentemente controlados. Nossos dados são públicos. Hoje, o famoso “Grande Irmão” toma conta de nossas vidas e nos leva a aprender a lidar com o fundamental direito de privacidade nessa também sociedade de vigilância. É certo que ninguém ignora os danos da economia globalizada. Lembre-se, recentemente, da crise econômica deflagrada em 2008, que se espalhou por todas as economias do mundo. Ou, ainda, dos riscos trazidos pelas novas descobertas advindas de pesquisas biotecnológicas como as clonagens. Sem falar nos riscos que surgem com os novos medicamentos ou com alimentos contaminados⁴ por venenos ou mesmo por praguicidas. O que dizer de toda controvérsia que pesa sobre a questão dos alimentos transgênicos?

Mais recentemente, pesquisas – ainda não concludentes, diga-se de passagem – têm mostrado que o uso excessivo do telefone celular traz o risco de gerar, no futuro, graves doenças em decorrência da propagação de ondas eletromagnéticas principalmente em crianças, que não têm seu cérebro inteiramente formado⁵. No mesmo sentido, as torres retransmissoras de sinais para esses aparelhos móveis foram colocadas sob suspeita de prejudicar a saúde de todos os que habitam próximo a elas. Na França, mesmo diante da **incerteza científica** (risco hipotético), o Tribunal de Grasse, em 17/06/2003, decidiu – decisão esta confirmada pela Corte de Apelação de *Aix en Provence* em 08/06/2004 –, combinando a teoria da precaução com os chamados direitos de vizinhança, determinou a retirada de antena de telefonia celular que emitia ondas eletromagnéticas supostamente perigosas à saúde da população vizinha. É o típico caso de risco incerto. Mas, hoje, concebe-se o mundo sem a telefonia celular?

Elza e Fernando Netto Boiteux⁶ explicam que:

durante décadas a energia elétrica foi considerada uma forma de energia absolutamente ‘limpa’ (não poluente) e não se imaginava que ela pudesse causar nenhum dano, a não ser através do contato direto com o corpo humano, provocando os conhecidos choques elétricos.

⁴ Em 2011, o mundo se chocou com as mortes causadas pela bactéria *E. coli*, que contaminou verduras e legumes.

⁵ A OMS anunciou, em 31.05.2011, o uso do telefone móvel como possivelmente cancerígeno, tal como o chumbo, escapamento de motor de carro e clorofórmio.

⁶ BOITEUX, Elza Antonia P. C.; BOITEUX, Fernando Netto. *Poluição eletromagnética e meio ambiente* – o princípio da precaução. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 19-20.

Mostram os autores que os sintomas negativos apareceram em trabalhadores expostos a maiores cargas de energia, como, por exemplo, contrações musculares involuntárias. “Os efeitos nocivos à saúde decorrentes de exposição aos campos eletromagnéticos gerados pela transmissão de energia elétrica também não se apresentam de maneira evidente, quanto os decorrentes da exposição à radiação nuclear ou aparelhos de exame por meio de raios-X”⁷. O mundo pode ficar sem energia elétrica?

Apesar da lista interminável, mencionamos, por fim, as ameaças do terrorismo internacional que não tem local e nem pátria. O risco do terrorismo, que está em todas as partes sem estar em nenhuma, apavora a humanidade, principalmente no momento em que estamos. Ninguém sabe se fazendo turismo, mesmo em países aparentemente pacíficos, não morrerá no próximo minuto, até por atropelamentos em massa. O terrorismo levou a um desdobramento perverso que foi o de fulminar o direito fundamental da privacidade em nome da segurança social, veja-se o sistema de revista nos aeroportos estadunidenses desnudando literalmente seus passageiros que, sem opção, submetem-se a esta forma de controle.

Contudo, por mais medidas que sejam tomadas, o **risco zero não existe**. Em suma, a única certeza na sociedade risco é a incerteza, pois os riscos não podem ser mensurados. A sociedade de risco, como quer Beck, é a sociedade da era industrial acrescida das inovações científicas e tecnológicas, cujos efeitos são imprevisíveis. Na verdade, os riscos sempre existiram, mas estes são os chamados **novos riscos**, que poderão levar a **danos graves e irreversíveis** às pessoas e ao meio ambiente, são os riscos do progresso. Beck mostra que a força motriz da sociedade de classes pode ser resumida em uma frase: “Tenho fome!”. E, na sociedade de riscos: “Tenho medo!”. Na era do risco, as ameaças com as quais nos confrontamos não podem ser atribuídas a Deus ou à natureza, mas à própria “modernização” e ao “progresso”.

Por isso, Hans Jonas propôs uma nova ética, no seu prestigiado *O Princípio Responsabilidade*⁸, para salvaguardar e proteger a atual e as

⁷ Segundo Elza e Fernando Boiteux, op. cit., p. 42, nos últimos dez anos, em razão da existência de relação estatística entre a ocorrência e a radiação eletromagnética, as doenças que podem surgir são: leucemia em adultos e crianças, câncer no cérebro em adultos e crianças, câncer de mama em homens e mulheres, outros tipos de câncer, aborto espontâneo, disfunções de reprodução ou desenvolvimento, esclerose lateral amiotrófica (doença de Lou Gehrig), mal de Alzheimer, infarto agudo do miocárdio, suicídio, outras doenças como depressão.

⁸ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade* – ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marjane Lisboa e Luiz Barros Nuntez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC, 2006.

futuras gerações. Propõe, então, que a incerteza que domina a sociedade contemporânea e que ameaça tornar inoperante uma responsabilidade em relação ao futuro seja incluída na teoria ética, daí surgindo um novo princípio como prescrição prática: “**é necessário dar mais ouvidos à profecia da desgraça do que à profecia da salvação**” (grifo do autor)⁹. Há, dentro do *Princípio Responsabilidade*, um dever para com o futuro, com a humanidade, para que esta humanidade continue a existir.

2. Os princípios da prevenção e da precaução

O Direito, a mais importante ciência social, vem tentando acompanhar essas transformações, sempre alguns passos atrás, para continuar sua missão, ou seja, organizar a sociedade de forma segura e justa. Cria, então, instrumentos que venham evitar ou amenizar a possibilidade desses novos riscos, que poderão levar a danos graves e irreversíveis. Aparecem, desse modo, os princípios jurídicos da prevenção e da precaução.

O **princípio da prevenção** vai ser aplicado quando o risco de dano é concreto e real. Na verdade estamos diante do **perigo**, que é o risco conhecido, como, por exemplo, o limite de velocidade nas estradas ou os exames médicos necessários que antecedem uma intervenção cirúrgica. Podemos lembrar, a propósito, que o princípio da prevenção perpassa todo Direito do Consumidor, pois o Código de Defesa do Consumidor consagra a obrigação de segurança quando determina, em seu artigo 6º, I, que é direito básico do consumidor a “proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Sem dúvida, o código consumerista tem como “regras de fundo” os princípios da prevenção e da precaução.

Já o **princípio da precaução** deve ser aplicado no caso de riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos, e que possam levar aos chamados danos graves e irreversíveis. É o “risco do risco”¹⁰. Nesse caso, não há dúvida que os atores desse momento devem identificar e **construir esse risco** (os atores são o poder público, as empresas, a mídia, a sociedade civil, os profissionais liberais e o próprio indivíduo) com base nas estatísticas, perícias, probabilidades, pesquisas de opinião e auxílio da mídia.

⁹ Op. cit., p. 77

¹⁰ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Paris: Éditions Odile Jacob, 2000. p. 16.

O grande dilema nessa questão é verificar se as medidas antecipatórias do risco devem ser tomadas. Exemplo: Nos anos 1980, na França, desconfiava-se, apenas dúvida havia, frise-se, que certo grupo de pessoas poderia estar contaminado com o vírus HIV, que ainda não se encontrava isolado. Entretanto, nenhuma medida foi tomada diante da continuidade dos procedimentos de doação de sangue. Assim, muitas pessoas foram contaminadas, principalmente os hemofílicos. No Brasil, aconteceu o mesmo. Faltou a aplicação do princípio da precaução; por outro lado, se aplicado incondicionalmente, pode causar danos econômicos e sociais irreversíveis. Tome-se como paradigma o caso dos alimentos transgênicos sobre os quais pairam dúvidas em ambos os sentidos: seriam bons ou maléficos à saúde humana? Não se sabe ao certo, mas pode-se dizer que, se o seu cultivo fosse barrado em nome da precaução, as exportações brasileiras sofreriam um estrondoso golpe e, por consequência, os trabalhadores diretamente e a população pelo empobrecimento.

A precaução e a prevenção sempre existiram como manifestação da prudência, mas eram aplicadas de forma intuitiva. Hoje, na sociedade contemporânea, como medida preventiva, é de aplicação técnica para os novos riscos.

A noção de precaução foi introduzida pelo Direito Ambiental e sua consagração se deu em 1992 na Declaração do Rio, a ECO 92, que determina, em seu princípio 15: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.” Do Direito Ambiental passou para o Direito Sanitário, vide os casos de HIV e doença da “vaca louca”, assim como para o âmbito médico-hospitalar, vindo desembocar na Teoria Geral da Responsabilidade Civil.

A Responsabilidade Civil assume cada vez mais sua autonomia científica e jurídica, mesmo fazendo parte do Direito das Obrigações. Nela, os princípios da prevenção e precaução manifestam-se na **atitude** ou na conduta de antecipação de riscos graves e irreversíveis. Exemplos: na área da saúde, o gerenciamento de vacinas, de tratamentos e de infecção hospitalar. Nos transportes, a exigência, cada vez mais, de máxima segurança. Nos alimentos o monitoramento dos agrotóxicos, alimentos contaminados e regras para obtenção de organismos geneticamente modificados – OGMs. Isso em todos os tipos de produtos,

principalmente no rastreamento dos remédios, que podem ter efeitos tardios perniciosos (riscos de desenvolvimento), bem como o *recall* de automóveis, brinquedos e outros bens de consumo.

Porém, como já falamos anteriormente, o risco zero não existe. Sempre teremos o chamado **risco residual**, que tem sido absorvido pelas vítimas.

Em suma, os princípios da precaução e da prevenção já estão fazendo parte da Responsabilidade Civil do século XXI e devem ser aplicados de forma equilibrada dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O princípio da precaução é uma arma perigosa nas mãos dos demagogos e dos políticos populistas. Assim, empresas que estão colaborando com o progresso e crescimento do país, e que ajudam socialmente com o fornecimento de empregos diretos e indiretos e com a distribuição de benefícios sociais, podem ser obrigadas a fechar suas portas, acusadas de omissões no gerenciamento dos riscos que vêm de seus produtos e serviços por não terem adotado medidas de prevenção no caso de risco conhecido ou de precaução no caso de riscos possíveis, o que pode não ser verdadeiro. Podem travar o progresso econômico, científico e social.

3. Fundamentos ético e jurídico do princípio da precaução e as funções da Responsabilidade Civil no século XXI

O fundamento ético do princípio da precaução está na virtude da prudência, como a definiu Aristóteles: o comportamento diante do incerto. Já vimos, anteriormente, que Hans Jonas tem outro fundamento para esse princípio, qual seja, a ética do medo.

Os fundamentos jurídicos, por sua vez, são vários. O primeiro é, sem dúvida, a obrigação geral de segurança positivada na Constituição federal e no Código de Defesa do Consumidor.

François Ewald¹¹, um dos principais autores na matéria, acha que a sociedade está mudando de paradigma no que diz respeito à filosofia política da segurança e das obrigações sociais. Esclarece que o século XIX teve como paradigma a “responsabilidade” (compensação das perdas). Na passagem para o século XX, esse paradigma da responsabilidade foi substituído pelo da solidariedade (Estado-Providência e garantia

¹¹ EWALD, François; GOLLIER, Christian; De SADELEER, Nicolas. *Le principe de précaution*. Paris: PUF, 2001. (Collection Que sais-je?).

de indenização pela segurança, o que veio a desembocar na “socialização do risco”). Pensa Ewald que agora pode ser que estejamos no momento de assistir ao nascimento de um novo paradigma, ou seja, da segurança que faz aparecer uma nova economia de direitos e deveres. Antes a noção de risco satisfazia; agora, há uma noção a ser reconhecida, a de **incerteza**. As obrigações morais tomam a forma da **ética** e a responsabilidade aparece como reflexo da noção de precaução. Assim, é o **paradigma da segurança** que transforma os princípios da responsabilidade e da solidariedade em princípio da precaução. Esse paradigma tem, no princípio da precaução, sua melhor aposta.

A obrigação geral de segurança veio se acrescentar à reparação integral e à solidariedade, ou seja, a responsabilidade civil foi enriquecida, evoluiu. Não há exclusão de nenhum dos paradigmas anteriores.

No direito brasileiro, podemos fundamentar juridicamente o princípio da precaução:

1º) no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, que determina que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “I – construir uma sociedade livre, justa, solidária”. Portanto, a solidariedade é objetivo fundamental da República. Esse princípio tem de ser usado sempre, pois vai iluminar a interpretação das normas, porquanto é ele um dos pilares que ajudam a construir o sistema jurídico pátrio. Não poderia deixar de se aplicar à responsabilidade civil, que é o ramo do direito que vela para que os danos não fiquem impunes (*alterum non laedere*) e agora também para que os riscos e danos sejam evitados;

2º) cite-se também o artigo 5º, XXXV, onde se lê: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;

3º) também são fundamentados os princípios da precaução e da prevenção no *caput* do artigo 5º, do título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”. O artigo 5º dispõe que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, [...]”. Completa essa proteção constitucional a norma do artigo 6º, insculpida no Capítulo II dos “direitos sociais”, que determina que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância [...]”. Portanto, a segurança aparece como um direito e garantia individual e coletiva e também como direito social. A precaução tem como objetivo direto a **segurança** individual e social, ou melhor, é um dos modos pelos quais se faz a gestão de riscos, riscos estes graves,

irreparáveis e incertos. O princípio da precaução vai desenvolver o princípio da segurança;

4º) sem dúvida, também há os fundamentos estatutários, isto é, do direito infraconstitucional, como o Código de Defesa do Consumidor, que prevê expressamente a obrigação geral de segurança afeta ao fornecedor de produtos e serviços que ameacem a saúde, a vida e a segurança dos consumidores. É direito básico do consumidor “a proteção à vida, à saúde e à segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos” (artigo 6º, I, CDC). Além disso, o consumidor tem expectativa de segurança nos produtos e serviços postos no mercado. O Código de Defesa do Consumidor, visando proteger a parte mais fraca e vulnerável, tem como “regras de fundo” os princípios da prevenção e da precaução, obrigatórios para os fornecedores de produtos e serviços. O mesmo acontece com as leis ambientais, que exigem essa precaução para que o meio ambiente e, por consequência, as pessoas não fiquem prejudicados com seu mau uso ou uso abusivo;

5º) podemos lembrar a Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, que, em seu princípio 15, prevê expressamente o princípio da precaução (“De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios e irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”), que exprime de modo claro quando o princípio da precaução deve ser aplicado. A lei da responsabilidade em atividades nucleares (Lei nº 6.453 de 1977) consagra a responsabilidade irrestrita por danos nucleares e, em matéria de precaução, prevê a responsabilização penal daquele que, ao explorar atividade nuclear, não observar as normas de segurança relativas à instalação nuclear e ao manuseio do material nuclear (artigo 26).

6º) todos os ordenamentos nacionais e supranacionais que tratam do princípio da precaução. Vide as várias diretivas da Comunidade Europeia;

7º) porém, de outro lado, temos, para fundamentar juridicamente o princípio da precaução, em sua aplicação na prática jurisdicional, a *analogia legis*, ou seja, podemos aplicar para casos semelhantes e com a mesma razão de direito o princípio 15 da Carta do Rio de 1992, que exprime de maneira clara quando o princípio da precaução deve ser

aplicado. Assim, diante da lacuna sobre a precaução, o intérprete usará a norma prevista para hipótese semelhante;

8º) finalmente, o fundamento da precaução e também da prevenção como princípios jurídicos pode vir dos princípios inspiradores do sistema (*analogia juris*), como o princípio da segurança, o princípio da ética social, o princípio da função social da propriedade e dos contratos, o princípio da dignidade humana, o princípio da solidariedade, o princípio do respeito à vida, à saúde, à propriedade, o princípio da igualdade substancial no plano individual e global, o princípio da reparação integral dos danos, assim como dos **princípios gerais de direito**, de conhecimento universal. Lembraríamos principalmente o *alterum non laedere*, “deve-se fazer o bem e evitar o mal”, “deve-se respeitar o próximo”, “deve-se manter a vida em sociedade”, “deve-se pensar nas gerações futuras”.

Em resumo, a partir da admissão dos princípios da precaução e da prevenção, podemos dizer que a Responsabilidade Civil do século XXI tem três funções principais:

1. **Função compensatória**: sua função principal, fundamentada no princípio da reparação integral de todos os danos sofridos;

2. **Função dissuasória**: aparece através de pesadas indenizações contra o autor do dano, classicamente chamada de função preventiva, dentro da qual temos de lembrar a teoria dos punitive damages, com caráter de pena privada, e da deterrence com fundamento econômico.

3. **Função preventiva em sentido lato**: engloba os princípios da precaução e da prevenção, pelos quais haverá a antecipação de riscos e danos.

Com isso nasce a **responsabilidade preventiva**, que funcionará ao lado da **responsabilidade reparadora** ou clássica. Uma não exclui a outra. Ambas são necessárias, pois, caso o dano não consiga ser evitado, deverá ser reparado integralmente por seu autor ou pelo seguro. Portanto, diante da sociedade de risco, teve a responsabilidade civil de **evoluir**, acrescentando os princípios da precaução e da prevenção ao seu rol já tradicional de princípios. Houve apenas **acréscimo sem recuo ou perda** de importância, seja da culpa, seja do risco. Essa transformação que vivemos na sociedade atual é semelhante àquela que levou à introdução da responsabilidade objetiva e coletiva em um sistema todo fundamentado na responsabilidade individual e na culpa.

4. A aplicação e execução do princípio da precaução. Responsabilidade sem dano

A Responsabilidade Civil por ameaças ou riscos de danos graves e irreversíveis pode ser executada por meio de medidas preventivas e acautelatórias no âmbito privado. Um bom exemplo é o da aplicação dessas medidas juntamente com os dispositivos legais dos direitos de vizinhança, que, sem dúvida, podem ser utilizados com base na *analogia juris*, lembre-se o citado caso do Tribunal de Grasse, França. No âmbito público, órgãos administrativos como a ANVISA, o CADE, o PROCON, o IBAMA, a ANAC etc. aplicam de forma expressa norma e sanções com caráter indubitavelmente precaucional.

O problema da prevenção e precaução coloca-se principalmente nos casos de responsabilidade sem dano. Mas como é isso possível se a Responsabilidade Civil trata da reparação de danos e, em consequência, sem dano provado não há lugar para a reparação? Para equacionar esse problema é **preciso separar os conceitos de responsabilidade e indenização**, porquanto são noções distintas. A noção de responsabilidade viu seu campo expandido com o aparecimento da “sociedade de risco” e, neste momento, é somente a teoria da responsabilidade civil que poderá definir e tutelar os “novos riscos” causadores do também **novo** tipo de dano, aquele muito grave e irreversível.

Será possível caracterizar como dano (prejuízo) a **ameaça** ou **risco** de “danos graves e irreversíveis”? Existiria o “dano de risco”? Pensamos que é possível na teoria e na prática. Ainda nos socorrendo do direito à saúde, podemos lembrar-nos de situações em que pessoas tiveram contato com algum vírus, mas não desenvolveram a doença ou porque ainda não passou o período da chamada “janela imunológica”, como no caso da AIDS, quando não é possível averiguar se o exame vai dar positivo ou negativo; ou, então, porque há um lapso de tempo muito grande entre o contato e o desenvolvimento da doença, como no caso da temida “hepatite C”. Poderá haver pedido de indenização pela ameaça ou risco de desenvolver a doença? O medo constante de ser portador de vírus de doença incurável é, com certeza, dano indenizável. Também poderíamos colocar as várias hipóteses de ações civis públicas contra os municípios, em nome de toda a população (não somente dos já contaminados), pelo risco de adquirir dengue, zika ou febre amarela por falta de precaução; assim como contra os vários órgãos do Poder Público. **O dano aqui é o risco.**

Lembraremos que trabalham com a responsabilidade sem dano o Direito Ambiental e também o Direito do Consumidor, como no caso de responsabilidade por publicidade abusiva.

Todavia, Mathilde Boutonnet faz diferença entre risco e perturbação por uma ameaça de dano. Cita um julgado no qual fotografias tiradas de determinada pessoa sem sua autorização expressa podem configurar um dano resultante “do risco que uma tal publicação pode mexer com a segurança sobre seus bens”. Foi essa perturbação que foi reparada, e não o risco, segundo a autora¹².

Enfim, ressaltamos que a solução é sempre a aplicação do princípio da precaução, tendo em vista que os riscos são hipotéticos. A precaução consistirá no gerenciamento desses riscos por meio da **informação** (como no caso dos telefones celulares), porém somente quando a ciência tiver alguma base para diminuir esses possíveis riscos é que deverá ser adotada alguma atitude efetiva de prevenção e precaução.

5. Conclusão: A solidariedade e o dilema entre a socialização dos riscos e a prevenção de danos

A responsabilidade fundada no risco tem não só fundamento econômico (*ubi emolumentum ibi onus*), mas também ético, de uma ética social (*ethos*), que se resume na solidariedade.

O princípio solidarista aparece nas Constituições europeias do último pós-guerra e também integra a Constituição Federal brasileira de 1988. Constitui um dos objetivos fundamentais da República do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Alcança seu pleno desenvolvimento com a instituição dos *Welfare States*.

Desse modo, a doutrina da “socialização dos riscos” tem fundamento ético na solidariedade social como necessidade de reparação integral de todos os danos. Há de se proteger as vítimas. Os riscos criados não se consideram mais simples riscos individuais. São riscos sociais e não é justo que os homens respondam por eles individualmente. A regra do *neminem laedere* tem muito mais caráter social que individualista. O que importa é que se repartam as consequências danosas entre todos os membros da sociedade. O risco se coletiviza. Socializa-se a responsabilidade, no dizer de Savatier¹³.

¹² BOUTONNET, Mathilde. Op. cit., p. 527-529.

¹³ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1962.

A socialização dos riscos tem como pilares o seguro social e o seguro privado de responsabilidade civil. No dizer de J. J. Calmon de Passos, “para se tornar operacional a teoria do risco, sem disfuncionalidade, impôs-se a solução pelo seguro, que institucionaliza, em termos técnicos, o imperativo de solidariedade”¹⁴. Mas, a verdadeira “socialização dos riscos” é aquela na qual há a difusão do seguro obrigatório e a criação dos Fundos estatais ou também de fundos que, além das reservas providas do Poder Público, se mantêm com a contribuição financeira das empresas que mais expõem a riscos a sociedade. Sem a adoção geral do seguro obrigatório é impossível falar-se em “socialização dos riscos”.

Alpa e Bessone mostram que a tendência da socialização dos riscos e dos custos nas atividades empresariais causadoras de danos não tem fundamento na revisão das regras de responsabilidade, mas na substituição dos instrumentos de direito privado pelos publicísticos¹⁵.

Em outras palavras, a socialização dos riscos depende do Seguro Social e do seguro privado obrigatório (com ação direta da vítima), pois, se for facultativo, não haverá solução do problema das indenizações. O seguro obrigatório torna, definitivamente, a responsabilidade civil objetiva e o ressarcimento certo para todas as vítimas. Não importa o autor do dano; é a vítima que importa. Mister, em outros dizeres, a prevenção e a precaução dos perigos e desastres, pois, mesmo que as indenizações sejam vultosas, o mais importante é o respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana.

Do mesmo modo, na socialização dos riscos, perde importância a fundamentação da responsabilidade na teoria da culpa ou do risco. Na verdade, estamos diante do “direito de danos” e não da responsabilidade em sentido estrito.

Finalmente, a ampla “socialização dos riscos” pode tirar o incentivo da tomada de precaução diante dos riscos e da prevenção de perigos, pois o seguro é o oposto da conduta preventiva. Deveríamos ter um sistema que privilegiasse os princípios da precaução e da prevenção e, no caso de essas medidas falharem, vindo a causar danos, aí, sim, o seguro iria socorrer as vítimas. **É preciso ressaltar que a socialização dos riscos não acaba com os riscos**, ao contrário, pode tornar os responsáveis por eles menos cuidadosos.

¹⁴ O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica no contrato de consumo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 5, ago. 2001.

¹⁵ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Tratatto di diritto privato*. Torino: UTET, 1986. v. 14, t. VI, p. 320.

6. Bibliografia

- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Tratatto di diritto privato*. Torino: UTET, 1986. v. 14, t. VI.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BOITEUX, Elza Antonia P. C.; BOITEUX, Fernando Netto. *Poluição eletromagnética e meio ambiente – o princípio da precaução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- BOUTONNET, Mathilde. *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*. Paris: L.G.D.J, 2005.
- EWALD, François; GOLLIER, Christian; De SADELEER, Nicolas. *Le principe de précaution*. Paris: PUF, 2001. (Collection Que sais-je?).
- GIDDENS, Anthony. *Runaway world: how globalization is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000.
- GODARD, Olivier. *Le principe de précaution – dans la conduite des affaires humaines*. Paris: Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 1997.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade – ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Nuntez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC, 2006.
- KOURILSKY, Philippe Kourilsky; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Paris: Éditions Odile Jacob, 2000.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MORSELLO, Marco Fabio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos - o sistema neozelandês e a experiência escandinava. *Revista da Escola de Magistratura*, ano 7, n. 2, jul.-dez. 2006.
- PASSOS, J. J. Calmon de. O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica no contrato de consumo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 5, ago. 2001.
- SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1962.
- THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 3, juil/sept. 1999.

Considerações sobre a noção de dano

*Marcelo Benacchio*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

Há inúmeras possibilidades de que uma pessoa venha sofrer alguma alteração desfavorável em seu plexo de relações sociais e econômicas de maneira a configurar um prejuízo, entretanto, para o Direito, este fato somente terá relevância se houver a constituição de um fenômeno jurídico, ou seja, a caracterização de um *dano*.

A dispensa lícita de um prestador de serviço, o encerramento de uma relação contratual de trato sucessivo e mesmo a atuação de uma empresa em conformidade às regras de concorrência no mercado, efetivamente, pode repercutir em perda econômica de outrem, contudo, não haverá a noção jurídica de dano ante a atuação conforme ao Direito (lícita), no que pese o prejuízo causado.

A atuação da norma de responsabilidade civil exige a presença de um dano, o qual será transferido do patrimônio da vítima ao responsável indicado pelo ordenamento jurídico.

A evolução da tecnologia, a sociedade da informação e colocação do ser humano no centro da ordenação jurídica da sociedade repercutiu na ampliação e multiplicação dos interesses juridicamente protegidos, com consequência direta no aumento da possibilidade de danos.

É difuso na doutrina o fenômeno da despatrimonialização e desmaterialização do dano, tornando árdua a tarefa de unir os traços fundamentais da compreensão jurídica do dano em decorrência do aumento exponencial e das constantes possibilidades de danos.

A valorização dos bens extrapatrimoniais, normalmente ligados à dignidade humana, ao lado da tecnologia e dos novos limites da sociedade em rede, repercute na criação de novas situações jurídicas

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Mestrado em Direito e Graduação da Universidade Nove de Julho. Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

passíveis de lesão – dano – a demandar a necessidade da recompreensão da noção de dano.

Da mesma maneira, o abandono da culpa como único critério de imputação de responsabilidade civil dificultou a compreensão jurídica do dano; impondo a necessidade da criação de novos paradigmas científicos para seu exame.

O presente estudo teve por objeto o estudo da noção de dano na responsabilidade civil com a finalidade de permitir a fixação de seus contornos científicos de modo a permitir o exame da pluralidade de situações passíveis de serem qualificadas como dano.

Para tanto, estabelecerei considerações acerca da evolução e da noção de dano com breves percursos sobre o dano patrimonial e extrapatrimonial.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e documental, sob uma abordagem dedutiva acerca do tema.

2. Noção de dano

Segundo Adriano De Cupis² o dano tem sua estrutura constituída de dois elementos: (i) o elemento material ou substancial representado pelo fato físico (considerado em seu aspecto dinâmico ou estático) e; (ii) o elemento formal decorrente da indicação do elemento material na norma jurídica; portanto, a noção de dano jurídico será uma valoração, expressa ou não, do Direito frente a determinado fenômeno danoso, daí a dificuldade em sua exata compreensão ante a constante modificação das hipóteses de danos como se depreende da análise da base legislativa (de indiscutível importância em um sistema de *civil law*, como o brasileiro), doutrina e jurisprudência; cuja interpretação e aplicação está em constante evolução, a exemplo do que ocorre na aplicação do 186 do Código Civil no âmbito da responsabilidade civil no direito de família.

Diante disso, o dano não é uma figura pré-jurídica, nem provinda da teoria geral, mas normativa, que somente pode ser completamente descrita por meio da interpretação e aplicação das normas jurídicas em situações concretas, apenas o sistema legal pode estabelecer a qualificação de um fato como um dano, determinando, por conseguinte, a atuação da norma de responsabilidade civil³.

² *Il danno*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. I, p. 8.

³ SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 41.

A existência do pressuposto do dano, seja qual for o critério de imputação ao responsável (responsabilidade objetiva ou subjetiva), é indispensável⁴ para que a norma de responsabilidade civil determine a obrigação de indenizar como forma de repressão e eliminação de uma situação não desejada pelo ordenamento jurídico; porquanto, sem dano não se cogita de responsabilidade civil⁵.

Está para além deste estudo o aspecto da atuação da norma de responsabilidade civil antes da eclosão do dano (responsabilidade civil preventiva). Seja como for, por insistir na necessidade do dano para haver responsabilidade civil, deixando para a tutela inibitória a solução da situação de inexistência de dano, merece destaque o entendimento de Daniel Andrede Levy⁶:

Assim, de duas uma: seja o dano ainda não ocorreu, caso em que o requerente poderá demandar uma tutela inibitória para evitar a sua realização, seja já houve lesão, caso em que o autor pedirá, além de uma indenização, a imediata cessação do ilícito. Como se vê, não há qualquer espaço para uma indenização com caráter preventivo, com o fito de prevenir, ou bem fazer cessar, o ilícito.

O contraste existente entre o dano e a disposição normativa a determinar a consequência jurídica cabível encerra sua antijuridicidade⁷,

⁴ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 7. ed., Almedina, 1993, v. I., p. 591, explicitando a imperiosa necessidade da presença do dano para que se possa falar em dever de indenizar expõe os seguintes exemplos: “Se o vigilante não cumpriu o seu dever, mas o incapaz não agrediu quem quer que fosse; se o automobilista transgrediu as regras do trânsito, mas não atropelou ninguém nem danificou coisa alheia; se o proprietário não observou as precauções devidas na conservação do prédio e este ruiu, mas não atingiu nenhuma pessoa nem outros bens, não chega a pôr-se nenhum problema de responsabilidade”.

⁵ Interessante e pertinente é a colocação de Paolo Gallo, *Pene Private e Responsabilità Civile*, Giuffrè, 1996, p. 8, acerca da possibilidade da existência de responsabilidade civil sem dano, o que faz nos seguintes termos: “In Italia Carnelutti sostenne energicamente la tesi in virtù della quale non vi sarebbe violazione di diritto soggettivo altrui senza la prova del danno. In dottrina ha però assunto prevalenza la tesi che la violazione del diritto non necessariamente implica la prova di un danno conseguente; si pensi per esempio a chi utilizza abusivamente i beni altrui, sfoglia l’altrui libro, attraversa il fondo del vicino senza causare danni. In tutti questi casi la lesione dell’altrui diritto è indubbia nonostante l’assenza di danni veri e propri”, entretanto, em meu entender, em todos esses casos há dano em razão de que houve a lesão a um interesse juridicamente tutelado ainda que não tenha ocorrido uma alteração da realidade material.

⁶ *Responsabilidade civil*: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 157.

⁷ Dano injusto. Acerca da contrariedade entre o dano e o ordenamento jurídico é interessante a aceção, não expressamente prevista no ordenamento jurídico pátrio, do dano injusto. O art. 186 do Código Civil brasileiro, seguindo a orientação do Código francês, somente coloca a necessidade da

considerada em sentido objetivo e subjetivo, tido por superada a noção teórica que identificava o ilícito civil culposo com o fato danoso e, assim, estabelecia a responsabilidade objetiva como responsabilidade civil por ato lícito.

A irrelevância da culpa para estabelecer a responsabilidade civil objetiva não significa que o ordemento jurídico compreende o dano como um fato lícito.

Evolução e pluralidade do instituto do dano

Ao iniciar a conceituação do dano, Jaime dos Santos Briz⁸ assevera: “No puede darse del daño un concepto unitario por la diversidad de matices que abarca”, assim é de se reconhecer a dificuldade em uma exata concepção de dano, justamente, pelo fato de sua natureza normativa e a consequente multiplicidade de suas espécies.

violação de direito para que surja o dever de indenizar, destarte, nada menciona acerca do chamado dano injusto, antijurídico ou ilícito, não obstante, tem de se entender como implícita em seu texto tal condição em virtude de que o dano que não afronta a lei não permite reparação, nessa linha mencionem-se os clássicos exemplos de uma pessoa que leva para almoçar em sua casa um grupo de amigos que encontrou no restaurante, poderá ter causado ao dono deste um prejuízo, todavia, não será considerado responsável por este efeito danoso ou prejudicial; e ainda, a pessoa que quer montar uma pequena indústria numa região onde já existe uma outra fábrica dos mesmos artigos, poderá lesar os interesses do dono desta, mas não será obrigada a indenizá-lo por não ter cometido nenhuma violação de lei. O Código Civil português, em seu art. 483, estabelece: “1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei” (grifo nosso), da mesma forma, o art. 2043 do Código Civil italiano, prevê: “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185)” (grifo nosso), assim, esses ordenamentos prevêm, expressamente, a necessidade da injustiça do dano, ou seja, uma valoração do dano frente a disposição normativa. Salvi Cesare, op. cit., p. 62-63, expõe que “è ingiusto il danno che presenti la duplice caratteristica di essere non iure (ossia ‘proveniente da un fatto che non sia altrimenti qualificato dall’ordinamento giuridico’ ovvero ‘in assenza di cause di giustificazione’) e contra ius (ossia “prodotto da un fatto che leda una situazione giuridica riconosciuta e garantita dall’ordinamento”)”. Perspicaz é a crítica de Antunes Varela acerca da concepção de dano injusto na doutrina italiana, a qual me permito transcrever: “Mas o seu principal defeito, como justamente observa Petrocelli, está em ela colocar o acento tônico da ilicitude sobre o dano (o efeito da conduta) e não sobre o facto (a conduta em si mesma considerada). Uma coisa é, com efeito, a calúnia ou a injúria (a afirmação de um facto que fere a honra ou afecta o bom nome de uma pessoa) e outra o dano que a calúnia ou a injúria causou (o despedimento do empregado; a perda da clientela; o rompimento do noivado; etc.). E a ilicitude reporta-se ao facto do agente, à sua atuação, não ao efeito (danoso) que dele promana, embora a ilicitude do facto possa provir (e provenha até as mais das vezes) do resultado (lesão ou ameaça de lesão de certos valores tutelados pelo direito) que ele produz”.

⁸ Op. cit., p. 146.

Nos últimos dois séculos a evolução do conhecimento humano redundou no aparecimento de tecnologias que determinaram a ocorrência de danos outrora desconhecidos a exigir novas interpretações da legislação e da própria noção de dano, além disso, a valorização da pessoa humana desde a melhor concretização da dignidade humana determinou a concepção do dano de natureza extrapatrimonial que não se amoldava ao clássico conceito no que se referia à ocorrência de uma diminuição patrimonial mensurável em pecúnia. Mencionem-se, ainda, as novas formas de organização econômica com o aumento do valor patrimonial dos bens imateriais e das relações destes com outros, bem como o reconhecimento dos direitos difusos e coletivos de maneira a modificar radicalmente o ideário tradicional, concernente às relações jurídicas entre os sujeitos de direito e os bens.

A par disso, também houve várias modificações no pensamento jurídico atinente aos modos de mensuração, e portanto, da definição do dano, oscilando entre um critério objetivo (*aestimatio rei*) e outro subjetivo (*id quod interest*), cuidando-se o primeiro do valor objetivo do bem ou direito lesado, e o segundo, da valoração do interesse do titular do direito em relação ao bem lesado⁹.

Desse modo, seja pelas modificações de ordem material ou do pensamento jurídico, atualmente, torna-se difícil estabelecer uma específica definição de dano frente a sua extensão e complexidade, impondo a necessidade da criação de um arquétipo com amplitude bastante para acomodar as particularidades e pluralidade das situações jurídicas passíveis de lesão - dano; assim, de maneira a facilitar a exposição da noção e acompanhando a evolução do instituto, comento as principais compreensões, discorrendo, brevemente, a respeito de sua aplicabilidade atual.

Dano como alteração da realidade material – dano concreto ou real

A concepção do dano como alteração da realidade material, de ordem objetiva, é a mais antiga¹⁰, tendo sido substituída, no direito moderno, quase totalmente pelas concepções subjetivas¹¹, as quais,

⁹ DE CUPIS, Adriano, op. cit., p. 292-293 e FRANZONI, Massimo, op. cit., p. 277.

¹⁰ SAVIGNY, *Sistema*, tradução italiana de V. Scialoja, Torino, 1893, v. apud Adriano De Cupis, op. cit., p. 293, nota (5).

¹¹ FRANZONI, Massimo. *Il danno al patrimonio*. Milano: Giuffrè, 1996.

conforme De Cupis¹² já se encontravam em alguns fragmentos do Digesto (L. 21, parág. 2 D.9,2; L. 22 parág. 1 D.9,2; L. 9, parág. 8 D.10,4). Essa noção inicial de dano refere a sua ocorrência diante da lesão a determinado bem material que deve ser reparado de forma específica (*in natura*), pela reconstituição do bem lesado, ou, na impossibilidade, por meio da entrega de outro com as mesmas características.

O dano, portanto, se configura pela ofensa ao bem ou lesão na sua disponibilidade¹³ de maneira a frustrar o titular da propriedade no que respeita às utilidades efetivas daquele. O fato de a lesão produzir modificações sensíveis, materiais no bem, redundou em que também se denominasse esse posicionamento de dano concreto ou real.

Ainda que se cuide de uma noção mais antiga, Cesare Salvi¹⁴ propugna por sua atualidade quanto aos danos ambientais ante a forma ideal da reparação específica em tais casos de maneira à reconstituição do meio ambiente lesado. Além disso, por exceção, no direito atual aplica-se essa compreensão de dano (*aestimatio rei*) na hipótese de o bem lesado ser improdutivo, tenha mercado e de natureza fungível, porquanto, neste caso, o valor do bem é coincidente ao interesse que representa ao proprietário (*id quod interest*).

Dano como a diminuição de um patrimônio – dano patrimonial/teoria da diferença

A concepção do dano real, com a evolução da sociedade e do pensamento jurídico, passou a mostrar sinais de insuficiência por não permitir a completa reparação ocasionada pelo dano, pois, a indenização representada pelo valor do bem atingido, na maioria das vezes, era insuficiente à justa solução da questão em razão de a lesão também atingir outras relações do proprietário com seus bens, de modo a determinar montante econômico superior à mera avaliação do bem diretamente atingido pelo dano.

Essa situação fica evidenciada no caso de um dano sofrido por um veículo, cujo proprietário dele se utiliza para atividade econômica, porquanto, o dano não pode ser concebido somente em relação ao valor do automóvel, mas, sim, pela repercussão no patrimônio da vítima,

¹² Op. cit., p. 294-295.

¹³ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 383.

¹⁴ Op. cit., p. 41.

que sofrerá uma diminuição superior ao valor do bem lesado pelo fato de impedi-la de exercer seu labor.

Daí a necessidade da concepção subjetiva do dano, de modo a se estabelecer a real extensão do dano perante o patrimônio da vítima, afastando-se de qualquer parâmetro objetivo em virtude de que a mensuração do dano dependerá da importância do bem lesado no patrimônio da vítima. Portanto, a lesão ao patrimônio, o chamado dano patrimonial, tornou-se a antítese do dano concreto de caráter romanista pelo fato de o dano atingir os interesses da vítima em seu patrimônio e não apenas o bem lesado.

Desse modo, entende-se o dano como sendo o menosprezo não a um bem material em si, mas, sim, a um patrimônio, ou seja, o complexo das relações jurídicas de uma pessoa economicamente valorável¹⁵; portanto, para a aferição da ocorrência do dano e de sua mensuração basta a verificação da diferença entre o patrimônio (situação real) e o valor que ele teria se não tivesse havido a lesão (situação hipotética)¹⁶, a tal procedimento denominou-se teoria da diferença¹⁷.

Alguns autores¹⁸ ainda ampliam essa posição para encampar também a lesão de um interesse representado pelo interesse subjetivo da vítima a tutela da situação prejudicada, entretanto, a noção do dano é sempre é ligada à aplicação da teoria da diferença sobre o patrimônio lesado.

Essa proposição, apesar de suficiente aos danos de natureza estritamente patrimonial, oferece vários inconvenientes, mercendo destaque¹⁹: a) necessidade de excessiva abstração para a realização das operações de identificação do dano e sua mensuração de maneira a tornar inseguros os parâmetros de sua definição, sobretudo o de patrimônio;

¹⁵ Alberto Trabucchi, *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, v. I, p. 401, conceitua patrimônio da seguinte forma: “El patrimonio no es considerado como objeto unitario del derecho, sino como el conjunto de relaciones jurídicas con directa relevancia económica, de las que una persona es titular; como tal, el patrimonio está compuesto de derechos y obligaciones, cada uno de los cuales tiene su propio objeto. En sentido ‘jurídico’ el patrimonio comprende también el aspecto pasivo, la titularidad de las obligaciones varolables pecuniariamente, además los derechos.”

¹⁶ JORGE, Fernando Pessoa. Op. cit., p. 381.

¹⁷ Enneccerus, Kipp e Wolf, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Bosch, 2. ed., t. II - 1º, p. 61, sob essa concepção, definem dano e sua reparação ensinando que: “Entre el patrimonio actual del perjudicado y el estado que su patrimonio tendría de no haberse producido el acontecimiento que funda la pretensión de indemnización, media, si prescindimos de la pretensión de indemnización, una diferencia. Esta diferencia constituye el daño patrimonial o el interés patrimonial que, en general, se denomina brevemente daño o interés. La prestación de la indemnización equilibra o nivela esta diferencia. Prestación de indemnización y prestación del interés son la misma cosa.”

¹⁸ A exemplo de Geneviève Viney e Patrice Jourdain, *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*, 2. ed., L.G.D.J., 1998, p. 11-12.

¹⁹ FRANZONI, Massimo. *Il danno al patrimonio*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 285-286.

b) limitação aos bens de valor econômico, o que oferece dificuldades quando se cuidam de bens sem tal aceção como os Direitos da Personalidade, ou seja, quando não há propriedade; c) dificuldade para a exata valoração do patrimônio, em razão da evolução da economia de maneira a dificultar a expressão do valor absoluto de certo bem por força das complexidades que encerram a economia de mercado a determinar a constante modificação dos valores dos bens que compõem o patrimônio.

Não obstante a isso, a doutrina tem solucionado o problema relativo à reparação do dano extrapatrimonial, em tal concepção, ao entendê-lo como dano moral-subjetivo ressarcível por meio da fictícia equivalência entre diminuição do patrimônio e a diminuição do bem-estar psicofísico, por meio de equiparação, expressada na ideia do *pretium doloris*²⁰.

Dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado

O interesse do ponto de vista jurídico refere-se à relação existente entre uma necessidade humana (pessoa) e o ente idôneo a satisfazê-la (bem), permitindo ao primeiro a utilização da capacidade do segundo para a satisfação de sua necessidade; portanto, ao Direito não cabe a tutela dos bens, ou seja, os objetos necessários à satisfação das necessidades humanas, mas, sim, dos *interesses*, isto é, a possibilidade que as necessidades de determinadas pessoas venham a ser satisfeitas pelos bens correspondentes, portanto, a caracterização do dano envolve a lesão aos interesses e não aos bens²¹.

Desse modo, o dano é representado pela lesão ao interesse juridicamente tutelado, de maneira que há uma ampliação do conceito de forma a abranger diversas situações não suficientemente amparadas pelas posições acima expostas, principalmente os danos que recaem sobre bens sem aceção econômica.

Desse modo, as pessoas, titulares de direitos, terão relações jurídicas com vários bens, tais relações se caracterizam por serem interesses humanos juridicamente tutelados, quando houver lesão a esses interesses haverá dano.

Cesare Salvi²² critica essa concepção de dano por considerá-la insuficiente por compreender que o ressarcimento se refere à reparação

²⁰ SALVI, Cesare. Op. cit., p. 40.

²¹ DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 293.

²² Op. cit., p. 41.

de uma situação jurídica lesada, assim, há hipóteses em que a lesão de interesse juridicamente tutelado não repercutirá em indenização, mas em outro remédio jurídico, a exemplo de tutela inibitória de determinado ato ou restitutória. Com todo o respeito a tal entendimento, penso de forma diversa, haja vista que a inibição da atividade do lesador ou a restituição do bem, em verdade, cuida-se de reparação do interesse lesado de forma específica.

Aproximação das teorias expostas na busca da síntese da noção de dano

Do exame e exposição das concepções supra, aclara-se que todas, mesmo a mais primitiva (dano real), tem seus acertos e equívocos na medida em que focam o aspecto mais relevante do dano em dado momento histórico.

Seja como for, não se pode perder de vista o caráter normativo da noção de dano (ilicitude), destarte, atos ou fatos conformes à ordem jurídica não encerram dano.

De outro lado, sempre haverá um prejuízo de ordem material ou ideal (relativamente aos bens insuscetíveis de valoração econômica) a ser experimentado pelo titular da situação jurídica que envolve o bem lesado, cuja reparação compete ao responsável pela lesão ou indicado pelo ordenamento a tanto (responsabilidade indireta).

A teoria da diferença e a do dano real estão presas a uma concepção excessivamente econômica do dano, a qual foi muito útil até o início do século XX, todavia, atualmente, é insuficiente à exata compreensão do fenômeno jurídico do dano, em razão do grande número de bens sem possibilidade de aferição econômica.

Nessa ordem de ideias, a conceituação de dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado é a de melhor conteúdo e utilidade ao atual desenvolvimento da Ciência do Direito.

Da união dessas ideias, o dano é entendido como a lesão contrária ao ordenamento jurídico sofrida pelo titular de um interesse juridicamente tutelado a ser reparada por outra pessoa²³.

²³ Nessa linha de ideias também é a definição formulada por Antunes Varela, op. cit., p. 591, nos seguintes termos: “O dano é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”.

3. Dano patrimonial e extrapatrimonial

Entre as diversas classificações de dano a de maior importância é a relativa aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, assim, de forma breve e pelo fio condutor da compreensão da noção de dano, passo a tratar destas duas espécies fundamentais.

A divisão dos danos em patrimoniais e extrapatrimoniais ou morais refere-se à repercussão do interesse lesado, assim, se aquele envolve em uma ofensa passível de quantificação econômica, competindo sua reparação de forma direta (reparação *in natura* por meio da reconstituição específica da situação lesada) ou indireta (entrega de um bem equivalente ou indenização pecuniária), o dano é patrimonial ou material; de outro lado, se a lesão vier a atingir uma situação jurídica sem possibilidade de avaliação econômica, no mais das vezes um direito da personalidade²⁴, sem possibilidade de reparação por sua natureza ideal, o dano é extrapatrimonial ou moral.

Diante disso, aclara-se o caráter negativo do dano moral frente ao material, no sentido de não ser patrimonial. Agostinho Alvim²⁵ ressalta esse pensamento, da seguinte forma: “Nós pensamos que o dano moral há de ser não patrimonial. Aquela que for patrimonial não é moral”.

Conforme as raízes romanas, transmitidas aos códigos civis modernos, no dano material estão compreendidos o dano emergente ou perda

²⁴ Personalidade jurídica é uma qualidade das pessoas, ou um atributo jurídico, consubstanciado na capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações, intimamente ligada ao direito subjetivo (poder que o ordenamento jurídico concede para a satisfação dos interesses humanos) pelo fato deste pressupor a existência de um direito, o qual, sempre será titulado por uma pessoa. No âmbito da personalidade encontram-se os Direitos da Personalidade (José Puig Brutau, *Compendio de Derecho Civil*, 2. ed., Bosch, 1994, v. I., p. 170, comenta o surgimento da expressão direitos da personalidade nos seguintes termos: “‘Derechos humanos’ y ‘Derechos de la personalidad’ son denominaciones que pueden haber aparecido con preferencia en unos u otros acontecimientos históricos, pero sustancialmente coinciden por su propio valor y consistencia frente al poder público. El primer texto político que los reconoció fue la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, que según dice Bernard Schwarz protegió por primera vez los derechos individuales en una Constitución adoptada por una asamblea de elección popular. La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en Francia, mencionó la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión como derechos naturales e imprescriptibles del hombre. En nuestros días la reafirmación decisiva de os derechos fundamentales se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas el 10 diciembre 1948, y la Convención de Roma para la Protección Del Hombre y Libertades Fundamentales de 4 noviembre 1950”) que por inerentes ao homem não foram criados pelo Direito, mas reconhecidos, ante sua indissociabilidade do conceito humano. O conteúdo dos Direitos da Personalidade envolve o direito à vida, à liberdade, à honra, ao bom nome, entre outros, ou seja, os direitos essenciais, tutelados pelo ordenamento jurídico, a fim de assegurar existência digna com igualdade entre as pessoas na busca do ideal de justiça.

²⁵ Op. cit., p. 216.

patrimonial (*dannum emergens, la perte éprouvée*) e o lucro cessante ou lucro frustrado (*lucrum cessans, le gain manqué*), ou seja, o prejuízo (econômico) ocasionado nos bens e direitos existentes no patrimônio do lesado à época do dano e os benefícios (econômicos) que deixou de auferir por força da lesão sofrida não existentes no momento da sua ocorrência, respectivamente.

A disposição relativa aos danos emergentes e lucros cessantes é prevista em nosso ordenamento jurídico com a expressão perdas e danos, como se depreende do art. 402 do Código Civil. Não obstante, essa não seria a melhor técnica ante a sinonímia dos termos perdas e danos que acabam por designar unicamente o dano emergente, melhor seria seguir o Código Civil francês que utiliza as palavras danos e interesses (*dommages et intérêts*), por abarcar os danos emergentes e lucros cessantes; seja como for, firmou-se entre nós a utilização da terminologia da lei²⁶.

Savatier²⁷ definiu o dano moral como sendo “toute souffrance humaine ne résultant pas d’une perte pécuniaire”, portanto, estabeleceu a necessidade da existência de um sofrimento físico e ou psicológico para a sua configuração, todavia, ainda que a maioria dos danos morais ocasione tal sofrimento, há aqueles em que isto não ocorre, a exemplo da lesão ao nome de uma pessoa jurídica²⁸ ou do patrimônio histórico de uma cidade.

Nos casos de seres humanos, é comum o dano moral resultar em aflição psíquica, entretanto, pelas razões expostas no parágrafo anterior, não é possível essa limitação nas situações de ausência de centro psíquico, destarte, é de maior adequação técnica a compreensão do dano moral no sentido do que lesiona um bem sem possibilidade de avaliação econômica.

4. Conclusão

A noção de dano é uma escolha do ordenamento jurídico, desde sua interpretação jurisprudencial, acerca das situações jurídicas passíveis de tutela jurídica.

Pode ocorrer, como é frequente, uma mudança legislativa em razão da qual determinado fato, antes sem a condição de dano, passe a tê-la; consoante as necessidades e valores em voga na sociedade.

²⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965. p. 175.

²⁷ *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, 2. ed., LGDJ, 1951, v. 2, p. 92.

²⁸ DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 52.

O pressuposto do dano é indispensável para, ao lado de outros elementos tratados no critério de imputação, permitir a atuação da norma de responsabilidade civil de modo a transferir a repercussão do dano da esfera da vítima ao responsável indicado pelo ordenamento jurídico.

A evolução tecnológica e a sociedade em rede repercutiram na criação de várias situações jurídicas lesadas – doravante danos – que passaram a ser objeto da atuação da norma de responsabilidade civil, forte no caráter da desmaterialização e despatrimonialização do dano.

Esse aumento quantitativo e qualitativo do dano determina a necessidade de acurado exame de sua noção científica, especialmente para solução dos casos difíceis, nos quais há dúvidas na qualificação de determinado fato como dano.

Prejuízo não se confunde com dano, aquele permanece na esfera da vítima pela ausência de norma jurídica que possibilite sua transferência para um terceiro; este, diversamente, permite a transferência ao responsável indicado pelo ordenamento jurídico.

A noção de dano é um conceito normativo por depender de sua indicação pelo ordenamento jurídico desde critérios de imputação com a definição do demais pressupostos, por exemplo, responsabilidade subjetiva ou objetiva.

A amplitude das espécies de dano determina sua compreensão desde a noção da lesão ao interesse juridicamente tutelado, assim, a lesão é ao direito protegido acerca de sua disponibilidade perante o titular.

Não obstante, também são relevantes aspectos de compreensões passadas, a exemplo da reparação *in natura* nos casos de dano ambiental, bem como a aplicação da teoria da diferença para as hipóteses de dano material por meio da consideração do montante econômico do patrimônio antes e depois do dano.

O dano material e moral são compreendidos e diferenciados a partir do interesse juridicamente tutelado, assim, havendo um valor econômico, aferível no mercado, o dano é material. De outra parte, não sendo o interesse lesado passível de valoração econômica, o dano é moral ou extrapatrimonial.

Bibliografia

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1980. v. 1 e 2.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965.

BRUTEAU, José Puig. *Compendio de derecho civil*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1994. v. I.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1997.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. I.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I e II.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 2. ed. Traducción española. Barcelona: Bosch, 1954. v. 1º, t. II. e II, v. 2o: Derecho de obligaciones.

FRANZONI, Massimo. *Il danno al patrimônio*. Milano: Giuffrè, 1996.

GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.

GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. 4. ed. Paris: A. Rousseau, 1906.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1998.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1998.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil*. 7. ed. Madrid: Montecorvo, 1993. v. I.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1951. t. I.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967. v. II.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993. v. I.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil – introduction à la responsabilité*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1995.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998.

Art. 944, CC: a indenização mede-se pela extensão do dano

*João José Custodio da Silveira*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Notas inaugurais; 2. Obrigação e responsabilidade civil; 2.1. Comportamento lesivo, culpa, nexô e dano; 3. O caráter exclusivamente reparatório da indenização; 3.1. Acorrelação processual; 3.2. Infrações recorrentes e soluções coletivas; 4. Arremate.

1. Notas inaugurais

Indiferente à percepção da natureza do interesse lesado, o debate sobre a responsabilidade vem-se intensificando com a elevação da complexidade nas relações sociais. O indivíduo, cada dia mais zeloso de seu patrimônio físico e imaterial, não hesita em socorrer-se da via judicial para combater eventual violação.

Todavia, há muito persistente a inquietação quanto à forma que deve revestir a recomposição patrimonial. Sobretudo, põe-se a questão sobre ser admissível à indenização arvorar-se para além da reparação pura e simples, de sorte a acrescer verdadeira penalidade pecuniária ao infrator com o objetivo de prevenir violações futuras.

A resposta, ao início e ao cabo deste ensaio, é e será negativa.

Reafirma-se: “a indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944, CC), e não é apenas a letra da lei que corrobora a tese restritiva, porquanto uma investigação dos aspectos dogmáticos sobre a responsabilidade civil, um cotejo com o instrumento processo e, finalmente, uma percepção sistêmica, terminam por sedimentar a impossibilidade de aderir à indenização qualquer adereço de punição preventiva.

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, Coordenador Regional e Professor da Escola Paulista da Magistratura.

2. Obrigação e responsabilidade civil

Com respeito às limitações deste ensaio, um brevíssimo panorama dogmático sobre a temática já exclui a possibilidade de garimpar nos fundamentos basilares da obrigação e da responsabilidade civil algum esteio para fundamentar o alargamento da indenização civil para além da medida do dano.

Na concepção do fenômeno jurídico, tem-se como um dos elementos essenciais a ideia de obrigação. Quando se fala em *lei*, de certo modo, compreende-se “submissão das condutas humanas a disposições normativas”.² Noutro aspecto, convindo que as relações jurídicas têm como pressuposto a existência de um fato relevante para o direito positivado, surge a noção de vínculo jurídico, fonte da obrigação. Na definição clássica romanista, tal vinculação vinha representada pelo dever de um sujeito satisfazer uma prestação perante outro: *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei*.³

Tais colocações permitem pinçar elementos estruturais da obrigação: trava-se entre *sujeitos* que comungam um vínculo consistente no direito de um deles a obter *prestação* positiva ou negativa por parte do outro⁴ – sem deslembrar que o liame obrigacional pode advir da lei, do contrato ou como decorrência de ato ou fato causador de dano.

Por seu turno, revela-se o tema da responsabilidade a partir do surgimento de uma obrigação consistente em suportar as consequências por condutas comissivas ou omissivas, próprias ou de terceiros, podendo ter origem em disposição legal ou vínculo voluntário, desde que acarretem danos a outrem ou à ordem jurídica. Este o ponto de partida para delinear o conceito de responsabilidade civil,⁵ engendrado em três pressupostos basilares: a) ação ou omissão contaminada de em culpa ou dolo, b) dano e c) nexó causal.⁶

² Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1961. p. 77.

³ Naturalmente, é preciso considerar o contexto de então, quando se percebia o nascimento das obrigações a partir do contrato, do quase-contrato, do delito e do quase-delito (Cf. LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: obrigações: parte geral* (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.).

⁴ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II, p. 10.

⁵ Aliás, a obrigação de reparar o dano pode advir também da responsabilidade contratual, com fundamentos ontológicos idênticos, mas enfoque diferenciado. Considerando que a obrigação contratual tem assento em negócio livremente pactuado, seu estudo volta-se aos preceitos de inexecução do contrato, algo que se retrata como inadimplemento contratual. Diz-se “*inadimplemento*, no sentido estreito do vocábulo, quando o devedor não cumpre a obrigação, voluntária ou involuntariamente” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 170.).

⁶ Vale conferir o disposto no artigo 186, do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Quando a abordagem parte para a responsabilidade criminal, a constatação elementar está na ofensa ao interesse público quando enquadrado o comportamento do agente em norma penal. “No caso de ilícito civil, ao contrário, o interesse diretamente lesado em vez de ser o interesse público é o privado”.⁷ Sem prejuízo, muita vez se configura a sobreposição dos interesses danificados, ensejando reparação tanto na esfera cível quanto na criminal.⁸ De fato, os delitos penal e civil podem coexistir, e “isto ocorre porque a consequência de uma ação ilícita é em geral não somente um prejuízo social, mas também um prejuízo individual”.⁹

Seja como for, é preciso conceber o dano com uma nota de abstração quando se analisa a sua repercussão, pública ou privada. Aliás, mesmo quando ferido um interesse exclusivamente particular, de certa forma, é resvalado o equilíbrio social. Mas isso não significa que a resposta estatal para as hipóteses de ilícito civil deva preocupar-se em repor aquele equilíbrio, ao menos se a lei expressamente aponta em sentido contrário.

Já nessa zetética inaugural é dado constatar que os elementos integradores da obrigação e, sobretudo, da responsabilidade civil, em momento algum legitimam a percepção da indenização como algo que se possa distanciar da exclusiva reparação do dano, material ou imaterial.

Mas vale prosseguir, também de maneira perfunctória, na abordagem dos tópicos estruturantes da responsabilidade a fim de sacramentar a tese que se propõe.

2.1. Comportamento lesivo, culpa, dano e nexos

Da análise desapassionada dos alicerces à responsabilização civil não sobressai elemento que afiance o acréscimo de nota punitiva como argumento para majoração da reparação, a sobrepujar a mera recomposição do patrimônio lesado. Ao revés, é bem possível conceber que essa hipótese retrocede a tempos idos do Direito.

O *comportamento lesivo*. Nos primórdios, com exemplo nos direitos germânicos arcaicos – conhecidos pela adoção da vingança privada

⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 4, p. 5.

⁸ Em alguns ordenamentos é até indecifrável a linha divisória entre delitos penais e civis, como se verifica no direito consuetudinário africano (Cf. LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 356.).

⁹ CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. v. III, p. 42.

(*faida* germânica) –, não havia responsabilização exclusiva do agente; qualquer integrante do grupo ao qual pertencesse poderia sofrer a resposta justiceira do grupo integrado pelo lesado. Na Idade Média, predominou a responsabilidade coletiva e a vingança privada até o século XIII, iniciando o declínio que se completaria apenas no século XVII. Pondera-se que a responsabilidade civil começou a ser sistematizada na *Lex Aquilia* – contornos do século III a.C. –, impositiva de sanção por delito privado perante ocorrências intituladas *damnum iniuria datum* (dano causado ilicitamente). Exemplificativamente, morte de escravo ou animal pertencente a outrem, além de parâmetros mais gerais traçados para alcançar qualquer destruição de coisa.¹⁰

Apenas no século XVIII detecta-se o isolamento do responsável pelo comportamento lesivo para exigência da reparação, iniciando-se o desenvolvimento da responsabilidade exclusivamente civil, com inequívoca influência dos ideais de liberdades individuais.

Nota-se, pois, um evidente retorno ao passado na pretensão de acrescer à obrigação de reparação patrimonial um viés de penalidade ao responsável pelo ilícito civil. Ainda que não se trate de estender subjetivamente a responsabilidade, a essência sancionatória faz mais remeter à vingança privada do que propriamente à proteção social, na medida em que o beneficiário financeiro é apenas o lesado, cujo patrimônio é recomposto e, além disso, majorado, sob a justificativa de prevenir condutas futuras do responsável – aliás, em evidente e temerária presunção de culpabilidade.

A culpa. A par de sua compreensão sob a égide do elemento moral, em que seria imprescindível que o agente conhecesse a norma impositiva ou proibitiva e, ainda assim, almejasse – intencionalmente – ou permitisse – imprudente, negligente ou indolentemente – a concretização do dano, a verdade é que a noção jurídica de culpa dispensa estes pressupostos. De fato, “não é preciso que o agente conheça a norma imperativa ou proibitiva, como não é necessário o reconhecimento de que o ato a viole, nem a consciência dos resultados da violação”.¹¹

De qualquer sorte, a doutrina tradicional promovia a divisão gradativa do elemento culpa, traduzindo-a nas variações “levíssima”, “leve” e “grave”.

¹⁰ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 751.

¹¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 118.

Quando grave, haveria gritante demonstração de comportamento lesivo do agente, auferido *prima facie* à luz das mais comezinhas regras de conduta social. Não raro, havia vozes sustentando sua vizinhança estreita com o dolo. Na culpa leve, estaria abrangido o deslize passível de cometimento pelo homem normalmente prudente, aceitável socialmente diante das circunstâncias fáticas; porém, ainda assim, reprovável juridicamente, uma vez que cautela comum evitaria o dano. Enfim, falava-se em culpa levíssima como aquela em que até mesmo o cauteloso diferencial poderia incorrer, pois exigida especial atenção para evitar o resultado.

Nada obstante, a distinção entre dolo e culpa, bem como entre os graus desta, perdeu quase todo o sentido na atualidade. Com efeito, caracterizado o dolo ou a culpa em qualquer de suas variantes, o dever de reparar não se altera. “Ou seja, dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que seja levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima”.¹²

Em suma, não se haverá de buscar na intensidade de culpa do agente uma motivação para tratamento mais rigoroso do que a previsão legalmente objetiva, qual seja, a reparação do dano.

A única exceção a esse quadro advém da própria legislação civil, mas não como forma de sobretaxar economicamente a responsabilidade do agente, e sim, ao revés, minimizar a resposta indenitária a partir de uma redução equitativa quando configurada a hipótese do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil.

Nexo de causalidade. O nexa – ou liame – causal traduz o amálgama dos pilares da responsabilidade civil. Assim, o surgimento da obrigação reparatória depende de relação estrita entre o prejuízo alegado e a ação ou omissão perpetrada pelo agente, seu preposto, animal ou coisa pela qual era responsável. Nesse particular, vale a observação do esmero na legislação estabelecendo imputação objetiva ao responsável por animal sob sua guarda, edifício deitado em ruínas ou coisas advindas de edificação, incumbindo ao agente comprovar exclusão de sua responsabilidade à vista dos ares de presunção atribuídos ao nexa (arts. 936 e 937, CC).

Afora essas e as demais situações nas quais a responsabilidade se presume, a regra geral impõe à vítima o ônus de provar o nexa, assim como individuação do responsável, existência concreta e extensão do dano. Na constatação do liame, não se exige que o comportamento do

¹² RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 163.

agente seja a causa única do prejuízo ou tampouco haja ele previsto o resultado. Entretanto, mostra-se imprescindível a conexão causal, pois se dano provém de outra circunstância, não estará caracterizada a relação de causa e consequência. Ou seja, “não basta, com efeito, que o dano pudesse sobrevir por efeito da conduta do agente, mas é preciso que se produza na realidade como consequência desta, e não de outro acidente”.¹³

Como se vê, também aqui não há um único elemento que permita a transmutação da reparação do dano para sanção aliada à recomposição.

O dano. Por derradeiro, acercando-se do dano em sua concepção exclusivamente civilista, é o próprio ordenamento jurídico quem o retrata como prejuízo suportado pela vítima. Diante de um comportamento omissivo ou comissivo que acarrete danificações, surge a obrigação de reparar não só as materiais, mas também as morais (art. 186, CC).

A locução “perdas e danos” é consagrada há muito no direito pátrio, com referência expressa na codificação de 1916. Diz-se que deitaria origens no direito romano (*id quod interest, quanti mea interest, quanti ares est, utilitas creditoris ou auctoris*). O direito francês, por seu turno, aplica a expressão “danos e interesses” (*domages et intérêts*).

Em verdade, há caráter sinônimo no conteúdo jurídico, e bem se poderia trabalhar apenas com a palavra dano para englobar perditos de qualquer espécie experimentados pelo credor, pretéritos ou futuros, patrimoniais ou imateriais. Quiçá o objetivo desde sempre do legislador, reiterado no artigo 402 do Código Civil em vigor,¹⁴ mire não só a “perda” d’algum bem, mas, sobretudo, outros prejuízos daí advindos ou de origem comum.

Vale destacar que, para alguns, a expressão perdas e danos teria caráter dirigido ao inadimplemento contratual, até porque era tratada na codificação anterior como consequência da inexecução dos contratos. Hodiernamente, integra a disciplina relativa ao inadimplemento das obrigações.

Sobre a distinção entre danos materiais e imateriais, o indicativo está na repercussão. Nos primeiros, o prejuízo limita-se ao patrimônio físico da vítima, com diminuição do existente ou obstáculo à projeção de seu aumento; fala-se, aqui, em perdas havidas e lucros cessantes. Já os danos morais, que experimentam inúmeras tentativas de defini-

¹³ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 333.

¹⁴ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

ção, muita vez sob um viés de exclusão (seriam aqueles não caracterizados como patrimoniais),¹⁵ alcançam, na atualidade, amplitude maior diante de disposições constitucionais que o abordam, abrangendo inclusive sentimentos personalíssimos independentemente de reflexos patrimoniais; em sentido estrito, cuida-se do resultado à “violação do direito à dignidade”.¹⁶

Seja qual for a variante, no que diz com a resposta indenizatória, merecem respeito os posicionamentos doutrinários que defendem para o dano moral inegável natureza mista no mecanismo de reparação, assim como se daria para o dano material. Defendem que o fundamento ontológico da indenização por danos morais não se divorciaria daquele que pressupõe a reparação pelos materiais, vislumbrando-se em ambos os objetivos sancionador e reparatório.¹⁷

Entretanto, esse parece não ser o melhor enfoque. Como dito à partida, foi eleita pelo legislador civil a linha exclusivamente reparatória, orientando-se a indenização unicamente pela extensão do dano (art. 944, CC).¹⁸

Já era tempo de se compreender que o verdadeiro intuito da responsabilização civil está em buscar a mais fiel recomposição do patrimônio lesado, ainda que imaterial, sendo inadmissível persistir no direito moderno uma nota sancionatória ao lado daquele objetivo, à moda do que ocorria em ordenamentos vetustos, nos quais o comportamento causador de prejuízo conduzia à responsabilização de todos os membros do clã ao qual pertencia o agente.

3. O caráter exclusivamente reparatório da indenização

Não é apenas a ausência de lastro na investigação sobre os fundamentos doutrinários da obrigação e, particularmente, da responsabilidade civil, que ampara a premissa defendida neste estudo.

¹⁵ Da doutrina clássica, a citação de Wilson Mello da Silva, *O dano moral e a sua reparação*, 1955.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 76.

¹⁷ Não raro se salienta que, enquanto o dano material enseja reposição do equivalente pecuniário, “diversamente, a sanção do dano moral não se resolve na indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz por meio de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa” (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 42.).

¹⁸ Já em 1997, concluía-se no IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, realizado em São Paulo: “À indenização por danos morais deve dar-se caráter exclusivamente compensatório.”

Consabido que os argumentos mais efusivos em prol da natureza mista somam forças quando se põe a questão do dano moral. Também aqui, como se verá, não se sustentam.

Vislumbre sobre alicerces legais força recordar que o recurso a disposições da Lei de Imprensa¹⁹, mesmo para hipóteses que extravasavam seu objeto, fundamentava condenações com esteio no equilíbrio entre a culpabilidade e a reparação – correlação notoriamente defendida por Ihering. Mesmo hoje se preconiza, de maneira geral, que a imensurabilidade da lesão moral, por exemplo, afasta a possibilidade de quantificação do dano com fundamento exclusivo no prejuízo causado à vítima.²⁰

Ora, não se pode aceitar que a intangibilidade do dano imaterial, por si só, traduza-o incomensurável; assim fosse, não se haveria de falar em resposta patrimonial para aplacar sua ocorrência, sem olvidar ser justamente este o objetivo de quem agita ação judicial indenitária.

É certo que prejuízos há irreparáveis pela moeda, a parecer “fundamentalmente imoral dizer que aquele que foi atingido nos seus sentimentos se consolaria graças à indenização que recebesse”.²¹ Todavia, tal linha de raciocínio não autoriza a majoração da reparação a ser aquilatada pelo juiz diante da extensão de um dano com feições definíveis no caso concreto, muito menos para crescer-lhe o elemento de vindicta que, em verdade, subjaz à intenção de punir o autor do delito, maquiada sob um colorido de didatismo e prevenção. Já se disse com todas as letras: “o que na realidade visa a condenação não é a satisfação da vítima, mas a punição do autor”.²² Para que tal afirmação não persista na modernidade, impende cada vez mais oferecer novas lentes para focar a reparação civil com a silhueta que o legislador brasileiro a esculpiu.

Igualmente frágilimo o argumento de que o conteúdo etéreo do prejuízo autorize reparação que transborde seus limites para atingir de maneira penalizante o ofensor. Consoante se verá, caráter educativo e

¹⁹ Na letra do art. 53: “No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou civil fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação”.

²⁰ Ihering, aliás, anota não ser o interesse material vulnerado que impele o indivíduo à busca pelo direito; “a grande questão para ele não é a restituição do objeto que muitas vezes é doado a uma instituição de beneficência, a que o pode impeli a litigar; o que mais deseja é que se lhe reconheça o seu direito” (IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 17.).

²¹ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: BookSeller, 2002. p. 338.

²² *Ibidem*, p. 339.

prevenção de litígios não constituem argumento plasmável à causa de pedir na demanda indenizatória.

É possível, sim, uma justa indenização sem apelo à penalização. Seja qual for a hipótese, por ocasião da fixação, é defeso ao juiz deixar de levar em conta os caracteres pessoais do prejudicado. Todavia, estará atento para: a) não estimar o valor com fundamento primeiro no status financeiro da vítima, evitando discriminá-la com indenizações inferiores por pertencer a estratos inferiores da camada social; b) jamais fixar reparação com alicerce no patrimônio do responsável, já que, igualmente, poderia estar violando a disposição legal de correspondência única com a extensão do dano (art. 944, CPC).²³

A difícil tarefa está em se postar o mais próximo possível da realidade vivida pelo lesado, visualizando com seus olhos a intensidade da lesão. Esse é o real significado da *equidade* reiteradamente confiada ao julgador pelo legislador civil, sugerindo-lhe uma tentativa de compreender o perfil da vítima a fim de compartilhar seu sofrimento, sem desviar esse foco humanista para um exercício material punitivo que não é seu mister.²⁴

Diz-se também sobre a necessidade de vislumbrar a responsabilização civil sob a óptica da solidariedade, de modo a considerar, na fixação da reparação, atos efetivos do ofensor praticados para minimizar os efeitos maléficos sofridos pela vítima ou, de outro lado, sua desídia e mesmo intento deliberado de causar prejuízo.²⁵ Em que pese a honorabilidade do argumento, o comportamento do agente deve ser aquilatado quando, de algum modo, aprofundou o dano, este, sim, objeto da análise, e não como parâmetro para punir a conduta.

²³ Na esteira de entendimento verificado no Superior Tribunal de Justiça, “o critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior, na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como para que sirva de desestímulo ao ofensor na repetição de ato ilícito. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das ‘punitive damages’ encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002” (STJ - REsp 401358/PB, T4, Min. Carlos Fernando Mathias, 05/03/2009).

²⁴ Consoante escrevemos em *Manual de fixação das indenizações – direito e processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 48.

²⁵ GOMES, José Jairo. Responsabilidade civil na pós-modernidade: influência da solidariedade e da cooperação. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 263.

Posta a questão nesses termos, é preciso muito esforço interpretativo para recusar a clara opção do legislador civil, que “não se filia a critérios subjetivos para determinar o valor da indenização e preceitua que esta se mede pela extensão do dano”,²⁶ exceções feitas às hipóteses de desproporção entre o dano e a gravidade da culpa – neste caso, tão somente para minoração (art. 944, p. único) –, bem como arbitramento equitativo nos delitos de injúria ou difamação (art. 953).

Principalmente quando sobredito suor exegético não se escora em fundamentos legais e pretende atomizar, em cada juízo, uma tarefa que não lhe compete, qual seja, investir contra o ofensor não pelo dano causado, mas por conduta supostamente reiterada e prejudicial à coletividade, como a transmudar uma ação individual em coletiva no resultado.

Há mais. Não foi apenas o legislador civil quem delimitou os horizontes da indenização; a Constituição Federal é de clareza meridiana ao dispor sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização “pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.²⁷ É dizer, garantia constitucional para reparação do prejuízo **resultante** da violação, sem qualquer espaço para aí somar um caráter penalizante ao ofensor, pena de recair a força da inconstitucionalidade sobre indenização que insista nesta tecla.

3.1. A correlação processual

No que diz respeito à demanda propriamente dita, a narrativa dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido deve evidenciar não apenas a natureza do dano derivado do ilícito, mas também sua extensão, na conformidade de horizontes que só mesmo o ofendido é capaz de delimitar.

Aqui importa a narrativa exaustiva, sem deixar de ser concisa, de fatos e regramento jurídico; a “*narratio e medium concludendi dos canonistas*”.²⁸ Além disso, perfil fundamental da causa petendi reside em sua natural irmanação com a tutela jurisdicional almejada, até porque a importância de uma descrição fática precisa repousa em assegurar ao

²⁶ Na assertiva de Aparecida I. Amarante, em considerações sobre o então anteprojeto (*Responsabilidade civil por dano à honra*. 4. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1988. p. 263.).

²⁷ Art. 5º, X, CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. t. II, p. 410.

réu oportunidade de arrostar todos os acontecimentos relatados. Tanto por isso contém a petição inicial um silogismo, sustentado por uma premissa maior (fundamentos de direito), uma premissa menor (fundamentos de fato) e uma conclusão (o pedido). Portanto, “se as consequências jurídicas não guardam coerência com os fatos” e se “a conclusão está em desarmonia com as premissas, ela é inconsequente”.²⁹

Ocorre que na maior parcela das ações indenizatórias, constatação empírica evidente para qualquer operador do direito que nelas atue com regularidade, não há uma linha efetivamente dedicada a fundamentar a necessidade de majoração na indenização à guisa de penalidade ao ofensor, o que não se confunde, obviamente, com a menção rasa seguida de postulação nesse sentido.

Em outras palavras, a legislação processual civil incumbe ao autor externar de maneira realista o montante indenizatório objetivado, à altura do prejuízo experimentado, na conformidade das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto. Como não lhe cabe a isso crescer, tanto por não estar legitimado, arrazoado relativo a relações jurídicas entre o ofensor e terceiros, mostrar-se-á ausente correlação entre a causa de pedir e pretensão de valor maior à guisa de punição do ofensor.

Aliás, deve o autor valorar a causa de modo condizente com o *benefício econômico* alvitrado.³⁰ Este, por sua vez, há de ser *determinado* nessa modalidade de ação, porquanto não conferido qualquer espaço para postulações genéricas – com exceção das hipóteses taxativamente estabelecidas.³¹

De outro lado, mas ainda na seara processual, não desfruta o autor legitimidade extraordinária, salvo se conferida por lei, para postular a majoração da indenização como forma de inibir futuras e difusas transgressões do ofensor, alteando-se na condição de defensor da coletividade de modo a buscar uma essência coletiva à sua ação individual que, ao final, somente redundará benefício econômico em seu favor.

Por fim, já sendo certo que o autor não ostenta legitimidade para postular um acréscimo sobre a extensão do dano, e tampouco existe

²⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. III, p. 264-265.

³⁰ Art. 292, CPC: “O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:[...] V – na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido”.

³¹ Art. 324, CPC: “O pedido deve ser determinado. § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I – nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados; II – quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III – quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu”.

correlação entre tal pretensão e a causa de pedir, importa reconhecer que uma sentença impositiva de reparação, cujo montante contenha fundamento didático e preventivo direcionado ao réu, para além da extensão do dano, incorre em julgamento *ultra petita*.³²

São argumentos processuais que aderem à linha do direito material para sustentar a imbricação entre os horizontes do dano e a indenização.

3.2. Infrações recorrentes e soluções coletivas

Reitere-se o respeito ao forte apelo doutrinário pela natureza mista da indenização por danos imateriais. Em alguns casos, chega-se a atribuir à interpretação, que ora se propõe, não apenas o rótulo de restritiva – ao negar coabitação entre pena e indenização na reparação civil –, mas inclinação à “filosofia liberal”, desprezando que “as normas de responsabilidade civil possuem hoje uma enorme função social não ficando mais atrelada à indenização entre particulares”.³³

Com a vênia devida, não é dado à responsabilização civil cumprir função social, mormente ao arripio de uma interpretação literal (art. 944, CC), histórico-evolutiva (como delineada no tópico 2) e, sobretudo, sistêmica.

Seguir trilha diversa não importa apenas contorcer de maneira equivocada a normatização civil e processual civil como retratado alhures, bem como investir contra a garantia constitucional de que a reparação está adstrita ao dano material ou moral *decorrente* da violação. Significa também subverter todo o arcabouço normativo integrado por Constituição Federal e Legislação Infraconstitucional no que respeita aos mecanismos de ação direcionados a prevenir e coibir violações que importem em danos transindividuais.

Com efeito, o trato coletivizado de direitos individuais homogêneos ou difusos traduz poderoso veículo de acesso à justiça, sobretudo por prestigiar o nivelamento de forças em prol dos ofendidos –, em regra, pessoas físicas hipossuficientes em relação ao ofensor.³⁴ Além

³² Como já pudemos expor, “postas as premissas sobre certeza e determinação exigidas na formulação do petítório, salvo situações excepcionais legalmente previstas, os pedidos serão sempre interpretados restritivamente” (SILVEIRA, João José Custódio. *A petição inicial na visão do juiz*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 56.).

³³ FERRACINI, Douglas Guedes Ferreira. Cláusulas específicas de responsabilidade civil – um estudo sobre a natureza sancionatória das indenizações por danos morais. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Org.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Ridell, 2011. p. 55.

³⁴ Cf. LENZA, Pedro. *Teria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 90.

disso, constitui verdadeiro instrumento de gestão de conflitos, pois milita em prol do ótimo funcionamento da máquina judiciária na medida em que, por meio de um único processo coletivo, incontáveis violações a direitos individuais podem ser resolvidas, evitando a pulverização de demandas idênticas.

De fato, “o processo coletivo permite um maior aproveitamento dos atos processuais praticados, já que através de uma única ação serão atendidos os interesses de um grupo determinável ou indeterminável de pessoas”.³⁵

Também é válido pontuar que a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que regula a Ação Civil Pública como ferramenta de responsabilização por danos causados ao consumidor, ao meio ambiente, à ordem econômica e a outros direitos difusos e coletivos, ao legitimar o Ministério Público como um de seus titulares, estabelece a figura do “inquérito civil” como ponto de partida das investigações sobre metaindividuais (artigo 8º, § 1º). Diante dos dados colhidos e oitiva dos envolvidos, afigura-se oportunidade ímpar para a resolução coletivizada de diversos conflitos com intermediação do Ministério Público. Em especial na seara de violações a direito de consumidores, exemplos são muitos na formalização de acordos,³⁶ que solucionam o problema de maneira “bem mais rápida e satisfatória do que o demorado e desgastante processo judicial, certamente o foro adequado, mas quando esgotadas as tentativas de conciliação, ou então quando absolutamente inviável qualquer tipo de composição amigável”.³⁷

Dito de outra maneira, compete aos órgãos e instituições legitimados o combate a reiteradas violações a direitos dos consumidores, e não ao juiz singular, que processa a ação individual, na pretensão de sobrepor-se àquele mister, sobretudo quando o resultado de sua majoração do valor indenizatório, com descolamento da extensão do dano, produz resultado de todo inócuo e que, obviamente, apenas beneficiará financeiramente o lesado, senão vejamos.

Importante investigação intitulada *Perfil das maiores demandas judiciais no TJERJ* colheu elementos durante um período de 28 meses. Com o objeto da pesquisa distribuído nos 131 Juizados Especiais Cíveis

³⁵ SILVA, Juliana Aparecida da. O processo coletivo como instrumento para a efetividade do acesso à justiça. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público* de São Paulo, São Paulo, v. I, p. 240, 2012.

³⁶ Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 314-315.

³⁷ Idem, p. 316.

instalados no Estado do Rio de Janeiro, constatou-se que do total de 714.061 novas ações, 629.905, ou seja, 88% versavam sobre a responsabilidade civil de um diminuto grupo de 16 empresas fornecedoras de bens e serviços. Desse universo, houve condenação das empresas em 485.561 das ações, 68%, com desembolso médio de R\$ 10.207,55. Ocorre que tal dívida não é paga antes do prazo médio de 923 dias, sendo que dois terços dos processos tramitam gratuitamente, “o que vale dizer que o Poder Judiciário os custeia e ensija aos devedores uma moratória financiada pelo Estado”, sendo forçoso concluir que: “ou as empresas desconhecem essa situação, ou tal conduta é economicamente vantajosa em confronto aos investimentos corretivos”.³⁸

Ainda que os responsáveis pela pesquisa hajam apontado o benefício da dívida em relação às empresas pesquisadas, uma de suas releituras foi mais incisiva e afirmou que, “na base destes comportamentos temerários, encontra-se o cálculo/escolha racional destas empresas que apostam em estratégias protelatórias para cumprir com suas obrigações”.³⁹

Nessa quadra, é preciso admitir que a utilização de ações individuais para a obtenção de resultados inerentes a coletivas é de ineficácia flagrante, para além dos vícios materiais e processuais já apontados.

Incumbe ao órgão jurisdicional, isto, sim, identificar na repetição de ações individuais práticas abusivas do Poder Público e de empresas que fomentam a judicialização de “milhares – em alguns casos até milhões – de demandas, na perspectiva de ‘valer a pena’ agir em contrariedade ao sistema jurídico no cômputo final do ‘custo/benefício’ de tais práticas”.⁴⁰ Daí remeter aos órgãos responsáveis à apuração das condutas e tomada de providências.

Nessa tessitura, a par das ferramentas estatísticas há tempos já produzidas pelo Poder Judiciário na identificação de grandes

³⁸ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Perfil das maiores demandas judiciais no TJERJ. p. 21-22. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=da2936cb-32ed-43cd-935b-f23dd0cf3ed0&groupId=10136>. Acesso em: 10 mar. 2017.

³⁹ Por Rogério Gesta Leal, que ainda completa sobre o comportamento de tais litigantes: “concluíram serem os custos impostos pelo sistema de justiça mais vantajosos do que alterar toda uma política de tratamento do consumidor, pois dos milhões de clientes que possuem, apenas pequena parcela recorre ao Poder Judiciário para reclamar seus direitos; quando reclamam, o tempo do processo e da resposta final é igualmente benéfica para seus interesses de lucro” (*Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais*: aspectos introdutórios. Brasília, DF: ENFAM, 2010. p. 55.).

⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Custos do risco judicial (ou do “jurisdicismo”): jurisdição e processo à luz do risco Brasil. *Revista Eletrônica Interesse Nacional*, ano 8, n. 32, jan.-mar. 2016. Disponível em: <<http://interessacional.com/index.php/edicoes-revista/custos-do-risco-judicial-ou-do-jurisdicismo-jurisdicao-e-processo-a-luz-dorisco-brasil/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

litigantes⁴¹, resta a integração com Agências Reguladoras – e órgãos responsáveis por controlar sua efetiva atuação, como o Ministério Público. À constatação de reiteradas violações a direitos por parte de prestadores de serviços e fornecedores de produtos de grande porte, sobretudo empresas de telefonia e instituições financeiras, é seu papel agir para orientar e punir os responsáveis por condutas geradoras de litigância repetitória.

4. Arremate

Consoante asseverado ao início deste estudo, a indenização encontra medida na extensão do dano, nada mais.

A investigação dos caracteres essenciais da responsabilidade civil sob um prisma dogmático, o cotejo com o instrumento processo e, finalmente, uma percepção sistêmica, sedimentam a impossibilidade de aderir à indenização um adorno de punição preventiva.

Com efeito, vivificados os componentes da responsabilidade civil, não se extrai da culpa, do dano ou do nexo de causalidade fundamento ao elastério da indenização para além do prejuízo objetivado ou estimado pelo ofendido.

No âmbito normativo, impende reconhecer que a delimitação dos horizontes da indenização até os limites do dano, principalmente no que diz com o prejuízo imaterial, foi operada pelo legislador civil em obediência à Constituição Federal, que dispôs sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização “pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Por conseguinte, ao prever reparação para o prejuízo **resultante** da violação, não haveria qualquer espaço para que o legislador infraconstitucional somasse uma nota penalizante ao ofensor. Menos ainda para o magistrado, na interpretação da lei material em cotejo com o texto constitucional.

De outra ponta, um enfoque processual acurado também reafirma a pertinência da interpretação que se pretende na valoração da indenização.

⁴¹ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório-Pesquisa*: 100 maiores litigantes. Brasília, DF: CNJ, 2011. p. 14. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 23 maio 2016.

Na demanda reparatória, incumbe ao autor externar de maneira realista o montante indenizatório perseguido, à altura do prejuízo experimentado, na conformidade das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, e não de fatores externos ou relações jurídicas travadas entre o ofensor e terceiros, devendo ainda valorar a causa de modo condizente com o benefício econômico alvitado.

E como é sabido, nem mesmo desfruta o autor legitimidade extraordinária para postular a majoração da indenização como forma de inibir futuras e difusas transgressões pelo ofensor, como se fora “defensor da coletividade”, de modo a buscar uma essência coletiva à sua ação individual que, em realidade, somente redundará benefício econômico em seu favor.

Por fim, sendo certo que o autor não ostenta legitimidade para postular um acréscimo sobre a extensão do dano, e tampouco existe correlação entre tal pretensão e a causa de pedir, importa reconhecer que uma sentença impositiva de reparação cujo montante reconhece a extensão do dano, mas vai além para aderir um capítulo punitivo sob fundamentos didático e preventivo, em princípio, incorre em julgamento **ultra petita**.

Até porque incumbe a órgãos e instituições legitimados o combate a reiteradas violações a direitos dos consumidores, e não ao juiz singular, na apreciação de ação individual, como a pretender sobrepor-se àquela função, muita vez desconhecendo que resultado da majoração no valor indenizatório, com descolamento da extensão do dano, produz resultado de todo inócuo frente à relação custo-benefício operada pelo ofensor, de sorte a estar, tão somente, a beneficiar financeiramente o autor da demanda.

São as considerações.

Responsabilidade civil punitiva no direito brasileiro

Vilma Tomaz Lourenço Ferreira Zanini¹
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Diante do vazio legislativo sobre o tema, na prática, a função punitiva no direito brasileiro incide de forma instrumental, através da reparação do dano extrapatrimonial, nas hipóteses de danos coletivos e práticas danosas reiteradas.

Sumário: Introdução. O dano. Funções da responsabilidade civil. A inovação preconizada no artigo 944, parágrafo único do Código Civil de 2002 interpretada a *contrario sensu* e considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O instituto da responsabilidade civil é um dos que mais tem propensão para evoluir por se submeter às necessidades de cada época, com o escopo de alcançar o equilíbrio da ordem jurídica alterado pelo dano², de modo que, na atualidade, o desafio para a teoria jurídica consiste em elaborar uma teoria da responsabilidade que se adeque às novas exigências econômicas e sociais.

A Constituição Federal brasileira assumiu um discurso antropocêntrico, deslocando o ser humano e sua especial dignidade para o protagonismo do sistema normativo. Tal personalismo ético influenciou decisivamente a filtragem dos dispositivos do Código Civil de 2002 e microsistemas, submetendo toda a atividade econômica aos fluxos igualitários e solidaristas de um Estado Democrático de Direito³, de

¹ Pós-Graduada em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Ex-Procuradora do Estado de São Paulo.

² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 561.

³ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10-11.

modo que o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição Federal se irradia para todo o ordenamento jurídico.⁴

O novo Código Civil foi concebido ainda a partir de 1975, época em que prevalecia a concepção individualista e patrimonialista, razão pela qual deve ser interpretado pela doutrina e jurisprudência de modo a superar a discrepância existente entre o seu projeto original e os valores previstos na Constituição Federal de 1988.⁵

Nesse contexto, no direito civil contemporâneo nota-se o fenômeno da repersonalização em que se reconhece a dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser protegido e a guiar a aplicação e interpretação de toda ordem jurídica.⁶ E, sendo a dignidade da pessoa humana cláusula geral do ordenamento e um dos fundamentos da República, há então um conteúdo marcadamente axiológico na constitucionalização do direito civil. A Constituição é o lugar onde se traduz em regra jurídica o projeto político global de uma sociedade, e nela se encontram os valores individuais e sociais a serem realizados. A supremacia constitucional gera, então, uma hierarquia de fontes e de valores, e nestes dois sentidos deve ser entendido o fenômeno da constitucionalização do direito civil.⁷

Em razão dos fenômenos jurídicos atuais, em que a Constituição Federal fixou como prioridade a proteção da dignidade da pessoa humana, em matéria de responsabilidade civil, tornou-se plenamente justificável a mudança de foco, pois, em lugar da conduta (culposa ou dolosa) do agente, passou a enfatizar a proteção da vítima de dano injusto, com o alargamento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva.⁸ E, a partir disso, denota-se a ampliação da incidência da responsabilidade civil objetiva visando à formação de um sistema de responsabilização mais adequado com as demandas sociais da vida contemporânea, eis que é mais solidário e é compatível com as relações de massa.⁹

⁴ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, p. 245-248, 2000.

⁵ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, p. 3, 2002.

⁶ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 173-174.

⁷ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 174-175. Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 29.

⁹ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, p. 5, 2002.

No entanto, tal ampliação do regime de imputação da responsabilidade civil demonstra-se insuficiente para responder de forma satisfatória aos anseios da proteção repressiva e preventiva dos aludidos direitos fundamentais preconizados na Constituição Federal brasileira de 1988 e tal insuficiência implica a necessidade de o ordenamento jurídico ir além da reparação propriamente dita e investir em sanções diversas e mais efetivas, sem que com isto tenha de recorrer ao direito penal.¹⁰

Embora esteja superada a discussão acerca da reparação dos danos extrapatrimoniais, notam-se inúmeros questionamentos relativos à possibilidade da incidência do caráter punitivo-pedagógico nas indenizações por danos extrapatrimoniais e patrimoniais. E, a despeito de não existir previsão legal no Brasil acerca do caráter punitivo da indenização, sua incidência passou a ser aceita do ponto de vista preventivo, sobremaneira no que diz respeito à violação aos direitos à personalidade e atentados a interesses difusos e coletivos.¹¹

E, justamente, em razão da ausência de legislação acerca dos critérios para a fixação do valor dos danos extrapatrimoniais, as principais circunstâncias valoradas pelas decisões judiciais, nessa operação de concreção individualizadora, têm sido a gravidade do fato em si, a intensidade do sofrimento da vítima, a culpabilidade do agente responsável, a eventual culpa concorrente da vítima, a condição econômica, social e política das partes envolvidas¹², de modo que a jurisprudência brasileira, quando da fixação dos danos extrapatrimoniais, ao proceder à análise de tais critérios, ainda que de modo indireto, passou a adotar a função punitiva da responsabilidade civil.

E, considerando que o caminho percorrido pela maior parte dos estudiosos do direito civil é o de abrir espaço para a responsabilidade independente de culpa, sob a pressão de conceitos como os de solidariedade, segurança e risco, que tendem a ocupar o lugar da culpa, questiona-se se esta substituição da culpa, criada pela ideia do risco, não redundaria paradoxalmente na total desresponsabilização da ação.¹³

A “crise” da responsabilidade civil, que teve seu marco com o declínio da responsabilidade individual, acompanhando o declínio da

¹⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

¹¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

¹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 283.

¹³ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

culpa, levou, por contingências socioeconômicas, sua direção para empresas como sendo as criadoras de risco. Apesar da teoria do risco ter aparecido fundamentada em motivos econômicos (*richesse oblige*), num segundo momento a tendência para seu crescimento, que provocou o incremento dos contratos de seguro, teve como filosofia inspiradora o princípio da solidariedade social, que aparece em todas as constituições europeias e, também, na Constituição Federal de 1988 (art. 3º, I, CF).¹⁴

O desenvolvimento da ciência e da tecnologia é imprevisível, de modo que não sabemos a que tipos de riscos estamos e estaremos expostos. A incerteza é a única certeza, de modo que a solidariedade, que serviu de fundamento ético à teoria do risco e à “socialização do seguro”, vem agora inspirar a aplicação do princípio da prevenção contra riscos conhecidos e determinados e do princípio da precaução contra riscos hipotéticos ou virtuais. Neste momento, a sociedade globalizada pensa na prevenção e precaução dos amplos danos que podem acontecer casos os riscos não sejam gerenciados. O seguro sempre existirá. Contudo, de nada adiantará uma humanidade destruída física, moral ou economicamente, apesar das vultosas indenizações. Ademais, mesmos tais indenizações podem não se efetivar porque as companhias seguradoras não poderão segurar danos desconhecidos ou puras incertezas.¹⁵

Nesses moldes, a grande discussão dessa nova modernidade é a consagração dos princípios da prevenção e da precaução como princípios da responsabilidade civil.¹⁶

O dano

O dano é o fato jurídico desencadeador de responsabilidade civil. Não há responsabilidade civil sem dano.¹⁷

O Código Civil brasileiro não conceitua o dano, nem tampouco delimita quais seriam as lesões tuteladas pelo ordenamento jurídico, razão pela qual ficou a cargo da doutrina traçar seu conceito. Nesse sentido, Fernando Noronha define o dano:

¹⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 61.

¹⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 61-62.

¹⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 62.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodvim, 2016. p. 235.

O dano pode ser caracterizado simplesmente como sendo o prejuízo resultante de uma lesão antijurídica de bem alheio [...] é o prejuízo, econômico ou não econômico, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.¹⁸

Na visão contemporânea, o conceito de dano revela-se muito mais abrangente, não se limitando apenas aos valores puramente patrimoniais, alcançando também não só valores materiais, mas, também, os valores imateriais¹⁹, de modo que dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial quanto moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.²⁰

Na hipótese de violação a bens extrapatrimoniais, a reparação dos danos, especialmente a quantificação da indenização, constitui o problema mais delicado da prática forense na atualidade, em face da dificuldade de fixação de critérios objetivos para seu arbitramento.²¹

Não obstante se vislumbrem dificuldades para a fixação de critérios para a reparação do dano moral, é certo que aquele que sofre um dano desta natureza tem direito a uma satisfação de cunho compensatório, visto que não se trata propriamente de uma solução indenizatória, eis que o significado da palavra indenizar (que provém do latim *indene*) importa em devolver o patrimônio ao estado anterior, o que, evidentemente, não é possível na hipótese de danos extrapatrimoniais.

Em razão da preconizada constitucionalização do direito civil, os danos à pessoa passaram a ser a essência do sistema e não mais o patrimônio, o que ensejou nova compreensão sobre o tema, predispondo-se a reconstrução do Direito Civil, segundo o valor da pessoa.²²

Na ótica patrimonialista, a resposta jurídica era a reparação que poderia ocorrer mediante a entrega de um objeto análogo (restituição *in natura*)²³ ou através de valores pecuniários²⁴ (reparação: indenização

¹⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 579.

¹⁹ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 110.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 73.

²¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 275.

²² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 34.

²³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

²⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40.

ou compensação). Essa era a forma de cumprir a finalidade preventiva da responsabilidade, punindo pela reparação, aquele que ocasionou um dano. A reparação era ao mesmo tempo a prevenção da ocorrência da lesão e a reparação quando da sua ocorrência.

A reparação constitui, então, fundamento do instituto e com ele passa a se confundir, até que o valor da reparação passou a ser incorporado no lucro das empresas²⁵ ou, então, começou a ser pago por terceiros na securitização²⁶. Diante disso, impedir a ocorrência do dano não é problema, pois caso ocorra, existirá previsão de reparação do seu valor ou a obrigação de um terceiro para com este valor, de modo que a socialização dos riscos não acaba os riscos, ao contrário, pode tornar os responsáveis por eles menos cuidadosos, sendo o seguro, o oposto da prevenção, de maneira que devemos ter um sistema que privilegie os princípios da prevenção e da precaução.²⁷

Nesses moldes, é preciso pensar uma responsabilidade civil que tenha efetivamente a função de não lesar, eis que a reparação não é mais suficiente e deve ser analisada apenas para quando não há outra maneira de evitar a lesão, razão pela qual, impende proceder à reavaliação das funções do instituto.

O sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico social. Logo, todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos merecem destaque, seja pela via material ou processual, em um sincretismo jurídico capaz de realizar um balanceamento de interesses, através da combinação das funções basilares da responsabilidade civil.²⁸

Funções da responsabilidade civil

Notam-se três funções da responsabilidade civil: reparatória (ou compensatória), punitiva (ou sancionatória) e preventiva (ou dissuasora).²⁹

²⁵ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 181.

²⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 61-62.

²⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 55.

²⁸ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

²⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 460.

Atualmente, essas três funções, em conjunto, demonstram preocupação com a pessoa, visando seu pleno desenvolvimento. Pois, cada uma das funções da responsabilidade civil persegue uma necessidade de segurança. Pode-se dizer que a função reparatória objetiva uma segurança nos termos tradicionais da “certeza” do direito como importante garantia de uma compensação. A outro turno, a segurança que se prende às funções preventiva e punitiva é uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social pela via constitucional da remoção de obstáculos a ordem econômica e social, que limitam de fato a liberdade e igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana.³⁰

A função reparatória também é conhecida como função indenizatória, ressarcitória ou compensatória³¹ e tal como aludido, na ótica patrimonialista, tinha por escopo restituir a vítima, o mais exatamente possível, ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ilícito. Contudo, nem sempre a reparação ensejará o retorno ao *status quo ante*, ainda que o dano tenha atingido apenas o patrimônio da vítima e, principalmente, na hipótese de dano extrapatrimonial, em que não é possível uma mensuração precisa da indenização pecuniária havendo, na hipótese, a compensação da vítima.

A função principal no dano extrapatrimonial é a chamada função compensatória, porquanto o dano moral é lesão a interesse jurídico abstrato e a dor sofrida não se repara, apenas se compensa com valor pecuniário.³² Tal função visa “satisfazer” os sujeitos que tiveram atingido o seu núcleo do “ser como pessoa”, isto é, ofensa à sua esfera extrapatrimonial. Assim, a responsabilidade civil, por meio de sua função compensatória, busca viabilizar à vítima, que sofreu um dano em sua subjetividade, alguma forma de satisfação idônea a compensar o mal sofrido.³³

A função preventiva (ou dissuasora), também, chamada de educadora³⁴, da responsabilidade civil é paralela à função punitiva, punitivo-pedagógica (ou sancionatória), de modo que as duas funções possuem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando funções de prevenção geral e especial, pois,

³⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

³¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 460.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 145.

³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 145.

³⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 464.

tanto obrigam o lesante a reparar o dano causado quanto contribuem para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como, também, por quaisquer outras.³⁵

A função punitiva tem dupla finalidade: de punição (*punishment*) e de prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*).³⁶

A responsabilidade civil que tem por escopo apenas a compensação, não alcança sua finalidade, eis que não impede a perda decorrente do ato ilícito. Existem sequelas do dano que não são compensadas e não são eliminadas com a mera transposição de riquezas do ofensor à vítima³⁷, tais como nas lesões à honra, à vida privada, à integridade física, à saúde, ao meio ambiente, não há reparação propriamente dita, somente medidas preventivas visando estancar futuros danos.³⁸

A prevenção civil (diferentemente da penal), como consequência da pena, está desgastada principalmente pelo mecanismo securitário³⁹, bem como a utilização de prévia análise para apuração das vantagens econômicas do ato ilícito⁴⁰, indicando que, atualmente, a função preventiva da tutela ressarcitória acaba por incentivar a conduta violadora da norma jurídica⁴¹, razão pela qual, imperiosa a necessidade de melhor análise das funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, porém, não nos moldes primitivos como outrora se colocava.⁴²

Neste diapasão, importa frisar que a função punitiva da indenização tem vital importância para que a função preventiva se torne efetiva, eis que traz a ameaça de um valor de desestímulo à prática do ato ilícito. A função de prevenção é intimamente associada às sanções punitivas, eis que as sanções reintegratórias miram apenas o equilíbrio da esfera patrimonial, não se propondo essencialmente a evitar

³⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 463.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Brasília, DF, n. 28, p. 16, jan./mar. 2005.

³⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 79.

³⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 79.

³⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 79.

⁴⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 193-194.

⁴¹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 79.

⁴² ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19-25.

o ilícito, mas em eliminar as suas consequências danosas, enquanto as sanções punitivas visualizam o ilícito como indevida alteração de uma proporção equitativa, que merece restabelecimento.⁴³

A função punitiva, portanto, extravasa o campo da reparação, traduzindo-se em mecanismo sancionatório que, por meio da fixação de uma soma em dinheiro (um *plus* ao montante compensatório), serve para dissuadir condutas abusivas e que venham sendo praticadas reiteradamente. No sistema da *common law*, a punição ou pena privada representa um *plus*, destacado do valor compensatório, que muitas vezes não mantém qualquer relação com este último, ao passo que, no Brasil, que adota o sistema da *civil law*, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias, a indenização é composta, em regra, pelo binômio compensação-desestímulo, representando um único valor conferido à vítima, sem qualquer destaque ao aspecto punitivo. A expressão punição no nosso país é aplicada de maneira genérica, sem o mesmo sentido do sistema anglo-saxão.⁴⁴

Esse entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência delinea-se no sentido de que a função punitiva representa “eficiente fator de desestímulo” (conhecido no Brasil como Teoria do Desestímulo), eis que visa dissuadir condutas ilícitas e antissociais por meio da punição do ofensor.⁴⁵

Nesses moldes, embora a pena não constitua, precipuamente, mecanismo de reparação, mas, sim, de repressão, ela não deixa de cumprir sua missão inibidora, realizando a defesa dos bens referidos e, quando aplicada, a satisfação dos interesses lesados.⁴⁶

Na primeira fase e evolução do direito romano, a função principal da responsabilidade civil não era primordialmente a de ressarcir o ofendido, mas, sim, a de punir o responsável pela lesão. No curso da

⁴³ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 40.

⁴⁴ MELO, Diogo L. Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - artigo 883, parágrafo único do Código Civil). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 26, p. 125, abr.-jun. 2006.

⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 220. Em sentido oposto, criticando a utilização do binômio compensação-desestímulo na fixação dos danos extrapatrimoniais, eis que ao se confundir a função desestimuladora e a compensatória, na mesma e única condenação, por consequência, gera-se uma insatisfatória reparação dos danos como também uma insuficiente ou mesmo imperceptível prevenção e punição de comportamentos lesivos (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 209-210.).

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 112.

era republicana, verificou-se fenômeno de progressiva despenalização do ilícito penal e de diversificação do ilícito privado, nascendo a noção de obrigação *ex delicto*. Ela é desenvolvida com a despenalização do direito antigo, atenuando o sistema privado forjado na vingança.⁴⁷

O Código Civil francês introduziu a separação rigorosa entre a matéria civil e os tipos penais, porém, a pena privada romana não chegou a ser enterrada como categoria ultrapassada, em razão do Direito anglo-saxão, cuja primeira previsão de indenização múltipla foi o “Statute of Councester”, da Inglaterra, sendo a raiz de uma tradição que veio a ser desenvolvida no século XVIII, quando se criou a doutrina dos *exemplary damages* como meio para justificar a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais.⁴⁸

E, apesar do descrédito geral a que foi submetida durante largo período de tempo, a discussão sobre o caráter exemplar da responsabilidade civil vem ganhando força nos países de *civil law* e as razões, na maior parte dos casos, como aludido, resultam da própria insuficiência das respostas oferecidas pela responsabilidade civil como mecanismo ressarcitório, com o montante da indenização limitado ao *quantum* efetivamente sofrido, cuja indenização embora seja apropriada para o dano patrimonial, é inservível para o dano extrapatrimonial.⁴⁹

Tal tendência decorre da existência de *déficit* de efetividade ínsito à tutela ressarcitória, não somente no plano intersubjetivo (eis que o dano causado pelo comportamento ilícito é irreversível e o ressarcimento, quando muito, realizará uma alocação subjetiva de uma parte da riqueza monetária que transitará do ofensor ao ofendido, não repondo o lesado à situação anterior ao ilícito) como, também, porque a reparação corresponde somente do ponto de vista individual do lesado, mas não opera em favor da sociedade.⁵⁰

Embora a função ressarcitória intervenha para reparar consequências e efeitos de comportamentos ilícitos, não se afirma como instru-

⁴⁷ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 21.

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Brasília, DF, n. 28, p. 18, jan./mar. 2005.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith, PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Brasília, DF, n. 28, p. 21, jan./mar. 2005.

⁵⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 86.

mento de recomposição da ordem jurídica violada⁵¹, de modo que se torna necessária a consideração da duplicidade das vias sancionadoras para a tutela de situações jurídicas relevantes, a punitiva e a ressarcitória⁵², mormente em uma sociedade plural e democrática, premida por questionamentos éticos que vão da biotecnologia à natureza, culminando na própria preservação da espécie humana.⁵³

A adoção da pena privada nos ordenamentos vigentes é uma exigência de integração do sistema para uma tutela efetiva para aqueles casos em que o ressarcimento, pelo equivalente ou em forma específica, mostre-se pouco idôneo para prevenir determinadas formas de ilícitos civis, mormente no que diz respeito à violação aos direitos da personalidade e atentados a interesses difusos e coletivos.⁵⁴

A inovação preconizada no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002 e considerações finais

O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002, sem qualquer relação com outro dispositivo no anterior Código Civil de 1916, de modo inovador, estabeleceu cláusula geral de redução da indenização⁵⁵, atribuindo ao magistrado o poder-dever⁵⁶ de proceder à redução do valor do montante da condenação indenizatória, quando ocorra excessiva desproporção entre a gravidade da culpa do agente e a extensão do dano⁵⁷, que acaba por mitigar o princípio da reparação integral

⁵¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 87.

⁵² MARTINS-COSTA, Judith, PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Brasília, DF, n. 28, p. 17, jan./mar. 2005.

⁵³ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

⁵⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99. Marcelo Benachio, por sua vez, pontua que referido dispositivo não constitui cláusula geral (BENACHIO, Marcelo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 666.).

⁵⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99.

⁵⁷ Art. 944, parágrafo único, do CC. “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

consolidado no “caput” do mesmo artigo, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano.⁵⁸

Referido dispositivo legal tem amparo no princípio da solidariedade, que vem embasar a teoria do risco e, em consequência, a “socialização dos riscos”.⁵⁹ A doutrina da “socialização dos riscos” tem fundamento ético na solidariedade social como necessidade de reparação integral de todos os danos. Há de se proteger as vítimas. Os riscos criados não se consideram mais simples riscos individuais. São riscos sociais e não é justo que os homens respondam por eles individualmente.⁶⁰ E, ao repartir o ônus de quem suportará o dano, rompe a questão da justiça comutativa, que entendia a responsabilidade civil na atribuição de quem deveria suportar socialmente o ônus do dano, o ofensor ou vítima.⁶¹

A concepção que inspirou o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil é a de que a convivência social traz consigo determinados riscos de dano para os quais a situação da vítima muitas vezes contribui, de modo que não é absurdo admitir que, excepcionalmente, o ônus de prejuízos causados por culpa leve do ofensor seja, em parte, deixado a cargo da própria vítima. Assim, pense-se na hipótese do condutor de um veículo popular que, por leve descuido, abalroa um carro de luxo, cujo conserto tem custo excessivamente superior ao que teria em se tratando de um veículo médio,⁶² situação em que o juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa para evitar uma condenação que não comporta meio-termo, de modo que, se em tais casos ele não tiver algum arbítrio, o julgamento poderá se tornar injusto.⁶³

A questão acerca da incidência da cláusula geral de redução prevista no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, igualmente é objeto de discussão doutrinária no que tange às espécies de danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais.

⁵⁸ KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944, do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 29, p. 8-9, jan./mar. 2007.

⁵⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 51.

⁶⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 51.

⁶¹ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2000. v. I, p. 579-580.

⁶² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. II, p. 862.

⁶³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XIII: Da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. p. 333.

Parcela majoritária da doutrina sustenta que os danos extrapatrimoniais têm caráter dúplice, pois têm por escopo não somente compensar a vítima, mas, também, punir o ofensor. Assim, para tal corrente, a reparação do dano moral não deve apenas atenuar o sofrimento injusto, mas também deve fazer com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento, servindo esta punição de exemplo para toda a sociedade. Diz-se, então, que a reparação dos danos morais, além de ter cunho compensatório (confortando a vítima, ajudando-a sublimar as aflições e tristezas do dano) teria também um caráter punitivo, cujo objetivo seria impor uma penalidade exemplar ao ofensor, impondo a obrigação de pagar determinada soma pecuniária que não tenha por parâmetro a extensão do dano sofrido.⁶⁴

Pois, a sentença judicial, ao levar em consideração fatores não ligados à extensão do dano (p. ex.: gravidade do ilícito, grau de culpa do ofensor, sua condição patrimonial, ou ainda, o enriquecimento realizado mediante a conduta danosa), valoriza circunstâncias que escapam da tarefa de estimativa do dano em si, indicando, portanto, a presença de uma função punitiva nas somas concedidas a título de indenização.⁶⁵

De outro lado, parcela minoritária da doutrina afasta o viés punitivo do dano extrapatrimonial, sustentando que, sendo tradição do direito brasileiro o intuito reparatório da responsabilidade civil, o caráter punitivo não se coaduna com o sistema pátrio de responsabilização. Argumenta-se que a indenização se restringe à compensação de danos e, mesmo que aceitável em algumas hipóteses o caráter punitivo (nos casos em que a extensão do dano é insignificante e as indenizações, por reflexo, atingem valores irrisórios se comparados ao lucro obtido pelo próprio agente com a conduta danosa, causando dano a um número elevado de pessoas), sua adoção dependeria de previsão legal específica.⁶⁶

E, diante da utilização de critérios diversos a se observar no processo de fixação da indenização, das diferentes espécies de danos, bem como em razão da divergência sobre elementos a serem considerados no arbitramento dos danos extrapatrimoniais, vislumbra-se nova controvérsia na doutrina sobre a incidência da norma.

⁶⁴ MELO, Diogo L. Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parta da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único do Código Civil). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 26, p. 120, abr.-jun. 2006.

⁶⁵ MELO, Diogo L. Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parta da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único do Código Civil). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 26, p. 120, abr.-jun. 2006.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. II, p. 866-868.

Com feito, parcela expressiva da doutrina sustenta que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, ao introduzir a aferição do grau de culpa no processo de fixação da indenização, indicou que o dispositivo em comento reconhece expressamente um caráter punitivo no dano extrapatrimonial.⁶⁷

Feita tal colocação, impende indagar se referida norma pode ser interpretada a *contrario sensu* para majorar a verba indenizatória.

Para parcela da doutrina, como aludido, tal dispositivo legal deve ser interpretado restritivamente, razão pela qual, argumenta-se que não há possibilidade de ampliar o montante indenizatório, pois não se pode pretender que referido artigo legal tenha caráter punitivo.

Também, sustenta-se que a opção do legislador pelo termo “extensão do dano”, tanto no “caput” quanto no parágrafo único do artigo 944, deve ser interpretada como a previsão de uma correspondência direta entre o *quantum debeat* e a extensão do prejuízo, o que afastaria, cabalmente, o dano extrapatrimonial do escopo do dispositivo, posto que o mesmo não possui tal atributo⁶⁸, de modo que o parágrafo único se restringiria, portanto, exclusivamente às hipóteses de dano estritamente patrimonial.⁶⁹

Em sentido oposto, pondera-se, que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil não incide em relação aos danos de natureza patrimonial para resguardar o direito constitucional à propriedade.⁷⁰

Por fim, para parcela da doutrina, a cláusula geral de redução tem incidência nas duas espécies de dano. Pois, se deve observar na norma o intuito do legislador que estabeleceu o princípio da reparação integral, comum a ambos os danos, patrimonial e extrapatrimonial⁷¹. E, embora o “caput” faça referência direta à extensão do dano, a norma traz a possibilidade de se excetuar o princípio geral, não havendo motivos para limitar sua incidência a apenas uma das espécies de dano.

⁶⁷ MELO, Diogo L. Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único do Código Civil). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 26, p. 126, abr.-jun. 2006.

⁶⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 184.

⁶⁹ FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 759.

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. II, p. 863.

⁷¹ KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944, do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 29, p. 14-16, jan/mar 2007.

E, para a resposta à indagação acima, ou seja, se a norma prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil pode ser interpretada a *contrario sensu* para majorar a verba indenizatória, vale ponderar que o reconhecimento do caráter punitivo é possível, em caráter instrumental, apenas no âmbito de análise do dano extrapatrimonial, porém, não como função autônoma, posto que tal entendimento encontra vedação na legislação pátria, preconizada no artigo 944, “caput”, do Código Civil, segundo a qual a indenização é medida pela extensão do dano, de modo que, permitir a análise da conduta do ofensor para aumentar o valor da reparação não se afigura possível, pois o legislador apenas permitiu a análise da conduta na hipótese de redução do montante da indenização.

Maria Celina Bodin de Moraes rechaça o caráter punitivo do novo Código Civil, ponderando que o dispositivo em pauta, não prevê o caráter punitivo da indenização, na verdade, o repele.

Nesse sentido, referida autora pondera que não há no Código Civil de 2002 - e nem tampouco havia no de 1916 – a contemplação de um caráter punitivo, inexistindo qualquer regra permissiva de inserção de parcela punitiva na reparação do dano extrapatrimonial; aliás, os indícios são fortemente contrários ao juízo de punição: basta pensar no parágrafo único do artigo 944, quando alude a reduzir o valor da indenização (e, em obrigatória interpretação a *contrario sensu*, impede que o juiz a aumente) e no artigo 403, em tema de responsabilidade contratual.⁷²

Contudo, a doutrina vem aceitando que, em situações excepcionais, particularmente sérias, em que se verifique a produção de danos coletivos, é cabível o caráter punitivo (concluindo-se, destarte, pela possibilidade de análise do grau de culpabilidade do ofensor nestas hipóteses, em interpretação a *contrario sensu* da norma em comento), com o aumento do valor da reparação, com o escopo de impedir ou inibir condutas que possam causar lesões de nefastas proporções, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum de prática danosa reiterada.⁷³

⁷² MORAES Maria Celina Bodin de. “Punitive damages” em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 18, Rio de Janeiro, p. 48-49, abr./jun. 2004.

⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 263. Alexandre Guerra, por sua vez, admite que nas relações bancárias seja feita a análise do grau de culpabilidade da instituição bancária em relação ao consumidor/cliente (GUERRA, Alexandre. O dano moral punitivo e a indenização social: a destinação de parte da indenização por danos morais punitivos em favor de instituições locais de beneficência, a critério judicial, como forma de evitar o enriquecimento ilícito da vítima. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 207.).

Feitas tais considerações, urge ponderar que, embora se note considerável oposição ao caráter punitivo da responsabilidade civil, é certo que grande parte da doutrina, bem como nossos tribunais, vem admitindo sua incidência, sendo inegável que, a despeito do vazio legislativo⁷⁴ de nosso ordenamento jurídico, que não explicita nenhuma regra que permita a aplicação da pena privada nos moldes em que foi concebida no direito anglo-saxão, não se pode negar que tal função, quando do arbitramento dos danos extrapatrimoniais⁷⁵, tem por escopo revitalizar a responsabilidade civil, ainda que de modo meramente instrumental.

Portanto, pode-se concluir que, é através da reparação do dano extrapatrimonial que tem incidência a função punitiva no ordenamento jurídico brasileiro enquanto inexistir lei específica preconizando sua aplicação em qualquer forma de reparação de danos.

Tal questão, inclusive, foi objeto do Enunciado n. 379, aprovado no IV Jornada de Direito Civil, que estabelece os seguintes termos: “O art. 944, do caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

Logo, diante do inegável, o reconhecimento da função punitiva por considerável parcela da doutrina e da jurisprudência⁷⁶, torna-se imperioso que o legislador observe a necessidade de estabelecer expressamente sua incidência, delimitando critérios objetivos, condições, hipóteses e limites da função punitiva da responsabilidade civil.

⁷⁴ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 235.

⁷⁵ Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler pontuam que, atualmente, no Brasil, coexistem três correntes sobre a função da indenização do dano moral, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, são elas: a função de compensação/satisfação do ofendido; a de punição do ofensor e tanto a função visando à satisfação do ofendido quanto à punição do ofensor (denominada teoria mista), que pode ser considerada majoritária no Brasil. Por fim, tais autoras indicam a existência de entendimentos no sentido de reconhecer também a função punitiva e preventiva da responsabilidade civil (MARTINS-COSTA, Judith, PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Brasília, DF, n. 28, p 23, jan./mar. 2005.). Tais autoras, em nota de rodapé, apontam os principais doutrinadores acerca de cada uma dessas teorias. Autores que propugnam que, em regra, a função da reparação do dano moral é somente ressarcitória, BODIN DE MORAES; SEVERO, Sérgio; THEODORO JUNIOR, Humberto. No sentido de que a função da reparação do dano moral é somente punitiva, LACERDA, Galeno. São partidários da teoria mista, que pode ser considerada majoritária na doutrina e na jurisprudência brasileira CASILLO, João; PEREIRA, Caio Mário da Silva; LOPEZ, Teresa Ancona; CAVALIERI FILHO; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NORONHA, Fernando; CAHALI, Yussef Said (op. cit., p. 30).

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.127.484/SP, Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Julgamento: 17/03/2011, Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação do Diário Eletrônico do dia 23/03/2011. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 850273/BA-Agravo regimental no agravo de instrumento. Relator: Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO. Julgamento: 03/08/2010, Órgão Julgador: Quarta turma. Publicação do Diário Eletrônico do dia 24/08/2010.

Nesse diapasão, destacam-se as palavras de Alexandre Guerra, que bem se aplicam ao presente trabalho, ao citar Fernando Pessoa, em *Travessia*, em que imprime a necessidade de aperfeiçoamento da responsabilidade civil no aspecto ora estudado:

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.⁷⁷

E, como bem arremata referido autor, é certo que os esquemas tradicionais da responsabilidade civil, tais quais “roupas usadas”, merecem ser aperfeiçoados e ajustados ao novo tempo, para afirmar a força normativa dos princípios da dignidade da pessoa humana, socialidade e eticidade, de modo que possamos todos edificar uma responsabilidade civil comprometida com a solidariedade social.⁷⁸

⁷⁷ GUERRA, Alexandre. O dano moral punitivo e a indenização social: a destinação de parte da indenização por danos morais punitivos em favor de instituições locais de beneficência, a critério judicial, como forma de evitar o enriquecimento ilícito da vítima. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 228.

⁷⁸ GUERRA, Alexandre. O dano moral punitivo e a indenização social: a destinação de parte da indenização por danos morais punitivos em favor de instituições locais de beneficência, a critério judicial, como forma de evitar o enriquecimento ilícito da vítima. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 228.

Referências bibliográficas

BENACHIO, Marcelo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XIII: Da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, p. 245-248, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodvim, 2016.

FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUERRA, Alexandre. O dano moral punitivo e a indenização social: a destinação de parte da indenização por danos morais punitivos em favor de instituições locais de beneficência, a critério judicial, como forma de evitar o enriquecimento ilícito da vítima. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

KONDER, Carlos Nelson. A redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944, do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 29, jan./mar. 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Brasília, DF, n. 28, jan./mar. 2005.

MELO, Diogo L. Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - artigo 883, parágrafo único do Código Civil). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 26, abr.-jun. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “Punitive damages” em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, abr./jun. 2004.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro. Forense, 2002.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. II.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2000. v. I.

A reparação de danos decorrente do inadimplemento contratual

Cassio Pereira Brisola¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

O Código Civil Brasileiro adotou a teoria da reparação integral do dano, conforme dispõe o artigo 944.

Ao tratar das perdas e danos nas obrigações de pagamento em dinheiro, o legislador incluiu os honorários advocatícios como verba a ser indenizada (artigo 404 do Código Civil).

Contudo, o E. Superior Tribunal de Justiça ao interpretar referido preceito legal reconheceu que os honorários advocatícios contratados para o ajuizamento de ação não se incluem no montante a ser reparado (EREsp 1.155.527/MG).

No caso paradigma, os honorários advocatícios cobrados referiam-se à propositura de reclamação trabalhista, entendendo o insigne Min. Sidnei Beneti que não há ato ilícito na defesa de um direito em juízo².

Segundo o entendimento firmado na referida Corte Superior, não haveria ato ilícito no ajuizamento da ação, faltando, portanto, um dos pressupostos da responsabilidade civil.

Ou seja, se o exercício do direito de ação é lícito não haveria que se falar em indenização dos honorários dispendidos com a contratação de advogado para propô-la, ou dela se defender.

Cumprir destacar que a ilicitude da conduta não estaria no ajuizamento da ação, mas no inadimplemento contratual.

Em voto vista, a Min. Nancy Andrighi também reconheceu a inexistência de ato ilícito pela propositura de ação, bem como que a indenização dos honorários advocatícios prevista nos artigos 389, 395 e 404

¹ Especialista em Direito do Consumidor e Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura

² “Ora, não age ilicitamente, para o direito comum, quem defende seu direito – o que vem das fontes romanas: ‘non videtur malum facere, qui jure suo utitur’. É agir lícito, o do reclamado, defender-se, em Juízo o que, de resto, lhe é constitucionalmente assegurado, via contraditório (CF, art. 5º, LV). Se agir sob a tacha da litigância de má fé, isso será outro problema, que só a Justiça do Trabalho poderá ponderar, mas, em princípio, é lícito, para o Direito Comum, resistir à demanda judicial trabalhista”.

do Código Civil está inserida no contexto de inadimplemento de uma obrigação, ou seja, pressupõe um ato ilícito³.

Ocorre que em outros julgamentos⁴ não se atentou às peculiaridades do REsp 1.155.527/MG, tampouco ao destaque acima feito pela Min. Nancy Adrighi.

Impõe-se destacar que o Min. Og Fernandes observou a possibilidade de indenização quando diante de “situações excepcionais em que efetivamente constatado o abuso no exercício do direito” (REsp nº 1.480.225/SP, DJe 11/9/2015).

A aplicação do entendimento do E. STJ de forma irrestrita, sem a consideração da prática de abuso de direito ou inadimplemento de uma obrigação (quer dos deveres principais ou dos anexos), acarretará inequívoca ofensa aos princípios da reparação integral e da boa-fé objetiva.

Outrossim, não se pode deixar para a esfera processual a reparação dos honorários, uma vez que referida verba somente seria indenizada no caso de litigância de má-fé (artigos 79 e seguintes do CPC), pois a matéria de reparação de danos é objeto do direito material e não do direito instrumental.

Com efeito, o abuso do direito ou a inobservância da boa-fé objetiva no cumprimento de um contrato pode não caracterizar a litigância de má-fé.

A parte que descumpre o contrato pode vir a ter conduta ilibada no curso do processo, de sorte que não será condenada pela litigância de má-fé, logo, o dano decorrente da contratação de advogado para a propositura de ação ou defesa em juízo restará sem reparação, em que pese o ato ilícito no inadimplemento do contrato.

³ “Melhor explicando, muito embora tenhamos, por reciprocidade, de reconhecer o direito do réu de, resultando vencedor na ação (improcedência total dos pedidos), ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais pagos ao seu advogado, não terá o autor praticado nenhum ato ilícito capaz de dar ensejo a esse dever de indenizar. Na realidade, terá apenas exercido o seu direito de ação, constitucionalmente garantido (sendo certo que, no particular, não se está a cogitar das situações em que há abuso desse direito, com o ajuizamento de ações temerárias).

Diante disso, a rigor não há como justificar o dever de indenizar do autor. Note-se, por oportuno, que a indenizabilidade dos honorários advocatícios, da forma como prevista nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, vem inserida no contexto do inadimplemento de uma obrigação, ou seja, pressupõe a prática de um ato ilícito. Feita essa constatação, conclui-se que, à luz dos mencionados dispositivos legais, são inexigíveis os honorários contratuais pagos em virtude do exercício, pela parte contrária, de um direito legítimo (de ação)”, destaquei.

⁴ AgRg no REsp 1507864/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 25/09/2015; AgRg no AREsp 746.234/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 19/11/2015; e AgRg no AREsp no 516.277/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe 4/9/2014.

Portanto, reconhecendo-se o inadimplemento contratual, bem como a inobservância da boa-fé objetiva e/ou o abuso do direito o montante despendido a título de honorários advocatícios contratuais deve ser indenizado.

Nessa ordem de ideias, o abuso do direito e o descumprimento contratual devem ser reconhecidos como ilícitos passíveis de indenização.

Do exercício abusivo do direito – caracterização

Nos termos do artigo 187 do Código Civil pratica ato ilícito “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Como se vê, o titular do direito deve observar no seu exercício o escopo econômico/social, a boa-fé e os bons costumes, ou seja, aquele não pode agir como bem entender, por considerar seu direito irrestrito ou sem limites.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam que o abuso do direito

é constatado no instante da violação do elemento axiológico da norma. Instala-se a contrariedade entre o comportamento comissivo ou omissivo do indivíduo e o fundamento valorativo do preceito.⁵

A concepção moderna sobre o abuso do direito reconhece a responsabilidade objetiva pelo exercício do direito subjetivo além dos parâmetros conferidos pelo ordenamento jurídico, como adverte Gustavo Tepedino⁶.

Nesse ponto, resta abalada a conclusão do E. STJ de não ser possível a cobrança dos honorários advocatícios contratados para o ajuizamento de demanda judicial por decorrer do exercício do direito de ação, como destacado acima, quando houver abuso do direito.

Sempre que o contratante inadimplente abusar de sua situação contratual, evitando a satisfação da obrigação contratada, causando dano ao credor, estará agindo de forma ilícita, logo, se necessária a proposi-

⁵ Op. cit., p. 679.

⁶ Op. cit., p. 346.

tura de demanda judicial para se ver cumprido o contrato, os honorários advocatícios contratados importarão em verba a ser ressarcida.

Repise-se que o abuso do direito no âmbito contratual pode não caracterizar litigância de má-fé.

Citamos o seguinte exemplo para externar em que medida o abuso do direito do devedor justifica a indenização dos honorários advocatícios contratados para o ajuizamento da ação: o locatário comporta-se em flagrante abuso de direito, quando vencido o prazo de locação e sem interesse na renovação do contrato, não desocupa o imóvel, forçando o locador a ajuizar ação de despejo, vindo a sair do bem somente após a ordem judicial para desocupação.

Não se deve esquecer, ainda, das ações de adjudicação compulsória.

Outra hipótese muito comum no cotidiano forense é o ajuizamento de ação de despejo por falta de pagamento, sendo certo que em muitas demandas o locatário sequer contesta o pedido, sendo a ação julgada procedente ante a revelia⁷.

Inegável que nessas ações o locador suportou prejuízo com a contratação de advogado para o ajuizamento da demanda, sendo certo que a prevalecer a tese de que referida verba não deve ser indenizada, estar-se-á diante de enorme injustiça, ante o dano sem reparação.

O sentido de justiça não autoriza a conclusão de que o credor tenha de suportar despesas causadas pelo devedor e que estas não devam ser ressarcidas.

Destaque-se que nessa situação, se o locatário for revel ou apresentar defesa genérica, como não ter encontrado outro imóvel para fazer sua mudança, não haverá o reconhecimento de litigância de má-fé, caindo por terra o fundamento trazido pelo E. STJ de que o processo civil teria meios para coibir o abuso de direito.

⁷ Para demonstrar a quantidade de ações nessa hipótese, fizemos consulta no site do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo encontrado 1.346 sentenças sobre o tema no período de três meses, disponível em: <

Deixar de reconhecer, em tal hipótese, a possibilidade de ressarcimento dos honorários advocatícios acarretará evidente prejuízo para o locador.

Noutro giro, Felipe Cunha de Almeida fez ampla pesquisa sobre o tema nos tribunais pátrios, reproduzindo diversos arestos contrários à indenização dos honorários advocatícios contratuais, sendo certo que o ponto comum entre todos eles foi que a contratação daqueles configuraria res *inter alios acta*, sem a participação da parte contrária, de sorte que não poderia vinculá-la⁸.

Ocorre que, qual a diferença entre os honorários contratados para o ajuizamento da ação e os honorários médicos contratados para cirurgia para reparar as lesões decorrentes de um acidente? Ou a remuneração de um mecânico que consertou o veículo danificado?

Respondemos, nenhuma.

Quando a vítima de um ato ilícito cobra em juízo seus danos, ela pede a indenização pelo montante pago a terceiros (médicos, mecânicos, psicólogos, etc.), sem que a parte contrária tenha participado da contratação deles.

Nessas hipóteses, não se cogita que a verba cobrada não deve ser indenizada por se tratar de ato firmado com terceiro sem a participação da vítima.

No caso de inadimplemento contratual, em regra, aquele que irá propor a ação judicial será o credor da obrigação inadimplida, o que justifica a cobrança dos honorários advocatícios contratados para a propositura da demanda, nos termos previstos no artigo 389 e 404 do Código Civil.

O mesmo se verifica se o credor se recusar a entregar a quitação, forçando o ajuizamento de ação consignatória.

Não se deve olvidar que o contratante acrescentará ao valor do negócio o risco decorrente da possibilidade futura de sofrer prejuízo, encarecendo o produto ou serviço.

Deixar de reconhecer essa situação importará no desprestígio ao instituto do abuso do direito, bem como ao princípio da boa-fé objetiva.

Miragem ao comentar o limite do exercício do direito pelo devedor, após pontuar a necessidade deste observar o dever de agir com lealdade, correção e em acordo com os limites de convivência social,

⁸ Op. cit., p. 95 e seguintes.

afirma ser dever dele “colaborar para a satisfação do interesse legítimo do credor”⁹.

Portanto, se a conduta da parte inadimplente estiver em desacordo com os referidos preceitos, mas o comportamento processual dela não estiver em desacordo com os artigos 79 e seguintes do CPC, faz-se necessário o reconhecimento do abuso do direito (conduta ilícita), com a condenação nas verbas previstas nos artigos 389 e 404 do Código Civil, em especial, os honorários advocatícios contratados para o ajuizamento ou a defesa na ação.

Os honorários advocatícios para o ajuizamento da ação como dano decorrente do inadimplemento do contrato

Arruda Alvim afirmava que “a consequência, pois do inadimplemento, é fazer nascer a obrigação de satisfazer o dano”¹⁰, esclarecendo que: “Com relação ao dano emergente, ponderamos que ele diz respeito não somente a uma diminuição do ativo, como também a um aumento do passivo.”¹¹

Sob essa ótica, forçoso se faz reconhecer que os honorários advocatícios, contratados para o ajuizamento de uma ação por inadimplemento contratual, configuram dano emergente suportado pelo credor¹².

Vale consignar que a indenização da referida verba se revela de suma importância, pois sua ausência pode consistir em fator de desestímulo na defesa de um direito pela pessoa lesada, principalmente nas camadas mais populares, ou se o benefício econômico for de baixa monta, ante a necessidade de realizar despesa com a contratação de advogado para o ajuizamento de ação.

Não se deve olvidar que a maioria das ações são propostas contra o Poder Público e grandes empresas envolvendo relação de consumo¹³.

⁹ Advertindo que “O abuso do direito do devedor não se confunde com simples inadimplemento, o qual será caracterizado como ilícito relativo, decorrente do descumprimento direto do dever de prestação ou dos demais deveres anexos do contrato. O abuso do direito do devedor, neste sentido, diz respeito ao exercício das prerrogativas de que é titular, no sentido de frustrar a finalidade da relação obrigacional, ou, ainda, no sentido de retardar a prestação ou fomentar as consequências decorrentes do inadimplemento”.

¹⁰ Op. cit., p. 170.

¹¹ Op. cit., p. 174.

¹² A propósito a Jornada V de Direito Civil do E. STJ formulou enunciado nº 426: “Os honorários advocatícios previstos no CC 389 não se confundem com as verbas de sucumbência que, por força do EOAB23, pertencem ao advogado”.

¹³ Tal fato foi reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual identificou os grandes litigantes em sua pesquisa chamada “Justiça em Números”, 2016, p. 141.

Como se vê, o descumprimento de contrato de consumo é tema de grande discussão perante o Judiciário, levando a parte a contratar advogado para defesa de seus interesses em juízo¹⁴.

Diante desse cenário, o não reconhecimento dos honorários advocatícios contratuais como verba a ser indenizada no caso de inadimplemento do contrato pode inibir o exercício constitucional do direito de ação, diante do custo com a contratação de advogado, quando não estiverem presentes os requisitos acima.

Com o devido respeito ao entendimento firmado pelo E. STJ, a aceitação de reparação dos honorários advocatícios contratados na fase pré-processual é contraditória e desproporcional, uma vez que para a situação de menor complexidade e custo (tratativa administrativa) a indenização se faz devida, enquanto para a hipótese de maior atuação e despesas (ajuizamento de ação) aquele não seja alvo de ressarcimento.

Ora, se se entende devido os honorários advocatícios na fase pré-processual, pressupõe-se o reconhecimento de ato ilícito, de sorte que infrutífera a composição na fase administrativa, vindo a ser ajuizada ação ele permanecerá, logo, o dano deverá ser indenizado.

Como se vê, é evidente a contradição na conclusão adotada pelo STJ.

Nesses termos, o não reconhecimento dos honorários advocatícios contratados para o ajuizamento da ação como dano suportado pelo credor da obrigação e verba a ser indenizada configurará desequilíbrio do contrato, pois ele arcará com prejuízo causado exclusivamente pelo devedor.

Indisfarçável que o sistema jurídico não pode abraçar uma injustiça como essa.

Causalidade do dano

Outro ponto a reforçar a obrigatoriedade de reparação do dano decorrente da contratação de honorários advocatícios está no princípio da causalidade, que se expressa da seguinte forma: “Todo aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (artigo 927, do CC).

¹⁴ Somente na hipótese em que a pretensão do autor seja inferior a 20 salários mínimos é possível demandar sem a contratação de advogado, nos termos do artigo 9º da Lei nº 9.099/95. Ressalte-se, ainda, que se houver necessidade de produção de prova pericial a ação não poderá ser proposta no Juizado Especial, ainda que o valor da causa seja inferior a 20 salários mínimos.

No âmbito dos contratos, o contratante que descumprir sua obrigação, causando dano ao outro, tem a obrigação de indenizá-lo.

Norteados pela boa-fé objetiva, o contratante inadimplente deve adotar postura para não agravar o prejuízo do outro contratante, valendo o mesmo para este (dever de mitigar o prejuízo).

Nessa ordem de ideias, ante o inadimplemento do contrato, os contratantes devem buscar meios para reduzir os prejuízos decorrentes do descumprimento da avença.

Como adverte Lopes:

[...] a reparação integral – na faceta indenizabilidade de todo o dano, como chamou Pontes de Miranda – tem por fim evitar uma situação de injustiça para a vítima: receber menos do que perdeu. Na aplicação da norma de evitabilidade, entretanto, essa injustiça não se verifica, pois a parcela do prejuízo que não será indenizada ao credor é justamente aquela que ele poderia ter evitado. O credor não receberá parte dos danos sofridos porque não agiu de boa-fé, não cooperou para tais prejuízos não ocorressem.¹⁵

Assim sendo, as partes devem buscar os métodos alternativos de resolução de conflito¹⁶, antes do ajuizamento de ação.

A composição entre os contratantes sem a intervenção do Poder Judiciário é medida que reduz custos, inclusive dispensando a contratação de advogado.

A procura pelos métodos alternativos de solução de conflito é expressão do dever de colaboração entre os contratantes.

Por isso, a imposição de que os contratantes busquem a solução da controvérsia antes do ingresso em juízo é medida ancorada na boa-fé objetiva.

Destarte, aquele que se recusar ou ignorar a composição extrajudicial, dando ensejo ao ajuizamento da ação, deverá indenizar os

¹⁵ Op. cit., p. 185.

¹⁶ Remetemos o leitor que tenha maior interesse sobre os métodos alternativos de resolução de conflito ao excelente trabalho de Fernanda Tartuce: *Mediação nos Conflitos Cíveis*, Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2008.

honorários advocatícios contratados para tanto, haja vista ter dado causa ao ajuizamento da demanda.

Se as partes se mostraram intransigentes, deixando de oferecer ou aceitar, conforme o caso, proposta para composição extrajudicial, optando por atribuir ao Poder Judiciário a solução da controvérsia, cada uma delas deverá arcar com os honorários contratados para o ajuizamento da ação.

Tal medida se justifica, pois o dano decorrente da contratação não foi causado pela parte contrária, mas por conduta do próprio litigante, ou de ambos.

Por sua vez, se o autor procurou resolver o conflito sem a intervenção do Poder Judiciário, buscando a composição daquele através dos meios alternativos de resolução de controvérsia, deverá ser reconhecido seu dano, referente aos honorários advocatícios contratados para o ajuizamento da ação, bem como que a parte contrária deu causa a ele.

Frise-se, para a viabilidade do pedido de indenização dos honorários advocatícios, ou a defesa contra ele, faz-se necessário comprovar que a parte procurou os meios alternativos de solução de conflito antes do ajuizamento da ação, com o escopo de se apurar a causalidade¹⁷.

Dever de mitigar o prejuízo (*duty to mitigate the loss*)

A indenização dos honorários contratados para o ajuizamento da ação pode encontrar resistência pela preocupação com o aumento desarrazoado do valor a ser indenizado pela parte inadimplente.

Contudo, elimina-se essa oposição tendo-se como norte o dever de mitigar o prejuízo.

A correta compreensão do dever de mitigar o prejuízo revela-se importante para a estipulação dos requisitos ensejadores do pedido de indenização dos valores pagos a título de honorários advocatícios no caso de inadimplemento contratual.

Na verdade, o instituto foi criado a partir do enfrentamento de questões em que o credor, após o inadimplemento, permanece inerte,

¹⁷ As ideias aqui defendidas encontram eco no sistema judicial britânico. Neil Andrews relata que no direito inglês vige a regra de que “a parte vencedora (‘ou recebedora’) deve recuperar seus ‘custos-padrão’ de seu opositor (‘a parte pagadora’)”, sendo certo que tal regra norteia as políticas públicas de inibição de demandas e defesas “espúrias”, bem como o senso comum de justiça de que o vencedor seja indenizado ao final do litígio.

deixando de tomar providências que reduziriam o seu prejuízo, aumentando o valor a ser indenizado pelo devedor.

No Brasil, a norma de mitigar o próprio prejuízo surgiu diante das situações em que o credor nada faz para minorar os danos decorrentes do inadimplemento contratual.

Adota-se, para os fins deste trabalho, a conclusão de Lopes sobre a natureza jurídica da mitigação dos prejuízos:

Portanto, conclui-se que a mitigação tem a natureza de norma de conduta que impõe ao credor um ônus e não um dever. A inobservância da conduta prevista na norma acarreta para o credor a consequência de impedir o surgimento do direito de ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado. Não se trata de exceção, mas de defesa, impugnação ou objeção à própria formação da relação jurídica indenizatória ou, em outros termos, na própria criação do direito subjetivo do credor à reparação dos danos evitáveis.¹⁸

Sob essa ótica, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios poderá ou não recair sobre o devedor, dependendo daquele que descumprir o dever acessório de colaboração.

Lopes destaca a existência de três limitações para a reparação das perdas e danos suportadas pelo credor: a imprevisibilidade, incerteza e evitabilidade¹⁹.

A conduta da vítima do inadimplemento, ao não adotar medida para evitar a produção do resultado lesivo ou o seu agravamento, deve ser considerada “culpa da vítima”.

Diante desse quadro, o credor da obrigação inadimplida deve buscar os meios alternativos de solução de conflito (conciliação ou mediação), antes do ajuizamento da ação²⁰.

¹⁸ Op. cit., p. 202.

¹⁹ Lopes destaca que “a palavra *evitabilidade* é um neologismo para traduzir *avoidability*, que parece ser também um neologismo em língua inglesa. Preferiu-se usar *evitabilidade* no texto deste trabalho, sempre em itálico para indicar o neologismo, por ser menor que a expressão correta – “possibilidade de se evitar o dano” – e por ser mais fidedigno à tradução de seu correspondente em língua inglesa”, p. 17-18.

²⁰ Lopes: “[...] o credor prejudicado pelo inadimplemento tem, em princípio, direito à reparação integral dos danos sofridos, sendo de aplicar a regra do caput do art. 944. Todavia, se não agiu de boa-fé, se não empregou esforços razoáveis para impedir que danos evitáveis ocorressem, ficará impedido de ser indenizado por essa parcela dos prejuízos que poderiam ter sido evitados.”

O credor que não procurar os métodos alternativos para solução de conflito antes do ajuizamento da ação não deverá ser ressarcido dos honorários advocatícios contratados para este fim, pois deixou de utilizar, para reaver seu crédito, um meio mais econômico e menos gravoso para o devedor²¹.

O princípio de mitigar o próprio prejuízo impõe ao credor da obrigação inadimplida a, inicialmente, buscar os meios alternativos de solução de litígio (conciliação/ mediação), como forma de evitar o prejuízo, caso não logre êxito em alcançar uma composição estará legitimado a vir a propor ação, exigindo a indenização dos honorários advocatícios contratados.

Mais, os honorários advocatícios contratados devem ser proporcionais e razoáveis com a complexidade da demanda.

Em outras palavras, o montante pago a título de honorários deve corresponder à medida justa de remuneração do profissional contratado, com o escopo de se evitar o aumento das verbas indenizatórias.

Nessa ordem de ideias, o valor dos honorários contratuais a serem indenizados deve ser proporcional à complexidade da demanda e ao benefício econômico buscado com o processo.

Caso os honorários pactuados sejam desproporcionais, impõe-se sua redução, tomando-se como parâmetro o montante fixado na tabela de honorários da OAB, devendo o juiz fundamentar os motivos pelo qual não adota a referida tabela.

Conclusão

O inadimplemento do contrato faz surgir diversos danos para parte credora, a qual faz jus à reparação daquele em toda sua extensão.

Os honorários advocatícios contratados para o ajuizamento de ação judicial com o escopo de se exigir o cumprimento do contrato devem ser reconhecidos como dano decorrente do inadimplemento contratual (ato ilícito) passível, portanto, de indenização.

O Código de Processo Civil (CPC) prevê a condenação do sucumbente no pagamento das custas e despesas processuais (artigo 82), contudo os honorários advocatícios de sucumbência são devidos ao

²¹ Como afirma Lopes: “[...], em uma sociedade que adota a colaboração como valor, a conduta leal e correta do credor diante do descumprimento contratual será empregar esforços razoáveis para reduzir os danos decorrentes do inadimplemento e não deixar que prejuízos evitáveis ocorram.”

profissional que patrocinou os interesses do contratante credor (artigos 22 e 23, ambos, da Lei 8.906/1994).

Apenas na hipótese em que o contratante inadimplente atue de má-fé no curso do processo, ele será condenado a indenizar os honorários advocatícios contratados pela parte contrária (artigo 81 do CPC).

A lei processual não resolve a questão dos honorários contratuais, nem deveria, por ser matéria de direito substantivo, devendo ser resolvida pelos princípios e normas do Direito Civil.

Ademais, como nos exemplos citados acima, a parte inadimplente pode ensejar o ajuizamento de ação, mas se comportar de forma proba no processo, ou mesmo permanecer inerte, de sorte que não será condenada por litigância de má-fé, restando sem reparação o montante pago a título de honorários contratuais para a propositura da demanda, ou seja, o contratante credor irá amargar o prejuízo.

A inclusão dos honorários advocatícios como verba passível de indenização no caso de inadimplemento do contrato, sempre que o contratante credor realize despesa a este título, tem como escopo atender ao princípio da reparação integral, bem como forçar o cumprimento voluntário dele, haja vista o acréscimo monetário decorrente do inadimplemento.

Em suma, os honorários advocatícios contratados para a propositura de ação decorrente de inadimplemento de contrato devem ser reconhecidos como o dano decorrente dele, impondo-se a condenação do contratante inadimplente a reparar o prejuízo; contudo, se o contratante credor deixou de procurar meio alternativo de solução de pretendia receber mais do que tinha direito, justificando litígio, ou a recusa do cumprimento voluntário pelo devedor, ele não terá direito ao ressarcimento, uma vez ter dado causa ao próprio prejuízo.

Bibliografia

ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Honorários advocatícios contratuais: ressarcimento e o princípio da reparação integral dos danos: de acordo com o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAHALI, Youssef Said. *Honorários advocatícios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 24.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Curso de direito civil: contratos*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Curso de direito civil: obrigações*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008.

GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. (Coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. p. 318.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1966. v. II.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, t. II: Do inadimplemento das obrigações.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 215.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. XXII, v. XXIV e v. XXVI.

PELUSO, Cesar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, Lei no 10.406, de 10.01.2002. 11. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizada por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ 2012. p. 337.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 17.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações, comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale, coordenação de Miguel Reale e Judith Martins-Costa, v. 7.).

STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. rev., atual. e reform. com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. I e II.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 346.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Gustavo. *Código Civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008. p. 342. v. IV.



EPM³⁰_{anos}
ESCOLA PAULISTA DA
MAGISTRATURA